

11 décembre 2019

Cour de cassation

Pourvoi n° 18-14.191

Première chambre civile - Formation restreinte hors RNSM/NA

ECLI:FR:CCASS:2019:C101042

Texte de la décision

Entête

CIV. 1

CM

COUR DE CASSATION

Audience publique du 11 décembre 2019

Cassation partielle

Mme BATUT, président

Arrêt n° 1042 F-D

Pourvoi n° X 18-14.191

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

A U N O M D U P E U P L E F R A N Ç A I S

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par la commune d'Aubagne, représentée par son maire en exercice, domicilié [...],
contre l'arrêt rendu le 19 janvier 2018 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 6), dans le litige l'opposant :

1°/ à la société NatWest Markets PLC, dont le siège est [...] (Royaume-uni), anciennement dénommée The Royal Bank of Scotland PLC,

2°/ à la société NatWest Markets NV, dont le siège est [...] (Pays-bas), anciennement dénommée ABN Amor Bank puis The Royal Bank of Scotland NV,

défenderesses à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;
Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 13 novembre 2019, où étaient présentes : Mme Batut, président, Mme Duval-Arnould, conseiller rapporteur, Mme Kamara, conseiller doyen, Mme Randouin, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Duval-Arnould, conseiller, les observations de la SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, avocat de la commune d'Aubagne, de la SCP Alain Bénabent, avocat des sociétés NatWest Markets PLC et NatWest Markets NV, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Exposé du litige

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'à la suite de la conclusion d'une convention-cadre avec la société ABN Amro Bank NV (la société ABN Amro), relative à des opérations de marché à terme, et de la souscription de deux emprunts obligataires, la commune d'Aubagne (la commune) a, pour couvrir ses charges d'intérêts, conclu avec cette société, les 19 janvier 2007 et 13 février 2008, deux contrats de swap qui ont fait l'objet de différentes restructurations entre 2003 et 2008 ; que, par lettre du 22 janvier 2009, la société ABN Amro a sollicité l'accord de la commune en vue du transfert à la société The Royal Bank of Scotland PLC (la société RBS PLC) des opérations sur instruments financiers ainsi que de la convention-cadre les régissant, par voie de novation ; que, le 23 octobre 2009, la commune et la société RBS PLC ont signé un accord stipulant la résiliation anticipée des deux contrats de swap, la conclusion de deux nouveaux contrats de swap et un paiement échelonné par la commune de soultes de résiliation ; que, le 20 avril 2012, invoquant un dol, la commune a assigné la société RBS PLC en nullité des deux contrats de swap des 19 janvier 2007 et 13 février 2008, et, par voie de conséquence, de l'accord conclu le 23 octobre 2009 au titre de leur résiliation, et en remboursement de la somme totale versée en 2009 et 2011 en exécution de cet acte ; que, subsidiairement, elle a sollicité l'annulation du taux effectif global (TEG) contenu dans l'accord du 23 octobre 2009 et le paiement de dommages-intérêts ; que, le 25 mars 2013, elle a appelé en garantie la société RBS NV, anciennement ABN Amro, et requis sa condamnation in solidum avec la société RBS PLC ; que l'action en nullité a été déclarée irrecevable comme prescrite ; que les demandes indemnitaires de la commune dirigées contre la société RBS NV ont été déclarées irrecevables en raison de la novation intervenue ;

Moyens

Sur les premier et troisième moyens, ci-après annexés :

Motivation

Attendu qu'il n'y pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Moyens

Mais sur le deuxième moyen, pris en sa quatrième branche, qui n'est pas nouveau :

Motivation

Vu l'article 1134 du code civil, dans sa version antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ;

Attendu que, pour rejeter la demande de la commune tendant à la substitution du taux d'intérêt légal au taux conventionnel de 4,49 % mentionné dans l'acte du 23 octobre 2009, l'arrêt relève que celui-ci stipule : « Les annuités portent intérêt au taux de 4,49 % l'an de sorte que la somme des annuités dues après actualisation selon ce taux soit équivalente au paiement immédiat du solde de résiliation moins la somme versée en 2009. Selon les dispositions des articles L. 313-4 du code monétaire et financier, L. 313-1 et L. 313-2, R. 313-1 et R. 313-2 du code de la consommation, le taux effectif global applicable dans le cadre de l'échelonnement du solde de résiliation est ainsi égal à ce taux de 4,49% l'an indiqué ci-dessus (soit un taux de 4,49% pour une période de un an) » ; qu'il ajoute que les échanges entre la commune et la société RBS PLC ayant précédé la conclusion de l'accord n'ont pas porté sur le TEG et le taux d'intérêts, qu'il résulte des stipulations claires et précises de l'accord que l'intention commune et certaine des parties a été de procéder à la résiliation des deux contrats de swap, de chiffrer le montant de la soulte de résiliation prévue par la convention-cadre consécutivement à cette résiliation et de prévoir un échéancier de remboursement de cette soulte ; qu'il retient que les dispositions relatives au TEG sont prévues dans un contrat de prêt pour permettre à l'emprunteur de connaître le coût global du crédit proposé, tous frais compris, et de comparer les différentes propositions des banques prêteuses, que la société RBS PLC n'a effectué aucune avance de fonds et a seulement accepté que la commune s'acquitte de sa dette de façon étalée dans le temps, que la conclusion d'un échéancier de remboursement des sommes dues par cette dernière s'est simplement accompagnée de la fixation d'un taux d'intérêts, sans susciter aucuns frais, commission ou rémunérations, et n'a pas mis d'autres établissements de crédit en concurrence, que le montant du TEG et celui du taux d'intérêt sont identiques et que le TEG, prévu dans l'accord, ne pouvant faire l'objet d'un calcul tel que prévu par l'article R. 313-1 du code de la consommation, ne peut être erroné ; qu'il en déduit que la mention dans l'accord, des textes relatifs au TEG, qui n'ont pas vocation à s'appliquer à des stipulations relatives au paiement d'une dette, est dénuée de sens et ne peut être créatrice de droit pour l'autre partie contractante ;

Qu'en statuant ainsi, alors que, même dans l'hypothèse où le contrat conclu n'entre pas dans le champ d'application de dispositions du code de la consommation, les parties peuvent convenir de l'y soumettre, et qu'il résultait de ses constatations que l'accord du 23 octobre 2009 prévoyait expressément l'application d'un TEG égal à 4,49 % au titre de

l'échelonnement du solde de résiliation, fondée sur les articles L. 313-4 du code monétaire et financier et L. 313-1, L. 313-2, R. 313-1 et R. 313-2 du code de la consommation, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et sur la demande de mise hors de cause :

Attendu qu'il y a lieu de mettre hors de cause, sur sa demande, la société RBS NV, devenue la société NatWest Markets NV, dont la présence devant la cour d'appel de renvoi n'est pas nécessaire à la solution du litige ;

Dispositif

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il rejette les demandes de la commune d'Aubagne fondée sur le caractère erroné du taux effectif global mentionné à l'accord du 23 octobre 2009, dit la commune redevable au titre de cet acte de la somme totale de 2 710 068, 37 euros et la condamne à payer cette somme à la société The Royal Bank of Scotland PLC, l'arrêt rendu le 19 janvier 2018, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Met hors de cause la société la société The Royal Bank of Scotland NV, devenue la société NatWest Markets NV ;

Condamne la société The Royal Bank of Scotland PLC, devenue la société NatWest Markets PLC, aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du onze décembre deux mille dix-neuf.

Moyens annexés

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, avocat aux Conseils, pour la commune d'Aubagne

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt partiellement confirmatif attaqué d'avoir déclaré irrecevables les demandes indemnitaires de la Commune d'AUBAGNE dirigées contre la société THE ROYAL BANK OF SCOTLAND NV anciennement dénommée ABN AMRO BANK NV,

AUX MOTIFS QUE

« les premiers juges ont dit que la commune intention des parties était que soit opérée, par l'effet d'un nouvel engagement, la substitution de RBS Plc à RBSNV ex ABN AMRO, envers laquelle la ville d'AUBAGNE se trouvait dès lors déchargée, en particulier pour les opérations de swap litigieuses, et ce en application des dispositions de l'article 1271 3°

du code civil ; que dès lors, l'action de la ville d'AUBAGNE en nullité du taux effectif global mentionné au protocole du 23 octobre 2009 et en responsabilité contractuelle dans la conclusion de ce protocole dirigées contre la société ABN AMRO sont irrecevables et ne peuvent être dirigées contre la seule RBS Plc ; que toutefois la novation intervenue le 4 février 2009 par l'acceptation de la substitution de créancier par la ville d'AUBAGNE n'a pas pour effet de faire disparaître le droit de cette dernière à poursuivre une action en nullité et responsabilité contractuelle concernant les contrats d'échanges de taux initialement conclus avec son ancien créancier ; que, dès lors, les demandes en nullité des contrats de swap dirigées à l'encontre de la société RBSNV-ex ABN AMRO étaient recevables (une erreur matérielle manifeste les qualifiant d'irrecevables en page 21 du jugement) alors que les mêmes dirigées à l'encontre de la société RBS Pic, qui n'était pas partie aux conventions, étaient irrecevables ; qu'ils ont jugé, dans le dispositif de la décision, que l'action de la commune d'AUBAGNE en nullité des contrats d'échanges de conditions d'intérêt OSRAM n° [...] du 19 janvier 2007 et OSRAM n° [...] du 13 février 2008 pour illicéité et vice du consentement à l'encontre de la société The Royal Bank of Scotland plc était irrecevable et à la fois que l'action en nullité pour vice du consentement de la commune d'AUBAGNE à l'encontre de la société The Royal Bank of Scotland Plc était irrecevable comme prescrite ;

Considérant que la Commune d'AUBAGNE expose que dans la lettre du 22 janvier 2009 qui vise exclusivement la convention cadre du 1er octobre 2002, il n'est nullement question des deux contrats de swap litigieux ; que la lettre réservait uniquement à la banque RBS Pic la possibilité de notifier ultérieurement à la commune, à la condition de le faire par écrit et au moins 10 jours ouvrés à l'avance, qu'elle se substituerait par voie de novation à la banque RBS NV ex ABN-AMRO pour l'exécution de ces opérations ; qu'elle n'entraîne donc pas, en elle-même, une novation par substitution de la banque RBS Plc à la banque RBS NV au titre des deux contrats de swap litigieux ; que son courrier du 24 avril 2009 ne peut davantage constituer une continuation de la commune intention des parties d'opérer la novation et ce d'autant qu'au cours de la période de janvier à octobre 2009, la banque RBS Plc a indiqué au contraire à la commune, aux termes de ses propositions de restructuration de mars, avril et mai 2009, intervenir alors en qualité d'agent, c'est à dire de mandataire, de la banque RBS NV ex ABN-AMRO qu'elle en déduit que son action en nullité du taux effectif global mentionné au protocole du 23 octobre 2009 et en responsabilité contractuelle dans la conclusion de ce protocole, dirigées contre la société ABN AMRO sont parfaitement recevables, "la substitution de la banque RBS plc à banque RBS NV en qualité de cocontractant de la commune au titre des contrats de swaps (n'étant) intervenue qu'ultérieurement, au stade du protocole du 23 octobre 2009 et pour les seuls besoins de leur résiliation" qu'elle ajoute que son intention de nover, c'est-à-dire sa volonté claire et non équivoque de décharger la banque RBS NV ex ABN-AMRO de toutes ses obligations à son égard, n'est en l'espèce nullement démontrée, qu'à supposer la novation intervenue, elle peut se prévaloir de la nullité des contrats de swaps, d'autant qu'à la date supposée de cette novation, la commune n'avait pas connaissance de la nullité des contrats de swaps attaqués ni des vices affectant son consentement à ces contrats, de sorte qu'elle ne pouvait valablement renoncer à les invoquer et qu'elle n'avait pas non plus renoncé à invoquer "ses droits nés avant la substitution de banque et des obligations de la première banque exigibles ou devant être exécutées avant cette substitution" ; qu'elle soutient que l'opération doit être disqualifiée en simple délégation, par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, sans décharge du premier débiteur

Considérant que RBSNV-ex ABN-AMRO soutient que le lien de droit entre la Commune d'AUBAGNE et elle-même s'est éteint à compter du 4 février 2009 entraînant consécutivement la création d'un lien de droit entre la Commune d'AUBAGNE et RBS PLC, qu'en acceptant la novation, la Commune d'AUBAGNE a renoncé à tout droit et action à son encontre, les obligations auxquelles elles étaient toutes deux tenues s'étant mutuellement éteintes, que l'intention de la Commune d'AUBAGNE de nover était évidente et résultait d'actes positifs non équivoques: qu'en prenant l'initiative de solliciter la résiliation des contrats de swaps pour se prémunir d'une dégradation de leurs conditions contractuelles et en acceptant la novation sous ces conditions expresses, la Commune d'AUBAGNE a purgé les contrats de swaps de tous moyens ou exceptions qui pourraient être soulevés sur leur fondement, que seule pourrait éventuellement subsister une action en nullité fondée sur une nullité absolue, ce qui n'est pas le cas des demandes en nullité de la Commune d'AUBAGNE fondées sur l'alléguée illicéité des contrats de swap ou les prétendus vices du consentement et de l'action en responsabilité fondée sur les prétendus manquements aux obligations de banquier prestataire de services d'investissement ; qu'ainsi l'ensemble des demandes de la Commune d'AUBAGNE à son encontre, fondées sur la prétendue nullité des contrats de swap sur les moyens de leur illicéité et des vices du consentement et sur sa responsabilité au titre de prétendus manquements à ses obligations sont éteintes par effet de la novation; qu'elle ajoute que toute demande de la Commune d'AUBAGNE portant sur le protocole du 23 octobre 2009 est irrecevable à son encontre faute de qualité à défendre, sa responsabilité contractuelle ne pouvant être recherchée ;

Considérant que RBS Plc prétend que les demandes de la Commune d'AUBAGNE au titre des contrats de swap sont irrecevables à son égard ; qu'elle rappelle que les deux contrats de swap litigieux ont initialement été conclus entre ABN AMRO et la Commune d'AUBAGNE, le premier en janvier 2007, le second en février 2008, et que ce n'est qu'à la suite du rachat par le Groupe RBS des activités de banque de financement et d'investissements du Groupe ABN AMRO que les obligations nées des deux contrats de swaps litigieux lui ont été transférées par voie de novation et avec le consentement, réitéré, de la Commune d'AUBAGNE ; qu'en conséquence de la novation intervenue et expressément acceptée par la Commune d'ALBAGNE, deux liens de droit, juridiquement et chronologiquement distincts, lient la Commune d'AUBAGNE, d'abord à ABN AMRO, de janvier 2007 et février 2008 jusqu'au 4 février 2009, ce lien de droit étant toutefois supposé ne plus exister et donc ne plus produire aucun effet à compter de cette date, ensuite à RBS, du 4 février 2009 au 28 juillet 2009, date de la résiliation des deux contrats de swap conclus entre la Commune et RBS ; que toutes les critiques de la commune d'Aubagne, à l'exception du TEG et de la nullité du protocole, visent exclusivement la période initiale de conclusion des deux contrats de swap litigieux et donc le seul lien de droit, éteint, ayant existé entre ABN-AMRO et la Commune d'AUBAGNE ; qu'en toutes hypothèses, ces demandes sont irrecevables en ce qu'elles sont dirigées contre elle que, subsidiairement, elle prétend., à supposer que la cour prononce la nullité des deux contrats de swaps litigieux, qu'il faudrait que la Commune d'AUBAGNE établisse que la nullité est susceptible d'emporter la nullité du protocole et qu'elle est susceptible de se voir opposer les conséquences de cette nullité, ce qui a été exclu de la convention novatoire

Considérant que selon l'article 1271 du code civil, dans sa rédaction applicable à l'espèce, la novation s'opère de trois manières :

« 1° Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte ;

2° Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier ;

3° Lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien en vers lequel le débiteur se trouve déchargé » ;

que selon l'article 1273, dans sa rédaction applicable à l'espèce, la novation ne se présume point ; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte »

Considérant que le 22 janvier 2009, la société ABN-AMRO a adressé au maire de la Commune d'AUBAGNE le courrier suivant "Objet Transfert des opérations sur instruments financiers à termes de ABN AMRO BANK NV vers THE ROYAL BANK OF SCOTLAND plc (en gras par la cour)

Monsieur le Maire,

Dans le cadre du rachat par le Groupe RBS des activités de banque d'affaires et d'investissement du Groupe ABNAMRO, nous envisageons de transférer prochainement les opérations sur instruments financiers à terme conclues entre LA VILLE d'AUBAGNE et ABN AMRO BANK NV vers THE ROYAL BANK OF SCOTLAND PLC (RBS) par voie de novation, conformément aux dispositions des articles 1271 et suivants du Code Civil. La présente lettre pour objet de recueillir votre accord sur ce transfert et les modalités qui lui seront applicables telles que détaillées ci-après (en gras par la cour)

1-La Ville d'Aubagne et ABN AMRO ont conclu, le 8 octobre 2002, une Convention-cadre FBF relative aux Opérations sur Instruments Financiers à terme (la Convention ABN AMRO° régissant l'ensemble de leurs opérations sur instruments financiers à termes (les Opérations ABN AMRO), chacune constatée par une Confirmation (tel que ce terme est défini dans le Convention ABN AMRO, et chacune une Confirmation ABN AMRO »).

2. A compter de la date de signature de la présente lettre par la Ville d'Aubagne, une nouvelle Convention-Cadre FBF Relative aux Opérations sur Instruments Financiers à Termes sera réputée conclue entre la Ville d'Aubagne et RBS (la Nouvelle Convention RBS), dont les termes seront identiques à ceux figurant dans la Convention ABN AMRO, à l'exception de toute modification nécessaire pour refléter le fait que RBS se substitue à ABNAMRO, (en gras par la cour)

notamment des modifications suivantes :

- Toute - référence au nom de ABN AMRO sera réputée désigner RBS (en gras par la cour) (THE. ROYAL BANK OF SCOTLAND PLC, une société anonyme (public limited Company) de droit écossais, dont le siège social est situé [...] en Ecosse, immatriculée sous le numéro [...])
- Les notifications ou communications adressées à RBS (à l'exclusion de celles relatives à un Cas de Défaut ou une Circonstance Nouvelle) devront être envoyées à Adresse; c/o RBSGlobal Banking & Markets, [...] " Attention; Swaps Administration Fax; [...] Téléphone; [...]
- Les notifications ou communications adressées à RBS relatives à un Cas de Defaut ou de Circonstance Nouvelle devront être envoyées à

Adresse; c/o RBS Global Banking & Markets, [...] Attention . ' Head of Legal Global Banking & Markets (Directeur des affaires juridiques, des services bancaires internationaux et des marchés, Fax ; [...]])

3. A compter de la date de signature de la présente lettre par la Ville d'Aubagne, RBS pourra notifier la Ville d'Aubagne, en une ou plusieurs fois, par écrit, courrier postal, courrier électronique ou télécopie de la date ou des dates de réalisation de ta novation (. ..) d'une ou plusieurs Opérations ABN AMRO, cette notification devant être adressée au moins 10 Jours Ouvrés avant la date de novation retenue.

4. A compter de la Date de Novation et pour chaque Opération ABNAMRO concernée :

- La Ville d'Aubagne et ARN AMBO n'auront plus aucun droit et ne seront plus tenues à aucune obligation l'une envers l'autre (notamment de paiement de livraison ou autre), à l'exception toutefois de tout droit né ou de toute obligation exigible ou devant être exécutée avant la Date de Novation, conformément aux modalités de l'Opération ABN AMRO concernée;
- Une nouvelle opération (la Nouvelle Opération RBS), dont les termes seront identiques à ceux de l'Opération ABN AMRO concernée, sera réputée conclue entre la Ville d'Aubagne et RBS, suivant laquelle RBS sera tenue aux mêmes obligations (de paiement, de livraison ou autre) que celles qui incombaient précédemment à ABN AMRO dans le cadre de l'Opération ABN AMRO concernée, et la Ville d'Aubagne restera tenue aux mêmes obligations (de paiement, de livraison, ou autre,) que celles lui incombant précédemment dans le cadre de l'Opération ABNAMBO concernée, à l'exception toutefois de toute obligation exigible ou devant être exécutée avant la Date de Novation, conformément aux modalités de l'Opération ARN AMRO concernée. (En gras par la cour)

5. Chaque Nouvelle Opération BBS sera soumise à la Nouvelle Convention RBS, dont elle fera intégralement partie et restera constatée par la Confirmation ABN AMRO concernée, sous réserve de toute modification nécessaire pour refléter le fait que RBS se substitue à ABN AMRO à toutes fins, (en gras par la cour), notamment des modifications suivantes

- toute référence, dans une Confirmation ABN AMRO, au nom de ABN AMRO sera réputée désigner RBS (THE. ROYAL BANK OF SCOTLAND PLC, une société anonyme (public limited Company) de droit écossais, dont le siège social est situé [...] en Ecosse, immatriculée sous le numéro [...]) ;

- toute référence, dans une Confirmation ABN AMRO, à ABN AMIRO, agissant par l'intermédiaire d'une succursale ou d'un bureau particulier, sera réputée constituer une référence à RBS agissant par l'intermédiaire de sa succursale de Londres (en gras par la Cour)

6. En signant la présente lettre, ABN AMRO, RBS et la Ville d'Aubagne déclarent, chacune pour ce qui la concerne (étant précisé que chacune des déclarations suivantes sera réputée réitérée à chaque Date de Novation,)

- avoir tout pouvoir et capacité pour signer la présente lettre, exécuter les obligations en résultant et ont pris toutes mesures nécessaires pour autoriser la signature et l'exécution de la présente
- que la signature et l'exécution de la présente lettre ne contreviennent à aucune loi ou réglementation leur étant

applicable, ni à aucune disposition de leurs statuts ou autres documents constitutifs respectifs

et qu'aucun manquement, cas de défaut, circonstance nouvelle ou autre cause de résiliation anticipée n'est intervenu à leur rencontre dans le cadre de la Convention ABN AMRO ou de la Nouvelle Convention RBS selon le cas ou n'était en cours juste avant la signature de la présente lettre, ou n'est susceptible de se produire suite à la signature de la présente lettre ou à l'exécution de leurs obligations résultant de la présente lettre.

Nous vous remercions de bien vouloir nous confirmer votre accord sur les termes de la présente lettre en nous retournant un exemplaire signé pour le 7 février 2009 au plus tard

Considérant que la Commune d'AUBAGNE a retourné un exemplaire de ce courrier, daté du 4 février 2009, signé, et portant les mentions, dactylographiées « accepté pour la Ville d'Aubagne par » et manuscrites « K... F... Maire »

Considérant que le 24 avril 2009, la Commune d'AUBAGNE a écrit à RBS Plc une lettre ainsi rédigée

"Objet : Restructuration d'opérations d'échanges de taux

Monsieur.

Nous faisons suite à nos récentes discussions concernant la gestion de la dette de la Commune d'Aubagne.

Comme nous vous l'avons indiqué, la Commune d'Aubagne fait appel aux marchés financiers, depuis plusieurs années, afin de financer sa politique d'investissement. Dans ce cadre elle s'est également engagée dans une politique active de gestion de sa dette afin de se prémunir contre les risques liés à l'évolution défavorable des taux d'intérêts et minimiser ses charges financières, y compris en ayant recours à des opérations sur instruments financiers à terme. Comme d'autres emprunteurs, nous sommes aujourd'hui affectés par les récentes difficultés économiques, les variations des taux d'intérêts pouvant avoir un impact significatif sur les charges financières supportées par la Commune d'Aubagne. qu'il s'agisse de charges liées à nos emprunts ou de celles résultant d'opérations sur instruments financiers à terme que nous avons conclus avec différents établissements bancaires.

Face à ses difficultés nous souhaitons conforter tout au long du présent mandat la politique visant à pérenniser la situation financière de la Commune d'Aubagne. Cette stratégie financière repose essentiellement sur la maîtrise de notre budget de fonctionnement et la diminution de l'encours de dette. A toutes fins utiles, nous vous confirmons ci-après les principaux éléments de cette politique tels qu'ils ont été évoqués avec vous au cours de nos entretiens du 17 février et du 01 avril 2009.

Capacité de désendettement

(
)

Produits exceptionnels

Nous envisageons d'affecter dans la mesure du possible chacun des produits exceptionnels qui pourraient être perçus par la Commune d'Aubagne (notamment suite à la cession de toute immobilisation,) au remboursement anticipé de nos dettes d'emprunts ou au réaménagement d'opérations sur instruments financiers à terme afin de mieux maîtriser nos charges et risques financiers.

Nouveaux emprunts

Nous entendons limiter le montant des nouveaux emprunts que nous pourrions être amenés à contracter afin de mettre en oeuvre la politique d'investissement de la Commune d'Aubagne de sorte que l'encours total de la dette d'emprunt soit progressivement réduit à raison d'un million d'euros par an jusqu'au terme du mandat de l'équipe municipale en

place. Ici encore cet effort sera poursuivi si le mandat de l'équipe municipale en place est renouvelé au-delà de l'année 2014.

D'autre part, nous ferons en sorte que les charges afférentes aux nouveaux emprunts de la Commune d'Aubagne ou le cas échéant aux nouvelles opérations sur instruments financiers à terme qu'elle pourrait conclure soient dans la mesure du possible calculées sur la base d'un taux fixe, d'un taux EURIBOR ou d'un taux Tag ou TAM.

Par ailleurs nous procédons actuellement à une revue des opérations sur instruments financiers à terme que nous avons pu conclure avec différents établissements bancaires et examinons différentes possibilités de réaménagement pour maîtriser au mieux nos charges et risques financiers en résultant.

A ce titre, nous avons évoqué avec vous, au cours de nos entretiens du 17 février et du 01 avril 2009 le réaménagement éventuel de deux opérations sur instruments financiers à terme suivantes, initialement conclues avec ABN AMRO Bank NV pour lesquelles votre établissement est désormais notre contrepartie par l'effet d'une lettre de novation du 22 janvier 2009 que vous nous avez adressée dans le cadre du rachat de certaines activités du groupe ABN AMRO et que nous avons acceptée le 4 février 2009, à savoir:

-- une opération d'échange de conditions d'intérêts conclue le 13 février 2008 ayant fait l'objet d'une confirmation portant la référence OSRAMS [...] et

- une opération d'échange de conditions d'intérêts conclue le 19 janvier 2007, ayant fait l'objet d'une confirmation portant la référence OSRAMS [...].

Ces deux opérations figurent parmi celles que nous souhaitons voir réaménagées afin notamment d'éliminer le risque "cumulatif" supporté par la Ville d'Aubagne pouvant l'entraîner, compte tenu de la situation actuelle des marchés financiers, à devoir régler des intérêts calculés sur la base d'un taux défavorable jusqu'à l'échéance de chacune de ces opérations. (En gras par la cour)

Nous avons pris bonne note du fait que vous seriez disposés à accepter le réaménagement de ces deux opérations afin de nous accompagner dans le cadre de la politique financière que nous souhaitons mettre en oeuvre et en considération, notamment des mesures rappelées ci-dessus.

Une fois vos propositions de réaménagement en notre possession et après en avoir mesuré les avantages et les risques nous vous confirmerons notre accord pour pouvoir les finaliser rapidement.

(
)

Contournement à nos discussions, nous vous confirmons que nous souhaitons poursuivre avec vous une relation sur le long terme et que dans ce contexte, nous comptons sur votre coopération active, au-delà du réaménagement des opérations existantes pour nous informer sur l'évolution des opérations en cours entre votre établissement et la commune d'Aubagne (en gras par la cour), s'agissant notamment de leur valeur de marché et de nous aider à saisir le cas échéant, toute opportunité qui pourrait nous faire bénéficier des évolutions favorables des marchés financiers.

Considérant que le protocole conclu le 23 octobre 2009 énonce au paragraphe 5 de son préambule

"Dans ce contexte, la commune d'Aubagne a souhaité examiner les charges financières afférentes à deux opérations sur instruments financiers à terme initialement conclues avec ABN AMRO Bank N. V (les Opérations ABN AMRO), pour lesquelles RBS est devenue la contrepartie d'Aubagne par l'effet d'une lettre de novation du 22 janvier 2009, acceptée le 4 février 2009 par la Commune d'Aubagne à savoir:

-- une opération d'échange de conditions d'intérêts conclue le 13 février 2008 ayant fait l'objet d'une confirmation portant la référence OSRAMS [...] et

- une opération d'échange de conditions d'intérêts conclue le 19 janvier 2007, ayant fait l'objet d'une confirmation portant la référence OSRAMS [...]. (En gras par la cour)

Il est rappelé ici que la Commune d'Aubagne, en concluant les Opérations ABN AMRO souhaitait couvrir ses charges d'intérêts au titre de deux emprunts obligataires. A ce jour, la Commune d'Aubagne reçoit des montants calculés sur la base d'un taux variable équivalent à ceux sur lesquels sont calculés les intérêts versés par la Commune au titre de cet emprunt obligataire, moyennant le paiement d'un taux variable déterminé en fonction de l'évolution de certaines conditions de marché"

Considérant qu'il résulte du premier de ces courriers que la banque ABN MVIRO, a, de façon expresse, explicite, claire et précise, exposé à la Commune d'AUBAGNE le projet pour lequel elle sollicitait son accord que les tenues employés "transfert" "substitution", ""novation", la mention du texte du code civil régissant la novation, sont dépourvus d'équivoque comme d'ambiguïté ; que le 4 février 2009 la Commune d'AUBAGNE a accepté la novation par contre-signature de cette lettre

Considérant que le courrier du 24 avril 2009, qui fait suite à deux rencontres entre la Commune d'AUBAGNE et RBS Plc, émane de la Commune d'AUBAGNE ; qu'en prenant l'initiative de solliciter, auprès de RBS Plc, le réaménagement des deux contrats de swap conclus avec ABN-AMRO et en qualifiant la lettre du 22 janvier 2006 de "lettre de novation que nous avons acceptée le 4 février 2009", la Commune d'AUBAGNE reconnaît, d'une part, que ladite lettre ne portait pas exclusivement sur la convention cadre du 8 octobre 2002 mais, également, sur toutes les opérations subséquentes conclues avec ABN-AMRO, et, d'autre part, que la novation avait été opérée le 4 février 2009 ;

Considérant qu'en signant le protocole le 23 octobre 2009, la Commune d'AUBAGNE a, une nouvelle fois, réitéré son accord, intervenu le 4 février 2009, à la novation des deux contrats de swap ;

Considérant, ainsi, que la Commune d'AUBAGNE, en acceptant la proposition de la banque ABN-AMRO de nover les deux contrats de swap litigieux, en s'adressant à RBS Plc, qualifiée de contrepartie nouvelle, pour réaménager lesdits contrats, en réitérant son accord, a clairement et positivement, dans des écrits intervenus entre les parties et signés par elles, manifesté, sans équivoque, sa volonté de nover ;

Considérant que par l'effet de la novation, voulue par les trois parties, une obligation nouvelle a été créée qui s'est substituée, dc manière simultanée et indissociable, à l'obligation ancienne qui s'est éteinte, corrélativement ;

Considérant ainsi que des rapports de droit successifs ont été créés, d'abord, entre la Commune d'AUBAGNE et ABN-AMRO, jusqu'au 4 février 2009, puis à compter de cette date entre la Commune d'AUBAGNE et RBS Plc ;

Considérant que la novation, en ce qu'elle porte extinction de l'obligation ancienne, a pour conséquence d'effacer toutes actions, exceptions et moyens de défense relatifs à l'obligation éteinte ; que cependant, la validité de l'obligation à éteindre constitue une des conditions essentielles de la novation ; qu'il en résulte que la nullité absolue de l'obligation première peut être invoquée à l'encontre du cocontractant, tant que le délai de prescription n'est pas écoulé et que sauf volonté expresse ou tacite de confirmation de l'acte nul, la nullité relative de l'obligation novée peut être demandée tant que l'action n'est pas prescrite ;

Considérant qu'il se déduit de ce qui précède que, sous réserve des règles relatives à la prescription, la Commune d'AUBAGNE peut demander à l'égard de RBSNV-ex ABN AMRO la nullité des contrats de swap mais ne peut agir en responsabilité contre elle à propos des manquements fautifs et préjudiciables commis lors de la conclusion des contrats de swap litigieux ;

Considérant que la Commune d'AUBAGNE ne peut agir, ni en nullité des contrats de swap, ni en responsabilité, en invoquant des faits antérieurs au 4 février 2009, contre RBS Pic qui est devenue contrepartie postérieurement à cette date ;

Considérant que l'action relative au TEG et la nullité du protocole ne peut être dirigée que contre RBS Pic qui est seule

signataire du protocole ;

Considérant que le jugement déféré sera ainsi partiellement infirmé, et qu'il sera annulé pour excès de pouvoir dans ses dispositions ayant déclaré irrecevables pour cause de prescription les demandes en nullité des contrats de swap pour vice du consentement dirigées contre RBS PLC, alors que ces demandes avaient été déclarées irrecevables contre RBS Plc » ;

ET AUX MOTIFS, EVENTUELLEMENT ADOPTES DES PREMIERS JUGES QUE, « L'article 1271 du code civil dispose que la novation s'opère de trois manières :

1° Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte ;

2° Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier ;

3° Lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien en vers lequel le débiteur se trouve déchargé.

L'article 1273 du code civil dispose que la novation ne se présume pas. Il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte.

En l'espèce, il résulte de la lettre du 22 janvier 2009 adressée par la banque ABN AMRO à M. K... F..., maire de la ville d'Aubagne, que cette banque informait son cocontractant que dans le cadre du rachat par le groupe RBS PLC des activités de banque et d'investissement du groupe ABN AMRO, elle envisageait de transférer prochainement les opérations sur instruments financiers à terme conclues avec la ville par voie de novation, conformément aux dispositions de l'article 1271 du code civil.

Ce même courrier faisant ensuite expressément référence à la convention-cadre FBF du 8 octobre 2002 régissant l'ensemble des opérations sur instruments financiers à terme, chacune constatée par une confirmation.

Il était précisé qu'à la date de la signature de la présente lettre par la ville, une nouvelle convention cadre FBF relative aux opérations sur instruments financiers à termes serait réputée conclue entre la ville et RBS dont les termes seraient identiques à ceux figurant dans l'ancienne convention.

Le point 3 de ce courrier indiquait qu'à compter de la date de signature de la présente lettre par la ville d'Aubagne, RBS PLC pourra notifier à la ville, en une ou plusieurs fois, par écrit, courrier postal, courrier électronique ou télécopie la date ou les dates de réalisation de la novation d'une ou plusieurs opérations ABN AMRO, cette notification devant être adressée au moins 10 jours ouvrés avant la date de novation retenue.

M. K... F... a indiqué accepter pour la ville d'AUBAGNE en contresignant la lettre à la date du 4 février 2009.

La ville d'AUBAGNE fait valoir qu'en dépit de la mention présente au point n° 3 de la lettre du 22 janvier, la société RBS n'a jamais notifié à la ville la date de novation des deux SWAP litigieux de telle sorte que la novation ne peut être considérée comme opérée.

Toutefois, par lettre en date du 24 avril 2009, la ville d'AUBAGNE écrivait à la société RBS PLC pour solliciter la restructuration d'opérations d'échanges de conditions d'intérêt. Ce courrier vise les deux SWAP litigieux pour lesquels la ville s'adresse expressément à RBS pour en évoquer la restructuration en précisant « à ce titre, nous avons évoqué, avec vous, , au cours de nos entretiens du 17 février et du 01 avril 2009 le réaménagement éventuel de deux opérations sur instruments financiers à terme suivantes, initialement conclues avec ABN AMRO Bank NV pour lesquelles votre établissement est désormais notre contrepartie par l'effet d'une lettre de novation du 22 janvier 2009 que vous nous avez adressée dans le cadre du rachat de certaines activités du groupe ABN AMRO et que nous avons acceptée le 4 février 2009, à savoir:

-- une opération d'échange de conditions d'intérêts conclue le 13 février 2008 ayant fait l'objet d'une confirmation portant la référence OSRAMS [...] et

- une opération d'échange de conditions d'intérêts conclue le 19 janvier 2007, ayant fait l'objet d'une confirmation portant la référence OSRAMS [...] ».

Dans ces conditions, il résulte à la fois de l'acceptation de la lettre de novation du 22 janvier 2009 par la ville et des termes de la lettre du 24 avril 2009, mentionnant notamment des entretiens en date des 17 février et du 1er avril 2009 démontrant l'entrée concrète en relation de la société RBS et de la ville, que la commune intention des parties était que soit opérée, par l'effet d'un nouvel engagement, la substitution de la société RBS PLC à la société ABN AMRO, envers laquelle la ville d'AUBAGNE se trouvait dès lors déchargée en particulier pour les opérations de SWAP litigieuses, et ce en application des dispositions de l'article 1271 3) du code civil.

Dès lors, l'action de la ville d'Aubagne en nullité du taux effectif global mentionné au protocole du 23 octobre 2009 et en responsabilité contractuelle dans la conclusion de ce protocole dirigées contre la société ABN AMRO sont irrecevables et ne peuvent être dirigées que contre la seule société RBS PLC »,

1) - ALORS QUE la novation ne se présume pas et doit résulter d'actes non équivoques ; qu'en se fondant, pour retenir la novation des deux contrats de swaps, sur l'accord donné par la commune le 4 février 2009 à un courrier général du 22 janvier 2009 indiquant « nous envisageons de transférer prochainement les opérations sur instruments financiers à terme conclues entre la ville d'Aubagne et ABN AMRO vers THE ROYANL BANK OF SCOTLAND par voie de novation » et prévoyant expressément qu'après acceptation du principe de ce transfert, la novation de chaque opération ferait l'objet d'une notification qui en préciserait la date (point 3 du courrier – prod.), ce dont il résultait clairement que ce document ne valait pas novation par lui-même, la cour, qui a manifestement refusé de prendre en considération ces stipulations du contrat, a violé les dispositions de l'ancien article 1134 du code civil,

2) - ALORS QUE la novation ne se présume pas et doit résulter d'actes non équivoques ; qu'en se fondant, pour retenir la novation des deux contrats de swap, sur le courrier de la commune de 24 avril 2009 et sur les mentions du protocole du 23 octobre 2009 mentionnant une novation quand il résultait clairement du courrier du 22 janvier 2009 tel qu'accepté par la commune le 4 février 2009 que la novation des contrats était subordonnée à une notification pour chaque contrat en précisant la date, la cour, qui a ignoré ces stipulations du contrat, a violé les dispositions de l'ancien article 1134 du code civil ;

3) - ALORS QUE la novation ne se présume pas et doit résulter d'actes non équivoques ; qu'en se fondant, pour caractériser la novation des deux contrats de swap, sur les mentions d'un courrier du 24 avril 2009 de la commune et sur celles du protocole d'accord du 23 octobre 2009 mentionnant la novation des contrats de swap, sans rechercher, comme elle y était invitée, si le fait que la société RBS Plc s'était présentée au cours des négociations des contrats de swaps litigieux, pendant l'année 2009, comme mandataire du contractant initial n'excluait pas la novation, la cour a privé sa décision de base légale au regard des dispositions de l'ancien article 1271 du code civil ;

4) - ALORS QUE la novation ne se présume pas et doit résulter d'actes non équivoques ; qu'en se fondant, pour caractériser l'intention novatoire à l'égard de deux contrats de swaps, sur un courrier général du 22 janvier 2009 auquel la commune a donné son accord ne visant nullement les contrats de swaps litigieux, et sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'absence de renonciation à toute mise en cause de la responsabilité contractuelle de la société ABN AMRO ne faisait pas obstacle à la caractérisation de l'intention novatoire, la cour a privé sa décision de base légale au regard des dispositions de l'ancien article 1271 du code civil ;

5) - ET ALORS, SUBSIDIAIREMENT, QUE le manquement aux obligations d'information et de conseil est un manquement précontractuel qui n'est pas affecté par la novation du contrat qu'il précède ; qu'en se fondant, pour regarder comme irrecevables les demandes indemnitaires de la commune à l'encontre de RBSNV ex ABN AMRO, sur la seule circonstance que les contrats de swap avaient fait l'objet d'une novation, laquelle n'avait pas pour effet d'éteindre la responsabilité précontractuelle de RBSNV, la cour a violé les dispositions de l'article 1382 du code civil.

DEUXIÈME MOYEN DE CASSATION.

Le moyen reproche à l'arrêt partiellement infirmatif d'avoir débouté la commune de ses demandes fondées sur le caractère erroné du TEG mentionné au protocole du 23 octobre 2009

AUX MOTIFS QU' « il doit être rappelé que les demandes relatives au TEG qui est mentionné dans le protocole du 23 octobre 2009 ne peuvent être dirigées que contre RBS Plc;

Considérant que les premiers juges ont dit qu'il résultait de la commune intention des parties qu'elles ont souhaité, d'une part, afficher la mention d'un taux effectif global dans le protocole d'accord du 23 octobre 2009 et, d'autre part, soumettre cette stipulation contractuelle aux dispositions du code monétaire et financier et du code de la consommation relatives au taux effectif global que la banque RBS Plc, qui se borne à affirmer que les dispositions du code de la consommation ne sont pas applicables au protocole du 23 octobre 2009, ne conteste, ni la méthode de calcul utilisée par la ville pour démontrer l'inexactitude du taux d'intérêt appliqué dans l'échéancier, ni même le caractère inexact de ce taux ; que, dès lors, et dans la mesure où la Commune d'AUBAGNE fait valoir, sans être contredite par la banque, que le taux d'intérêt mentionné est différent du taux d'intérêt effectivement appliqué pour le calcul de l'échéancier annexé audit protocole, le taux effectif global mentionné, identique au taux d'intérêt, doit nécessairement être considéré comme erroné ; qu'ils ont donc annulé la stipulation d'intérêt conventionnel et ordonné la stipulation du taux légal

Considérant que la Commune d'AUBAGNE affirme, en produisant divers calculs que le Taux Effectif Global de 4.49% contenu au Protocole du 23 octobre 2009 est erroné et soutient que la stipulation de l'intérêt conventionnel doit être annulée et que le taux légal doit s'appliquer dès l'origine et que, contrairement à ce qui a été jugé par le Tribunal, il y a lieu de substituer le taux légal au taux conventionnel également en ce qui concerne les échéances impayées ; qu'elle souligne que "le Taux Effectif Global (TEG) des intérêts de 4,49% l'an applicable à cet échéancier est mentionné au protocole par référence expresse aux articles L. 313-4 du Code monétaire et financier et L.313-1, L. 313-2, R.3 13-1 et R, 3 13-2 du Code de la consommation ; que le tableau d'amortissement qui lui a été ensuite adressé par la banque RBS Plc en novembre 2011 fait figurer la décomposition en principal et intérêts des échéances annuelles de remboursement (dites "Annuités") dont seul le montant global figurait à l'"Echéancier" constituant l'Annexe I du protocole ; qu'en réplique à la société RBS PLC, elle soutient que la banque, qui par la seule mention des textes dans le protocole, a analysé le financement comme un prêt ou une opération de crédit au sens des dispositions qu'ils contiennent et est mal fondée à réfuter la commune intention des parties, fait un amalgame et évoque les opérations de crédit qui impliquent une mise à disposition de fonds alors que, dans l'espèce, la banque a consenti un prêt qui est un contrat consensuel, et non pas un contrat réel; qu'en effet "la banque RBS Plc lui a consenti un crédit, en mettant à sa disposition les fonds dont elle s'est, contrainte et forcée, reconnue débitrice à son égard, moyennant son obligation de les lui rembourser à titre onéreux, c'est-à-dire moyennant le reversement d'intérêts" ; qu'elle ajoute que la banque retient une interprétation particulièrement erronée des dispositions de l'article R.313-1 du code de la consommation et que l'exclusion prévue aux personnes morales de droit public ne saurait être considérée comme applicable à l'ensemble du texte et notamment pas à la seconde phrase prévoyant que le taux de période et la durée de la période doivent être expressément communiqués à l'emprunteur ; qu'il appartient à RBS Plc de préciser ces mentions impératives du contrat de prêt ;

Considérant que RBS Plc rappelle que devant le tribunal elle a soutenu, ce qu'elle maintient, que le protocole du 23 octobre 2009 ne pouvait, par sa nature et son objet, être assimilé à une opération de crédit et que les dispositions du code monétaire et financier et du code de la consommation, ne pouvaient donc être appliquées au cas d'espèce, ces dernières ne pouvant au surplus, s'appliquer à une personne morale de droit public ; qu'elle affirme que la question de la "commune intention des parties" n'a jamais été abordée en première instance, que les premiers juges ont violé le principe de la contradiction, qu'il n'était certainement pas dans son intention de se soumettre volontairement à une règle dont la sanction prétorienne s'avère particulièrement déséquilibrée, dans les circonstances très particulières ayant précédé à la conclusion du Protocole du 23 octobre 2009, puisque c'est la Commune d'AUBAGNE qui a souhaité trouver une solution de réaménagement auprès d'elle après la novation des swaps initialement conclus avec ABN AMRO et qui a fait un choix politique en demandant la résiliation anticipée des swaps et négociant un règlement échelonné de la soule de résiliation, négociations au cours desquelles ni le taux d'intérêt ni encore moins le TEG n'ont été abordés ; qu'elle insiste sur le fait qu'en aucun cas, il ne s'agissait pour elle d'accorder un crédit, mais d'assurer une parfaite neutralité, sur le plan financier, au règlement échelonné demandé par la Commune, l'échelonnement se faisant sur une période

particulièrement longue ; qu'elle explique que la référence aux textes dans le Protocole du 23 octobre 2009 relève simplement de l'habitude qu'elle indique qu'en tout état de cause, et au-delà du bien-fondé du raisonnement de la Commune au cas particulier, qu'en application des dispositions du Code de la consommation et, plus particulièrement, de son article L. 313-2, seule l'omission du taux effectif global dans un contrat de prêt est sanctionnée. ; qu'elle déclare que la substitution du taux d'intérêts légal au taux conventionnel en cas d'absence de taux effectif global, de même que l'assimilation du taux effectif global erroné, pour sanctionner cette erreur, à l'absence de taux effectif global sont des règles purement prétoriennes, sans fondement légal, très critiquables, la substitution étant contraire aux principes les plus fondamentaux de notre droit, dont le principe à valeur constitutionnelle de sécurité juridique et le principe de la réparation intégrale du préjudice, et constituant par son caractère systématique une sanction déconnectée du préjudice réellement subi par l'emprunteur, sanction qui apparaît alors davantage comme une peine et se heurte au principe de proportionnalité ; qu'elle ajoute que la Commune d'AUBAGNE ne prouve pas, d'une part, que le taux effectif global tel que mentionné dans le protocole, à supposer que celui-ci puisse être qualifié de contrat de prêt, ce qu'elle réfute, constituerait une indication non conforme à son souhait, à ses engagements, et pour laquelle elle n'aurait pas reçu d'information suffisante, d'autre part, que la Commune ne démontre pas non plus avoir subi un préjudice équivalent à la réparation qu'elle sollicite ; qu'à titre subsidiaire, la banque demande que la sanction prononcée ne soit pas la substitution de l'intérêt au taux légal mais la réduction des annuités du protocole sur la base du taux d'intérêt valablement consenti

Considérant que la lecture des pièces 12 à 21 de la banque démontre que les échanges entre la Commune d'AUBAGNE et RBS Plc, qui ont précédé la conclusion du protocole, n'ont jamais porté sur le TEG, auquel aucune allusion ni référence n'est faite, ni même d'ailleurs sur le taux d'intérêt ;

Considérant que le protocole signé par la Commune d'AUBAGNE le 23 octobre 2009 s'intitule "protocole portant rééchelonnement de dettes" ; qu'il est ainsi rédigé « la Commune d'Aubagne mène depuis plusieurs années, une politique d'investissements en ayant recours à diverses solutions de financements, impliquant le cas échéant de faire appel aux marchés financiers. Elle fait ainsi régulièrement appel aux équipes dédiées aux métiers de banque de financement et d'investissement de plusieurs institutions françaises ou étrangères. 2. Les enjeux liés aux charges financières induites par une telle politique ont bien évidemment une importance significative dans les finances communales. En conséquence, la commune d'Aubagne s'est engagée dans une politique active de gestion de sa dette et de ses risques liés à l'évolution défavorables des taux d'intérêts en utilisant notamment certains instruments financiers à terme. 3. Dans ce cadre, le Conseil Municipal a ainsi autorisé le Maire, par plusieurs délibérations, depuis 2002, à conclure de manière régulière des opérations d'échange de conditions d'intérêts permettant de modifier la structure et le montant des charges financières résultant des financements mis en place par la Commune. Des opérations de ce type ont ainsi été effectivement conclues par la Commune d'Aubagne en vue de gérer la situation financière de la Commune au mieux de ses intérêts compte tenu du contexte de marché prévalant à leurs dates de conclusion. 4 Les difficultés affectant l'économie mondiale ont récemment créé une volatilité et des variations brutales de grande amplitude des taux d'intérêts en vigueur. Pour de nombreux emprunteurs ces variations se sont traduites par une dégradation significative de leurs conditions d'endettement résultant des solutions de financements en place ou des opérations d'échanges de conditions d'intérêts souscrites aux fins de couvrir les charges financières y afférent. Ainsi les charges financières de la Commune d'Aubagne ont d'ores et déjà augmenté dans des proportions importantes, cette tendance devant vraisemblablement se poursuivre compte tenu des conditions économiques actuelles. 5. Dans ce contexte, la commune d'Aubagne a souhaité examiner les charges financières afférentes à deux opérations sur instruments financiers à terme initialement conclues avec ABNAMRO Bank N. V Ces Opérations ABNAMRO, pour lesquelles RBS est devenue la contrepartie d'Aubagne par l'effet d'une lettre de novation du 22 janvier 2009, acceptée le 4 février 2009 par la Commune d'Aubagne à savoir - une opération d'échange de conditions d'intérêts conclue le 13 février 2008, ayant fait l'objet d'une confirmation portant la référence OSRAMS [...] et une opération d'échange de conditions d'intérêts conclue le 19 janvier 2007, ayant fait l'objet d'une confirmation portant la référence OSRAMS [...]. Il est rappelé ici que la Commune d'Aubagne, en concluant les Opérations ABN AMRO souhaitait couvrir ses charges d'intérêts au titre de deux emprunts obligataires. A ce jour, la Commune d'Aubagne reçoit des montants calculés sur la base d'un taux variable équivalent à ceux sur lesquels sont calculés les intérêts versés par la Commune au titre de cet emprunt obligataire, moyennant le paiement d'un taux variable déterminé en fonction de l'évolution de certaines conditions de marché. 6. De nombreux échanges sont alors intervenus entre RBS et la Commune d'Aubagne concernant l'opportunité et les possibilités de réaménager les Opérations ABN AMRO. Par une lettre du 24 avril 2009, la commune d'Aubagne faisait ainsi part à RBS de

son intention de mettre en oeuvre un certain nombre de mesures visant à pérenniser sa situation financière selon les principes directeurs suivants: - réduction de sa capacité dynamique de désendettement ; attestation [il faut lire affectation], dans la mesure du possible des produits exceptionnels au désendettement ou au réaménagement des opérations sur instruments financiers à terme avec pour objectif de mieux maîtriser les charges et risque financiers de la Commune d'Aubagne ; limitation du recours aux nouveaux emprunts afin de réduire l'encours total de la dette d'emprunt de la ville au rythme de un million d'euros par an. 7. Dans ces conditions, en considération des mesures devant être mises en oeuvre par la Commune d'Aubagne suivant sa lettre du 24 avril 2009, RBS a accepté, à la demande de la Commune d'Aubagne, de procéder à la résiliation anticipée des Opérations ABN AMRO, en date du 29 juillet 2007 (la Date de Résiliation Anticipée, de sorte que la Commune d'AUBAGNE et RBS sont définitivement déliées de toutes obligations au titre des Opérations ABN AMRO, à l'exception du paiement d'un montant par la Commune d'Aubagne (le Solde de Résiliation) correspondant à la somme des Valeurs de Remplacement (tel que ce terme est défini dans la Convention Cadre AFB signée entre les Parties) des Opérations ABN AMRO résiliées, telle qu'acceptée par la Commune d'Aubagne. Les Parties reconnaissent que le Solde de Résiliation s'élève à 34 680 000 (trente-quatre millions six cent quatre-vingt mille) euros en faveur de RBS, correspondant à une Valeur de Remplacement des Opérations ABN AMRO de 24 800 000 (vingt quatre millions huit cent mille) euros pour l'opération portant la référence OSRAMS [...] et de 9 860 000 (neuf millions huit cent quatre-vingt mille) euros pour l'opération portant la référence OSRAMS [...], à la Date de Résiliation Anticipée. 8. En outre, RBS et la Commune d'Aubagne sont convenus de mettre en place deux nouvelles opérations d'échanges de conditions d'intérêts portant respectivement la référence [...] [...] (les nouvelles Opérations RBS), destinées à couvrir le risque supporté par la Commune d'Aubagne au titre de son exposition aux variations des taux d'intérêts résultant des deux emprunts obligataires. 9. La Commune d'Aubagne ne pouvant, dans l'immédiat, payer le Solde de Résiliation, les Parties se sont rapprochées et ont convenu d'échelonner le paiement du Solde de Résiliation selon les dispositions du présent Protocole. Ceci ayant été exposé, il est convenu ce qui suit

1. Mise en place d'un échéancier

Afin d'assurer le paiement du Solde de Résiliation par la Commune d'Aubagne à RBS, les Parties conviennent que:

□ La Commune d'Aubagne versera à RBS, au cours de l'année 2009, un montant égal à un million (1.000.000) d'euros (la Somme versée en 2009) comme suit :

- i. 500.000 (cinq cent mille) euros le 19 octobre 2009
- ii. 500.000 (cinq cent mille) euros le 21 décembre 2009

-La différence entre le Solde de Résiliation et la Somme Versée en 2009 sera réglée par la commune d'Aubagne à RBS selon les annuités prévues par l'échéancier figurant en Annexe I, aux dates de paiements figurant dans cet échéancier (les Annuités).

- Les Annuités portent intérêt au taux de 4.49 % l'an, de sorte que la somme des Annuités dues après actualisation selon ce taux soit équivalente au paiement immédiat du Solde de Résiliation moins la somme versée en 2008. Selon les dispositions des articles L. 313-4 du code monétaire et financier, L 313-1 et L 313-2, R 313-1 et R 313-2 au code de la consommation, le Taux Effectif Global applicable dans le cadre de l'échelonnement du Solde de Résiliation est ainsi égal à ce taux de 4.49% l'an indiqué ci-dessus (soit un taux de période de 4,49 % pour une période de un an).

2. Révision de l'échéancier

Le cas échéant, la Commune d'Aubagne pourra à tout moment solliciter RBS afin de réviser l'échéancier figurant en Annexe I, dans la mesure où elle souhaiterait affecter tout produit exceptionnel ou toute autre ressource dont elle pourrait disposer au remboursement de ses obligations au titre du présent Protocole, afin de réduire le montant des annuités ou la durée de l'échéancier, tels que prévus initialement en Annexe.

1. Les parties négocieront de bonne foi un nouvel échéancier sur la base de l'échéancier précédemment applicable et d'un taux d'actualisation qui reflètera les coûts de refinancement de RBS selon les conditions de marché prévalant à la

date de révision de l'échéancier.

Plus généralement, les Parties acceptent de s'entretenir au moins deux fois par an pour faire un point sur les conditions d'exécution du présent Protocole et les difficultés rencontrées le cas échéant (.) »

Considérant qu'il résulte de ces stipulations, qui sont claires et précises, dénuées de toute équivoque et de toute ambiguïté, que l'intention commune et certaine des parties a été, de première part, de procéder à la résiliation des deux contrats de swap conclus avec ABN-AMRO, de deuxième part, de chiffrer le montant de la soulte de résiliation prévue par la convention cadre consécutivement à cette résiliation, de troisième part, de prévoir un échéancier de remboursement de ladite soulte ;

Considérant que les textes visés dans le protocole disposent, s'agissant-

- de l'article 313-I du code de la consommation : "dans tous les cas, pour la détermination du taux effectif global du prêt, comme pour celle du taux effectif pris comme référence, sont ajoutés aux intérêts, les frais, commissions ou rémunérations de toute nature, directe ou indirecte, y compris ceux qui sont payés ou dus à des intermédiaires intervenus de quelque manière que ce soit dans l'octroi du prêt, même si ces frais, commissions ou rémunérations correspondent à des débours réels"

- de l'article L313-2 du code de la consommation : " le taux effectif global déterminé comme il est dit à l'article L313-1 doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt régi par la présente section"

- de l'article 313-1 du Code monétaire et financier "Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie"

- de l'article R 313-1 du code de la consommation : "Sauf pour les opérations de crédit mentionnées au 3° de l'article L. 311-3 [crédits destinés à financer une activité professionnelle] et à l'article L. 312-2 du présent code [crédits immobiliers] pour lesquelles le taux effectif global est un taux annuel, proportionnel au taux de période, à terme échu et exprimé pour cent unités monétaires, le taux effectif global d'un prêt est un taux annuel, à terme échu, exprimé pour cent unités monétaires et calculé selon la méthode d'équivalence définie par la formule figurant en annexe au présent code. Le taux de période et la durée de la période doivent être expressément communiqués à l'emprunteur. Le taux de période est calculé actuariellement à partir d'une période unitaire correspondant à la périodicité des versements effectués par l'emprunteur. Il assure selon la méthode des intérêts composés, l'égalité entre, d'une part, les sommes prêtées et, d'autre part, tous les versements dus par l'emprunteur au titre de ce prêt, en capital, intérêts et frais divers, ces éléments étant, le cas échéant, estimés.

Lorsque la périodicité des versements est irrégulière, la période unitaire est celle qui correspond au plus petit intervalle séparant deux versements. Le plus petit intervalle de calcul ne peut cependant être inférieur à un mois. Pour les opérations mentionnées au 3° de l'article L. 311-3 et à l'article L. 312-2, lorsque les versements sont effectués avec une fréquence autre que annuelle, le taux effectif global est obtenu en multipliant le taux de période par le rapport entre la durée de l'année civile et celle de la période unitaire. Le rapport est calculé, le cas échéant, avec une précision d'au moins une décimale" que dans l'annexe est indiquée "l'équation de base traduisant l'équivalence des prêts", d'une part, et des remboursements et charges d'autre part"

- de l'article R313-2 du code de la consommation : "lorsqu' il s'agit d'un découvert en compte, le montant du crédit à prendre en considération pour le calcul du taux effectif global est rapporté, selon la méthode des nombres, à une période d'un jour à l'expiration de laquelle il est réputé remboursé en même temps que les agios y afférents. A cet effet chacun des soldes débiteurs successivement inscrits en compte au cours de l'intervalle séparant deux arrêts contractuels est multiplié par sa propre durée en jours. Si le crédit prend la forme d'une ouverture de droits de tirage, le taux effectif global est calculé sur la totalité des droits mis à la disposition du client"

Considérant qu'il résulte de ces textes que toutes les dispositions relatives au taux effectif global sont prévues dans le cadre contractuel d'un prêt, quel que soit sa nature ;

Considérant que l'obligation faite au prêteur d'avoir à mentionner le TEG par écrit est destinée à permettre à l'emprunteur de connaître le coût global du prêt proposé, tous frais compris, et de comparer les différentes propositions des banques prêteuses ;

Considérant que la caractéristique fondamentale d'un prêt ou d'un crédit est le délai qui existe entre l'avance de fonds consentie par une partie et la restitution opérée par l'autre partie ;

Considérant qu'en l'espèce RBS Plc n'a effectué aucune avance de fonds ; qu'elle a accepté que la Commune d'AUBAGNE, qui avait contracté une dette envers elle, consécutive à la résiliation des deux contrats de swap, qui a été préalablement fixée, s'en acquitte de façon étalée dans le temps ;

Considérant que la conclusion d'un échéancier de remboursement des sommes dues par la Commune d'AUBAGNE s'est simplement accompagnée de la fixation d'un taux d'intérêts ; qu'elle n'a suscité aucun frais, commission ou rémunération qui soit intervenu dans son octroi et n'a pas mis d'autres établissements de crédit en concurrence; qu'il est symptomatique à cet égard que le montant du TEG et du taux d'intérêt soient identiques; que le TEG, prévu dans le protocole ne peut faire l'objet d'un calcul tel que prévu par l'article R 313-1 du code de la consommation ; que, dès lors, il ne peut pas être erroné ;

Considérant en conséquence que la mention par la banque, dans le protocole, des textes relatifs au TEG, qui n'ont pas vocation à s'appliquer à des stipulations relatives au paiement d'une dette, c'est-à-dire à des délais de paiement, est dénuée de sens, qu'elle ne peut être créatrice de droit pour l'autre partie contractante qui ne peut pertinemment demander que soit appliqué à l'échéancier l'intérêt au taux légal à la place de l'intérêt du taux contractuel, sur le fondement de dispositions inapplicables à l'espèce

Considérant en conséquence que le jugement déféré sera infirmé et que la Commune d'AUBAGNE sera déboutée de toutes ses demandes relatives à l'annulation de la stipulation d'intérêt contractuel et à la substitution de l'intérêt au taux légal »,

1) - ALORS QUE constitue un contrat de crédit une opération ou un contrat par lequel un prêteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un crédit sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt, y compris sous forme de découvert ou de toute autre facilité de paiement similaire ; qu'en se fondant sur l'absence d'avance de fonds consentie par une partie pour écarter la qualification d'opération de crédit, la cour, a violé, par refus d'application, les dispositions de l'article L 311-1 du code de la consommation et de l'article L. 313-4 du code monétaire et financier,

2) - ALORS QUE l'opération de crédit peut présenter un caractère onéreux ou gratuit et ne suppose donc nullement que celui qui en bénéficie ait mis en concurrence plusieurs établissements bancaires pour comparer les coûts du crédit ; qu'en se fondant sur des motifs inopérants tirés d'une part, de l'absence de frais, commission ou rémunérations du contrat en cause et d'autre part, de l'absence de mise en concurrence de plusieurs établissements bancaires par la commune pour écarter la qualification d'opération de crédit, la cour, a violé, par refus d'application, les dispositions de l'article L 311-1 du code de la consommation et de l'article L. 313-4 du code monétaire et financier ;

3) - ALORS QUE le taux effectif global d'un prêt est un taux annuel, à terme échu, exprimé pour cent unités monétaires et calculé selon la méthode d'équivalence définie par la formule figurant en annexe au présent code, laquelle mentionne des exemples de calcul de taux effectif global ne comportant aucun frais supplémentaire de sorte qu'en jugeant que le taux effectif global ne pouvait être calculé en l'espèce, en l'absence de frais supplémentaire, la cour d'appel a violé, par fausse interprétation, les dispositions de l'article R. 313-1 du code de la consommation, ensemble l'annexe du décret n°2002-928 du 10 juin 2002 pris en application de l'article 1er du décret n° 2002-927 du 10 juin 2002 relatif au calcul du taux effectif global applicable au crédit à la consommation et portant modification du code de la consommation ;

4) - ET ALORS, SUBSIDIAIREMENT, QUE les parties peuvent librement soumettre leur contrat à des dispositions d'ordre

public n'entrant pas dans leur champ d'application ; qu'en regardant les dispositions du code de la consommation et du code monétaire et financier relatives au TEG comme inapplicables en l'espèce, après avoir pourtant constaté que les parties avaient expressément fait référence aux articles L 313-1, L 313-2, R 313-1 et R 313-2 du code de la consommation, et à l'article R 313-1 du code monétaire et financier, la cour d'appel a violé, par refus d'application des termes clairs et non équivoques du protocole d'accord du 23 octobre 2009, les dispositions de l'ancien article 1134 du code civil.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION.

Le moyen reproche à l'arrêt partiellement confirmatif attaqué d'avoir déclaré irrecevable l'action de la commune d'Aubagne, tendant, sur le fondement de la nullité pour dol des contrats de swaps et, subséquentement, du protocole du 23 octobre 2009, à la condamnation in solidum de la société RBS NV et de la société RBS PLC à réparer le préjudice en résultant pour elle,

AUX MOTIFS QUE

« la nullité fondée sur le dol est une nullité relative, donc susceptible de confirmation, laquelle ne se confond pas avec la volonté de nover ;

Considérant que la confirmation d'un acte nul exige, à la fois, la connaissance du vice l'affectant et l'intention univoque de la réparer ;

Considérant qu'il n'est pas établi que ces conditions soient remplies en l'espèce ; que cette demande est donc, en tant que telle recevable contre RBSNV cx ABN-AMRO, sous réserve qu'elle ne soit pas prescrite

Considérant que selon l'article 1304 alinéa 1er du code civil, dans sa rédaction applicable en l'espèce « Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans. Ce temps ne court dans le cas de dol que du jour où il a été découvert »

Considérant, en substance, que la Commune d'AUBAGNE soutient qu'elle est un client non averti, qui était sous la dépendance de la banque ; qu'elle n'a eu aucun moyen de percevoir l'extrême dangerosité des produits complexes et spéculatifs que la banque lui a fait souscrire, ni de connaître l'obligation qui lui incombait de payer une soulte ; qu'elle n'a découvert ces faits et a véritablement pris conscience d'avoir été victime des agissements répréhensibles commis par les banques (qu'au vu) du rapport de décembre de la Commission d'enquête de l'assemblée nationale présidée par Monsieur T... Y... et après avoir adhéré en février 2012 à l'association « acteurs publics contre les emprunts toxiques ; que RBSN V-ex ABN-AMRO lui oppose l'achèvement du délai de prescription à la date de l'assignation Considérant qu'il y a donc lieu d'établir la date à laquelle l'erreur consécutive au dol a été découverte ;

Considérant qu'il résulte des pièces versées aux débats qu'entre 2001 et mars 2014, la Commune d'AUBAGNE était dirigée par Monsieur K... F... (PCF). précédemment adjoint aux finances de la Commune et également vice-président de la communauté d'agglomération du Pays d'Aubagne et de l'Etoile, vice-président du Conseil général et conseiller général qu'il était assisté par plusieurs équipes municipales dont la direction financière et la direction générale des services de la ville, et avait régulièrement recours à des conseils financiers extérieurs, dont la société Fininlev et le cabinet Finance Active ; que la Commune a mené une politique très active de grands travaux en matière d'urbanisme que pour financer ces investissements, elle a mis en oeuvre une politique volontariste de gestion de sa dette auprès de divers établissements bancaires de premier rang, ABN-AMRO, mais aussi Dexia Crédit Local, la Caisse d'Epargne, la Société Générale, le Crédit Mutuel et Natixis ; qu'elle a souscrit, outre des emprunts classiques, des emprunts à taux structurés ou des emprunts obligataires et dès l'année 1996, date à laquelle elle a souscrit un prêt syndiqué de 60 millions de dollars auprès de la banque W...-Q... avec un swap de devises et un swap de taux d'intérêt (pièce 10 RBSNV-ex ABN AMRO) auprès de la banque CDC Marchés, devenue CDC IXIS Capital Markets ; qu'elle a organisé volontairement et majoritairement sa dette autour de produits dits structurés souscrits auprès de plusieurs prêteurs., conformément aux pratiques de gestion active de la dette, en procédant à toute opération de refinancement utile à la gestion des emprunts, ou en utilisant toute forme d'instruments financiers à tenue en vue de couvrir le risque de taux et de change Considérant que le maire de la Commune a lui-même indiqué que "en 2008, à l'issue de la période de forte commercialisation des

emprunts structurés, en particulier par Dexia, 95 % de l'encours [de dette de la Commune] était composé de produits structurés"; qu'au 31 décembre 2008, la Ville d'AUBAGNE présentait une dette globale de 121 952055€ (pièce 14 de la Commune d'AUBAGNE), scindée en emprunts bancaires (56%) et emprunts obligataires (44%), 6 opérations de swap avaient été contractées par la ville (56% en taux fixe et 44% en taux variable); que le Maire a, dans la lettre précitée du 24 avril 2009, déclaré avoir opté pour une gestion dynamique de sa dette; qu'il a dans le cadre de plusieurs conseils municipaux, en 2008 et 2009 (pièces 9, 10, 1 de RBS Plc) revendiqué la gestion remarquable des finances de la ville par les services financiers assistés de spécialistes "parce qu'on prend toutes les garanties", qualifiant la gestion de la dette comme un "travail (accompli) chaque jour chaque moment" et définissant les swaps comme "une espèce d'assurance (prise,) sur les emprunts" et précisant que "la Ville d'AUBAGNE est gagnante à hauteur de 3 millions d'euros depuis 2002 sur les swaps" qu'elle a à plusieurs reprises restructurés; qu'il y a lieu de noter que la Commune d'AUBAGNE ne conteste pas l'affirmation de RBS Pic selon laquelle l'exécution des deux contrats de swap litigieux a généré jusqu'en juillet 2009, un gain financier de plus de 5.1 million d'euros pour la commune et qu'elle a sollicité une notation par une agence et s'est félicitée en 1998 d'être passée de la note BBB+ à A-;

Considérant qu'il ressort de ce qui précède que la Commune d'AUBAGNE est un opérateur averti, disposant d'une équipe dédiée à la gestion active de la dette et ayant noué des relations de partenariats avec plusieurs établissements de crédits depuis plusieurs années; que les deux swaps litigieux n'étaient pas des contrats nouveaux et isolés mais s'inscrivent dans une stratégie ancienne et que la Commune d'AUBAGNE n'était pas captive de RBSNV-ex ABN-AMRO;

Considérant que la convention-cadre signée le 8 janvier 2002 par ABN AMEO et la commune d'Aubagne « pour régir leurs opérations de marché à terme, présentes et futures, les globaliser, en préciser les principes généraux et bénéficier de toutes dispositions législatives s'y appliquant » et soumise au contrôle de légalité prévoit à

-- l'article 6.2 que "chaque partie déclare et atteste lors de la conclusion de la convention et de chaque transaction qu'elle a tout pouvoir et capacité de conclure la convention et toute transaction s'y rapportant et que celles-ci ont été valablement autorisées par ses organes de direction ou par tout autre organe compétent".

-- l'article 6.3 que "chaque partie déclare et atteste lors de la conclusion de la convention et de chaque transaction que la conclusion et l'exécution de la convention et de toute transaction s'y rapportant ne contrevient à aucune disposition des lois décrets règlements, règles de place et statuts (ou autres documents constitutifs) qui lui sont applicables",

- l'article 6.7 "que chaque partie déclare et atteste lors de la conclusion de la convention et de chaque transaction qu'elle dispose des connaissances et de l'expérience nécessaire pour évaluer les avantages et les risques encourus au titre de chaque transaction et ne s'en est pas remis pour ça à l'autre partie

- que l'article 7.3 intitulé "effets de la résiliation" stipule que la résiliation donne droit pour ces transactions au paiement du solde de résiliation

- que l'article 8 est consacré au calcul et au paiement du solde de résiliation Considérant qu'il est constant que la Commune avait dans le cadre de cette convention, procédé antérieurement à 2007 à des opérations de restructuration des contrats de swap donnant lieu à des résiliations et des paiements de soultes, en faveur de la Commune;

Considérant s'agissant de la conclusion du Contrat de swap n° 25 ([...]) en date du 19 janvier 2007 que par courrier électronique du 15 janvier 2007, ABN AMRO a proposé une restructuration du contrat de swap alors en vigueur, le contrat de swap n° 23 en date du 28 juillet 2005, (Pièce n°10 de la Commune d'AUBAGNE), adossée à l'emprunt obligataire du 1er septembre 2005, en ces termes : « nous avons une proposition dont je pense qu'elle peut être attractive à vous faire : Sur les deux opérations de swap en cours, l'une comporte un mark to mark négatif. Il s'agit de celle indexée sur le CMS30-2. Les anticipations de remontée de taux long, la date de première option étant sur 2008 d'autre part, nous laissent penser qu'il ne faut pas y toucher en l'état actuel des choses. En revanche votre autre ligne sur laquelle vous avez un strike sur l'Euribor 12 mois peut présenter un intérêt de renégociation. En effet, le passage de la structure Eur 12M vers une structure de change capée que l'on voit très fréquemment dans les collectivités locales peut se faire sur la base d'un gain net versé à la commune sur 2007"; que Monsieur U... G..., directeur général adjoint du département Finances et Marchés Publiés, auquel le message était adressé a répondu "je ne comprends pas, compte

tenu de la conjoncture actuelle, le sens de ce réaménagement. Cependant, je vous propose de me le décrire sommairement afin que je puisse le regarder avant que nous puissions en discuter"; que le 16 janvier 2007 (pièce n°1) de la Commune d'AUBAGNE), ARN AMRO a adressé sa présentation qui comporte 6 pages toutes comportant en intitulé « Produits structurés » ; que la première est consacrée à la « description du trader annuler » ; que la deuxième et les suivantes définissent la proposition de restructuration qui décrit complètement les conditions de l'opération de swap, les courbes de l'évolution historique et les niveaux historiques des cours de change EUR/USD et EUR/CHF et de l'écart (le "spread") entre ces mêmes cours de change depuis janvier 1996, le diagramme du coupon payé par la Commune, montrant que ce dernier avait la possibilité de varier entre 2,55 % et 15 % en fonction de l'évolution du spread [EUR/USD - EUR/CHF], un tableau établi sur la base des cours à terme de l'EUR/USD et de l'EUR/CHF (les "forwards" ainsi que du spread en résultant entre 2007 et 2025, précisant que "les forwards de l'EUR/CHF et de l'EUR/USD suggèrent que le spread restera négatif pendant la majeure partie de la transaction. La partie de la courbe forward où le spread devient positif est celle où le nominal est le plus amorti" et que "depuis janvier 96, le spread [EUR/USD - EUR/CHF] n'a jamais excédé -18 %. Si ce spread reste négatif, ce qui s'est toujours vérifié historiquement, le coupon payé par la Ville d'AUBAGNE ne sera que de 2.55 %", et concluant que l'intérêt pour la Ville d'AUBAGNE était qu'elle touchait une soultte flat de 100000€, la ville d'Aubagne avait la garantie de payer un taux de 2.55% sans options jusqu'en 2010 et qu'en" rentrant dans cette structure (elle profitait) du décalage qu'il y a entre les forwards des taux de change EUR/CHF et EUR/USD et les niveaux historiques de ces mêmes devises (et qu'elle paierait un taux fixe bas de 2,55 % tant que la condition sur le spread est vérifiée » ;

Considérant que c'est sur la base de cette offre indicative de restructuration, que le Contrat de swap n°25 numéroté [...], a été conclu le 19 janvier 2007 (pièce 12 de la Commune d'AUBAGNE); que l'opération est détaillée; que les termes employés sont précisément définis ; qu'il est précisé à l'article 7 intitulé « relations entre les parties »

- indépendance des parties : Elle agit polir son propre compte, elle a librement décidé de conclure cette transaction et évalué l'opportunité et l'adéquation pour elle de cette transaction sur son propre jugement et sur les conseils dont elle a jugé les avis nécessaires. Elle ne considère aucune communication écrite ou orale de l'autre partie comme un conseil en investissement ou une recommandation de conclure une transaction, étant entendu que l'information et les explications relatives aux termes et conditions d'une transaction ne seront pas considérées comme un conseil en investissement ou une recommandation de conclure une transaction Aucune communication (écrite ou orale,) reçue de l'autre partie ne sera réputée être une assurance ou une garantie quant aux résultats attendus de la transaction

- évaluation et compréhension : Elle est en mesure d'évaluer (par ses propres moyens ou par l'intermédiaire de conseils professionnels indépendants,) les avantages et les limites des termes des conditions et des risques encourus au titre de cette transaction, elle les comprend et les accepte. De plus elle est en mesure d'assumer et elle assume les risques encourus au titre de cette transaction

- échanges : toute discussion relative à la résiliation ou à la limitation des risques relatifs à la transaction et/ou fourniture par une partie à l'autre partie d'évaluations indicatives d'analyses financières ou de tout autre document d'évaluation ou relatif aux risques, fondé sur les mouvements de marché sont fondées sur la seule expérience commerciale de cette partie et son expérience de prestataires de services d'investissement, sont uniquement soumises à l'obligation des parties d'agir de bonne foi et ne relèvent d'aucune autre obligation, ne constituent pas des garanties ou des assurances quant aux résultats financiers ni un engagement de résilier ou de limiter autrement l'exposition liée à cette transaction(..)- si l'une des parties n'agit pas comme un acteur professionnel du marché sur le marché en cause, la Transaction est conclue en conformité avec la politique définie pour ses opérations de couverture et de gestion de ses actifs, ses responsabilités et ou ses investissements et dans le cadre de la mise en oeuvre de ses activités (et non à des fins spéculatives)";

Considérant que le Contrat de swap n°26 ([...]) en date du 13 février 2008 a été conclu à la suite d'une présentation indicative de restructuration en date du 11 février 2008, aux termes de laquelle ABN AMRO a proposé à la Commune de résilier le contrat de swap n°22 en date du 13 mai 2005 et de souscrire un nouveau contrat de swap adossé lui aussi à l'emprunt obligataire du 10 juillet 2003 (Pièce Commune n°6), l'objectif étant de faire bénéficier le client du déboucement de l'opération initiale, via la restructuration, Ville d'Aubagne reçoit une soultte de 200.000euros en valeur spot, changer la formule du spread cumulatif, celle-ci passe d'une indexation à la pente à une stratégie de range accrue sur l'EUR3M, plus profitable au client étant donné le contexte de marché, l'ajout d'un cap au coupon payé par la Ville

d'AUBAGNE vous permet de connaître votre risque maximum" ; que dans cette présentation, ABN AMRO a exposé de manière circonstanciée la description complète des conditions de l'opération de swap ; que dans la fiche description et analyse du produit sont indiqués d'abord les avantages : « la Ville d'AUBAGNE paie un coupon cumulatif qui dépend de l'évolution de l'EUR3M, le cumul de coupon n'a lieu que si l'ZEURM sort du rang [2% ; 5,20%]

cette structure cumulative permet à la Ville d'Aubagne de continuer à payer un coupon très réduit tant que sa vue se réalise

ce produit permet de profiter de barrières suffisamment éloignées et représente donc une stratégie de couverture à long terme conservatrice », puis les risques, soulignés dans un encadré coloré se détachant avec netteté, et ainsi décrits "une forte hausse ou une forte baisse durable des taux courts, la structure est sensible aux mouvements de taux et à la variation de la volatilité implicite" qu'en page 5 est décrit "le contexte macroéconomique" ; que la page 6 est intitulée "snowrange sur l'Euribor 3M Interprétation Forward et Historique", qu'elle contient la courbe de l'évolution historique de l'Euribor 3 mois entre décembre 1998 et décembre 2007, et son évolution forward; qu'il est indiqué que "l'analyse historique du cours de l'EUR3M montre que sur une période de 9 ans, soit 2,306 observations, l'EUR3M n'est sorti du range qu'à 6 reprises. Le marché anticipe que sur toute la durée de vie du produit l'EUR3M ne sortira jamais du range fixé initialement »

Considérant que le 12 février 2008, Monsieur K... F..., maire d'AUBAGNE. et Monsieur U... G..., Directeur financier de la Commune, ont pris acte des risques liés à une telle opération de couverture, en contresignant chacun un courrier de ABN AMRO les avertissant des différents scénarii possibles, ainsi rédigé "la Ville d'Aubagne est consciente du risque de cette position. Deux scénarii sont possibles :

1 - Le cas où la Ville d'Aubagne paye un taux bas pendant toute la durée du swap (2.05%) ;

2- Dans le cas où l'indice sous-jacent est en dehors des limites fixées ci-dessus (2,25 % et 5,60 %) la Ville d'Aubagne peut être amenée à payer des coupons élevés qui peuvent atteindre jusqu'à 16 % et qui restent à ce niveau jusqu'à la fin du swap. Ceci étant le pire des scénarii.

ABN AMRO BANK a fourni toutes les explications requises pour la mise en place de la couverture.

Par la présente, la Ville d'Aubagne a pris connaissance des risques financiers encourus en traitant cette opération" (Pièces n°7-1 et n°7-2 de RBSNV-ex ABN-AMRO) ;

Considérant que le 13 février 2008, la Commune et ABN AMRO BANK NV ont signé le Contrat de swap n° 26 (numéroté OSRAMS [...]) qui comprend le détail de l'opération, la définition des termes employés ainsi que les stipulations de l'article 7 reproduites ci-dessus ;

Considérant qu'il se déduit de ce qui précède que les contrats de swap ont été négociés par des fonctionnaires qualifiés, discutant d'égal à égal avec la banque, ce qu'établissent les échanges ci-dessus reproduits, autorisés et validés par des élus, toutes ces personnes ayant la charge de la gestion de la dette et menant une politique définie de réduction des charges financières ; que la Commune d'AUBAGNE avait l'expérience ainsi que les connaissances lui permettant d'appréhender la nature et les caractéristiques des contrats de swap litigieux et d'en mesurer les risques, ce qu'elle a reconnu lors de la négociation et de la conclusion des contrats de swap litigieux ; que toutes les indications relatives aux caractéristiques des contrats et aux risques encourus ont été fournies par la banque, avec les données dont elle disposait à l'époque, de façon complète, pertinente et loyale ;

Considérant qu'il s'ensuit que la Commune d'AUBAGNE a eu connaissance des faits constitutifs du dol qu'elle invoque dès la signature des actes litigieux, soit le 19 janvier 2007 et 13 février 2008 et que l'action était prescrite à la date de l'assignation délivrée à RBSNV-ex ABN-AMRO le 3 avril 2013;

Considérant que le jugement sera sur ce point confirmé;

Considérant que les écritures procédurales de la Commune d'AUBAGNE ne contiennent aucun développement concernant un vice du consentement ou d'autres causes pour lesquelles le protocole conclu entre la Commune

d'AUBAGNE et RBS Plc pourrait être annulé, la Commune d'AUBAGNE faisant de la nullité du protocole la conséquence de la nullité des contrats de swap ;

Considérant que la Commune d'AVBAGNE doit être déboutée des demandes formées contre RBS Plc ;

Considérant que le jugement sera sur ce point aussi confirmé »

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE

« la demande en annulation des contrats de SWXAP pour vice du consentement relève de la prescription quinquennale de droit commun visée à l'article 1304 du code civil lequel dispose que l'action ne court dans le cas du dol que du jour où il a été découvert.

En l'espèce, la ville d'Aubagne expose que la volonté de la banque de surprendre le consentement de sa cliente non professionnelle et non avertie par des propos rassurants, en s'abstenant de l'alerter clairement sur la véritable dangerosité de ce produit, faute de quoi elle n'ignorait pas qu'elle ne l'aurait pas souscrit, est à l'origine du dol. La ville expose que la banque, en sa qualité de professionnelle des instruments financiers à terme et se prévalant des études réalisées par ses techniciens hautement spécialisés, lui recommandait vivement de souscrire ces produits, en lui assurant qu'ils ne présentaient que des avantages pour elle.

La ville d'Aubagne indique n'avoir pu prendre conscience de ces manoeuvres dolosives que lors du calcul de la soultelle telle que ressortant du protocole du 23 octobre 2009 et à la fin de l'année 2011 et notamment par le biais du « rapport Y... » publié le 6 décembre 2011.

Toutefois, le principe et les modalités de calcul du solde de résiliation est précisé à l'article 8 de la convention cadre du 8 octobre 2002 à laquelle renvoient les deux contrats de swap en date des 13 février 2008 et 19 janvier 2007.

En outre, la commune ne justifie aucunement n'avoir découvert le dol qu'elle allègue qu'à la lecture du rapport de la commission d'enquête parlementaire « sur les produits financiers à risque souscrits par les acteurs publics locaux » qui ne contient aucun développement spécifique relatif au prêt en cause, de sorte qu'il n'y a pas lieu de reporter le point de départ du délai de prescription au-delà du jour de la conclusion du contrat.

Le point de départ de l'action en nullité pour vice du consentement est donc la date de chacune des conventions soit les 13 février 2008 et 19 janvier 2007 de telle sorte que cette action était respectivement prescrite le 13 février 2013 et le 19 janvier 2012 en tout état de cause le 25 mars 2013, date de l'assignation délivrée par la commune d'AUBAGNE à la banque RBS NV.

La demande d'annulation des contrats de swap litigieux et subséquent du protocole du 23 octobre 2009 est donc déclarée irrecevable comme prescrite »,

ALORS QUE la prescription quinquennale de l'action en nullité pour dol a pour point de départ le jour où le contractant a découvert l'erreur qu'il allègue ; qu'en se bornant à relever que la commune disposait de tous les éléments d'information sur les caractéristiques des contrats de swap pour fixer le point de départ de la prescription à la date de conclusion des contrats, sans rechercher si la minoration du risque, qu'elle constatait elle-même, n'avait pas conduit la commune à se méprendre sur l'étendue du risque auquel elle consentait, a privé sa décision de base légale au regard de l'ancien article 1304 alinéa 1 du code civil,

ET ALORS QU'il appartient à celui qui conteste la recevabilité de l'action engagée contre lui de rapporter la preuve qu'elle a été engagée hors délai ; qu'en se fondant, pour juger prescrite l'action de la commune, sur la circonstance que cette dernière n'établissait pas la date à laquelle elle avait découvert les faits allégués de dol, la cour d'appel a, par motifs adoptés, violé les dispositions de l'ancien article 1315 du code civil.

Décision attaquée

Cour d'appel de paris i6
19 janvier 2018 (n°16/07249)

Textes appliqués

Article 1134 du code civil, dans sa version antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

Les dates clés

- Cour de cassation Première chambre civile 11-12-2019
- Cour d'appel de Paris I6 19-01-2018