

8 mars 2017

Cour de cassation

Pourvoi n° 15-10.246

Chambre commerciale financière et économique – Formation restreinte hors RNSM/NA

ECLI:FR:CCASS:2017:CO00305

Texte de la décision

Entête

COMM.

MF

COUR DE CASSATION

Audience publique du 8 mars 2017

Rejet

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 305 F-D

Pourvoi n° X 15-10.246

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, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par le département de la Seine-Saint-Denis, dont le siège est [Adresse 2],

contre l'arrêt rendu le 6 novembre 2014 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 6), dans le litige l'opposant à la société Crédit Agricole Corporate and Investment Bank, dont le siège est [Adresse 1],

défenderesse à la cassation ;

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 17 janvier 2017, où étaient présents : Mme Mouillard, président, M. Guérin, conseiller rapporteur, M. Rémerly, conseiller doyen, M. Graveline, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Guérin, conseiller, les observations de la SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, avocat du département de la Seine-Saint-Denis, de la SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, avocat de la société Crédit agricole Corporate and Investment Bank, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Exposé du litige

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 6 novembre 2014), que le département de Seine-Saint-Denis (le département) a contracté un prêt, en 2003, auprès de la Caisse d'épargne d'Ile-de-France ; qu'en 2005, pour gérer le risque de taux afférent à ce prêt, le département a conclu avec la société Calyon, devenue la société Crédit agricole Corporate and Investment Bank (la société Cacib), un contrat d'échange de taux d'intérêt ; qu'au mois de juin 2006, la société Cacib a proposé au département, qui l'a accepté, de réaménager ce contrat afin de se prémunir contre une éventuelle remontée du taux Euribor, dont dépendait la fixation du taux d'intérêt prévu par le contrat d'échange de taux d'intérêt ; que, par lettre du 26 octobre 2009, le président du conseil général a demandé la révision de ce contrat au motif qu'il présentait un caractère spéculatif ; que la demande ayant été refusée, le département a assigné la société Cacib afin que le contrat litigieux soit jugé nul ou, à tout le moins, que sa résolution soit prononcée, et que la société Cacib soit condamnée à lui verser une somme de 500 000 euros à titre de dommages-intérêts ;

Moyens

Sur le second moyen :

Attendu que le département fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes et, subséquentement, de le condamner à payer à la société Cacib la somme de 769 340,03 euros, outre intérêts et capitalisation des intérêts, alors, selon le moyen :

1°/ que la banque est tenue, en sa qualité de prestataire de services d'investissement, d'informer son client sur les caractéristiques des produits proposés et de s'assurer de leur adéquation avec la situation personnelle et les attentes de celui-ci ; que lorsqu'elle propose à son client la renégociation d'un contrat précédent, la banque doit apporter à son client une information particulière ne se limitant pas aux caractéristiques propres du nouveau contrat et qui doit s'étendre à la présentation d'une comparaison entre les deux contrats, permettant d'apprécier l'opportunité de modifier un contrat en cours de sorte que pour avoir considéré que la société Cacib n'avait pas manqué à ses obligations de conseil au seul motif que le département avait bénéficié d'informations relatives aux caractéristiques du nouveau contrat, sans rechercher, alors qu'elle y était invitée, si la banque avait délivré des informations comparatives permettant au département d'apprécier l'opportunité de rompre le précédent contrat en cours et d'y substituer un nouveau contrat, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil ;

2°/ que le manquement par le banquier à son obligation de conseil engage sa responsabilité contractuelle de sorte que la méconnaissance de cette obligation est susceptible d'entraîner la résolution du contrat qui en est résulté ; que tel est en particulier le cas en cas de renégociation d'un contrat en cours de sorte que pour avoir au contraire jugé que la violation des obligations de conseil et d'informations ne pouvait en l'espèce entraîner la résolution du contrat, la cour d'appel a violé par refus d'application, les dispositions des articles 1147 et 1184 du code civil ;

Motivation

Mais attendu, d'une part, que l'arrêt relève que le contrat de « swap » litigieux ne présentait aucun caractère inhabituel et s'inscrivait dans le cadre d'une politique délibérée du département de gestion de sa dette qui consistait, non pas à se protéger du risque de taux mais, au contraire, à l'accroître en échange d'une bonification immédiate ; qu'il relève également que les services du département chargés des relations avec les établissements de crédit étaient dirigés par des personnes hautement qualifiées dans le domaine financier et que la collectivité territoriale disposait, dès lors, d'une solide expérience ainsi que des connaissances et de la compétence requise pour prendre ses décisions de gestion du risque de taux ; que l'arrêt relève ensuite qu'au cours des négociations, qui ont duré près de deux mois, la société Cacib a donné au département toutes les informations utiles à la maîtrise du calcul de l'indice et avait illustré celui-ci par des simulations chiffrées, les informations communiquées, ni erronées ni, même, exagérément optimistes, ayant également porté sur les risques, sur l'évolution passée et les prévisions de l'évolution future de l'indexation, sur les avantages et les inconvénients du contrat, sur l'existence et le montant de la soulte due au titre de la résiliation anticipée du précédent contrat et sur le risque lié à la volatilité des marchés ; que l'arrêt en déduit que la société Cacib a respecté les règles de bonne conduite prévues par l'article L. 533-4 du code monétaire et financier dans sa rédaction applicable en la cause et appliqué les prescriptions de l'article 321-46 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers, en informant de façon très précise et adaptée le département des caractéristiques du contrat envisagé et des risques qu'il comportait, agissant donc avec loyauté et équité au mieux des intérêts de son client, dont elle connaissait les objectifs et compétences professionnelles et à qui elle a, à chaque fois, proposé de fournir des explications complémentaires ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, desquelles il résulte que la société Cacib n'avait pas manqué à son obligation d'information, la cour d'appel, sans avoir à effectuer la recherche, inopérante, invoquée par la première branche, a légalement justifié sa décision ;

Et attendu, d'autre part, que le banquier prestataire de services d'investissement n'est pas, en cette seule qualité, tenu d'une obligation de conseil à l'égard de son client, qu'il soit ou non averti, sauf engagement contractuel en ce sens ou disposition légale contraire, non invoquée en l'espèce ; qu'ayant constaté que les parties avaient expressément stipulé dans la convention litigieuse que la société Cacib intervenait comme partie à l'opération et non comme conseil du département, c'est à bon droit que la cour d'appel a rejeté la demande de résolution du contrat formée par le département pour manquement à une obligation de conseil ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Moyens

Et sur le premier moyen, délibéré par la première chambre civile, où étaient présents : Mme Batut, président, M. Truchot, conseiller rapporteur, Mme Kamara, conseiller doyen, M. Sudre, avocat général, Mme Pecquenard, greffier de chambre :

Motivation

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce moyen, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation

Dispositif

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne le département de la Seine-Saint-Denis aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et le condamne à payer à la société Crédit agricole Corporate and Investment Bank la somme de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du huit mars deux mille dix-sept.

Moyens annexés

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, avocat aux Conseils, pour le département de la Seine-Saint-Denis.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir - débouté le département de sa demande tendant à l'annulation du préaccord du 27 juillet 2006 sur l'opération d'échange de condition d'intérêt n° 1029797 C et de l'accord du 17 octobre 2006 confirmant ce préaccord, conclus entre le Département de la Seine-Saint-Denis et CALYON, devenue CACIB

- et conséquemment condamné le département de Seine-Saint-Denis à payer à la société CACIB la somme de 769.340,03 € outre intérêts et capitalisation des intérêts,

AUX MOTIFS QUE

« Considérant que le département de Seine-Saint-Denis a contracté en 2003 un emprunt auprès de la Caisse d'Epargne Ile-de-France, d'une durée de 20 ans, prêt sur lequel il restait dû au 1/12/2005 la somme de 13,9 millions d'euros ; qu'il était prévu, s'agissant des intérêts, un taux fixe de 4,10 %, tant que le taux Euribor 12 mois était inférieur à 6 % et, un

taux variable, dans l'hypothèse où ce taux dépassait 6 %, égal au taux de l'Euribor 12 mois;

Considérant que pour gérer le risque de taux afférent à ce prêt, le département de Seine-Saint-Denis a conclu avec la société CALYON, devenue CACIB, un premier contrat d'échange de taux d'intérêt d'une durée de cinq ans, du 1/12/2005 au 1/12/2010, relevant de la famille des produits à barrière désactivante, aux termes duquel, essentiellement, le département percevait de CACIB un flux d'intérêts égal au montant des intérêts payés au titre de l'emprunt sous-jacent, soit un taux fixe de 4,1% en l'espèce, et le département payait en contrepartie à CACIB un taux variable égal à EURIBOR à 3 mois

Considérant qu'au mois de juin 2006, CACIB a proposé au département de Seine-Saint-Denis, qui l'a accepté, de réaménager ce swap portant sur un notionnel de 13.442.278€ afin de se prémunir contre une éventuelle remontée de l'EURIBOR;

Considérant qu'aux termes du préaccord en date du 27/7/2006 et de l'accord du 17/10/2006, il a été convenu que le département recevrait, chaque trimestre, un taux fixe de 4,10 % et payerait, chaque année, au 1er décembre, un taux égal à 3,10 % + 96 % x le maximum entre 0% et la différence entre le cours de l'euro en dollar et le cours de l'euro en francs suisse + 0,05

Considérant qu'en mars 2008, un nouveau Président du conseil général de Seine-Saint-Denis a été élu ; qu'il a confié à un cabinet spécialisé la mission d'évaluer l'état des finances du département ; que celui-ci a conclu que l'encours de la dette était composé à 97 % de produits structurés, y compris le contrat de swap litigieux, dont le caractère éminemment spéculatif et dangereux a été souligné; que la nouvelle administration a décidé de consolider la dette par la souscription d'emprunts à taux fixes

Considérant que par courrier du 26/10/2009, le Président du Conseil Général de Seine-Saint-Denis a adressé un courrier à CACIB dans lequel il a stigmatisé les manquements répétés aux obligations de conseil et de mise en garde de l'établissement bancaire à l'égard d'un opérateur non professionnel, rappelé "les fortes critiques que la cour des comptes a adressées aux établissements bancaires dans son rapport de février 2009... (en insistant) sur la grande opacité de ce type de produits (et contestant) le recours par les collectivités locales à des produits conduisant à des prises de risques sans rapport avec la gestion de fonds publics" et sollicité la révision du contrat qui a été refusée ; que la médiation qui a organisée a été un échec ;

Considérant que par acte extrajudiciaire en date du 14/2/2011 le département de Seine-Saint-Denis a assigné la société CACIB devant le tribunal de grande instance de Paris qui a rendu le jugement déféré ;

Considérant que les premiers juges ont rejeté la demande d'annulation du contrat fondée sur la circulaire du 15/9/1992, sur l'incompétence, et sur les vices du consentement, dit que la responsabilité de CACIB n'était pas engagée, les manquements à ses obligations n'étant pas établis, rejeté la demande de résolution du contrat en retenant qu'aucun manquement à la bonne foi ne pouvait lui être reproché dans l'exécution de la convention ; que sur la demande reconventionnelle de la banque, ils ont condamné le département de Seine-Saint-Denis à régler l'échéance de décembre 2010 ;

Considérant que le département de Seine-Saint-Denis reprend devant la cour les demandes formulées en première instance, - sur la nullité du contrat ;

Considérant que le département de Seine-Saint-Denis soutient que le contrat d'échange de taux d'intérêt litigieux ne pouvait être conclu en raison du caractère spéculatif de l'opération de crédit, que la personne représentant le département pour la signature du contrat n'avait pas compétence pour le faire, que le consentement a été manifestement vicié "et ce d'autant plus que la banque a failli à son devoir de conseil et de mise en garde à son égard";

Considérant sur le premier point que l'appelant soutient que la conclusion avec une collectivité territoriale d'un contrat ayant le caractère d'une opération spéculative, donc contraire à l'intérêt général, a un caractère illicite ainsi que l'édicte la circulaire du 15 septembre 1992 relative aux contrats de couverture du risque de taux d'intérêt offerts aux collectivités

qui prévoit que "l'engagement des finances des collectivités locales dans des opérations de nature spéculative ne relève ni des compétences qui leur sont reconnues par la loi ni de l'intérêt général, les actes ayant un tel objet sont déferés par le représentant de l'Etat au Juge administratif sur la base, notamment, de l'incompétence et du détournement de pouvoir"

Considérant qu'il ajoute que la banque, partenaire privilégié du département depuis plusieurs années, ne pouvait méconnaître cette circulaire qui, est une norme, fait l'objet d'une publication officielle, et s'impose aux collectivités territoriales notamment quand elle leur est destinée ;

Considérant, ainsi que l'a exactement retenu le tribunal et ainsi que le soutient la CACIB, que la question relative à la validité du contrat s'inscrit dans le contexte de la liberté contractuelle des collectivités territoriales qui n'a pas été limitée en ce qui concerne la conclusion des contrats financiers ;

Considérant qu'il résulte en effet de l'article 72 alinéa 3 de la Constitution que "dans les conditions prévues par la loi les collectivités territoriales s'administrent librement"; que ce principe, réaffirmé à plusieurs reprises par le Conseil Constitutionnel, est énoncé expressément dans l'article L1111-1 CGCT qui prévoit que "les communes, les départements et les régions s'administrent librement par des conseils élus" ;

Considérant que ce principe de libre administration a pour conséquence le principe de liberté contractuelle des collectivités territoriales, qui a également valeur constitutionnelle ;

Considérant que seule une loi, qui doit être justifiée par l'intérêt général, sous le contrôle du Conseil Constitutionnel, peut limiter cette liberté ; que la seule référence à l'intérêt général est dénuée de toute pertinence;

Considérant qu'il est constant qu'il n'existe pas de loi spécifique limitant la liberté contractuelle des collectivités territoriales à conclure des contrats financiers et spécialement des contrats d'échange de taux lesquels constituent, selon l'article L.211-1 du code monétaire et financier, dans sa rédaction applicable en l'espèce, des instruments financiers ; que la validité de tels contrats a été confirmée spécifiquement pour les collectivités territoriales par l'ordonnance du 24/2/2005 ; que l'article L.3211-2 CGCT autorise la délégation de pouvoirs pour "procéder aux opérations financières utiles à la gestion des emprunts, y compris les opérations de risque de taux et de change";

Considérant que la clause d'indexation sur la variation de cours de change entre l'euro et deux monnaies étrangères, le dollar et le franc suisse, peut être assimilée à une clause valeur monnaie étrangère, en ce qu'elle fait dépendre le montant du taux d'intérêt dû par le département de l'évolution de devises étrangères ; qu'elle est valable, une banque étant partie au contrat ;

Considérant qu'une circulaire administrative ne peut avoir donc valeur normative devant les juridictions de l'ordre judiciaire ; que la violation de la circulaire du 15/9/1992 invoquée, qui n'oblige que les fonctionnaires auxquels elle est adressée, ne peut, en tout état de cause, pas constituer le fondement d'une action en nullité du contrat ;

Considérant que le jugement déferé sera donc confirmé sur ce point ;

Considérant que le département de Seine-Saint-Denis soutient ensuite que ni Monsieur [I], Directeur des affaires budgétaires et financières, ni Monsieur [C], Vice-président du Conseil général n'avaient compétence pour signer le préaccord du 27/7/2006 et l'accord du 17/10/2006 ;

Qu'il expose qu'aux termes de l'article L3211-2 alinéa 2 du Code général des collectivités territoriales, «dans tes limites qu'il aura fixées, le Conseil général peut également déléguer à son président le pouvoir :

1° de procéder à la réalisation des emprunts destinés au financement des investissements prévus par le budget, et aux opérations financières utiles à la gestion des emprunts, y compris les opérations de couverture des risques de taux et de change, et de passer à cet effet les actes nécessaires, de réaliser des lignes de trésorerie sur la base d'un montant maximum autorisé par le Conseil général (...) ».

Qu'il en déduit que le Président du Conseil Général, et le Vice-président agissant par délégation, dans les pouvoirs qui leurs sont reconnus de recourir à des emprunts, ne peuvent réaliser que des opérations de couverture de taux et de change, et non pas comme cela a été fait en l'espèce, conclure des opérations d'échanges de taux de nature spéculative, qui ne visent pas à la couverture des risques liés aux taux et au change, mais au contraire, à parier sur des évolutions favorables des indices dans le but d'un gain, mais au prix de la mise en péril des ressources publiques ; qu'ils ont outrepassé leurs compétences, dès lors que le contrat prévoyait des taux spéculatifs, qu'il ne participait pas véritablement au financement des investissements de la Collectivité, mais au contraire, contribuait à aggraver son endettement ;

Considérant qu'il ne peut être pertinemment contesté que le contrat litigieux, qui est un contrat d'échange de taux d'intérêt en relation avec un emprunt sous-jacent spécifique, constitue, formellement, et objectivement, une opération financière utile à la gestion des emprunts au sens du texte précité et qu'il pouvait donc être signé dans le cadre de subdélégations ;

Considérant que la délibération du conseil général emportant délégation de pouvoirs n'est pas produite ; que sa validité n'est pas contestée par le département de Seine-Saint-Denis ; que sa teneur est ignorée de la cour ; que l'appelant ne prétend pas que cette délégation ait comporté des limites ;

Considérant que la simple allégation du caractère spéculatif de ce contrat, qui ne transforme ni la catégorie de la convention, ni l'opération qui la sous-tend, ne peut suffire à rendre la délégation de pouvoirs et de signature invalide ;

Considérant que la décision déferée sera sur ce point également confirmée ;

Considérant que le département de Seine-Saint-Denis allègue ensuite que son consentement a été vicié ; qu'il invoque l'erreur sur les qualités substantielles du contrat, la violence économique, l'abus d'une situation de dépendance économique ou financière de la banque et le dol ;

Considérant qu'il précise, en réponse aux objections de la banque, que ses demandes ne sont pas prescrites dès lors que le délai de prescription court à compter de la date à laquelle il a découvert l'erreur et le dol, ce qu'il a fait à l'occasion du rapport d'audit et de celui de la chambre régionale des comptes, c'est à dire en 2008 et 2009 ; qu'il déclare qu'il s'est fait une fausse idée de la nature des contrats dont il n'a pu mesurer le réel caractère spéculatif et à haut risque du taux proposé ; que son consentement a été conditionné par la présentation délibérément tronquée de la proposition et l'insistance à persuader celui-ci de l'intérêt d'une telle opportunité

Considérant que selon l'article 1112 du code civil il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable ; que seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne peut vicier de violence le consentement à l'acte juridique

Considérant qu'aux termes de l'article 1110 du code de procédure civile l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet ; qu'elle n'est cause de nullité que dans la mesure où elle est excusable

Considérant que selon l'article 1116 du code civil, le dol est une cause de nullité de la convention, lorsque les manoeuvres frauduleuses pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans elles, l'autre partie n'aurait pas contracté, qu'il ne se présume pas et doit être prouvé ; qu'il appartient en l'espèce à l'appelant d'établir que l'auteur du dol est leur contractant ou le représentant de celui-ci, de caractériser les manoeuvres illicites et intentionnelles destinées à les tromper qui ont été déterminantes et ont provoqué une erreur de nature à vicier leur consentement ;

Considérant qu'un manquement à une obligation d'information, de conseil ou de mise en garde ne suffit pas à caractériser l'erreur ou le dol ;

Considérant qu'aux termes de l'article 1304 du code civil, dans tous les cas où l'action en nullité d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action ne court que dans le cas de violence que du jour où elle a cessé, dans le cas d'erreur ou de dol du jour où ils ont été découverts;

Considérant que la violence alléguée a cessé à la date de la conclusion du contrat c'est à dire le 17/10/2006 ; que la demande en nullité pour violence économique a été présentée pour la première fois dans les conclusions du 14/2/2012 ; qu'il s'ensuit qu'à la date des écritures procédures le délai de prescription était écoulé depuis le 17/10/2011 et que la demande est irrecevable

Considérant qu'il ne peut être pertinemment contesté que les demandes fondées sur l'erreur et le dol sont consécutives aux travaux réalisés par le cabinet d'audit et par l'analyse faite par la chambre régionale des comptes ; qu'il y a donc lieu de dire que c'est à partir de 2008 et 2009 que le département de Seine-Saint-Denis a eu connaissance des vices du consentement qu'il invoque ; qu'il s'ensuit que l'action, qui a été initiée le 14/2/2011, n'est pas prescrite ;

Considérant que la validité du consentement doit être appréciée au moment de la formation du contrat ;

Considérant qu'il résulte des pièces versées aux débats que la société CACIB a adressé le 2/6/2006 au département de Seine-Saint-Denis un courrier électronique ainsi libellé "afin de suivre au mieux vos couvertures actuelles de taux d'intérêts et dans un contexte de remontée des taux, vous trouverez ci-joint une proposition de réaménagement de l'opération swap Opti 1. L'objectif est double : anticiper la remontée des taux EURO et profiter d'un contexte de marché particulièrement intéressant" ; que le document joint était composé de quatre feuillets; que sur le premier feuillet: le contexte et l'idée directrice étaient ainsi précisés « eu égard à la récente hausse des taux, nous vous proposons dès maintenant de réaménager l'opération réalisée en octobre 2005 réaménager seulement après l'échéance de décembre 2006 pour profiter du différentiel en faveur du CG93 optimiser en utilisant une configuration de marché particulièrement intéressante » que la situation actuelle était décrite ; que figurait au bas de cette page dans un encadré grisé "afin de prévenir une éventuelle remontée de 1'Euribor 3 mois nous vous proposons de réaménager l'opération à partir du 1/12/2006 sur une durée de 4 ans (souligné)" ; que le deuxième feuillet était consacré à la proposition de réaménagement proprement dite qu'elle était précisément déclinée: départ (1/12/2006) échéance (1/12/2010 4 ans) montant 13.442.278 euros amortissable annuellement ; que dans un encadré parfaitement lisible, dans une présentation aérée où les chiffres et termes essentiels étaient inscrits en gras il est indiqué :

"CG 93 reçoit 4,10 % trimestriellement base exact/360,

CG 93 paie (annuellement -base exacte/360) $3.10\% + 85\% \times \text{MAXIMUM}[\text{EUR/USD fixing} - \text{EUR/CHF fixing} ; 0]$ ce qui signifie que: si $\text{EUR/CHF} > \text{EUR/USD}$ le taux payé reste à 3,10%

Avec

EUR/USD fixing: le fixing EUR/USD, exprimé en nombre de USD par unité d'EUR, publié par la banque centrale Européenne sur la page ECB37, 2 jours ouvrés avant la fin de la période d'intérêt

EUR/CHF fixing: le fixing EUR/CHF, exprimé en nombre de USD par unité d'EUR, publié par la banque centrale Européenne sur la page ECB37, 2 jours ouvrés avant la fin de la période d'intérêt

Qu'il était indiqué ensuite que la différence entre EUR/USD et l'EUR/CHF n'avait jamais été positive en 20 ans ; qu'étaient joints des graphiques retraçant l'évolution historique depuis 1986, des anticipations de la différence EUR/USD EUR/CHF, des "simulations si le taux forward se réalise" ; que la troisième page se terminait par deux encadrés grisés : le premier intitulé avantages : "tant que la différence EUR/USD EUR/C'HF reste négative, ce qui a été le cas depuis plus de 20 ans vous améliorez votre taux de 1.00 %. Le réaménagement porte sur une durée courte : 4 ans vous neutralisez totalement votre risque de remontée des taux Euribor 3 mois ", le second inconvénient : "le taux payé pourrait s'accroître sans limite dans le seul cas où le cours de l'EURUSD venait à être supérieur à celui de l'EUR/CHF. Exemple si EURCHF 1.50 et EUR USD=1.55, le taux payé serait de $3.10\% + 85\% \times 5.00\% = 8.05\%$ " ;

Considérant que CACIB a présenté un second projet selon lequel le taux de 3,10% était toujours augmenté de 85% de la différence positive entre les fixings EUR/USD et EUR/CHF mais pouvait être augmenté également si la différence entre les fixings devenait supérieure à -0,05 ;

Considérant que le 7/7/2006, CALYON a adressé un document représenté sous forme de tableau au département de Seine-Saint-Denis ainsi rédigé "modification des conditions de votre opération de gestion de taux" : "par la présente, le Conseil général 93 donne à CALYON la possibilité de mettre en place les opérations décrites ci-dessous dès que les conditions de marché le permettent. La modification de votre opération se fera par l'annulation de l'opération existante après le flux du 1/12/2006 et la mise en place d'un nouveau 141025/MPM/DG contrat reprenant les nouvelles caractéristiques ci-après mentionnées. Ces opérations font référence à la proposition remise le 2/6/2006 1. Annulation de votre opération actuelle (...) Au titre de cette annulation, le Conseil Général 93 payera une soulte d'annulation dont le montant sera calculé le jour de la transaction, valeur J+2 de la date d'annulation. Ce montant sera exactement reversé au Conseil général au travers de la mise en place de la nouvelle opération 2. Mise en place d'une nouvelle opération (...);

Le Conseil Général 93 recevra un montant exactement identique à celui correspondant à l'annulation du swap précédemment décrit. Nouvelles caractéristiques de l'opération "taux reçu par CG 93 : 4,10 % périodicité trimestrielle base exact /360, taux payé par CG 93 : 3.10 % +85 % x maximum [cours EURUSD – cours EURCHF + 0 05 ; 0] égal à 0 si le cours EURUSD-cours EURCHF est inférieur à cours EURUSD – cours EURCHF + 0,05 sinon, Cours EURUSD correspond au fixing Euro contre Dollar américain déterminé par la BCE deux jours ouvrés précédents la fin de chaque période cours EURCHF correspond au fixing Euro contre franc suisse déterminé par BCE deux jours ouvrés précédents la fin de chaque période Périodicité annuelle base Exact /360 . Suit le tableau d'amortissement du notionnel" ; que ce document a été signé par Monsieur [F] [I] qui a apposé la mention "Bon pour accord";

Considérant que le 27/7/2006 CACIB a adressé un troisième projet qui a été signé par le conseil général de Seine-Saint-Denis, ce document constituant un préaccord reprenant les éléments figurant dans les propositions précitées avec une différence (le taux payé par le CG 93 était de 3.10%+96% (et non 85%)x maximum [cours EURUSD-Cours EURCHF+0.05;0] et une précision (la soulte due par le conseil général et qui lui a été reversée était chiffrée à 1.395.000 €) ; que le 17/10/2006 a été établie la confirmation de l'opération qui reprenait les termes de l'accord du 27/7/2006 ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le département de Seine-Saint-Denis a été clairement et précisément informé tant du montant des taux reçus et payés que de leur mode de calcul s'agissant du taux mis à sa charge ; qu'il savait donc que le montant des sommes qu'il aurait à payer dépendait de l'évolution des cours de l'euro en dollar et de l'euro en franc suisse ; que l'indexation était simple ; que le département de Seine-Saint-Denis disposait de tous les éléments, qui étaient accessibles à tout public, et ne dépendait pas de CALYON, pour l'évaluer ; que CALYON a, par les graphiques et les anticipations effectuées, à la fois, fourni des indications chiffrées sur leur évolution passée et future, et démontré l'importante volatilité de chacun d'eux ; que le département ne pouvait pas ignorer, compte tenu des exemples cités et des "inconvenients", précisément identifiés, que le taux n'était pas capé et qu'il pouvait, notamment, être supérieur à 14 %, et qu'il existait donc un risque de payer un taux sans limite à la hausse ; que les informations sur l'existence d'une soulte à payer ainsi que sur son montant ont été communiquées au Conseil général avant qu'il ne signe l'accord ;

Considérant en conséquence que le département de Seine-Saint-Denis ne peut sérieusement prétendre qu'il a cru souscrire à un taux variable qui ne serait pas impacté par les variations des cours et qu'il n'a pu percevoir les implications du nouveau taux qui lui était proposé ; que l'erreur excusable n'est pas caractérisée ; que l'aléa est exclusif de l'erreur ;

Considérant que le département de Seine-Saint-Denis n'apporte pas la preuve qui lui incombe que CALYON ait, malhonnêtement, dissimulé des informations essentielles et déterminantes ; que la qualité, l'exhaustivité et la pertinence des informations fournies par la banque, en l'état des données connues du marché à cette date, ne peuvent être appréciées au regard des faits survenus ultérieurement ;

Considérant que le jugement déféré sera confirmé en ce qu'il a débouté le département de Seine-Saint-Denis de sa demande en nullité du contrat pour erreur et dol »,

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE

« 1) Sur la demande d'annulation:

- Sur la demande fondée sur la circulaire du 15 septembre 1992 :

Le principe de libre administration des collectivités territoriales, garanti par l'article 72 alinéa 2 de la Constitution, et rappelé par l'article L 1111-1 du code général des collectivités territoriales, a pour corollaire la liberté contractuelle desdites collectivités, liberté à laquelle le législateur peut toutefois apporter des restrictions, à des fins d'intérêt général.

Il n'est pas contesté qu'à la date de conclusion des contrats, aucun texte législatif spécifique ne réglementait ou limitait la liberté des collectivités territoriales de recourir à l'emprunt et, pour la gestion de leur dette, aux contrats d'échange de taux d'intérêt, lesquels constituent, selon l'article L 211-1 du code monétaire et financier, dans sa rédaction applicable, des instruments financiers.

La Cour des Comptes, dans son rapport public annuel 2009 et dans son rapport public thématique de 2011, a rappelé la très grande liberté dont bénéficient sur ce point les collectivités, et regretté qu'elle ne soit pas davantage encadrée. Le rapport de la commission d'enquête de l'Assemblée Nationale sur les produits financiers à risque conclus par les acteurs publics locaux a proposé que le législateur intervienne pour interdire la souscription de certains produits, parmi les plus risqués, et une proposition de loi a été déposée en ce sens le 21 février 2012 ; aucune loi n'a toutefois été votée à ce jour.

La circulaire interministérielle du 15 septembre 1992 est adressée aux préfets et aux trésoriers payeurs généraux. Elle a pour objet "les contrats de couverture du risque de taux d'intérêt offerts aux collectivités locales et aux établissements publics locaux", et tend à préciser la notion de risque de taux d'intérêt, ainsi que les modalités d'insertion de ces contrats dans le régime budgétaire et comptable applicable aux collectivités. Elle rappelle que la liberté contractuelle de droit commun en vigueur en matière d'emprunts des collectivités locales, a été étendue aux contrats de couverture des risques financiers. Elle expose que les collectivités locales ne peuvent agir que pour des motifs d'intérêt général présentant un caractère local, et que l'engagement des finances des collectivités locales dans des opérations de nature spéculative ne relève ni des compétences qui leur sont reconnues par la loi, ni de l'intérêt général précité ; qu'en revanche les opérations de couverture des risques financiers répondent à des motifs d'intérêt général, même si elles présentent un aléa inhérent aux instruments de couverture eux-mêmes. Elle précise les critères auxquels doivent répondre les opérations pour être qualifiées d'opérations de couverture, et conclut que les contrats ne répondant pas à ces critères, notamment si leur assiette excède l'encours réel de la dette, constituent des opérations spéculatives n'entrant pas dans les attributions traditionnelles des collectivités locales.

Cette circulaire, en elle-même dépourvue de portée normative, ne peut ajouter à la loi, qu'elle a pour objet d'interpréter, des conditions que celle-ci ne prévoit pas. Ainsi, le seul fait qu'un contrat ne remplisse pas l'intégralité des critères énumérés par la circulaire précitée, critères qui sont repris d'une définition donnée par le Conseil National de Comptabilité, ne saurait fonder nécessairement une annulation.

En l'espèce la conclusion du contrat d'échange de taux critiqué s'inscrit dans le cadre d'une politique de gestion active de la dette du département, visant à prévenir les évolutions de taux qui lui seraient défavorables, afin de limiter la charge financière de la collectivité. Cette politique de gestion active a été revendiquée par M. [H], ancien président du Conseil Général, qui a souligné dans sa réponse à la chambre régionale des comptes du 28 décembre 2010 qu'elle avait "facilité la poursuite d'une politique soutenue d'investissement". L'utilité d'une politique de gestion active de la dette est d'ailleurs reconnue, tant par les circulaires de 1992 et 2010, que par le rapport de la commission d'enquête parlementaire. Ce sont bien en l'espèce des motifs d'intérêt général présentant un caractère local qui ont présidé à la conclusion du contrat, qui était adossé et dimensionné sur un contrat de dette précisément identifié, et était d'une durée limitée à quatre ans, l'objectif poursuivi étant de réduire le taux finalement à la charge du département.

La demande d'annulation du contrat, au motif qu'il violerait l'interdiction édictée par la circulaire de 1992, sera en conséquence rejetée.

Sur la demande d'annulation fondée sur l'incompétence:

L'article L 3211-2 du code général des collectivités territoriales précise que "dans les limites qu'il aura fixées, le conseil général peut également déléguer à son président le pouvoir:

De procéder à la réalisation des emprunts destinés au financement des investissements prévus par le budget, et aux opérations financières utiles à la gestion des emprunts, y compris les opérations de couverture des risques de taux et de change, et de passer à cet effet les actes nécessaires..."

Le contrat d'échange de taux litigieux constitue une opération financière utile à la gestion de l'emprunt sous-jacent, au sens de ce texte.

Il n'est pour le surplus pas soutenu que la délibération du conseil général emportant délégation de pouvoir, non produite, dont le département ne précise pas la teneur et ne conteste pas la validité, aurait fixé des limites à cette délégation.

Le moyen tiré de l'incompétence du représentant du département sera rejeté.

- Sur la demande d'annulation pour vice du consentement:

Aux termes de l'article 1110 du code civil, l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

Aux termes de l'article 1112 du code civil, il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.

Le dol, est, selon l'article 1116 du même code, une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé.

En l'espèce, la société CACIB a adressé le 2 juin 2006 au département une première proposition de réaménagement, dans laquelle le taux payé par le département était de 3,10%, augmenté de 85% de la différence positive entre les cours de l'euro en dollar et de l'euro en franc suisse, et le taux reçu de 4,10%; cette proposition, faite afin de prévenir une éventuelle remontée de l'Euribor 3 mois, était accompagnée de graphiques retraçant l'évolution de chacun de ces cours de change, et de leur différence. La banque a également communiqué les cours anticipés par le marché pendant la durée du contrat, un tableau présentant les avantages et les inconvénients de l'opération, ainsi que trois simulations.

La société CACIB a ensuite adressé au département le 19 juin 2006 une proposition modifiée. Dans le cadre de cette proposition, le conseil général devait recevoir un taux de 4,10%, et payer un taux égal à 3,10% plus 85% de la différence entre le cours de l'euro en dollar et le cours de l'euro en franc suisses, "au-dessus de -0,05". Il est notamment exposé dans le document que cette différence "n'a jamais été positive en 20 ans", que "dans les conditions de paramètres d'aujourd'hui cet écart vaut -0,2980, soit -29,80%, donc le taux payé serait de 3,10%" et que "cette différence n'a jamais été supérieure à -0,1568 historiquement....donc historiquement vous auriez toujours payé un taux de 3,10%".

Le document comporte ensuite:

-- une analyse historique qui mentionne, pour le cours de l'euro en dollar, un plus haut historique de 1,4532 et un plus bas de 0,8270 et pour le cours de l'euro en franc suisse, un plus haut de 1,9114 et un plus bas de 1,4442, illustrée par un graphique retraçant l'évolution de ces parités,

- un historique et une anticipation de la différence entre ces cours, la différence anticipée allant de -0,2734 au 1er décembre 2006 à -0,1141 au 1er décembre 2010,

- deux tableaux retraçant les avantages et les inconvénients de l'opération, inconvénients exposés comme suit: "Le taux payé pourrait s'accroître sans limite dans le seul cas où le cours de l'EURUSD- EURCHF venait à être supérieur à - 0.05. Exemple: si EURCHF = 1.50 et EURUSD=1.50, le taux payé serait de $3,10\% + 85\% \times 5.00\% = 7,35\%$."

- trois simulations: la seconde, intitulée "si les taux forward se réalisent + 0.10 bp", montre qu'en ce cas le taux payé s'établirait la dernière année à 6,1515%, et la troisième, intitulée "si les taux forward se réalisent + 0,20 bp", fait apparaître un taux payé de 5,12% la première année, de 8,404% la seconde année, de 11,5405% la troisième année, et de 14,65 15% la quatrième année.

Le conseil général a accepté dans un premier temps cette proposition le 7 juillet 2006, le document précisant qu'il paiera une soulte d'annulation dont le montant sera calculé le jour de la transaction, et que ce montant lui sera reversé au travers de la mise en place de la nouvelle opération.

La société CACIB a finalement adressé une troisième proposition le 27 juillet 2006, sur la base de laquelle a été conclu le contrat litigieux. Cette proposition reprend la formule de la proposition précédente, le coefficient passant de 85% à 96%, et précise que l'annulation de l'opération entraîne le paiement d'une soulte de 1 395 000 euros par le conseil général " en valeur 31 juillet 1996", et que la mise en place de la nouvelle opération entraîne le paiement d'une soulte de 1395 000 euros par la banque au conseil général "en valeur 31 juillet 1996 ".

Il résulte de ces éléments que le département avait connaissance de ce qu'il souscrivait un échange de taux dans lequel le taux reçu était de 4,10%, et le taux payé de 3,10%, augmenté de 96% de la différence entre le taux de change de l'euro dollar et le taux de change de l'euro en franc suisse, si cette différence était "supérieure à -0,05". Il était informé de l'existence d'une indexation, dépendant de l'évolution comparée des cours de l'euro en dollar et de l'euro en francs suisses; si l'accent était mis à plusieurs reprises dans le document sur le fait que dans le passé la différence n'avait jamais été positive, les graphiques retraçant l'historique des cours mettaient en évidence l'importante volatilité de chacun d'eux, les anticipations montraient qu'une réduction de l'écart était anticipée par les marchés, et les simulations faisaient apparaître qu'il suffisait d'une augmentation modérée par rapport aux anticipations pour que l'indexation soit activée. Le département était également clairement informé du risque, en cas d'activation de l'indexation, de payer un taux ne comportant pas de limitation à la hausse, les simulations faisant apparaître qu'il pouvait être supérieur à 14%. Le département avait par ailleurs connaissance, avant de signer le préaccord du 27 juillet 2006, de l'existence et du montant de la soulte (indemnité de résiliation anticipée, dont le montant résulte de la valorisation financière du contrat) résultant de la résiliation du contrat précédent, laquelle a été, selon les affirmations de la banque, non contredites par le département, intégrée dans la formule d'indexation.

Le département n'a donc commis, lors de la conclusion, aucune erreur sur la nature du contrat.

Il n'est par ailleurs pas démontré, au vu de ces éléments, que la banque aurait dissimulé des faits ou informations, qui s'ils avaient été connus, auraient empêché le département de contracter; le dol allégué n'est donc pas établi.

Enfin, il résulte des pièces produites que le département, qui était en relation avec de nombreux banquiers qui pouvaient lui proposer des alternatives, notamment des contre-swaps, n'était pas dans une situation de dépendance économique à l'égard de la société CACIB.

La demande d'annulation, fondée sur l'existence de vices du consentement, sera en conséquence rejetée »,

ALORS D'UNE PART QUE les limites apportées à la liberté contractuelle des collectivités territoriales résultent de la loi et des principes généraux, notamment celui selon lequel elles ne peuvent valablement agir et contracter qu'en vue de satisfaire un intérêt public local, c'est-à-dire un besoin d'intérêt général de leur population ; que cet intérêt public local peut être financier mais non spéculatif dès lors qu'une telle intention méconnaît l'objectif à valeur constitutionnelle de bon usage des deniers publics ; qu'ainsi les collectivités territoriales ne peuvent valablement conclure des contrats d'échange de taux d'intérêts à caractère spéculatif qui ne couvrent pas le risque d'un emprunt sous-jacent, mais exposent les collectivités à un risque illimité si bien que pour avoir considéré que, faute d'un texte législatif particulier, la seule référence à l'intérêt général était dépourvue de toute pertinence pour caractériser les limites à la liberté contractuelle

des collectivités, pour en déduire que les collectivités pouvaient conclure de tels contrats, lesquels pouvaient répondre à des considérations d'intérêt général consistant à tenter de réduire la charge financière d'un emprunt, la cour a violé, par fausse interprétation, les articles L 1111-1 et L 3211-1 du code général des collectivités territoriale, et par refus d'application, l'objectif à valeur constitutionnelle de bon usage des deniers publics résultant des articles 14 et 15 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen ;

ALORS D'AUTRE PART, QUE l'article L 1618-2 du code général des collectivités territoriales impose le dépôt obligatoire des fonds des collectivités territoriales auprès des services de l'Etat de sorte que seul un texte de même valeur peut écarter cette obligation et autoriser les collectivités territoriales à utiliser des instruments financiers ; que si les collectivités peuvent à cet égard conclure des opérations de couverture de risque de taux et de change, aucun texte ne les autorise à conclure des contrats d'échange de taux d'intérêts à caractère spéculatif qui ne couvrent pas le risque d'un emprunt sous-jacent, mais exposent les collectivités à un risque illimité si bien que pour avoir jugé qu'aucune loi n'interdisait de conclure un tel contrat, dont elle relevait par ailleurs le caractère spéculatif, le risque illimité qui s'y attachait et la décorrélation avec le risque du sous-jacent, la cour, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé, par refus d'application, les dispositions de l'article L 1618-2 du code général des collectivités territoriales, et, par fausse interprétation, celles de l'article L 3211-2 du code général des collectivités territoriales,

ET ALORS, SUBSIDIAIREMENT, QUE l'erreur sur la qualité substantielle du contrat vicie le consentement ; que dans le cadre de la renégociation d'un contrat, cette qualité doit notamment s'apprécier au regard de la qualité sur la substance de la renégociation, c'est-à-dire de la qualité comparative du contrat par rapport au précédent, laquelle justifie seule le consentement à modifier un contrat en cours de sorte que pour avoir jugé qu'aucune erreur excusable n'était caractérisée au motif que le Département ne pouvait ignorer le caractère risqué du contrat conclu et sa sensibilité aux variations de cours des indices utilisés sans rechercher, comme elle y était invitée, si le Département n'avait pas commis d'erreur excusable relative au niveau plus faible de risque attaché au nouveau contrat par rapport au précédent, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1110 du code civil.

A TITRE SUBSIDIAIRE, SECOND MOYEN DE CASSATION.

Le moyen reproche à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir rejeté les demandes du département de la Seine-Saint Denis tendant à la mise en cause de la responsabilité de la CACIB, et à la résolution du contrat litigieux, et d'avoir subséquemment condamné le département de Seine-Saint-Denis à payer à la société CACIB la somme de 769.340,03 € outre intérêts et capitalisation des intérêts,

AUX MOTIFS QUE

« Considérant que le département de Seine-Saint-Denis soutient ensuite que la responsabilité de la banque est engagée compte tenu des manquements à l'obligation d'information et de mise en garde, du manquement au devoir de loyauté et du conflit d'intérêts créé, ensuite invoque l'exception d'inexécution pour conclure que la banque doit être déboutée de sa demande en paiement ;

- sur la responsabilité de CACIB

Considérant que l'appelant expose que la banque a un devoir de mise en garde, d'information renforcée sur les risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme à l'égard de l'emprunteur non averti ; qu'il soutient qu'en l'occurrence, la banque n'a pas fourni les informations nécessaires et suffisantes pour lui permettre de se décider de manière éclairée, que l'opération n'était pas en adéquation avec ses contraintes financières et le souci de minimiser les risques, que la banque n'a pas fourni de valorisation du contrat au moment de la proposition de réaménagement, le privant ainsi d'un élément pertinent, qu'elle n'a pas proposé de solutions alternatives, de manière comparative, afin de lui permettre de choisir en toute connaissance la solution la plus adaptée et pertinente en fonction de ses besoins, qu'elle ne l'a pas davantage éclairé et mis en garde en cours d'exécution du contrat, se contentant de lui fournir des éléments chiffrés, de suivi des valeurs financières, sans aucune mise en garde ni prévision alors que la crise financière avait déjà été installée et ressentie par le système bancaire ; qu'il se prétend non averti ;

Considérant qu'il invoque ensuite les dispositions de l'article L533-10 du Code monétaire et financier pour soutenir que la banque doit prendre toutes ses dispositions pour empêcher qu'un conflit d'intérêts ne porte atteinte aux intérêts du client et qu'il lui est interdit de réaliser un gain au détriment de son client ; qu'il expose que le conflit d'intérêts résulte de ce que les opérations mises en place par la banque ont généré un gain financier pour elle au détriment de son client ; que le client a droit à une information honnête conformément aux dispositions de l'article 1134 du code civil, ce qui n'est pas le 141025/MPM/DG cas, les informations fournies ayant un caractère formel et superficiel, sans analyse d'adéquation et de pertinence ;

Considérant qu'il allègue ensuite que le caractère trompeur des informations qui lui ont été fournies est constitutif d'une pratique commerciale trompeuse au sens de l'article L121-1 du code de la consommation; (caractère non trompeur souverain donc inopérant de critiquer cela) ;

Considérant qu'il soutient que la cour devrait tirer les conséquences de tous ces manquements et prononcer la résolution du préaccord et de l'accord et en conséquence de la résolution du contrat litigieux, eu égard au comportement fautif de CACIB et de sa responsabilité pleinement engagée, (ordonner) la mise en état des parties aux frais exclusifs de la banque qui devra en supporter seule la charge », aux frais et réparer son préjudice, constitutif d'une perte de chance, qu'il évalue à 500.000 euros "toutes causes confondues";

Considérant qu'il doit être rappelé que CACIB a, dans le cas d'espèce, agi en tant que banquier prestataire de services d'investissement et non pas comme prêteur de deniers ;

Considérant que le contexte dans lequel a été signée la convention litigieuse doit être précisé ;

Considérant que la loi du 2 mars 1982 a donné aux collectivités territoriales la liberté de gestion de leurs emprunts, incluant la liberté de choisir les prêteurs, de négocier les taux d'intérêts et d'élaborer une politique de gestion active de leurs dettes tenant compte de l'évolution des taux ;

Considérant que le contrat a été conclu dans le cadre d'une convention cadre, établie sous l'égide de l'Association française des Banques "relative aux opérations de marché à terme" signée le 16/11/1995 entre la banque et le département de Seine-Saint-Denis ; que cette convention fixe un cadre contractuel précis et définit les responsabilités de chacune des parties ; qu'elle prévoit, notamment, en son article 6.7, que "chaque partie dispose des connaissances et de l'expérience nécessaire pour évaluer les avantages et les risques encourus ait titre de chaque transaction et ne s'en est pas remise pour cela à l'autre partie ; que l'article 8 énonce un principe général de calcul et de paiement d'un solde de résiliation aux termes duquel chaque transaction résiliée donne lieu à la détermination de sa valeur de remplacement ainsi qu'à celle du montant dû par chaque partie pour cette transaction ;

Considérant qu'il est constant que le contrat litigieux a remplacé un premier contrat d'échange de taux ; que le département, qui était en relation avec plusieurs banques, était un client de CACIB, depuis 1993, banque avec laquelle il a conclu 27 contrats relatif à la gestion de la dette et noué des relations de partenariats étroites, s'exprimant dans le cadre de réunions fréquentes et régulières ;

Considérant que dans les propositions initiales des 2 et 19 juin 2006 CALYON a indiqué toute opération de marché sur instrument financier à terme comporte des risques, du fait notamment des variations de taux d'intérêt, des taux de change, des cours, ou des prix des actions ou des obligations, des indices boursiers, des prix des marchandises ou des denrées. Au regard de ces risques, vous devez disposer des connaissances et de l'expérience nécessaires pour évaluer les caractéristiques et les risques liés à chaque opération. Les constatations passées ne présument pas de l'avenir. CALYON vous communiquera sur demande raisonnable de votre part toute information complémentaire que vous jugerez nécessaire pour procéder à cette évaluation. Ainsi lorsque vous conclurez l'opération, vous serez réputé comprendre et accepter les caractéristiques et les risques y afférents. Vous serez également réputé agir pour votre propre compte, avoir pris la décision de conclure chaque opération de manière indépendante et déclarer que chaque opération est adaptée à votre situation après avoir éventuellement requis l'avis de vos conseils habituels si vous le jugez nécessaire (...) Les informations contenues dans le présent document sont de nature confidentielle. Les informations contenues dans le présent document ne sont pas non plus considérées comme étant un conseil en investissement ou

une recommandation de conclure l'opération (...) " ; que lors de la signature du contrat le 17/10/2006, les deux parties ont déclaré que "toute opération de marché sur instrument financier à terme comporte des risques du fait notamment des variations de taux d'intérêt, des taux de change, des cours des actions soit des indices boursiers. Au regard de ces risques chaque partie déclare et atteste qu'elle dispose des connaissances et de l'expérience en matière d'investissement nécessaires pour évaluer les caractéristiques et les risques encourus au titre de chaque opération. Chaque partie déclare et atteste avoir identifié ses besoins à l'égard de la présente opération par rapport à son activité et à sa situation financière et avoir procédé à sa propre analyse des aspects financiers, juridiques, fiscaux, comptables et réglementaires de l'opération et ne s'en être pas remise pour cela à l'autre partie. CA Lyon intervient comme partie à la présente opération et non comme conseil. Il ne saurait être tenu responsable des conséquences financières de l'intervention de l'autre partie sur les instruments financiers

Considérant que le cabinet Klopfer, mandaté en 2008 pour faire un audit sur les années précédentes, a conclu que le département avait opéré un choix stratégique qui consistait non pas à se protéger du risque de taux mais au contraire à l'accroître en échange d'une bonification immédiate ; que de ce fait, la dette du département était extrêmement sensible aux fluctuations des marchés ; que 96,6% de l'encours était constitué de produits structurés intégrant de multiples options tant sur les taux que sur les devises ; que le département avait pris des risques "sur des index exotiques aux enjeux aux enjeux propres du 141025/MPM/DG département (cours de change du dollar, du franc suisse, du yen) » ; qu'il avait cherché à obtenir des « bonifications immédiates maximales » ;

Considérant que la Chambre Régionale des Comptes d'Ile-de-France, dans son rapport du 17/5/2011 sur les exercices 2004 et suivants, a indiqué que "le département a développé jusqu'en 2008 une politique d'endettement qui a reposé exclusivement sur la souscription de contrats d'emprunts structurés qui représentaient la quasi-totalité de l'encours 96,96%... La dette du département comprend aussi 21 contrats de couverture (opérations de gestion de taux qui s'appliquent actuellement à près d'un tiers de l'encours)"

- la direction financière, dédiée au sein de la direction des affaires budgétaires et financières à la gestion des emprunts, dont il est dit qu'elle avait acquis une solide expérience pratique, tient à jour un suivi précis de l'encours, intégrant les anticipations du marché, en vue de déterminer les possibilités de perte et de gain sur certains emprunts;

Considérant qu'il résulte des annexes de ce rapport que 17 contrats de swap avaient été conclus avant le contrat litigieux et que 5 d'entre eux étaient indexés sur un indice reposant sur la différence entre les fixing euro/dollar et euro/franc suisse (deux contrats signés en 2000 avec la CAISSE DES DEPOTS ET CONSIGNATIONS, un avec DEPFA BANK en 2001, un en 2002 avec le CREDIT AGRICOLE, un avec la CAISSE D'EPARGNE en 2003) ;

Considérant que la politique de gestion de la dette et de recours à des emprunts indexés et aux produits dérivés tels que les contrats d'échange de taux a été revendiquée par Monsieur [G] [H], Président du Conseil Général de Seine-Saint-Denis du 1/4/2004 au 20/3/2008, dans la lettre d'observations adressée à la chambre régionale des comptes dans le cadre de la rédaction du rapport évoqué ci-dessus ; qu'il a écrit ceci "le département s'est efforcé, sous ma mandature, à contenir l'endettement tout en maintenant un effort conséquent d'équipement. les emprunts contractés ont servi à réaliser tous les investissements utiles à notre territoire et à notre population.. Je me suis prononcé pour une gestion active de notre dette, ce que j'ai défini ainsi : ne pas subir le marché mais l'affronter. Dans le contexte de ces années suivant la privatisation du Crédit Local de France, où la déréglementation du crédit était la règle, j'ai cherché à ce que les emprunts contractés pour réaliser la politique d'investissement soient le plus possible avantageux pour le département. Dans le même temps, je me suis efforcé, en lien avec la direction financière, de gérer au quotidien les risques éventuellement appelés par les évolutions des taux sur le marché en fonction de la conjoncture. C'est ce que les professionnels appellent la gestion active de la dette, opérée par des fonctionnaires de grande qualité, au fait de l'activité du crédit sur les marchés ... En matière d'emprunt, le risque existe et cela quel que soit le type d'emprunt » ;

Considérant que CACIB affirme, sans être contredite, que parmi les directeurs de services du département avec lesquels elle était en relation figuraient Monsieur [V] [Z], directeur général des Services du département, diplômé de l'ESSEC et de Sciences Po, Monsieur [B] [R], directeur général adjoint, diplômé de l'ENA, qui a siégé dans la Chambre Régionale des comptes de Champagne Ardennes de 2004 à 2006 ;

Considérant qu'il se déduit de ce qui précède que le contrat de swap litigieux ne présentait aucun caractère inhabituel et s'inscrivait dans une politique de gestion de la dette délibérée, le département disposant d'une solide expérience en matière de contrats de swap, ayant les connaissances et la compétence requise pour prendre ses décisions, et dans le cas d'espèce, pour modifier son exposition au taux en le remplaçant par une exposition à un autre taux

Considérant que même si l'opération peut être qualifiée de spéculative, en ce que le département ignorait la charge maximale d'intérêts qu'il devait être conduit à supporter, l'existence d'un devoir de mise en garde à la charge de la banque vis à vis de son cocontractant doit être écartée, compte tenu du caractère averti de ce dernier ;

Considérant qu'il y a lieu de relever, d'autre part, qu'en l'espèce CACIB a respecté les règles de bonne conduite prévues par l'article L533-4 du code monétaire et financier dans sa rédaction applicable en l'espèce et appliqué les prescriptions de l'article 321-46 du règlement général de l'Autorité des Marchés, en informant de façon très précise et adaptée le département des caractéristiques du contrat envisagé et des risques qu'il comportait, ainsi que cela a été exposé plus haut ; qu'il ne peut être pertinemment contesté que CACIB a agi avec loyauté et équité au mieux des intérêts de son client ; qu'elle connaissait ses objectifs et ses compétences professionnelles et à chaque fois proposé de fournir des explications complémentaires ; que la proposition de réaménagement élaborée par CACIB a connu trois variantes successives au cours des négociations qui ont duré près de deux mois; que par trois fois CACIB a donné toutes les informations à la maîtrise du calcul de l'indice, et a illustré le mode de calcul par des simulations chiffrées ; que les informations ont également porté sur les risques, sur l'évolution passée et les prévisions de l'évolution future de l'indexation ; qu'elle a présenté les avantages et les inconvénients du contrat qu'elle a mentionné dès le 7/7/2006 l'existence de la soule au titre de la résiliation anticipée conventionnelle ainsi que la date de détermination de son montant ; qu'elle a chiffré le montant de la soule dans le projet final ;

Considérant, ainsi que cela est expressément indiqué dans la confirmation du 17/10/2006, que CACIB est intervenue comme partie et non comme conseil et que la réglementation sur les conflits d'intérêts n'est pas applicable en l'espèce ;

Considérant qu'il est constant que toutes les informations fournies par CACIB au département sont contenues dans des documents qui lui étaient spécifiquement et exclusivement réservés ; qu'elles revêtaient un caractère confidentiel et n'ont fait l'objet d'aucune publicité, n'ayant aucun caractère général ; qu'elles ne peuvent constituer la pratique commerciale trompeuse sanctionnée par l'article L121 du code de la consommation, dans sa version applicable en l'espèce, qui réprime la publicité mensongère ;

Considérant que la cour relève que le département cherche à engager la responsabilité de la banque alors qu'en réalité il a décidé, en 2008, de changer de politique; que le rapport de la chambre régionale des comptes est sur ce point très clair; qu'il y est indiqué que deux stratégies successives, à propos de la gestion active de la dette, s'étaient opposées, que jusqu'au deuxième trimestre 2008, le département avait eu pour stratégie de tirer profit des opportunités de marché tout en se fixant pour objectif annuel de préserver et maintenir le taux moyen prévisionnel de la dette à un niveau bas ou de contenir le taux moyen de la dette, de continuer à maîtriser la charge d'intérêts et de poursuivre dans la mesure du possible la diminution du stock de la dette en faisant usage pour l'atteindre d'instruments de gestion de taux proposés par les marchés ; que, dans les faits, la gestion active de la dette avait abouti à transformer la quasi-totalité de celle-ci en emprunts structurés ; que depuis 2008, la nouvelle direction du département, compte tenu de l'inadaptation des contrats structurés à ses besoins réels, avait arrêté une stratégie de rééquilibrage de la structure de sa dette privilégiant la souscription d'emprunt à taux fixe, en profitant d'un contexte de taux d'intérêts à long terme historiquement bas ; que le second volet de cette nouvelle politique était de renégocier les emprunts en cours ;

Considérant que le rapport public annuel de la Cour des comptes de 2009, cité par l'appelant, contient des analyses générales qui ne peuvent être transposées telles quelles à la relation entre le département et CACIB qui doit, dans le cadre de ce litige, être spécialement et précisément examinée ;

que le produit proposé par CACIB et accepté par le département de Seine-Saint-Denis ne peut être qualifié ni d'opaque ni de complexe ; que le risque lié à la volatilité des marchés de change a été pointé; que CACIB n'a pas fourni d'informations exagérément optimistes, voire erronées; qu'elle a complètement informé le département de Seine-Saint-Denis, qui ne peut se plaindre d'aucune "asymétrie";

Considérant que si la Cour des comptes s'est interrogée sur les fondements économiques et financiers qui pouvaient conduire des collectivités à décider d'indexer les taux d'intérêt de leur dette sur l'évolution d'une parité monétaire, en relevant que de tels choix révélaient la réalisation d'opérations consistant à parier avec un banquier sur l'évolution d'indices ou de valeurs économiques sans lien avec l'activité ou le financement de l'emprunteur, et 141025/MPM/DG s'apparentaient à une démarche spéculative critiquable, elle a admis que les collectivités pouvaient engager de telles opérations au nom de la liberté qui leur a été donnée de négocier les taux d'intérêt et les conditions financières de leur dette et s'est interrogée, pour le futur, sur l'intérêt d'une intervention du législateur pour limiter voire interdire le recours à de tels produits ;

Considérant que le département ne peut pertinemment arguer de ce que, postérieurement aux faits de l'espèce, une charte de bonne conduite entre les établissements bancaires et les collectivités publiques a été signée aux termes de laquelle les banques signataires se sont engagées à ne plus proposer aux collectivités locales des produits semblables au contrat litigieux et il a été décidé que les collectivités locales devaient être considérées comme non averties ;

Considérant que ces décisions qui s'expliquent par une situation du marché totalement différente de celle existant en 2006, et par les conséquences des crises financières de 2007 et 2008, ne peuvent ni faire l'objet d'une application rétroactive, ni permettre d'appréhender les faits du présent litige ; que dans le cas présent, notamment, il a été démontré que le département était un investisseur particulièrement averti qui avait négocié avec la banque un contrat conforme à ses intérêts ; qu'il doit être souligné que le rapport Klopfer a noté que les encours des produits structurés recélaient 11,85 M€ d'économies par rapport aux emprunts contractés au taux du marché et a préconisé que ces gains soient utilisés au plus vite ; que s'agissant du contrat litigieux, le département a payé au 1/12/2007 et au 1/12/2008, donc en pleine crise financière, un taux d'intérêt de 3,10% alors qu'il percevait de la banque un taux d'intérêt de 4,10 % ; que la banque affirme, sans être contredite, que l'économie réalisée par le département a été de 371.029€ grâce à la première année du premier contrat et aux deux premières années du second contrat ; qu'aucune conclusion négative ne peut être tirée de l'augmentation des taux en 2009 et 2010 ; que toutes les relations entre les banques et le département ont été gelées à compter de 2008 ; que le département a payé sans réserve un taux de 6,49% au 1/12/2009 ; qu'il a refusé la proposition faite le 8/6/2010 par la banque de résilier le contrat de façon anticipée, ce qui aurait abouti à la conservation par le département d'une économie sur les intérêts de l'emprunt sous-jacent d'environ 20.000€, et à l'absence de toute perte ; qu'il ne peut non plus être fait abstraction des effets majeurs de la crise financière de 2007 et de la crise dite des "subprimes" en 2008 et des évolutions consécutives, imprévisibles, des cours de change, le franc suisse devenant une monnaie refuge et le dollar faisant une chute brutale ;

Considérant en conséquence qu'aucune faute n'est caractérisée à l'encontre de CACIB ;

Considérant, sur la résolution du contrat, que selon l'article 1184 du code civil, la condition résolutoire est toujours sous entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions que la violation d'obligations précontractuelles ne peut entraîner la résolution du contrat laquelle ne peut être prononcée qu'en cas de violations nées du contrat ; qu'elle ne peut être sanctionnée que par la mise en oeuvre de la responsabilité de la banque conduisant à réparer le préjudice né de la perte de chance de ne pas avoir contracté ;

Considérant qu'il est établi en l'espèce que CACIB a payé les flux d'intérêts qu'elle devait ; qu'elle a constamment tenu informé le département de l'évolution prévisible de l'indexation du taux d'intérêt et des possibilités de résilier par anticipation le contrat et lui a fourni les informations lui permettant d'assurer la gestion active de la dette, notamment par les rapports d'étape des 20/7/2007, 9/10/2007, 6/11/2007, les réunions du 25/4/2008, 22/5/2008, 17/11/2008, 23/3/2009, 7/10/2009 et 11/2/2010, et les propositions du 26/2/2010 et du 8/6/2010 ; que l'appelant n'invoque aucun manquement spécifique lors de l'exécution du contrat visant seulement le manquement à l'obligation de bonne foi ;

Considérant que le jugement déféré doit être confirmé sur ces points ; que le département de Seine-Saint-Denis doit être débouté de ses demandes - sur l'exception d'inexécution ;

Considérant, ainsi que cela vient d'être rappelé, que le département de Seine-Saint-Denis ne démontre, de la part de la banque, aucun manquement grave à ses obligations et qu'il n'est donc pas fondé à opposer l'exception d'inexécution à la demande en paiement de la banque ;

Considérant que le département de Seine-Saint-Denis ne conteste pas le quantum de sa dette »,

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE

« 2) Sur la responsabilité :

Le département de la Seine-Saint-Denis avait en 2006, au vu du rapport de la chambre régionale des comptes, un encours de dette de 580 millions d'euros. Il comportait une direction financière, dotée d'un personnel affecté à la gestion de la dette, expérimenté. Cette direction tenait à jour un suivi précis de l'encours, "intégrant les anticipations du marché, en vue de déterminer les possibilités de perte ou de gain sur certains emprunts". Le département menait une politique de gestion active de sa dette, revendiquée par son président qui a indiqué s'être efforcé "en lien avec la direction financière, de gérer au quotidien les risques éventuellement appelés par les évolutions des taux sur les marchés en fonction de la conjoncture". Il était en mesure de comprendre les informations financières qui lui étaient délivrées.

La banque était tenue de l'informer de toutes les caractéristiques du réaménagement proposé; elle devait, s'agissant d'une indexation sur un différentiel de taux de change, l'éclairer sur les avantages et les inconvénients de la solution proposée, et l'informer des risques encourus.

En l'espèce la banque a fourni au département, au cours des négociations qui ont duré près de deux mois, ainsi qu'il a été vu ci-dessus:

- une présentation du produit et de son fonctionnement, qui mentionne ses avantages et ses inconvénients, à savoir le risque encouru d'un taux pouvant évoluer de façon illimitée,
- une analyse rétrospective des taux de change,
- les anticipations des marchés, concernant l'évolution de ces taux et de leur différence,
- - une expression, par des simulations selon l'évolution de ces taux, des conséquences d'une détérioration des conditions de marché, en termes d'intérêts payés.

Par ailleurs, le contrat, qui était d'une durée limitée à 4 ans, ne comportait, contrairement à ce que soutient le département, pas de taux "bonifié". Il dépendait de l'évolution de parités sur laquelle la banque n'avait aucun pouvoir, ni aucune information privilégiée, et aurait pu être avantageux pour le département, si la crise financière n'avait pas entraîné une importante appréciation du franc suisse.

Les manquements de la société CACIB à ses obligations ne sont dès lors pas établis ».

4) Sur la demande reconventionnelle:

Il résulte des pièces produites et il n'est pas contesté par le département de la Seine-Saint-Denis que l'échéance de décembre 2010 n'a pas été réglée, et qu'elle s'élève, eu égard au montant dû à cette date par la banque, à 769 340,03 euros. Aucun manquement de la banque dans l'exécution du contrat n'étant établi, le département n'est pas fondé à opposer l'exception d'inexécution »,

ALORS D'UNE PART QUE la banque est tenue, en sa qualité de prestataire de services d'investissement, d'informer son client sur les caractéristiques des produits proposés et de s'assurer de leur adéquation avec la situation personnelle et les attentes de celui-ci ; que lorsqu'elle propose à son client la renégociation d'un contrat précédent, la banque doit apporter à son client une information particulière ne se limitant pas aux caractéristiques propres du nouveau contrat et

qui doit s'étendre à la présentation d'une comparaison entre les deux contrats, permettant d'apprécier l'opportunité de modifier un contrat en cours de sorte que pour avoir considéré que la CACIB n'avait pas manqué à ses obligations de conseil au seul motif que le Département avait bénéficié d'informations relatives aux caractéristiques du nouveau contrat, sans rechercher, alors qu'elle y était invitée, si la banque avait délivré des informations comparatives permettant au Département d'apprécier l'opportunité de rompre le précédent contrat en cours et d'y substituer un nouveau contrat, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil,

ALORS D'AUTRE PART QUE le manquement par le banquier à son obligation de conseil engage sa responsabilité contractuelle de sorte que la méconnaissance de cette obligation est susceptible d'entraîner la résolution du contrat qui en est résulté ; que tel est en particulier le cas en cas de renégociation d'un contrat en cours de sorte que pour avoir au contraire jugé que la violation des obligations de conseil et d'informations ne pouvait en l'espèce entraîner la résolution du contrat, la cour d'appel a violé par refus d'application, les dispositions des articles 1147 et 1184 du code civil.

Décision attaquée

Cour d'appel de paris
6 novembre 2014 (n°13/14523)

Les dates clés

- Cour de cassation Chambre commerciale financière et économique 08-03-2017
- Cour d'appel de Paris 06-11-2014