

Copies exécutoires RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

délivrées aux parties le : AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 6

ARRÊT DU 21 SEPTEMBRE 2018

(n° , 11 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : 16/19952

Décision déferée à la Cour : Jugement du 7 Septembre 2016 - Tribunal de Grande Instance de PARIS - RG n° 14/15510

APPELANTE

SA SOCIÉTÉ MARTINICAISE D'HLM prise en la personne de ses représentants légaux

Immatriculée au RCS de Fort de France sous le numéro 305 306 375

Immeuble Tempo

Voie 13 Jambette Beauséjour

[...]

Représentée par Me Jean-Louis X... de la SCP SEBAN ET ASSOCIES, avocat au barreau de PARIS, toque : P0498

Ayant pour avocat plaçant Me Danielle C... , avocat au barreau de PARIS, toque: P0498

INTIMÉE

BRED BANQUE POPULAIRE prise en la personne de ses représentants légaux

Immatriculée au RCS de Paris sous le numéro 552 091 795

[...]

Représentée par Me Fanny Y... de la SELARL CARBONNIER LAMAZE Z... ET ASSOCIES, avocat au barreau de PARIS, toque : P0298

Ayant pour avocat plaidant Me Michel Z..., avocat au barreau de PARIS, toque : P0298

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 4 Juin 2018, en audience publique, devant la Cour composée de:

Madame Françoise CHANDELON, Présidente de chambre

Madame Pascale GUESDON, Conseillère

Madame Pascale LIEGEOIS, Conseillère

qui en ont délibéré,

Un rapport a été présenté à l'audience dans les conditions de l'article 785 du Code de procédure civile.

Greffier, lors des débats : Madame Josélita COQUIN

ARRÊT :

- contradictoire,

- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile,

- signé par Madame Françoise CHANDELON, présidente et par Madame Anaïs CRUZ, greffier à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

\*\*\*\*\*

Vu le jugement rendu le 7 septembre 2016 par le tribunal de grande instance de Paris qui a dit n'y avoir lieu à communication de la valorisation des échanges de taux litigieux au jour de leur signature, dit et jugé la société MARTINIQUEAISE d'HLM irrecevable pour être prescrite en son action en nullité, ainsi qu'en son action en responsabilité pour les faits antérieurs au 2 octobre 2009, dit et jugé la société MARTINIQUEAISE d'HLM recevable en son action en responsabilité pour les faits postérieurs au 2 octobre 2009, débouté la société MARTINIQUEAISE d'HLM de ses demandes, condamné la société MARTINIQUEAISE d'HLM à payer à la société BRED BANQUE POPULAIRE la somme de 5.000€ sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux dépens ;

Vu l'appel interjeté par la société MARTINIQUEAISE d'HLM à l'encontre de ce jugement le 6 octobre 2016;

Vu les conclusions signifiées le 2 février 2017 par la SOCIETE MARTINIQUEAISE D'HLM (SMHLM) qui demande à la cour, vu les articles 1108, 1116, 1134, et 1147 du Code civil, vu les articles L.533-10 et suivants de Code monétaire et financier, de la dire recevable et bien fondée en son appel, y faisant droit, d'infirmar le jugement entrepris, et statuant à nouveau, à titre liminaire, de faire injonction à la BRED de communiquer la valorisation des swaps litigieux au jour de leur signature,

de dire et juger qu'aucune de ses demandes n'est prescrite, à titre principal, de dire et juger que son consentement a été vicié, en conséquence, de prononcer l'annulation des trois swaps litigieux et de condamner la BRED à assumer, seule, l'ensemble des frais pouvant résulter de ces annulations, à titre subsidiaire, de dire et juger que la BRED a engagé sa responsabilité pour manquements graves à ses obligations, en conséquence, de condamner la BRED à lui payer à titre de réparation du préjudice subi du fait de l'application de la nouvelle formule du livret A en 2008, la somme de 1.000.860 €, la surcharge d'intérêts versés à la BRED pour 13.309.957 €, ainsi que le montant des soultes pour résiliation exigé par la BRED pour chacun de ces contrats, soit un total de 9.780.158 € à parfaire, en tout état de cause, d'ordonner la publication aux frais de la BRED du dispositif du jugement (sic) qui sera rendu dans quatre quotidiens ou hebdomadaires choisis par elle, condamner la BRED à lui payer la somme de 20.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et de la condamner aux entiers dépens, et d'ordonner l'exécution provisoire de la décision à intervenir (sic) ;

Vu les conclusions signifiées le 30 mars 2017 par la BRED BANQUE POPULAIRE ( la BRED) qui demande à la cour vu l'article 1304 du Code civil, vu l'article 122 du Code de procédure civile, vu les articles D.533-11 et L.533-7 du Code monétaire et financier, vu l'article L.110-4 du Code de commerce en sa rédaction applicable au moment des faits, vu l'article 26 II de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, vu les articles 1147 et 1315 du Code civil, de dire et juger que les demandes formulées par la SMHLM sont prescrites, que ce soit sur le fondement de l'action en nullité pour vice du consentement ou sur le fondement de l'action en responsabilité contractuelle, en conséquence, de confirmer le jugement déféré en toutes ses dispositions, si par impossible et par extraordinaire, la Cour devait infirmer la décision entreprise et déclarer la SMHLM recevable car non prescrite, de dire et juger qu'elle a parfaitement rempli son devoir d'information en remettant à sa cliente des documents précontractuels et contractuels relativement aux trois opérations de swaps litigieux, de dire et juger qu'elle a rempli son devoir de conseil en proposant à la SMHLM un montage des opérations conforme à ses objectifs, qu'elle n'était tenue d'aucun devoir de mise en garde à l'égard de la SMHLM, dès lors que la souscription de trois contrats de swaps de taux n'est pas une opération spéculative et que la SMHLM est un opérateur averti, de dire et juger que la SMHLM n'apporte pas la preuve des préjudices invoqués qui ne sont ni actuels ni certains, qu'elle ne rapporte pas la preuve du lien de causalité entre les prétendues fautes commises et le préjudice subi, en conséquence de confirmer le jugement déféré en toutes ses dispositions, ce faisant de débouter la SMHLM de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions de la condamner à lui payer la somme de 25.000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, outre les entiers dépens;

SUR CE

Considérant que la Société Martiniquaise d'HLM (ci-après la SMHLM) est un bailleur social qui construit des logements à loyer modéré afin de loger des familles dont les ressources sont en deçà des plafonds fixés par l'Etat; que le financement de ses opérations est réalisé en partie par des subventions publiques (Etat, Collectivités) et en outre par des emprunts de la Caisse des Dépôts et Consignations ;

Considérant qu'afin de sécuriser son encours de prêts principalement indexés sur le Livret A et de se prémunir de tout risque d'évolution défavorable à la hausse, la SMHLM a négocié puis conclu, avec la BRED, entre les années 2006 et 2008, trois contrats de SWAP permettant d'échanger le taux révisable dont elle était débitrice au titre de ses prêts Formule Livret A, contractés auprès de la Caisse des dépôts et Consignations ;

Considérant que par acte sous seing privé en date du 13 juillet 2006, la SMHLM, a signé une "CONVENTION-CADRE FBF relative aux opérations sur instruments financiers à terme" ainsi que son annexe intitulée "Modifications apportées à la convention" avec la BRED afin de régir leurs relations contractuelles à venir;

Considérant que les 13 et 17 juillet 2006, a été conclue une opération de SWAP de taux Livret A (n°92006041) dont les termes étaient les suivants : '- Montant du notionnel : 15 M€

- Durée : 15 ans (1er août 2006 au 1er août 2021)
- Payeur du taux variable  $\zeta$  (Moyenne Euribor 3m + inflation annuelle) + 0,25% : BRED
- Payeur du taux fixe Taux Haut (5,045%) ou Taux Bas (2,98%) : SMHLM
- Périodicité de l'information : semestrielle
- Commission de montage : exonéré
- Garanties demandées : néant';

Considérant que le 26 juillet 2007, a été conclue une opération de SWAP de taux

Livret A (n°92007046) dont les termes étaient les suivants :

- '- Montant du notionnel : 30 M€ (amortissable linéaire annuel)
- Durée : 20 ans (1er août 2007 au 1er août 2027)

- Payeur du taux variable  $\zeta$  (Moyenne Euribor 3m + inflation annuelle) + 0,25%:BRED
- Payeur du taux fixe (3,69%) : SMHLM
- Périodicité de l'information : semestrielle
- Commission de montage : exonéré
- Garanties demandées : néant';

Considérant que le 22 janvier 2008, a été conclue une opération de SWAP de taux Livret A (n°92008014) dont les termes étaient les suivants :

- '- Montant du notionnel : 50 M€
- Durée : 10 ans (1er février 2008 au 1er février 2018)
- Payeur du taux variable  $\zeta$  (Moyenne Euribor 3m + inflation annuelle) + 0,25% : BRED
- Payeur du taux fixe (3,63%) : SMHLM
- Périodicité de l'information : semestrielle
- Commission de montage : exonéré
- Garanties demandées : néant';

Considérant que compte tenu de l'évolution des taux, la SMHLM a, dès 2008, payé un taux supérieur aux nouveaux taux du marché; que, les négociations n'ayant pas abouti, la SMHLM a, par acte d'huissier de justice en date du 2 octobre 2014, assigné la BRED devant le tribunal de grande instance de Paris aux fins essentielles de voir prononcer l'annulation des trois SWAPS, et, à titre subsidiaire, voir juger que la BRED avait engagé sa responsabilité pour manquements graves à ses obligations et, en conséquence, prononcer la résolution des trois contrats de SWAP aux torts et griefs de la BRED ou condamner cette dernière à payer à la SMHLM le montant de la soulte pour résiliation, et condamner la BRED à payer

500.000€ à titre de dommages-intérêts complémentaires ;

Considérant que par le jugement déféré, le tribunal a dit l'action en nullité pour vice du consentement prescrite, la SMHLM ayant découvert son erreur et le dol qui en serait à l'origine au plus tard le 31 décembre 2008; qu'il a dit aussi prescrite l'action en responsabilité contractuelle, le dommage allégué s'étant révélé au plus tard à la fin de l'année 2008; qu'il a jugé qu'aucune faute n'était établie à la charge de la banque dans l'exécution des contrats litigieux ;

Considérant que devant la cour la SMHLM soutient que ses demandes ne sont pas

prescrites ; qu'elle rappelle que le point de départ est 'glissant'; qu'elle affirme qu'elle n'a pris conscience du caractère spéculatif de son engagement et des manquements de la banque qu'au moment de la publication du rapport de la MILOS au mois de mai 2011; qu'elle demande l'annulation des trois contrats de SWAP en invoquant comme vice du consentement l'erreur sur les qualités substantielles du contrat, la violence économique, l'abus d'une situation de dépendance économique ou financière par la banque ainsi que le dol ; qu'elle indique que son consentement a été vicié 's'étant faite une fausse idée de la nature des contrats d'échanges de taux dont elle n'a pas pu mesurer le caractère spéculatif pour certain et surtout à un fort degré d'impact négatif sur ces charges; qu'elle a cru qu'il s'agissait d'opérations qui l'aideraient à limiter le niveau de sa charge financière, à des fins de couverture , alors qu'au contraire , elles ont généré un niveau de charges financières tel par rapport aux conditions de marché qu'elle doit gérer son exploitation au plus fin pour conserver un autofinancement raisonnable' ; que les informations se résumaient aux caractéristiques descriptives du SWAP et n'étaient pas révélatrices des risques encourus, et notamment celui que le montant des indemnités de résiliation soit exorbitant ; qu'à titre subsidiaire, elle prétend que la BRED a engagé sa responsabilité ; que les manquements à ses devoirs d'information, de conseil et de mise en garde sont graves et manifestes, étant précisé qu'elle est un client non averti ; qu'ils l'ont conduite à souscrire, mais surtout à conserver, aux fins de sécurisation de son encours des SWAPS qui l'ont en réalité exposée à des charges considérables, tout en présentant des conditions de sortie exorbitantes la rendant captives de ses engagements; qu'elle décrit trois postes de préjudice : la surcharge d'intérêts qu'elle a été contrainte de verser dans le cadre des SWAPS litigieux, soit 13.309.957€, le surcoût financier résultant de la décorrélation de l'ancienne et de la nouvelle formule du livret A , qui s'est chiffré en 2008 à 943.704€ puis à 1.000.860€ en 2015, le montant exorbitant des indemnités de sortie des swaps litigieux exigé par la banque, soit 2.524.175€ pour le SWAP de 2006, 4.072.000.0006€ pour le SWAP de 2007, 5.711.223€ pour le SWAP de 2008 au 31 décembre 2014, et 2.194.349 € en défaveur de la SMHLM pour le SWAP de 2006, 3.512.951 € en défaveur de la SMHLM pour le SWAP de 2007, 4.072.858 € en défaveur de la SMHLM pour le SWAP de 2008, au 30 septembre 2015 ; qu'elle sollicite la condamnation de la BRED au paiement de :

- la somme de 1.000.860 € correspondant au préjudice subi du fait de l'application de la nouvelle formule du livret A à partir de 2008,

- la somme de 13.309.957 € correspondant à la surcharge d'intérêts versés à la BRED

- le montant des indemnités pour résiliation anticipée exigées, soit un total de 9.780.158 € à parfaire au jour du jugement;

Considérant que la BRED sollicite la confirmation du jugement déferé et soutient que la SMHLM est prescrite à agir contre elle que ce soit sur le fondement du vice du consentement ou de la responsabilité contractuelle; qu'elle affirme, qu'en toutes hypothèses, les trois contrats de SWAP sont valides; qu'il n'y a eu aucun vice du consentement, qu'au contraire son consentement a été éclairé et que SMHLM ne démontre pas la volonté de tromper ; qu'elle a parfaitement rempli, son devoir d'information en remettant à sa cliente des documents précontractuels et contractuels relativement aux trois opérations de SWAPS litigieux, son devoir de conseil en proposant à la SMHLM un montage des opérations conforme à ses objectifs; qu'elle prétend qu'elle n'était tenue d'aucun devoir de mise en garde à l'égard de la SMHLM, dès lors que la souscription de trois contrats de SWAPS de taux n'est pas une opération spéculative et que la SMHLM est un opérateur averti, qui avait déjà conclu, notamment avec le Crédit Agricole et la BNP, des contrats de SWAP, lesquels, pour elle, sont banals et nullement complexes ; qu'elle ajoute que la SMHLM n'apporte pas la preuve des préjudices invoqués qui ne sont ni actuels ni certains, étant précisé que le préjudice s'analyse en la perte de chance de ne pas contracter, ni celle du lien de causalité entre les prétendues fautes commises et le préjudice subi;

Considérant que la SMHLM allègue tout d'abord que son consentement a été vicié; qu'elle 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 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'appelante d'établir que l'auteur du dol est son contractant ou le représentant de celui-ci, de caractériser les manoeuvres illicites et intentionnelles destinées à la tromper qui ont été déterminantes et ont provoqué une erreur de nature à vicier son consentement ;

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 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 les 13 juillet 2006, 26 juillet 2007 et 22 janvier 2008 ; que l'assignation a été délivrée le 2 octobre 2014 ; qu'il s'ensuit qu'à cette date le délai de prescription était écoulé et que la demande est irrecevable ;

Considérant qu'il y a lieu de rappeler que le contrat de SWAP peut être défini comme étant le contrat par lequel deux parties ayant des intérêts et aspirations opposés et des accès différents aux marchés de l'argent s'engagent à prendre en charge les intérêts dus par l'autre, c'est-à-dire à s'échanger des charges financières, des conditions d'intérêts en s'engageant à se verser, selon une périodicité convenue, des montants correspondants à des taux d'intérêts distincts, applicables à un montant nominal donné (le notionnel) sans échange en capital ; que son but est d'inverser la charge des intérêts;

Considérant qu'il s'agit d'un pari financier autorisé par la loi et d'un contrat aléatoire dès lors que l'avantage que les parties en retireront n'est pas appréciable lors de la formation du contrat puisqu'il dépend d'un événement incertain ;

Considérant qu'il découle de ce qui précède qu'il est exclu d'analyser l'erreur, cause de nullité, lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en l'objet, compte tenu du caractère aléatoire du contrat;

Considérant que la cour doit seulement examiner les demandes fondées sur le dol et s'interroger sur le point de départ de la prescription ;

Considérant qu'il y a lieu tout d'abord de préciser ce qu'indique le rapport de la MILOS (Mission Interministérielle d'inspection du logement social) dont il est allégué par la SMHLM que la date de publication, en mai 2011, constitue le point de départ du délai de prescription quinquennale ;

Considérant que les passages de ce rapport (pièces 5 et 10 de l'appelante) relatifs aux contrats de SWAP conclus par SMHLM sont les suivants :

' la société s'est engagée dans un programme de couverture de sa dette pour un montant particulièrement élevé sans que la mesure du risque n'ait été suffisamment appréciée.

En 2006, le directoire a envisagé de couvrir les risques de variation de ses emprunts adossés au livret A, par le biais de contrats d'échange de taux (swaps). Après une longue réflexion il a été décidé la mise en place d'un Swap couvrant 30 M€ de l'encours de dettes.

Assez rapidement, plusieurs autres contrats de swaps ont été engagés, pour un montant qui atteint à fin 2009 120 M€, soit près de 40% de la dette. Ces contrats sont à hauteur de 35% des produits de pente sur une base d'échange de taux d'un taux fixe arrêté par référence à un écart entre les taux longs et les taux courts, mais avec: une barrière faisant varier ce taux payé entre 2,98% et 5,05%. Les autres contrats (soit la majorité) correspondent à de simples échanges de taux fixes (de 3,63% à 3,69% selon les conventions). Tous ces contrats, y compris les produits spéculatifs de pente, bien qu'actuellement positionnés dans la phase la plus favorable, disposent aujourd'hui de taux supérieurs aux taux initiaux échangés, en raison de la faiblesse conjoncturelle du livret A liée à la situation économique contemporaine.

Le résultat global est donc actuellement clairement déficitaire, avec une perte cumulée à la mi 2010 de 3,3 M€. Surtout, aucune projection ni étude financière prévisionnelle spécifique pour ces produits n'ont été engagées, la société ayant pour l'instant seulement mesuré le coût de sortie de ses principaux contrats ( 11,13 M€). Si son exploitation lui permet a priori de supporter cette situation selon une première analyse sommaire (cf. infra § 5.3), il n'en demeure pas moins qu'elle doit au plus vite étudier de façon approfondie l'impact prévisionnel futur des différents scénarios envisageables, et faire appel le cas échéant à des conseils extérieurs, afin de définir une stratégie pertinente en la matière. L'annexe 1.11 détaille davantage cette question...

## CONTRATS DE SWAP

### 1. NATURE DES OUTILS DE COUVERTURE

La Société Martiniquaise a contracté un total de 5 Swaps à partir de 2006, en majorité sous forme d'échange de taux fixes (3,63 à 3,69 % contre du livret A), et pour le reste sous forme de produits de pente (anticipation de la fin d'aplanissement de la courbe des taux, avec application d'un taux échangé contra du livret A, plus avantageux - 2,98 % - si les taux longs sont plus élevés que les taux courts). A l'époque de la négociation des premiers produits, le livret A s'établissait à 2,25 % (il allait s'élever progressivement jusqu'à 4 % en août 2008). En outre, depuis environ deux ans, la courbe des taux s'aplatissait lentement mais sûrement, de façon inhabituelle, et les marchés spéculaient sur une poursuite de cette tendance. La Société Martiniquaise postulait donc sur une évolution inverse, beaucoup plus orthodoxe. (...)

En juillet 2008, constatant qu'avec la crise financière, la courbe des taux continuait à se tasser (elle deviendra même négative sur une courte période), ce qui rendait inopérante la logique des produits de la société, celle-ci envisagera de renégocier ces contrats pour d'autres formules. La reconstitution des opérations alors mises en oeuvre n'a pu être

précisément retracée, des différentes non négligeables existant entre les quelques documents évoquant ces questions au sein de la société. Le tableau ci-dessus retrace les contrats tels qu'ils existent aujourd'hui.

A l'heure actuelle, les produits de pente retrouvent une évolution favorable avec une courbe des taux enfin normalisés mais le taux du livret A, qui a fortement chuté depuis 2008, demeure nettement plus bas que le taux reçu, ce qui rend les opérations toujours déficitaires. Il en va de même pour les échanges de taux fixes, trop élevés par rapport au taux du livret.

On observera que comme à l'accoutumé pour ce genre d'opérations, ces contrats sont à la fois d'une extrême simplicité quant au mode de négociation (simples télécopies à l'origine), autorisant ainsi une grande réactivité (et a contrario, favorisant le manque de réflexion préalable), et par ailleurs très peu explicite quant à la nature exacte de l'opération et surtout sur l'analyse du risque et les différentes conséquences envisageables.

En revanche, ces opérations ont fait l'objet manifestement d'une large bienveillance de la part des établissements financiers : le grand intérêt pour ces opérateurs étant qu'à la différence d'un prêt, les risques sont pour eux quasiment inexistant (aucun capital ne sortant du patrimoine de ces établissements).

## 2. MONTANT DE LA DETTE COUVERTE

Signe inquiétant du déficit de contrôle de gestion, la salariée de la Société qui a le plus

activement orienté celle-ci vers ce type de produits ne paraissait pas connaître précisément les montants en jeu : le nominal et les dates d'échéance varient selon les documents internes consultés, et de grossières erreurs sont plusieurs fois reproduites (un des contrats de Swap ayant été négocié pour un montant couvert de 30 M€, finalement contracté effectivement à hauteur de 15 M€ - mais sans que cette réduction ne soit intégrée par la suite dans les documents produits au directoire).

## 3. COÛTS DE L'OPERATION DE COUVERTURE

Comptablement, l'effet de ces contrats portant sur des volumes considérables de la dette des sociétés n'apparaît qu'au moment de la constatation de la perte ou du gain. L'opération de couverture pour la Société Martiniquaise, globalement, est largement négative sur toute la période.

## 4. STRATEGIE ENVISAGEE

La Société manque à ce jour cruellement de stratégie. Après le départ de la salariée ayant initié ce type d'opération, la reprise des contrats qui s'avèrent de plus en plus coûteux s'est faite de façon très progressive, par une équipe non préparée à ces outils et par ailleurs déjà très absorbée par la finalisation du progiciel et de ses implications comptables et financières.

La seule action effective relevée a consisté à mesurer le coût de sortie éventuel, s'agissant du principal établissement

financier ayant co-contracté ces produits (la BRED); le montant est considérable...';

Considérant, d'une part, qu'il y a lieu de constater que le rapport ne contient aucun élément de nature à accréditer l'existence d'un dol qu'un manquement à une obligation d'information, de conseil ou de mise en garde ne suffit pas à caractériser ; que, d'autre part, le rapport stigmatise, non pas l'attitude de la banque, mais l'absence de contrôle et de réactivité de la direction ; qu'à cet égard la fiche récapitulative du rapport définitif énumère au titre des points faibles! ' dispositif de contrôle interne quasi-inexistant, absence de tableaux de bord, contrats de swap couvrant 40% de la dette insuffisamment suivis par le conseil ' ; que de nouvelles observations sont ainsi formulées : 'Les principales carences concernant les opérations de swap ( hormis le manque d'information formelle des organes dirigeants évoqué supra ) ont trait au défaut d'analyse et de réactivité lorsqu'il s'est avéré que l'opération devenait déficitaire. Il appartient à la société de mettre en oeuvre les actions correctives nécessaires';

Considérant que le rapport d'inspection suivant, publié deux ans plus tard, reprend les mêmes critiques à l'encontre de la direction de la SMHLM ; (pièce 15)

#### 'GESTION DE LA DETTE

obs 7. La société a contracté des swaps de taux à hauteur de 140 M€ représentant 47% de son encours de dette. L'évolution actuelle à la baisse des taux du livret A et de l'Euribor génère un différentiel négatif sur swaps qui s'élève à 10,8 M€ à fin 2012.

Le précédent rapport de la Milos avait formulé une observation sur la mise en place d'opérations de swap de taux pour un montant particulièrement élevé, sans que la gouvernance n'apprécie correctement les risques encourus . Ces swaps ont été contractés entre 2006 et 2008 pour couvrir les risques de variation du taux des emprunts adossés au livret A.

A ce jour l'endettement de la société est toujours constitué de 5 opérations de swaps pour un montant nominal de 140 M€ Ces contrats constituent des échanges de taux du livret A contre des taux fixes (3,63% et 3,69%) pour trois d'entre eux à hauteur de 110 M€ et contre un produit de pente pour deux autres, à hauteur de 30 M€ (cf. annexe 1.28). Ces contrats conclus sur des durées variant de 13 à 20 ans sont amortissables, à l'exception de deux in fine.

En 2008, afin de se prémunir du versement d'un taux dégradé de 5,04% sur l'un des contrats de pente (15 M€), la société a également mis en place un 'swap miroir' (échange d'un swap contre un nouveau swap) à hauteur de 13M€, avec un taux fixe relativement élevé de 4,19%.

En 2012, ces opérations ont conduit à des taux d'intérêts de 3,5% pour le swap sur le produit de pente, 4,2% pour les swaps à taux fixes et 4,7% pour le swap miroir qui enregistre le taux le plus élevé à ce jour.

La perte sur différentiel de swaps s'élève au total à 10,8 M€ entre 2006 et 2012 ... (2006 17 2007 18 2008 172 2009 840 2010 4831 2011 2708 2012 2198 )...

Par ailleurs, la société est doublement pénalisée sur la dette ayant fait l'objet de swaps: elle ne bénéficie pas de la faiblesse actuelle du taux du livret A et au vu du niveau peu élevé de l'Euribor, l'échange entre le taux du livret A nouvelle et ancienne formule lui est défavorable (perte de l'ordre de 0,5% en 2011 et 2012).

Les pertes évoluent de façon inverse par rapport au montant des intérêts hors swaps (cf. tableau Supra), limitant l'amplitude de variation du montant total des intérêts. L'évolution des opérations de swaps est fortement liée à celles des taux du livret A ancienne et nouvelle formules. Tant que ces derniers seront peu élevés et inférieurs aux taux des swaps, le différentiel sera déficitaire et inversement en cas de hausse, Par conséquent, les swaps contractés ne permettent pas à la société de bénéficier des taux faibles du livret A mais, a contrario, ils devraient la prémunir d'une forte hausse des taux

Il appartient aux dirigeants de confirmer ou d'infirmier cette stratégie étant observé que la société envisage de renégocier ces contrats. Cette orientation était déjà confirmée dans le compte rendu de la réunion du 01/03/2012 à la DEAL à laquelle participait le président du directoire . En tout état de cause, il apparaît indispensable que la société se rapproche d'un Cabinet compétent dans ce domaine pour bénéficier d'une analyse circonstanciée permettant aux dirigeants d'adopter la stratégie la mieux adaptée.

#### Observation n°7 : Réponses de l'organisme

La société a contracté des swaps de taux à hauteur de 140 M€ représentant 47% de son encours de dette . L'évolution actuelle à la baisse des taux du livret A et de l'Euribor génère un différentiel négatif sur swaps qui s'élève à 10,8 M€ à fin 2012

La société a interrogé, dès le mois de mars 2013, trois cabinets spécialisés dans la gestion de la dette afin de les mettre en concurrence et désigner celui qui pourrait l'accompagner dans la recherche de solutions de renégociation des contrats de swap. L'objectif est de rechercher avec l'aide de ce cabinet les solutions à proposer aux différents établissements en vue d'une modification des contrats qui soit de nature à enrayer l'augmentation cumulative des charges de swaps. Une procédure contentieuse n'est pas écartée si à l'issue des négociations avec les établissements bancaires, aucune amélioration ne pouvait être constatée dans l'impact des intérêts des swaps sur le compte de résultat de la société. En effet, la jurisprudence récente porte l'accent sur l'insuffisante assistance de la part des établissements bancaires apportée aux clients du secteur public notamment, en particulier sur l'existence du risque d'altération de leur patrimoine en cas d'évolution aversive des indices boursiers.

#### Nouvelle observation de la Milos :

La Milos prend acte de la décision, prise en mars 2013 de passer un marché afin de désigner un consultant spécialisé dans la gestion de la dette. Il convient de rechercher le plus rapidement possible les solutions les plus appropriées pour juguler les effets négatifs des contrats de swaps sur les résultats de la société' ;

Considérant qu'il ressort clairement de ce qui précède qu'il a fallu attendre le rapport d'inspection de 2013 pour que la SMHLM réagisse, contacte des conseils spécialisés et essaie vainement de négocier avec la banque;

Considérant, ainsi que le tribunal l'a relevé, que la SMHLM a nécessairement eu connaissance en 2008 de l'inversion de la situation et du fait que, par le jeu du contrat, elle était amenée à percevoir des taux inférieurs à ceux qu'elle devait régler à la banque ; que ces chiffres figurent dans sa comptabilité ;

Considérant qu'il est en outre constant que dès 2009 la cour des comptes dans son rapport annuel a analysé les contrats de SWAP conclus par les collectivités territoriales 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 s'apparentaient à une démarche spéculative critiquable;

que la banque relève avec raison que la SMHLM communique une circulaire en date du 25 juin 2010 du ministre de l'intérieur, de l'Outre mer et des collectivités territoriales, de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, du ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat qui a pour objet 'les produits financiers offerts aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics', laquelle fait référence à une réunion tenue le 3 novembre 2008 aux termes de laquelle une charte de bonne conduite entre les établissements bancaires et les collectivités publiques a été présentée aux associations représentatives d'élus et aux établissements financiers le 29 mai 2009 et signée le 7 décembre 2009, aux termes de laquelle les banques signataires se sont engagées à ne plus proposer aux collectivités locales des produits catalogués comme spéculatifs et il a été décidé que les collectivités locales devaient être considérées comme non averties ;

Considérant que compte tenu des crises financières de 2007 et 2008, des conséquences qu'elles ont eu sur les taux d'intérêt, des bouleversements qu'elles ont causés dans le fonctionnement des emprunts structurés et des contrats de SWAP, de la résonance de ces événements au plan national et international, des débats publics qui ont eu lieu dès 2008, il est totalement inconcevable que la SMHLM ait attendu l'année 2011 pour s'apercevoir que les contrats de SWAP ne couvraient pas les risques de son encours mais l'exposaient à des frais financiers supplémentaires ;

Considérant que, dès lors, il doit être constaté que l'action engagée le 2 octobre 2014 est prescrite ;

Considérant que le jugement déféré sera confirmé sur ce point ;

Considérant que la prescription d'une action en responsabilité contractuelle court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime, si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance ; que le dommage résultant d'un manquement à l'obligation de mise en garde, d'information et de conseil consistant en la perte de la chance de ne pas contracter ou d'éviter le risque qui s'est réalisé se manifeste dès la formation du contrat, à moins que le co contractant ne démontre qu'il pouvait, à cette date, légitimement ignorer ce dommage ;

Considérant que, de par la date de leur signature, les conventions sont soumises à la prescription décennale de l'article L110-4 du code de commerce ; que la loi n°2008-561 du 17 juin 2008, qui a fixé le délai de prescription à 5 ans, édicte des dispositions transitoires en son article 26 qui prévoit que 'les dispositions de la présente loi qui réduisent la durée de la prescription s'appliquent aux prescriptions à compter du jour de l'entrée en vigueur de la présente loi, 19 juin 2008, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure';

Considérant que la convention-cadre signée le 13 juillet 2006 comporte (pièce 4 de l'intimée) un article 8 intitulé ' calcul et paiement du solde de résiliation 'dans lequel le mode précis de calcul ainsi que ses composants sont décrits en détail ; qu'il est stipulé, notamment que 'chaque transaction résiliée donne lieu à la détermination de sa valeur de remplacement ainsi que, le cas échéant, du montant dû par chaque partie pour cette transaction ' (article 8.1.1) et que ' la partie en charge du calcul du solde de résiliation notifiera à l'autre son montant dans les meilleurs délais ainsi que le détail des calculs ayant permis de le déterminer ' (article 8.2.1) ; que l'indemnité de résiliation peut être à la charge du client ou de la banque, selon les évolutions de marché ; que les termes employés, et notamment celui de ' valeur de remplacement ', sont explicités dans l'article 2 de la dite convention ;

Considérant que le 10 janvier 2016 la BRED a adressé à la SMHLM un document de 16 pages intitulé ' Gestion sécuritaire de l'endettement -Gestion des emprunts indexés sur livret A 'comprenant 6 chapitres :

'- rappel de votre problématique: votre SA d'HLM est endettée à hauteur de plus de 280 millions d'euros à des taux indexés directement sur le livret A . Ce taux qui était fixé par le gouvernement est 'dépolitisé' depuis ... janvier 2003... ainsi le taux du livret A varie maintenant librement en fonction des marchés financiers ... Vos durées d'endettement sont très longues. Les risques de variations et la conséquence pour vos frais financiers sont donc réels et importants ...

- une solution simple et puissante : le swap : Le swap de taux ... vous permet de modifier l'indexation de votre prêt, c'est-à-dire de la passer d'une indexation Livret A vers un autre taux pendant la période de votre choix, sur le montant de votre choix. Grâce au swap vous recevez et payez aux mêmes dates le taux du livret A et repassez donc sur une nouvelle indexation que vous avez choisie ...

- trois suggestions pour modifier cette indexation Livret A

1 Passage à Euribor avec marge négative 2 passage à Euribor cappé

- passage à taux fixe ;

(pour chacune d'elles les avantages et inconvénients du swap sont analysés)

inconvenient :

de la suggestion 1 et 2 : vous changez de taux variable : vous êtes donc sensible aux variations des taux Euribor et plus exactement à la différence entre l'Euribor et le Livret A . Le risque de swap réside donc en la hausse de l'Euribor (ou de la baisse du Livret A) et du surcoût qui en résulterait ...;

de la suggestion 3 : vous passez à taux fixe : vous n'êtes donc plus sensible aux variations des taux du Livret A . UN surcoût immédiat qui en résulte augmentera si le taux du livret A baisse. Ce surcoût baissera (voire s'inversera , vous ferez alors une économie ) si le taux du livret A monte.

- mise en place pratique du swap ... en cas d'arrêt du swap il peut y avoir un montant en votre faveur ou en notre faveur (souligné) à régler pour mettre fin au swap, selon les conditions de marché

- Pourquoi les HLM utilisent ces swaps : pour économiser ... pour se protéger ... en résumé ne pas mettre tous ses oeufs dans le même panier semble raisonnable

- avertissement et confidentialité toutes les cotations contenues dans ce document sont données à titre indicatif et susceptibles de varier en fonction des marchés financiers. Cette proposition ... est transmise à titre d'information et ne doit pas être considérée comme une recommandation ou un conseil correspondant à votre statut, vos besoins ou un conseil conforme à vos objectifs financiers. Avant d'accepter une opération financière, vous devez vous assurer d'en avoir parfaitement compris les termes, évalué les risques et vous être assuré qu'elle répondait bien à vos intérêts en tous points. Si vous pensez ne pas être en mesure d'en comprendre parfaitement les termes, il vous appartient de prendre toutes informations complémentaires auprès de conseillers.

Afin de faciliter le suivi de vos risques, vous pouvez obtenir de la BRED ... une évaluation de la valeur de marché des opérations que vous aurez conclues avec elle';

Considérant que le 5 juillet 2006 la BRED a adressé une suggestion n°4 ' double taux fixe 15 ans' dans laquelle les inconvénients sont également décrits ;

Considérant qu'il résulte tant des stipulations claires et précises des conventions, compréhensibles de tous, que de l'information qui a été fournie aux intimés, d'une part, que le paiement des soultes de résiliation était contractuellement prévu, d'autre part, que la solution choisie les exposait de façon significative au risque de taux puisque la variation du taux de l'Euribor 3 mois, tant à la hausse qu'à la baisse, était susceptible, compte tenu du mécanisme de corridor des contrats, d'influer sur le montant du taux d'intérêt ;

Considérant en conséquence que les intimés n'établissent pas avoir, lors de la conclusion des conventions, légitimement ignoré le dommage invoqué ;

Considérant ainsi que le délai de prescription a pris fin le 19 juin 2013; qu'il s'ensuit que l'action introduite le 2 octobre 2014, est prescrite ;

Considérant que le jugement déferé sera confirmé ;

Considérant que la SMHLM qui succombe et sera condamnée aux dépens, ne peut prétendre à l'octroi de sommes sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ; que l'équité commande au contraire qu'elle soit condamnée à ce titre au paiement de la somme de 10.000€ à la BRED ;

Considérant que les dispositions du jugement seront confirmées sur ces points ;

Par Ces MOTIFS

Confirme le jugement déferé en toutes ses dispositions,

Y ajoutant,

Condamne la Société Martiniquaise d'HLM (SMHLM) à payer la somme de 10.000€ à la BRED BANQUE POPULAIRE sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

Rejette toutes autres demandes des parties,

Condamne la Société Martiniquaise d'HLM (SMHLM) aux dépens d'appel et admet l'avocat concerné au bénéfice de l'article 699 du code de procédure civile.

LE GREFFIER LA PRÉSIDENTE