

8 septembre 2021
Cour de cassation
Pourvoi n° 19-16.543

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

ECLI:FR:CCASS:2021:CO00617

Texte de la décision

Entête

COMM.

FB

COUR DE CASSATION

Audience publique du 8 septembre 2021

Cassation partielle

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 617 F-D

Pourvoi n° Z 19-16.543

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 8 SEPTEMBRE 2021

L'EPIC Côte d'azur Habitat (établissement public à caractère industriel et commercial), dont le siège est [Adresse 2], a formé le pourvoi n° Z 19-16.543 contre l'arrêt rendu le 28 novembre 2018 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 6), dans le litige l'opposant :

1°/ à la société NatWest Markets NV, anciennement dénommée The Royal Bank of Scotland NV, dont le siège est [Adresse 3]),

2°/ à la société NatWest Markets PLC, anciennement dénommée The Royal Bank Of Scotland PLC, dont le siège est [Adresse 1] (Royaume-Uni),

défenderesses à la cassation.

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de M. Blanc, conseiller référendaire, les observations de la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, avocat de l'EPIC Côte d'azur Habitat, de la SCP Alain Bénabent, avocat des sociétés NatWest Markets NV et NatWest Markets PLC, et l'avis de Mme Guinamant, avocat général référendaire, après débats en l'audience publique du 1er juin 2021 où étaient présents Mme Mouillard, président, M. Blanc, conseiller référendaire rapporteur, M. Rémy, conseiller doyen, et Mme Labat, greffier de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Exposé du litige

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 28 novembre 2018), le 7 juin 2006, l'établissement public Côte d'azur habitat, office public de l'habitat (l'OPH Côte d'azur habitat), a conclu un contrat d'échange de conditions d'intérêt (le contrat de swap) avec la société ABN Amro.
2. Par un acte du 30 janvier 2009, l'OPH Côte d'azur habitat, la société ABN Amro et la société The Royal Bank Of Scotland PLC (la société RBS PLC), sont convenus que, par voie de novation, la société RBS PLC se substituait à la société ABN Amro en tant que contrepartie à ce contrat de swap.
3. Le 11 juin 2013, l'OPH Côte d'azur habitat a assigné la société RBS PLC, aux droits de laquelle est venue la société Natwest Markets PLC, puis, le 17 décembre 2015, la société The Royal Bank Of Scotland NV (la société RBS NV), venant aux droits de la société ABN Amro et aux droits de laquelle est venue la société Natwest Markets NV, en annulation du

contrat de swap du 7 juin 2006 et de la convention novatoire du 30 janvier 2009, ainsi qu'en réparation de divers préjudices.

Moyens

Examen des moyens

Sur le premier moyen, pris en ses deuxième et troisième branches, le deuxième moyen, pris en sa première branche, et le troisième moyen, ci-après annexés

Motivation

4. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Moyens

Sur le deuxième moyen, pris en ses deuxième, troisième et quatrième branches

Enoncé du moyen

5. L'OPH Côte d'azur habitat fait grief à l'arrêt de dire prescrite l'action en annulation du contrat de swap du 7 juin 2006 engagée par lui contre la société de droit néerlandais RBS NV, devenue Natwest Markets NV, et de dire en conséquence irrecevable l'action en annulation de la convention novatoire du 30 janvier 2009 engagée contre la société RBS PLC, alors :

« 2°/ que, à supposer ces motifs opérants, le point de départ de la prescription de l'action en nullité absolue est fixé, aux termes de la loi du 17 juin 2008, à la date à laquelle le cocontractant qui agit en nullité « savait ou aurait dû savoir » que le contrat était affecté d'une cause de nullité ; que cette règle est applicable, y compris aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008 ; qu'au cas présent, la cour d'appel a considéré que le point de départ de l'action en nullité absolue du contrat de swap conclu en 2006 devrait en principe être fixé à la date de la conclusion du contrat, sauf à ce que le demandeur à la nullité parvienne à démontrer qu'il était confronté, à cette date, à une impossibilité d'agir ; qu'en écartant ainsi l'application de la règle nouvelle, imposant au demandeur à la fin de non-recevoir tirée de la prescription la charge de la preuve de la date à laquelle le demandeur à l'action en nullité « savait ou aurait dû savoir » que le contrat n'était pas valable, la cour d'appel, qui a maintenu une norme dont elle concédait elle-même qu'elle n'avait, au mieux, qu'une origine jurisprudentielle (« il était jugé ? »), a violé les articles 2262 ancien et 2224 nouveau du code civil, ensemble l'article 26-II de la loi du 17 juin 2008 et 2222 nouveau du code civil ;

3°/ que, à supposer que la maxime contra non valentem demeure seule applicable pour différer le point de départ du délai de prescription des actions en nullité absolue, l'impossibilité d'agir visée par ledit adage s'entend, notamment, d'une situation dans laquelle le demandeur à l'action n'imaginait pas que le contrat ne fût pas valable au regard de la cause de nullité visée au soutien de l'action ; que le juge doit ainsi vérifier si le demandeur à l'action était relativement à cette cause précise, dans une situation d'impossibilité d'agir ; qu'au cas présent, l'OPH avait souligné que le contrat de swap de pente conclu en 2006 était entaché d'un vice lié à ce qu'il n'avait pas la capacité de souscrire à ce type

d'opération, les règles étroites de capacité des offices HLM interdisant de se lancer dans ce genre de contrat ; que, pour évaluer le point de départ de la prescription de l'action, la cour d'appel s'est bornée à indiquer que, selon elle, à la date de la conclusion du contrat, l'office aurait été en mesure de comprendre les caractéristiques dudit contrat, mais sans jamais établir que l'office aurait eu conscience du point de savoir si la confrontation du contrat soi-disant compréhensible aux règles strictes de capacité ne révélait pas un vice fondamental ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui a négligé la vérification de la possibilité qu'avait, ou pas, l'OPH d'agir relativement au point de comparaison (ses règles de capacité) dont jaillissait la cause de nullité, a privé sa décision de toute base légale au regard des articles 2262 ancien et 2224 nouveau du code civil, ensemble l'article 26-II de la loi du 17 juin 2008 et 2222 nouveau du code civil ;

4°/ que l'impossibilité d'agir en nullité absolue d'un contrat, lorsqu'elle est caractérisée, a pour effet de décaler le point de départ de la prescription à la date à laquelle cette impossibilité cesse ; que le délai de prescription court alors pour son entier ; qu'au cas présent, la cour d'appel a considéré que l'application de la maxime contra non valentem ne pourrait en aucun cas venir au secours de l'action de l'OPH dans la mesure où, à la date à laquelle l'impossibilité a cessé, il restait encore « du temps nécessaire pour agir, puisque le délai de prescription n'expirait que le 19 juin 2013 » ; qu'en statuant ainsi par des motifs qui postulaient un délai de prescription dont le déclenchement n'aurait pas été tenu en échec par l'impossibilité d'agir, mais qui aurait couru, pour une durée de 5 ans, à compter de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, la cour d'appel, qui a ainsi fait jouer à ce décompte parallèle un rôle de contrôle qui ne se justifie plus maintenant que la prescription de l'action en nullité absolue a été réduite de 30 à 5 ans, a violé les articles 2262 ancien et 2224 nouveau du code civil. »

Motivation

Réponse de la Cour

6. Il résulte de l'article 2262 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 17 juin 2008, que l'action en nullité absolue d'un contrat conclu avant l'entrée en vigueur de cette loi se prescrit par trente ans à compter de sa conclusion et, si cette prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement quelconque résultant soit de la loi, soit de la convention ou de la force majeure, cette règle ne s'applique pas lorsque le titulaire de l'action disposait encore, au moment où cet empêchement a pris fin, du temps nécessaire pour agir avant l'expiration du délai de prescription.

7. Ayant énoncé, à bon droit, que le délai de prescription de l'action en nullité absolue du contrat du 7 juin 2006 exercée par l'OPH Côte d'azur habitat contre la société RBS NV, venant aux droits de la société ABN Amro, sur le fondement de son défaut de capacité avait couru à compter de la conclusion de ce contrat, pour expirer le 19 juin 2013 en application des dispositions transitoires de l'article 26, II, de la loi du 17 juin 2008, puis retenu qu'à supposer que l'OPH Côte d'azur habitat ait été, un temps, dans l'impossibilité d'agir, l'empêchement dont il se prévalait avait pris fin, selon lui, au plus tard en 2012, de sorte qu'il disposait encore, à cette date, du temps nécessaire pour agir, la cour d'appel, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par la troisième branche, en a exactement déduit que cette action était prescrite à la date de l'assignation de la société RBS NV, le 15 décembre 2015.

8. Par conséquent, le moyen, inopérant en sa troisième branche, n'est pas fondé pour le surplus.

Moyens

Mais sur le premier moyen, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

9. L'OPH Côte d'azur habitat fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevable l'action engagée par lui contre la société de droit écossais RBS PLC, devenue Natwest Markets PLC, tendant à l'annulation du contrat de swap, à sa résiliation, à la condamnation à des dommages-intérêts et de déclarer irrecevable l'action engagée contre la société de droit néerlandais RBS NV, devenue Natwest Markets NV, tendant à la résiliation du contrat de swap et à la condamnation à des dommages-intérêts, alors « que, si la novation entraîne l'extinction de l'obligation novée, elle n'interdit pas au cocontractant qui en est victime d'agir en responsabilité civile contre son cocontractant d'origine, pour des manquements précontractuels, comme un manquement à l'obligation d'information, au devoir de conseil ou de mise en garde ; que l'effet extinctif de la novation ne porte que sur les obligations novées elles-mêmes, mais non sur les devoirs juridiques qui ont entouré leur naissance ; qu'au cas présent, l'OPH demandait la condamnation indemnitaire de la banque s'étant portée contrepartie du swap de pente en 2006, au motif, notamment, que la société ABN Amro NV, devenue la société RBS NV, avait manqué à ses obligations d'information, de mise en garde et de conseil, pendant la période ayant précédé la conclusion du premier swap ; qu'en déclarant irrecevable cette demande indemnitaire au motif que « la novation, en ce qu'elle porte extinction de l'obligation ancienne, a pour conséquence d'effacer toutes actions, exceptions et moyens de défense relatifs à l'obligation éteinte », hormis, uniquement, l'exception de nullité, la cour d'appel, qui a méconnu la circonstance que seules les actions relatives à l'obligation novée pouvaient subir l'effet extinctif attaché à la novation, ce qui n'était pas le cas d'une action dirigée contre le cocontractant d'origine coupable de manquements à ses devoirs précontractuels, a violé les articles 1271 et 1147 du code civil, dans leur rédaction applicable en la cause. »

Motivation

Réponse de la Cour

Recevabilité du moyen

10. Les sociétés Natwest Markets NV et Natwest Markets PLC contestent la recevabilité du moyen en raison de sa nouveauté.

11. Cependant, le moyen ne se réfère à aucune considération de fait qui ne résulterait pas des énonciations des juges du fond, de sorte qu'il est de pur droit.

12. Le moyen est donc recevable.

Bien-fondé du moyen

Vu les articles 1271 et 1147 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 :

13. Pour déclarer irrecevable la demande d'indemnisation formée contre la société Natwest Markets NV, venant aux droits de la société ABN Amro, l'arrêt retient que, par l'effet de la novation, une obligation nouvelle a été créée qui s'est substituée, de manière simultanée et indissociable, à l'obligation ancienne, laquelle s'est éteinte corrélativement, qu'ainsi des rapports de droit successifs ont été créés, d'abord entre l'OPH Côte d'azur habitat et la société ABN Amro, jusqu'au 30 janvier 2009, puis à compter de cette date entre l'OPH Côte d'azur habitat et la société RBS PLC, à propos d'un contrat unique de swap conclu le 7 juin 2006, et que la novation, en ce qu'elle porte extinction de l'obligation ancienne, a pour conséquence d'effacer toutes actions, exceptions et moyens de défense relatifs à l'obligation éteinte, ce dont il déduit que l'OPH Côte d'azur habitat ne peut agir en responsabilité contre la société ABN Amro.

14. En statuant ainsi, alors que la novation du contrat du 7 juin 2006 intervenue le 30 janvier 2009 ne privait pas l'OPH Côte d'azur habitat de son droit d'agir contre la société Natwest Markets NV, venant aux droits de la ABN Amro, en réparation de préjudices résultant de manquements précontractuels commis par celle-ci à l'occasion de la conclusion du

contrat initial, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Moyens

Et sur le premier moyen, pris en sa quatrième branche

Énoncé du moyen

15. L'OPH Côte d'azur habitat fait le même grief à l'arrêt, alors « qu'en retenant que "l'OPH ne peut agir ni en nullité du contrat de swap, ni en responsabilité, en invoquant des faits antérieurs au 30 janvier 2009, contre RBS PLC", cependant que, s'agissant de RBS PLC, l'OPH invoquait la nullité du contrat du 30 janvier 2009 et la violation du devoir d'information, de mise en garde, de conseil et de classification, pour des faits ayant entouré la conclusion du contrat de 2009, qui n'étaient donc pas véritablement "antérieurs au 30 janvier 2009", la cour d'appel a méconnu les termes du litige en violation des articles 4 et 5 du code de procédure civile. »

Motivation

Réponse de la Cour

Vu l'article 4 du code de procédure civile :

16. Selon ce texte, l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties.

17. Pour déclarer irrecevables les demandes formées par l'OPH Côte d'azur habitat tendant à l'annulation de la convention novatoire du 30 janvier 2009 et à la condamnation de la société RBS PLC, devenue la société Natwest Markets PLC, à lui payer des dommages-intérêts, l'arrêt retient que l'OPH Côte d'azur habitat ne peut agir ni en nullité du contrat de swap ni en responsabilité contre la société RBS PLC en invoquant des faits antérieurs au 30 janvier 2009, cette société étant devenue contrepartie postérieurement à cette date.

18. En statuant ainsi, alors que, dans ses conclusions, l'OPH Côte d'azur habitat soutenait, d'abord, que la convention novatoire du 30 janvier 2009 était nulle, dès lors qu'il n'avait pas la capacité de la conclure et, ensuite, que la société RBS PLC avait manqué, au jour de la conclusion de cette convention, à ses obligations précontractuelles, la cour d'appel, qui a modifié l'objet du litige, a violé le texte susvisé.

Portée et conséquence de la cassation

19. Les cassations prononcées sur les première et quatrième branches du premier moyen n'atteignent que les dispositions de l'arrêt déclarant irrecevables la demande d'annulation de la convention novatoire du 30 janvier 2009 et les demandes d'indemnisation formées contre les sociétés Natwest Markets NV et Natwest Markets PLC, venant respectivement aux droits des sociétés RBS NV, elle-même venant aux droits de la société ABN Amro, et RBS PLC, les motifs critiqués par ces deux branches n'étant pas le soutien des autres chefs du dispositif de l'arrêt visés par le moyen.

Dispositif

PAR CES MOTIFS, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déclare irrecevable l'action engagée contre la société de droit écossais The Royal Bank Of Scotland PLC, devenue la société Natwest Markets PLC, tendant à l'annulation de la convention novatoire du 30 janvier 2009 et à la condamnation à des dommages-intérêts, en ce qu'il déclare irrecevable l'action engagée contre la société de droit néerlandais The Royal Bank Of Scotland NV, devenue la société Natwest Markets NV, tendant à la condamnation à des dommages-intérêts et en ce qu'il statue sur les dépens et l'application de l'article 700 du code de procédure civile, l'arrêt rendu le 28 novembre 2018, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;
Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne les sociétés Natwest Markets NV et Natwest Markets PLC aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par les sociétés Natwest Markets NV et Natwest Markets PLC et les condamne à payer à l'EPIC Côte d'azur habitat la somme globale de 3 000 euros ;

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

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du huit septembre deux mille vingt et un.

Moyens annexés

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, avocat aux Conseils, pour l'EPIC Côte d'azur Habitat.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit irrecevable l'action en nullité engagée à l'encontre de la société de droit écossais The Royal Bank of Scotland PLC, devenue Natwest Markets PLC, d'avoir déclaré irrecevable l'action engagée contre la société de droit écossais The Royal Bank of Scotland PLC, devenue Natwest Markets PLC, tendant à l'annulation du contrat de swap, à sa résiliation, à la condamnation à des dommages-intérêts, et d'avoir déclaré irrecevable l'action engagée contre la société de droit néerlandais The Royal Bank of Scotland NV, devenue Natwest Markets NV, tendant à la résiliation du contrat de swap et à la condamnation à des dommages-intérêts ;

Aux motifs que « selon l'article 1271 du code civil, dans sa rédaction applicable à l'espèce, « la novation s'opère de trois manières : 1° Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte ; 2° Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien, qui est déchargé par le créancier ; 3° Lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé » ; que, selon l'article 1273, dans sa rédaction applicable à l'espèce, « la novation ne se présume point ; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte » ; que l'OPH a, en signant, le 30 janvier 2009, le courrier en date du 14 janvier 2009, dont les stipulations essentielles ont été ci-dessus reproduites, par lequel ABN AMRO lui faisait connaître son intention de transférer le contrat de swap signé le 7 juin 2006 par voie de novation à RBS PLC, manifesté sans équivoque sa volonté de nover ; qu'en effet, l'OPH ne peut pertinemment soutenir qu'il faut déduire de la stipulation selon laquelle lui-même et ABN AMRO « n'auront plus aucun droit et ne seront plus tenus à aucune obligation l'un envers l'autre ? à l'exception toutefois de tout droit né ou de toute obligation exigible ou devant être exécutée avant la date de novation », que les parties ont expressément écarté l'inopposabilité des exceptions en principe attachée à la novation ; que ce dernier bout de phrase, souligné par lui dans ses écritures, ne peut en aucun cas être isolé et séparé de la seconde partie du texte, dans laquelle il est au surplus reproduit ; que le texte examiné dans sa

globalité signifie seulement qu'il est opéré substitution d'une partie (RBS) à une autre (ABN AMRO) à compter de la date de la novation ; que, par l'effet de la novation, voulue par les trois parties, une obligation nouvelle a été créée qui s'est substituée, de manière simultanée et indissociable, à l'obligation ancienne qui s'est éteinte, corrélativement ; qu'ainsi, des rapports de droit successifs ont été créés, d'abord entre l'OPH et ABN AMRO (devenue RBS NV puis Natwest Markets NV), jusqu'au 30 janvier 2009, puis, à compter de cette date, entre l'OPH et RBS PLC (devenue Natwest Markets PLC) à propos d'un contrat unique de swap, conclu le 7 juin 2006 ; que la novation, en ce qu'elle porte extinction de l'obligation ancienne, a pour conséquence d'effacer toutes actions, exceptions et moyens de défense relatifs à l'obligation éteinte ; que, cependant, la validité de l'obligation à éteindre constitue une des conditions essentielles de la novation ; qu'il en résulte que la nullité absolue de l'obligation première peut être invoquée à l'encontre du cocontractant, tant que le délai de prescription n'est pas écoulé et que, sauf volonté expresse ou tacite de confirmation de l'acte nul, la nullité relative de l'obligation novée peut être demandée tant que l'action n'est pas prescrite ; qu'il se déduit de ce qui se précède que, sous réserve des règles relatives à la prescription, l'OPH peut demander à l'égard de RBS NV, ex-ABN AMRO, devenue Natwest Markets NV, la nullité du contrat de swap, mais ne peut agir en responsabilité contre elle ou demander la résiliation du contrat à propos des manquements fautifs et préjudiciables commis lors de la conclusion du contrat de swap litigieux ; que l'OPH ne peut agir, ni en nullité du contrat de swap, ni en responsabilité, en invoquant des faits antérieurs au 30 janvier 2009, contre RBS PLC (devenue Natwest Markets PLC) qui est devenue contrepartie postérieurement à cette date ; qu'en définitive, la cour doit seulement examiner les demandes de prononcé de la nullité du contrat dirigées contre ABN AMRO, devenue RBS NV puis Natwest Markets NV, sous l'angle de leur recevabilité d'abord puis, le cas échéant, de leur bien fondé, étant rappelé que cette partie a été atraite à la procédure par acte extrajudiciaire en date du 15 décembre 2015 ; qu'en conséquence, le jugement déféré sera confirmé par substitution de motifs en ce qu'il a déclaré irrecevable, faute d'intérêt à agir, l'action en nullité engagée contre la société The Royal Bank of Scotland PLC, devenue Natwest Markets PLC, et infirmé en ce qu'il a statué sur les demandes indemnitaires formées par l'OPH ; que tant les demandes indemnitaires que la demande de résiliation du contrat de swap, fondée sur les manquements prétendus aux obligations d'information et de conseil et de mise en garde, seront déclarées irrecevables » (arrêt p. 8 et 9) ;

1° Alors que, si la novation entraîne l'extinction de l'obligation novée, elle n'interdit pas au cocontractant qui en est victime d'agir en responsabilité civile contre son cocontractant d'origine, pour des manquements précontractuels (comme un manquement à l'obligation d'information, au devoir de conseil ou de mise en garde) ; que l'effet extinctif de la novation ne porte que sur les obligations novées elles-mêmes, mais non sur les devoirs juridiques qui ont entouré leur naissance ; qu'au cas présent, l'OPH demandait la condamnation indemnitaire de la banque s'étant portée contrepartie du swap de pente en 2006, au motif, notamment, que ABN AMRO NV (devenue RBS NV) avait manqué à ses obligations d'information, de mise en garde et de conseil, pendant la période ayant précédé la conclusion du premier swap ; qu'en déclarant irrecevable cette demande indemnitaire au motif (p. 8) que « la novation, en ce qu'elle porte extinction de l'obligation ancienne, a pour conséquence d'effacer toutes actions, exceptions et moyens de défense relatifs à l'obligation éteinte » (hormis, uniquement, l'exception de nullité), la cour d'appel, qui a méconnu la circonstance que seules les actions relatives à l'obligation novée pouvaient subir l'effet extinctif attaché à la novation, ce qui n'était pas le cas d'une action dirigée contre le cocontractant d'origine coupable de manquements à ses devoirs précontractuels, a violé les articles 1271 et 1147 du code civil, dans leur rédaction applicable en la cause ;

2° Alors que la novation n'interdit en aucun cas d'invoquer la nullité des obligations novées au soutien d'une action en nullité contre le contrat de novation ; qu'il en va ainsi quand bien même l'action en nullité desdites obligations serait prescrite, l'invocation de la nullité d'une obligation (droit substantiel) ne se confondant pas avec l'action demandant à un tribunal de juger la nullité acquise (action en justice) ; qu'au cas présent, l'OPH demandait à la cour d'appel de tirer du constat de vices (incapacité et vices du consentement) affectant le contrat de swap de pente conclu en 2006, une cause d'annulation des obligations apparues, du fait de la novation, en 2009 (v. not. ses conclusions p. 11) ; qu'en réponse, la cour d'appel a retenu que le constat de la nullité du contrat de 2006 ne pourrait être établi par elle que sous réserve qu'une action en annulation dudit contrat de 2006 ne serait pas prescrite (« la nullité absolue de l'obligation première peut être invoquée à l'encontre du cocontractant tant que le délai de prescription n'est pas écoulé », p. 8, dernier al. ; « la nullité relative de l'obligation novée peut être demandée tant que l'action n'est pas prescrite », id.loc.) ; qu'en statuant ainsi, cependant que la nullité était invocable en tout état de cause, y compris en cas de prescription de l'action, la cour d'appel, qui a méconnu la règle selon laquelle la prescription n'affecte jamais que le droit d'agir sans faire disparaître la cause de nullité elle-même, a violé les articles 1271, 1304 et 2262 du code civil, dans leur rédaction applicable en la cause, ensemble l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

;

3° Alors que la novation a pour effet d'éteindre l'obligation ancienne et de faire naître une obligation nouvelle ; que, même lorsqu'elle s'analyse en une modalité de substitution d'un cocontractant à un autre dans un contrat qui reste, en apparence, intact, elle entraîne l'extinction des obligations contractuelles anciennes et la naissance d'obligations contractuelles nouvelles, calquées sur les premières, dans le patrimoine du cocontractant substitué ; qu'au cas présent, l'OPH ne s'était pas borné à demander l'annulation du contrat de swap né, en 2009, du fait de la convention novatoire conclue le 30 janvier 2009, par voie de conséquence du constat de la nullité du contrat de swap nové (conclu en 2006) ; que l'OPH avait également souligné que la convention novatoire du 30 janvier 2009 (et, donc, le contrat de swap nouveau issu de cette convention), qui est un contrat distinct du contrat de 2006, était, comme tout contrat, exposé à ses propres causes de nullité (incapacité de l'OPH à la date de sa conclusion, en 2009 ; vices du consentement de l'OPH qui n'avait pas été informé qu'il eût pu sortir de l'opération à bon compte en 2009) et que ce contrat avait, par ailleurs, engagé la responsabilité du nouveau cocontractant (RBS PLC) pour manquement à ses obligations précontractuelles d'information, de mise en garde et de conseil, ainsi que pour manquement à ses obligations réglementaires issues de la directive MIF (v. ses conclusions p. 7 et p. 11) ; qu'en retenant qu'il n'aurait existé qu'un « contrat unique de swap, conclu le 7 juin 2006 » (p. 8), de sorte que l'action en nullité du second swap et l'action indemnitaire pour les fautes commises lors de sa conclusion seraient irrecevables, la cour d'appel, qui n'a tenu compte que de l'effet extinctif de droit de la novation en négligeant totalement son effet créateur de droit et, plus généralement, la circonstance que la novation résulte d'un contrat autonome, lui-même exposé à ses propres causes de nullité, a violé les articles 1271, 1272, 1108 et 1147 du code civil, dans leur rédaction applicable en la cause ;

4° Alors qu'en retenant que « l'OPH ne peut agir ni en nullité du contrat de swap, ni en responsabilité, en invoquant des faits antérieurs au 30 janvier 2009, contre RBS PLC » (p. 9, al. 2), cependant que, s'agissant de RBS PLC, l'OPH invoquait la nullité du contrat du 30 janvier 2009 et la violation du devoir d'information, de mise en garde, de conseil et de classification, pour des faits ayant entouré la conclusion du contrat de 2009, qui n'étaient donc pas véritablement « antérieurs au 30 janvier 2009 », la cour d'appel a méconnu les termes du litige en violation des articles 4 et 5 du code de procédure civile.

DEUXIÈME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé le jugement déféré en ce qu'il a dit l'action engagée à l'encontre de la société de droit néerlandais The Royal Bank of Scotland NV, devenue Natwest Markets NV, prescrite, d'avoir dit irrecevable l'action en nullité engagée à l'encontre de la société de droit écossais The Royal Bank of Scotland PLC, devenue Natwest Markets PLC ;

Aux motifs propres que « tout d'abord, il est exact, d'une part, que seul est applicable, en l'espèce, à l'action en nullité relative de la convention pour vice du consentement, l'article 1304 du code civil, et, d'autre part, que la méconnaissance des dispositions d'ordre public relatives à la compétence de l'autorité signataire d'un contrat conclu par une personne morale de droit public est sanctionnée par la nullité absolue ; que selon l'article 1304 du code civil, « dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans. Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts (?) » ; que, selon l'article 2262 du code civil, applicable en l'espèce, « toutes les actions tant réelles que personnelles sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi » ; que le délai en cours, à la date d'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008, qui réduit le délai à 5 ans, soit le 19 juin 2008, doit être évalué conformément aux dispositions de droit transitoire énoncées par l'article 26-II de la loi de 2008, qui prévoit que « II. 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, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure » ; que l'OPH ne peut pertinemment invoquer, comme point de départ du délai de prescription, l'analyse accomplie par la société Lore Finance, celle-ci ayant été effectuée en octobre 2014 et novembre 2015, c'est-à-dire postérieurement à l'acte introductif d'instance du 11 juin 2013 ; qu'il était jugé, antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription civile, qu'en matière de nullité absolue, et compte tenu de l'atteinte à l'intérêt général, la prescription trentenaire courait à compter du jour où l'acte irrégulier avait été passé ; qu'en l'espèce, la prescription a

donc commencé à courir à compter du 8 juin 2006 ; que le seul assouplissement à ce principe, qui permet de modifier le point de départ de la prescription, est l'application de la règle selon laquelle la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir ; que celui qui excipe de cette règle doit, d'une part, établir qu'il était dans une véritable impossibilité d'agir par suite d'un empêchement absolu résultant, soit de la loi, soit de la convention, soit de la force majeure, et prouver, d'autre part, qu'il avait de manière légitime et raisonnable été dans l'ignorance de son droit ; que l'OPH n'apporte pas cette double preuve, puisqu'il se contente de soutenir qu'il n'a compris qu'après la publication du « très médiatisé rapport de la commission d'enquête parlementaire » que les produits fonctionnent de la pente de la courbe des taux étaient particulièrement risqués et que l'opération litigieuse n'est en réalité pas un contrat de swap, contrat de couverture, mais un contrat sui generis emportant vente d'options financières aux banques, avec effet de levier, ce qui l'a transformée en opération structurellement spéculative ; que, sans insister à ce stade sur la confusion faite par l'OPH entre l'analyse financière de la notion d'option et la signification juridique de ce terme, l'assimilation inappropriée faite entre le caractère aléatoire de tout contrat de swap et sa qualification de contrat spéculatif, la cour doit relever que, dès la conclusion du contrat, l'OPH savait qu'après une période de 5 ans, le taux qu'il devrait payer était dépendant de la variation de deux indices et que, pour utiliser les termes employés dans ses conclusions, repris de l'analyse réalisée en novembre 2015 par Lore finances (p. 53), ce « swap ne sécurise pas la dette, il crée deux risques nouveaux pour (lui), celui de supporter un taux très élevé en cas d'inversion de la courbe des taux et celui de supporter la différence entre le taux du livret A et le taux reçu au titre du taux du livret A » ; que le simple examen de la teneur de la convention auquel l'OPH pouvait personnellement procéder puisqu'il s'agit, ainsi que le soulignent les intimées, de l'application d'une formule très simple résultant de trois opérations élémentaires (deux soustractions et une multiplication) réalisées par référence à deux taux de marché usuels, objectifs et faisant l'objet de publication, permettait, dès la conclusion du contrat, à l'OPH de comprendre le risque qu'elle encourait ; qu'au surplus, à supposer même que l'OPH ait établi son impossibilité d'agir qui, selon ses explications, s'assimile en réalité à la réalisation du risque auquel il s'était délibérément exposé, il ne saurait se prévaloir de l'adage *contra non valentem agere currit non praescriptio*, lequel ne peut s'appliquer puisqu'en l'espèce, l'OPH, titulaire de l'action, disposait encore, au moment où, selon lui, l'empêchement a pris fin (2011, 2012) du temps nécessaire pour agir, puisque le délai de prescription n'expirait que le 19 juin 2013 ; que l'assignation a été délivrée le 15 décembre 2015, c'est-à-dire plus de cinq ans après la date d'entrée en vigueur de la loi, soit le 19 juin 2008 ; que l'action est donc prescrite » (arrêt p. 9 à 11) ;

Et aux motifs éventuellement adoptés du premier juge que « sur le fondement du défaut de capacité ou de pouvoir de l'OPH, l'action se prescrit par 5 ans à compter du 19 juin 2008 » (jugement p. 5) ;

1° Alors que l'éventuelle prescription de l'action en justice tendant à voir juger nul un contrat nové en un autre contrat n'interdit pas à la partie qui y a intérêt d'agir pour voir juger le nouveau contrat nul, par voie de conséquence du constat du vice entachant le premier ; que, la prescription atteignant le droit d'agir en justice, mais non le droit substantiel lui-même, elle affecte la demande en justice, mais non le moyen ; qu'au cas présent, l'OPH avait demandé, dans ses conclusions d'appel (p. 7 et 11), que le contrat de swap issu de la convention novatoire du 30 janvier 2009 soit jugé nul par voie de conséquence des vices du consentement et de l'incapacité affectant le contrat de swap d'origine, conclu le 7 juin 2006 ; qu'en déduisant l'irrecevabilité de l'action en nullité dirigée contre la contrepartie du contrat de swap de pente issue de la convention novatoire de 2009, de la soi-disant prescription « des vices et de l'incapacité » affectant le contrat d'origine, la cour d'appel, qui s'est prononcée par des motifs inopérants, a violé l'article 1271 du code civil, dans sa rédaction applicable en la cause, ensemble l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentales ;

2° Alors subsidiairement que, à supposer ces motifs opérants, le point de départ de la prescription de l'action en nullité absolue est fixé, aux termes de la loi du 17 juin 2008, à la date à laquelle le cocontractant qui agit en nullité « savait ou aurait dû savoir » que le contrat était affecté d'une cause de nullité ; que cette règle est applicable, y compris aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008 ; qu'au cas présent, la cour d'appel a considéré que le point de départ de l'action en nullité absolue du contrat de swap conclu en 2006 devrait en principe être fixé à la date de la conclusion du contrat (arrêt p. 10, al. 5), sauf à ce que le demandeur à la nullité parvienne à démontrer qu'il était confronté, à cette date, à une impossibilité d'agir (arrêt p. 10, al. 6) ; qu'en écartant ainsi l'application de la règle nouvelle, imposant au demandeur à la fin de non-recevoir tirée de la prescription la charge de la preuve de la date à laquelle le demandeur à l'action en nullité « savait ou aurait dû savoir » que le contrat n'était pas valable, la cour d'appel, qui a maintenu une norme dont elle concédait elle-même qu'elle n'avait, au mieux, qu'une origine jurisprudentielle (« il était

jugé ? », arrêt p. 10, al. 5), a violé les articles 2262 ancien et 2224 nouveau du code civil, ensemble l'article 26-II de la loi du 17 juin 2008 et 2222 nouveau du code civil ;

3° Alors subsidiairement par rapport à la branche précédente que, à supposer que la maxime contra non valentem demeure seule applicable pour différer le point de départ du délai de prescription des actions en nullité absolue, l'impossibilité d'agir visée par ledit adage s'entend, notamment, d'une situation dans laquelle le demandeur à l'action n'imaginait pas que le contrat ne fût pas valable au regard de la cause de nullité visée au soutien de l'action ; que le juge doit ainsi vérifier si le demandeur à l'action était relativement à cette cause précise, dans une situation d'impossibilité d'agir ; qu'au cas présent, l'OPH avait souligné que le contrat de swap de pente conclu en 2006 était entaché d'un vice lié à ce qu'il n'avait pas la capacité de souscrire à ce type d'opération, les règles étroites de capacité des offices HLM interdisant de se lancer dans ce genre de contrat (conclusions, p. 60-64) ; que, pour évaluer le point de départ de la prescription de l'action, la cour d'appel s'est bornée à indiquer que, selon elle, à la date de la conclusion du contrat, l'office aurait été en mesure de comprendre les caractéristiques dudit contrat (v. en particulier arrêt p. 11, al. 1er), mais sans jamais établir que l'office aurait eu conscience du point de savoir si la confrontation du contrat soi-disant compréhensible aux règles strictes de capacité ne révélait pas un vice fondamental ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui a négligé la vérification de la possibilité qu'avait, ou pas, l'OPH d'agir relativement au point de comparaison (ses règles de capacité) dont jaillissait la cause de nullité, a privé sa décision de toute base légale au regard des articles 2262 ancien et 2224 nouveau du code civil, ensemble l'article 26-II de la loi du 17 juin 2008 et 2222 nouveau du code civil ;

4° Alors que l'impossibilité d'agir en nullité absolue d'un contrat, lorsqu'elle est caractérisée, a pour effet de décaler le point de départ de la prescription à la date à laquelle cette impossibilité cesse ; que le délai de prescription court alors pour son entier ; qu'au cas présent, la cour d'appel a considéré que l'application de la maxime contra non valentem ne pourrait en aucun cas venir au secours de l'action de l'exposante dans la mesure où, à la date à laquelle l'impossibilité a cessé, il restait encore « du temps nécessaire pour agir, puisque le délai de prescription n'expirait que le 19 juin 2013 » (arrêt p. 11, al. 2) ; qu'en statuant ainsi par des motifs qui postulaient un délai de prescription dont le déclenchement n'aurait pas été tenu en échec par l'impossibilité d'agir, mais qui aurait couru, pour une durée de 5 ans, à compter de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, la cour d'appel, qui a ainsi fait jouer à ce décompte parallèle un rôle de contrôle qui ne se justifie plus maintenant que la prescription de l'action en nullité absolue a été réduite de 30 à 5 ans, a violé les articles 2262 ancien et 2224 nouveau du code civil.

TROISIÈME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé le jugement déféré en ce qu'il a dit l'action engagée à l'encontre de la société de droit néerlandais The Royal Bank of Scotland NV, devenue Natwest Markets NV, prescrite, d'avoir dit irrecevable l'action en nullité engagée à l'encontre de la société de droit écossais The Royal Bank of Scotland PLC, devenue Natwest Markets PLC ;

Aux motifs propres que « il y a lieu, préalablement à l'examen de la date à laquelle l'OPH prétend avoir découvert les vices ayant entaché son consentement, de procéder à l'analyse des faits qu'il invoque et de déterminer la qualification du contrat litigieux ; qu'il résulte des dispositions des articles 1108 et 1109 du code civil, dans leur version applicable en l'espèce, que le consentement de la partie qui s'oblige est une condition essentielle de la validité d'une convention et qu'il n'y a point de consentement valable si ce consentement n'a été donné que par erreur ou surpris par dol ; qu'aux termes de l'article 1110 du code civil, dans sa version applicable en l'espèce, 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 ; que selon l'article 1116 du code civil, dans sa version applicable en l'espèce, 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 ; que l'OPH soutient que la conclusion du contrat est le résultat des réticences et manoeuvres dolosives délibérément mises en oeuvre par la banque pour masquer les risques qu'il emportait ; qu'il reproche à la banque de lui avoir caché la nature réelle du contrat qui était en réalité un « swap incorporant des options et entraînant ipso facto un risque de perte illimité, constitutif d'une opération spéculative » ainsi que sa valeur de marché et d'avoir employé des manoeuvres frauduleuses en lui adressant de la documentation présentant l'opération de manière lacunaire et délibérément optimiste, dissimulant la toxicité du swap ; qu'il ajoute qu'il a commis plusieurs erreurs portant sur un élément substantiel de son engagement, qu'il a cru que le contrat constituait

une opération de couverture alors qu'il s'agissait d'un swap spéculatif, qu'il ignorait que le contrat était dès le départ structuré à son détriment et qu'il présentait dès sa conclusion une valeur négative ; qu'il invoque également « une erreur sur la cause fondée sur sa fausseté » ; que le dol et l'erreur supposent, tous deux, que soient démontrés l'existence d'une erreur, c'est-à-dire d'une croyance différente de la réalité, ainsi que la caractéristique déterminante de l'erreur, c'est-à-dire la circonstance qu'en son absence, la victime n'aurait pas contracté ; que le dol seul suppose la démonstration de deux autres conditions cumulatives, des manoeuvres (actes positifs ou simple réticence) de la part du contractant ayant entraîné l'erreur ainsi qu'une intention dolosive ; que l'OPH pose comme postulat que la véritable nature du contrat litigieux est d'être non pas un contrat de couverture, mais un contrat spéculatif, spécialement un contrat de vente d'options ; qu'il convient de rappeler brièvement le contexte dans lequel le contrat a été conclu ; qu'ainsi que l'indique la société Finexsi, consultée par les banques, à partir du 1er juillet 2004, et jusqu'à la fin janvier 2008, donc à la date de la conclusion du contrat, le taux du livret A n'a plus été fixé de manière discrétionnaire ; que la formule de calcul de ce taux était la suivante : $((\text{moyenne Euribor 3 mois} + \text{taux inflation})/2) + 0,25$, arrondi au multiple de 0,25% le plus proche, les deux indicateurs étant respectivement le taux Euribor 3 mois mensuel moyen du mois (m-1) (décembre et juin), exprimé avec deux décimales et le taux d'inflation glissant annuel donné par l'indice INSEE des prix à la consommation hors tabac du mois (m-1) (décembre et juin) exprimé avec une décimale ; que le contrat fait référence à la formule sans référence à l'arrondi ; qu'il est patent que les modalités de calcul de ce taux présentaient une technicité certaine, et que le taux variait en fonction de ses deux composantes (l'inflation, Euribor 3 mois) ; qu'il est en outre constant qu'en 2006, tous les acteurs économiques anticipaient une hausse des taux dans un contexte de pressions inflationnistes ; qu'ainsi que l'OPH (séance du conseil d'administration du 7 juin 2006, pièce n° 6) l'a lui-même énoncé, le taux « n'étant plus, comme par le passé, fixé par arrêté ministériel, mais révisé tous les 6 mois au travers d'une formule complexe, la majeure partie de (son) encours (était) impactée par l'incertitude de cette déréglementation » ; que l'OPH a lui-même indiqué, dans le rapport définitif de la MILOS (pièce 10 des banques) que les taux se sont positionnés aux alentours de 5,10% (4% au 1er août 2008 + une marge moyenne de 1,10%) ; qu'il n'est pas contesté que c'est l'OPH qui a pris l'initiative délibérée et parfaitement éclairée de solliciter ABN AMRO ; que la conclusion du contrat de swap litigieux s'est inscrite dans un contexte de renégociation de la dette, de volonté d'augmenter sa capacité d'autofinancement, notamment pour supporter le programme de réhabilitation qu'il avait engagé ; que l'OPH a mis en concurrence plusieurs établissements bancaires « ayant déjà accompagné d'autres structures de logement social dans ce type de démarches et proposant des produits financiers sécurisés aisément contrôlables et maîtrisables par (lui) (souligné par la cour) ; qu'il a conclu deux autres contrats de swap, l'un avec CALYON, l'autre avec IXIS, les trois contrats permettant « d'échanger les intérêts au taux du Livret À de la dette ciblée, contre les intérêts de cette même dette exposée à un autre taux » ; que, dans le rapport définitif de la MILOS, l'OPH a lui-même indiqué que la finalité de sa démarche était de « dégager des marges immédiates pour la réalisation du PSP et d'augmenter les efforts d'entretien du parc, conformément au programme de réhabilitation et d'entretien établi par les services techniques » (page 24-3) ; que l'OPH a donc mis en oeuvre une stratégie de gestion active de la dette ; que ABN AMRO a effectué différentes propositions, le 20 février, 13 mars et 7 avril 2006 ; qu'elles sont particulièrement claires ; que, pour chaque stratégie, « CMS Spread Digital », « CMS Spread Cumulatif », « taux de change USD/YEN », « Coupon Cumulatif » et « Coupon Réduit Sur Euribor 3 mois », dont les termes sont précisés, les avantages et les inconvénients sont listés, le risque est précisé, que l'historique est décrit dans un graphique et le scénario analysé ; que, dans le récapitulatif des stratégies, est mentionné le montant de la capacité d'autofinancement générée ; que le 7 avril 2006, ABN AMRO a indiqué à l'OPH : « pour être en mesure de dégager la capacité d'autofinancement requise par l'OPAM, nous suggérons de mettre en place des swaps de couverture pour les deux tranches, celle avec IC et la tranche nouvellement contractée. Les différentes stratégies de couverture présentées permettent de payer une charge financière moindre, moyennant une prise de risque sur un sous-jacent taux ou spread de taux ou taux de change, en figeant un niveau du taux payé par l'OPAM suffisamment bas pendant les 5 premières années. La mise en place de telles stratégies de couverture implique un risque inhérent. En cas de mouvement de marché défavorable, l'OPAM peut être en situation de payer un taux élevé. Il est conseillé de suivre les évolutions des positions dans le temps pour ajuster le cas échéant certaines de ces positions » (pièce OPH n° 10, page 5) ; qu'ainsi qu'il l'a lui-même indiqué à la MILOS, l'OPH « en 2006, a mis en place un service d'analyse financière dédié au suivi particulier de cette mission (les contrats de swap). En complément de cette cellule, (il) s'est doté d'un cabinet spécialisé dans l'audit et le conseil financier : Finance Active (qui l'assiste) quotidiennement et plus spécifiquement lors des négociations » ; que l'article 6 de la convention cadre énonce que l'OPH a déclaré disposer, dans le cadre des dispositions légales et réglementaires qui lui sont applicables, le cas échéant des connaissances et de l'expérience nécessaires pour évaluer les avantages et les risques encourus au titre de chaque transaction et qu'il lui appartient alors de décider du bien fondé de la conclusion de la transaction considérée après en avoir examiné les différents aspects, notamment financiers,

juridiques, fiscaux et comptables ; que l'article 6 du contrat litigieux stipule : « ii (chaque partie) est en mesure d'évaluer par ses propres moyens ou par l'intermédiaire de conseils professionnels indépendants, les avantages et les limites des termes des conditions et des risques encourus au titre de cette transaction, elle les comprend et les accepte. De plus, elle est en mesure d'assumer et elle assume les risques encourus au titre de cette transaction. Iv toute discussion relative à la résiliation ou à la limitation des risques relatifs à la transaction et/ou toute fourniture par une partie à l'autre partie d'évaluations indicatives, d'analyses financières ou tout autre document d'évaluation ou relatif aux risques fondé sur les mouvements de marché, sont fondés sur la seule expérience de cette partie et son expérience de PSI, sont uniquement soumises à l'obligation des parties d'agir de bonne foi et ne relèvent d'aucune autre obligation, ne constituent pas des garanties ou des assurances quant aux résultats financiers ni un engagement de résilier ou de limiter autrement l'expérience liée à cette transaction, étant entendu que chaque partie s'est engagée à toutes les obligations et responsabilités au titre de la convention ou de la transaction que par les engagements valablement contractés par écrit que par les représentants habilités de cette partie. V si l'une des parties n'agit pas comme un acteur professionnel du marché sur le marché en cause, la transaction est conclue en conformité avec la politique définie pour ses opérations de couverture et de gestion de ses actifs, ses responsabilités et/ou ses investissements et dans le cadre de la mise en oeuvre de ses activités et non à des fins spéculatives » ; qu'il a lieu de relever que le contrat litigieux a été traité et désigné comme un contrat de swap et qu'ils répond à la définition d'un contrat d'échange de taux d'intérêt ; que le contrat d'échange de taux est un pari financier autorisé par la loi et un contrat aléatoire dès lors que l'avantage que les parties en retireront n'est pas appréciable lors de la formation du contrat puisqu'il dépend d'un événement incertain, en l'espèce la variation de la valeur de l'écart entre le CMS 30 et le CMS 2 ; que le contrat de swap n'est pas un contrat spéculatif, selon la règle posée par l'arrêt Buon (Com. 5 novembre 1991, n° 89-18.005) en matière de prestations de services d'investissement, aux termes de laquelle seul le client non averti ayant agi dans le cadre d'une opération spéculative est créancier d'une obligation de mise en garde de la part du banquier ; que la cour ne peut raisonner a contrario, comme le lui demande l'OPH, et dire que la Cour de cassation (Cass. Com. 19 juin 2007, n° 05-22.037) ayant écarté le caractère spéculatif d'un contrat de swap instituant un taux fixe en lieu et place d'un taux variable, aux motifs que le client connaissait la charge maximale d'intérêts qu'il aurait à supporter et qu'il ignorait seulement l'étendue de l'éventuel bénéfice résultant des intérêts variables, supportés seulement par la banque, venant par compensation, diminuer sa propre charge d'intérêts, elle doit qualifier de spéculatif un contrat de swap dans lequel « leur structure de taux, particulièrement complexe, consiste à jouer sur un écart de taux auquel s'applique un coefficient multiplicateur emportant (pour lui) un risque illimité » ; qu'il est d'autant moins possible de tirer de l'arrêt précité, qui a statué dans une espèce de swap de taux classique (dits « swap vanille »), le principe général selon lequel serait nécessairement spéculatif un swap faisant courir à l'une des parties un risque illimité, que la Cour de cassation elle-même, dans un arrêt cité par l'OPH (Com. 17 mars 2015, n° 13-25.142) n'a pas accueilli le moyen du pourvoi dirigé contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui, dans une affaire où était en cause un ensemble complexe d'instruments financiers à terme et où le risque pris par le client au titre d'une opération de couverture était potentiellement illimité en cas de hausse du cours du nickel, a énoncé que « les opérations de couverture ne sont pas spéculatives par nature puisqu'elles ne visent pas à prévoir les évolutions du marché pour en retirer des bénéfices, mais à en réduire l'impact pour se garantir contre le risque de baisse ou de hausse du marché » et a clairement affirmé que les stratégies de couverture mises en place par la banque n'étaient pas des produits spéculatifs ; que n'est pas spéculative une opération soumise à la variabilité des marchés qui présente un risque boursier ordinaire présumé connu de tous, et qui ne relève que l'obligation d'information ; que seule est spéculative celle qui implique la recherche d'un profit à court terme, au prix de l'acceptation d'un risque particulier et qui a pour but exclusif celui de procurer à celui qui l'initie un enrichissement ; que le contrat litigieux a un objectif principal différent de la recherche du profit pour le seul profit puisqu'il s'inscrit dans une stratégie de restructuration de la dette et de couverture d'un risque de marché ; qu'il réalise une couverture du risque de taux de l'emprunt sous-jacent dès lors que son montant nominal est inférieur aux emprunts sous-jacents, que sa durée est égale à celle de l'emprunt sous-jacent, et qu'il permet une diversification de l'exposition au risque de taux ; qu'en l'espèce, il est constant que le contrat litigieux avait pour objet, dans un premier temps, de permettre à l'OPH de percevoir un taux d'intérêt bonifié, inférieur à celui qu'elle payait, et dans le cadre d'une gestion active de sa dette avec dès le départ la volonté de limiter la sécurisation du contrat jusqu'en 2011, puis dans un deuxième d'accepter une prise de risque sur les positions du marché ; que constitue une opération de couverture et non une opération spéculative la conclusion d'un contrat d'échange de conditions d'intérêts lorsqu'elle a pour but la protection contre l'évolution des taux et la réduction du coût global d'un endettement, même si un tel contrat est, par nature, aléatoire et que sa conclusion expose l'une des parties à un risque, même illimité ; que constituent des opérations spéculatives, comme le soutient pertinemment l'OPH, les opérations à fort effet de levier telles celles qui sont réalisées sur les marchés à terme ou sur le service à règlement différé qui leur a

succédé ; que cependant l'effet de levier désigne l'utilisation de l'endettement pour augmenter la capacité d'investissement d'une personne et l'impact de cette utilisation sur la rentabilité des capitaux propres investis ; que le contrat de swap, qui ne repose pas sur l'endettement, ne peut être considéré comme une opération à fort effet de levier ; qu'en outre, le contrat litigieux n'est certainement pas un contrat d'option au regard du code monétaire et financier, qui distingue, au sein de l'article D 211-1-A-2°, trois catégories de contrats financiers : les contrats d'option, les contrats à terme ferme et les contrats d'échange, chacune de ces catégories ayant ses caractéristiques propres et distinctives ; que, notamment, le contrat d'échange ou swap se distingue du contrat d'option en ce que le premier est un contrat ferme, et non pas optionnel, dans lequel deux parties s'échangent des flux déterminés selon les dispositions du contrat, et que, dans le second, une partie (le vendeur d'option) confère à l'autre partie (l'acheteur d'option), moyennant le paiement d'une prime, le droit (sans obligation) d'acquérir un actif financier sous-jacent ou de recevoir l'augmentation de valeur (ou la baisse de valeur) de cet actif, grâce à l'exercice de l'option ; que deux caractéristiques majeures distinguent le contrat d'option du contrat d'échange : l'absence de paiement d'une prime dans le contrat d'échange et l'absence d'obligation de l'acheteur d'option, autre que le paiement de la prime, celui-ci ayant la faculté et non l'obligation d'exercer l'option ; que c'est par suite d'une dénaturaison des clauses du contrat litigieux et de l'utilisation inappropriée d'un vocabulaire utilisé par un professeur de finance à l'université de [Localité 1] (M. [M], cité dans les écritures), utilisant une terminologie et une approche économique, que l'OPH prétend qu'il est en position de vendeur d'options et supporte à ce titre un risque illimité et confond une condition suspensive et une levée d'option ; que les parties ont en effet convenu qu'il y avait lieu de se référer à la valeur de l'écart entre le CMS 30 ans et le CMS 2 ans, si celui-ci était supérieur ou égal à 0,25%, l'OPH payait un taux fixe de 2,50% s'il était inférieur à 0,25%, l'OPH payait un taux variable indexé sur cet écart aux termes de la formule suivante : $6,48\% - 5 * (\text{CMS 30 ans} - \text{CMS 2 ans})$; que de telles stipulations, qui énoncent des conditions suspensives du déclenchement de la majoration du taux d'intérêt, sont totalement étrangères à l'exercice d'une faculté résultant de l'exercice de l'option, l'évolution de l'écart entre le CMS 30 ans et le CMS 2 ans n'ayant rien à voir avec l'exercice d'une faculté par la banque, qui serait titulaire de l'option ; qu'il s'agit d'un événement futur et incertain, d'un fait objectif et vérifiable par les parties dont la réalisation s'impose aux parties et ne dépend pas d'un acte de volonté des parties ; qu'il ne ressort d'aucune des pièces versées aux débats que la valorisation des produits structurés à la date de la souscription, qui au surplus ne ressort d'aucune obligation légale ou réglementaire, soit entrée dans le champ contractuel comme constituant une information déterminante pour l'OPH ; qu'ainsi, l'existence du postulat n'est pas établie, ni le caractère déterminant des informations omises ; que l'OPH ne conteste pas l'affirmation selon laquelle seul le taux fixe a été payé jusqu'à présent ; que la MILOS, dans le rapport précité, indique (page 25-1) « les 4 swaps pour un montant notionnel de 217,9 millions d'euros ont tous la particularité d'un taux fixe faible (compris entre 0,55% et 3,25%) garanti suer les 3 ou 5 premières années. A l'issue de la période à taux fixe, la formule de calcul du taux est basée sur l'évolution des différences de taux à court et long terme. Sur la période contrôlée (2006-2009), les clauses de ces contrats sont effectivement favorables à l'organisme et ont permis un gain estimé à 13 millions d'euros. Cette situation permet une amélioration de l'autofinancement et de la trésorerie. Pour le suivi de ces contrats, l'office s'est attaché les conseils d'un cabinet spécialisé. En revanche, à partir de 2011, l'incidence financière qui résulte de la formule inscrite au contrat est aléatoire » ; qu'il doit être noté que la conclusion qui stigmatise l'OPH, auquel il est reproché de ne pas être suffisamment impliqué dans le processus DALO, de ne pas avoir de critères objectifs pour l'attribution des logements, de présenter des lacunes dans l'application des règles de sécurité pouvant présenter des risques pour les populations logées, d'avoir une santé financière se dégradant du fait d'un accroissement nécessaire des coûts de maintenance couplé à une hausse de la vacance et de la progression du niveau d'impayés, d'avoir une politique de vente de logements qui n'obéit pas à une logique sociale mais purement financière et une politique de l'offre permettant la vente de logements à des fins de résidence secondaire, ne fait aucunement mention du contrat de swap litigieux, lequel ne fait l'objet d'aucune critique ; qu'en tout état de cause, à supposer même que le contrat de swap soit un contrat spéculatif, en ce qu'il ferait courir à l'OPH des risques illimités, et que les éléments d'information relatifs à la valorisation des produits structurés aient été indispensables, cette caractéristique et cette omission apparaissaient dès la conclusion du contrat, par la seule lecture de la formule, étant rappelé en outre que l'OPH, qu'il était doté d'une direction financière et assisté d'un service d'analyse financière, qui a mis en concurrence plusieurs établissements bancaires, était parfaitement à même de comprendre les risques encourus qu'elle a acceptés en toute connaissance de cause ; qu'ainsi, le point de départ de la prescription est la date de conclusion du contrat et que le délai de prescription était expiré à la date de l'acte introductif d'instance ; que le jugement sera confirmé sur ce point » (arrêt p. 11 à 16) ;

Et aux motifs éventuellement adoptés du premier juge que « sur le fondement du vice du consentement, l'action se prescrit à compter de la signature du contrat, sauf à l'OPH de rapporter la preuve qu'elle ne connaissait pas les faits lui

permettant d'exercer son droit ; qu'OPH n'invoque, pour soutenir sa prise de conscience, que « la lumière du débat public au sujet de la toxicité de ce type de contrat » ; qu'OPH ne peut valablement soutenir que la banque aurait choisi volontairement une période « bonifiée » de 5 ans pour échapper à la prescription puisqu'au moment de la signature du contrat, la période de prescription n'était pas de 5 ans ; qu'il est de notoriété publique que les débats sur les produits « toxiques » ont fait l'objet de nombreux articles de presse fin 2008-début 2009 ; qu'au plus tard début 2009, l'OPH aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit ; qu'en conséquence de ce qui précède, le tribunal dira prescrite l'action engagée par l'OPH le 17 décembre 2015 à l'encontre de RBS NV en nullité du swap n° OSRAMS 221388097090 signé le 7 juin tant en raison du défaut de capacité ou de pouvoir qu'en raison d'un vice de consentement » (jugement p. 5) ;

1° Alors que le point de départ de la prescription d'une action en nullité relative est fixé à la date à laquelle la victime savait ou aurait dû savoir que le contrat était affecté de la cause de nullité ; que cette définition du point de la prescription ne constitue pas une exception à un principe qui la précéderait, mais la règle première et directement applicable en la matière ; que, par suite, la charge de la preuve de ce que cette date serait différente de celle visée par le demandeur à l'action en nullité, victime du vice, incombe au demandeur à la fin de non-recevoir tirée de la prescription ; qu'au cas présent, l'OPH indiquait (ses conclusions p. 56-60) qu'il n'avait pris conscience d'avoir été victime d'une erreur ou d'un dol qu'à la lecture du rapport de la Cour des comptes sur les prêts structurés toxiques aux entités publiques (2011), à la suite d'une consultation d'avocat (2012) ou à la lecture du rapport d'expertise privée établi par la société Lore Finance (2014) ; qu'il appartenait, dès lors, à la contrepartie de swap, le professionnel, RBS NV venant aux droits de ABN AMRO NV (s'agissant, ici, du contrat de swap conclu le 7 juin 2006), de rapporter la preuve de ce que cette date devrait être décalée dans le temps pour remonter à la date de conclusion du contrat ; qu'en faisant peser la charge de la preuve de la date exacte de prise de conscience du vice à l'OPH, et en allant même jusqu'à poser en règle, par motifs adoptés des premiers juges, que « l'action (en nullité relative) se prescrit à compter de la signature du contrat sauf à l'OPH de rapporter la preuve qu'elle ne connaissait pas les faits permettant d'exercer son droit » (jugement p. 5), la cour d'appel, qui a interverti la charge de la preuve, a violé les articles 1304 et 1315 du code civil, dans leur rédaction applicable en la cause ;

2° Alors que le juge de la prescription ne peut, à l'occasion de l'examen de cette fin de non-recevoir, trancher l'entier litige constituant la matière de l'action dont la prescription est discutée ; qu'il doit se borner, lorsque les questions de fond dont dépendent la prescription s'avèrent identiques à l'objet de la demande, à accepter la recevabilité prima facie de l'action, pour ne faire obstacle qu'aux demandes manifestement prescrites, en laissant, pour le reste, l'appréciation des questions de fond au juge du fond ; qu'au cas présent, la cour d'appel a recherché la date à laquelle l'OPH avait pu prendre conscience du vice d'erreur et de dol ayant affecté son consentement en 2006 ; que, pour répondre à cette question, et conclure que « le point de départ de la prescription est la date de conclusion du contrat et que le délai de prescription était expiré à la date de l'acte introductif d'instance » (arrêt p. 16, al. 2), la cour d'appel a tranché l'intégralité des questions de fond posées par la demande dont la prescription était discutée (existence, ou non, d'une erreur ; existence, ou non, de manoeuvres dolosives) ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui s'est mépris sur le caractère limité de l'office du juge de la prescription, a violé l'article 1304 du code civil, dans sa rédaction applicable en la cause, ensemble l'article 122 du code de procédure civile ;

3° Alors subsidiairement que, à supposer que le juge de la prescription puisse aborder sans restriction a priori le fond du litige, le juge amené à trancher la question de la prescription d'une action en nullité relative ne doit pas déterminer la date à laquelle le cocontractant victime de l'erreur ou du dol a pu effectivement avoir la parfaite conscience des moyens de nullité pris en tous leurs éléments, mais doit uniquement apprécier la date à laquelle ladite victime a pu, en fait, prendre conscience de ce que le contrat n'était pas à l'abri de toute critique au regard de ce type de vice ; que la fixation de cette date peut ainsi conduire le juge de la fin de non-recevoir à déterminer les informations qui parvenaient à la victime, qu'elles soient issues de publications officielles auxquelles ladite victime avait accès, de consultations juridiques qu'elle a pu effectuer, ou du degré de compétence de son personnel ou des professionnels qui, le cas échéant, l'accompagnaient dans sa démarche ; qu'au cas présent, pour fixer la date pertinente, la cour d'appel s'est lancée dans un examen systématique et approfondi du fond du litige, se demandant s'il y avait eu dol et erreur, mais sans s'interroger sur la question seule pertinente, qui rendait parfaitement opérants les développements de l'OPH exposant sur les publications officielles de rapports, sa consultation d'un avocat, ou encore le degré très relatif de la connaissance de ses équipes en finance de marché, question qui était celle de savoir quand l'OPH avait pu prendre conscience de ce

que le contrat de swap était affecté d'un vice du consentement ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel, qui a finalement repris, à propos de ce dossier qui se présentait sous un jour spécifique (la prescription), tous les motifs déjà établis pour une autre hypothèse (l'examen du fond), a violé l'article 1304 du code civil, dans sa rédaction applicable en la cause ;

4° Alors subsidiairement que, à supposer les développements de la cour d'appel sur le fond pertinents, ne constitue pas un swap de couverture celui qui verse à l'entité qui le souscrit auprès du prestataire de service d'investissement un flux d'intérêts qui ne correspond pas aux intérêts au paiement desquels le souscripteur est lui-même tenu en vertu du contrat de prêt prétendument « couvert » ; qu'au cas présent, l'OPH avait souligné dans ses conclusions d'appel (p. 25-26, et p. 44) que le flux d'intérêts garanti par la contrepartie de swap (ABN AMRO NV, devenue RBS NV) ne correspondait pas aux intérêts auquel l'OPH était tenu en vertu du prêt prétendument « couvert », ce dernier stipulant un taux d'intérêt égal à celui du Livret A et le contrat de swap garantissant le paiement d'un taux constituant uniquement une approximation du taux du Livret A ; qu'en considérant, malgré tout, que le produit en cause aurait été de pure couverture, et non spéculatif (arrêt p. 13, avant-dernier al., et p. 14), la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable en la cause ;

5° Alors que induit son cocontractant en erreur le prestataire de services d'investissement qui conclut avec son client un contrat présenté comme un swap de couverture impliquant, en réalité, une vente par ledit client d'options, le mot « option » étant pris au sens financier du terme ; que tout contrat de swap prévoyant le versement, pendant une période dite « bonifiée », d'un taux fixe relativement bas, puis, pendant une seconde période, d'un taux défini par une formule faisant intervenir la conjonction de subordination « si », implique, au sens financier, la vente d'options par la partie devant payer le taux ainsi défini, les primes des options implicitement vendues venant « sponsoriser » le taux pendant la première période, ce qui explique sa « bonification » ; qu'au cas présent, il résulte des propres constatations de l'arrêt attaqué que l'OPH s'est engagé dans un « pari » (arrêt p. 13, al. 5), avec une période de taux bonifiée, suivie d'une période de taux conditionnel au sens juridique, mais impliquant nécessairement au sens financier, la vente d'une option ; qu'en considérant que ce contrat de swap très structuré aurait été de pure couverture, n'aurait pas été spéculatif, et n'aurait été l'objet d'aucune erreur de la part de l'OPH, pour ne pas comporter, selon elle, de « contrat d'option » (p. 14, dernier al.), la cour d'appel, qui a négligé la différence entre la définition juridique de l'option et sa définition financière, ainsi que la circonstance que, s'agissant d'apprécier une prise de risque financier, seule la définition financière était ici pertinente, a méconnu la loi des parties, en violation de l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable en la cause ;

6° Alors que le prestataire de services d'investissement qui conclut avec une entité publique ou parapublique un contrat de swap impliquant l'engagement de ladite entité dans une opération financière d'option, au sens financier du terme, doit aviser son client du prix de l'option ainsi « vendue » à la date de conclusion du contrat, comme de la valorisation du contrat de swap pris dans son ensemble ; que la valorisation de marché des primes ainsi imbriquées au cœur du mécanisme, comme du produit pris dans son ensemble, renseignent exactement le client sur le prix que le marché affecte au risque pris, sans le savoir, par lui ; qu'au cas présent, la cour d'appel a considéré que ni le prix des options, ni la valorisation du swap de pente conclu par ABN AMRO NV (devenue RBS NV) avec l'OPH n'avaient à être communiqués à ce dernier, aucune réglementation ni règle contractuelle ne l'imposant, selon elle (p. 15, al. 3) ; qu'en statuant ainsi, cependant que la loyauté et la transparence rappelées tant par le code civil que par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers impliquaient évidemment la communication de ces éléments objectivement déterminants, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1135 du code civil, dans leur rédaction applicable en la cause, ensemble l'article L. 533-4 ancien du code monétaire et financier et l'article 321-46 ancien du règlement général de l'Autorité des marchés financiers, également dans sa rédaction applicable en la cause ;

7° Alors que s'engage dans une opération risquée, de nature spéculative et non de couverture, la personne qui souscrit un contrat la conduisant, non pas à réduire ou effacer le risque auquel elle est exposée, mais à s'ouvrir à un autre risque sans rapport avec son activité sous-jacente ; qu'au cas présent, l'OPH soulignait dans ses écritures d'appel (p. 42-43-44) que le contrat de swap de pente litigieux l'avait conduit à « échapper » au « risque » d'une variation (par construction minimale et tout à fait en rapport avec les variations de ses ressources et dépenses) du taux du Livret A pour s'exposer au risque d'un aplatissement ou d'une inversion de la courbe des taux (le taux à payer par l'OPH au terme du contrat de swap étant pénalisé en cas de résorption ou d'inversion du différentiel habituellement constaté entre les taux d'intérêt

long (le Constant Maturity Swap 30 ans) et le taux d'intérêt à plus court terme (le Constant Maturity Swap 2 ans), le prix de l'argent à court terme étant, en temps normal, inférieur à celui de l'argent à long terme) ; que ce risque d'aplatissement ou d'inversion de la courbe des taux encouru, par définition, du fait de la souscription par l'OPH de ce swap de pente n'avait strictement rien à voir avec le risque couru, du fait de son activité, par l'office ; qu'en considérant que ce produit n'était pas spéculatif, quand il l'était par construction, la cour d'appel a violé les articles 1134, 1135 et 1304 du code civil, dans leur rédaction applicable en la cause ;

8° Alors qu'il en va d'autant plus ainsi que le swap dont la formule de taux pénalisé est affectée d'un facteur multiplicateur implique une multiplication du risque auquel est exposé celui qui le souscrit, et donc, a fortiori, une spéculation ; qu'au cas présent, en réponse à l'OPH qui soulignait cet aspect du produit litigieux (p. 7 ; p. 38-39), la cour d'appel a indiqué que le contrat de swap n'aurait comporté aucun effet de levier, signifiant par là qu'il n'impliquait pas d'emprunt, ni donc de levier d'endettement (arrêt p. 14, avant-dernier al.) ; qu'en statuant ainsi, cependant que l'existence d'un multiplicateur dans la formule du swap est un indicateur objectif, clair et incontestable de son caractère spéculatif et non de couverture, la cour d'appel a violé les articles 1134, 1135 et 1304 du code civil, dans leur rédaction applicable en la cause ;

9° Alors, en dernier lieu sur ce sujet de fond, que la personne qui affirme vouloir effectuer une gestion active de sa dette s'engage ostensiblement dans une logique de spéculation et non de couverture, la gestion active consistant à vouloir battre le marché, en prenant des positions à contre-courant des attentes dudit marché, autrement dit des paris relevant du jeu, ce qu'est, très précisément, la spéculation ; qu'au cas présent, la cour d'appel a exonéré la banque ABN AMRO NV devenue RBS NV de toute manoeuvre dolosive ayant induit en erreur son cocontractant, l'OPH exposant, au motif que l'office avait lui-même indiqué, par une délibération-type très vraisemblablement rédigée par la banque et ses conseils, vouloir procéder à une « gestion active » de sa dette (p. 12, dernier al., p. 14, al. 5) ; qu'en statuant ainsi, tout en constatant par ailleurs que l'OPH avait souscrit un « pari » relevant du « jeu », autrement dit qu'il avait spéculé (étant rappelé que, étymologiquement, « jouer », qui se dit spielen en allemand, est un synonyme exact de spéculer), la cour d'appel a violé les articles 1134, 1135 et 1304 du code civil, dans leur rédaction applicable en la cause ;

10° Alors par ailleurs que le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; qu'au cas présent, la cour d'appel a relevé que « en tout état de cause », à supposer exacte la définition de la spéculation visée par l'OPH, le contrat, certes spéculatif, aurait malgré tout été compris par ledit OPH, les risques impliqués par sa souscription étant, selon la cour, apparents à première lecture du contrat (p. 16, al. 1er) ; qu'en statuant ainsi, cependant que RBS NV (venant aux droits de ABN AMRO NV) n'avait pas proposé ce « moyen-balais » dans ses conclusions d'appel, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile, ensemble le principe de la contradiction ;

11° Alors que tout jugement doit être motivé et que la contradiction de motifs équivaut à une absence de motifs ; qu'au cas présent, pour retenir que, « en tout état de cause », l'OPH avait été exposé à des risques illimités qu'il aurait acceptés, la cour d'appel en vient à envisager que le contrat de swap litigieux faisait courir de pareils risques, quand il a constamment postulé le contraire dans les très longs passages de sa motivation confrontant le contrat à une autre définition de l'opération spéculative ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel s'est prononcée par des motifs contradictoires, une partie ne pouvant être jugée consciente d'un risque dont le juge affirme qu'il n'existe pas, en violation des articles 455 et 458 du code de procédure civile ;

12° Alors que tout jugement doit être motivé et que la motivation hypothétique équivaut à une absence de motivation ; qu'au cas présent, la cour d'appel, après avoir envisagé une lecture du droit pertinent et une conception du contrat de swap litigieux, en vient à en considéré d'autres, totalement opposées, pour formuler un motif-balais de débouté « en tout état de cause » ; qu'en statuant ainsi par une motivation ostensiblement hypothétique, la cour d'appel a violé les articles 455 et 458 du code de procédure civile ;

13° Alors enfin que les organismes de logement social n'ayant pas la capacité de souscrire des contrats à caractère risqués, ces contrats sont nuls, peu important la conscience du risque susceptible d'être prêtée auxdits organismes ; qu'au cas présent, pour dire que le contrat de swap litigieux aurait été valablement conclu en 2006, la cour d'appel a envisagé l'hypothèse selon laquelle ce contrat serait considéré comme risqué, pour en déduire que l'OPH aurait eu

conscience du risque ; qu'en statuant ainsi, par un motif inopérant dès lors que les OPH n'ont pas la capacité de souscrire pareils contrats, la cour d'appel a violé les articles 1134, 1135, 1304 et 1108 du code civil, dans leur rédaction applicable en la cause, ensemble les articles L. 421-1 et L. 421-4 du code de la construction et de l'habitation.

Décision attaquée

Cour d'appel de paris i6
28 novembre 2018 (n°16/12499)

Textes appliqués

Articles 1271 et 1147 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016.

Article 4 du code de procédure civile.

Les dates clés

- Cour de cassation Chambre commerciale financière et économique 08-09-2021
- Cour d'appel de Paris I6 28-11-2018