

Janvier à juin 2014 : La crise continue de marquer profondément le droit bancaire



PAR JEAN-PIERRE MATTOU, AVOCAT ASSOCIÉ, KRAMER LEVIN, PROFESSEUR ASSOCIÉ À L'UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II), ET ANDRÉ PRÜM, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DU LUXEMBOURG

JANVIER À JUIN 2014 : LA CRISE CONTINUE DE MARQUER PROFONDEMENT LE DROIT BANCAIRE

Voilà bientôt sept ans que la crise des *subprimes* a éclaté et le pays comme ses banques et son droit bancaire en portent encore profondément les stigmates. De la régulation bancaire, qui vient renforcer les exigences prudentielles des établissements, au fonds de soutien aux collectivités territoriales liées par des opérations souscrites le plus souvent avec des perspectives que la crise a démenties, ou encore l'encadrement des financements participatifs, nés de la pénurie de crédit bancaire, fille de l'alourdissement des exigences en fonds propres des établissements...

La jurisprudence n'est pas en reste. Les décisions en matière de responsabilité bancaire pour des *swaps* de taux d'intérêts, contestés dans leur essence comme dans leurs modalités et pour des crédits structurés, arrivent désormais en rafale. Les angles de contestation se multiplient et à l'annulation des taux effectifs globaux succèdent aussi des contestations sur le consentement, sur la transparence de la rémunération bancaire ou l'insuffisance des mises en garde effectuées. Certaines décisions semblent vouloir faire renaître un devoir de conseil du banquier que l'on croyait définitivement absorbé par le devoir de mise en garde que la Cour de cassation a patiemment élaboré ces dernières années. D'autres, invoquant le devoir d'information, étendent sa portée jusqu'à prétendre demander aux banques de prévoir l'imprévisible...

I - LÉGISLATION - RÉGLES PROFESSIONNELLES

Position relative aux opérations sur Bitcoins en France (ACPR, position n° 2014-P-01).

(1) H. de Vaularde, Bitcoin : monnaie de signe ou monnaie fiduciaire ? Banque Julliot-Lévy 2013, p. 79. P. Storer, La saga Bitcoin (suite), Banque avr. 2014, p. 93.

Monnaie virtuelle, monnaie numérique, quasi-monnaie, moyen d'échange, etc., l'incertitude terminologique concernant le Bitcoin reflète l'incertitude des autorités devant cet objet mal

SOMMAIRE

I - LÉGISLATION - RÉGLES PROFESSIONNELLES.....106

ACPR, position n° 2014-P-01 (position relative aux opérations sur Bitcoins en France)

Ordn. n° 2014-158, 20 févr. 2014 (régulation bancaire)

L. n° 2014-344, 17 mars 2014 (loi « Hanon » relative à la consommation, actions de groupe)

D. n° 2014-444, 29 avr. 2014 (fonds de soutien aux collectivités territoriales et à certains établissements publics ayant souscrit des contrats de prêt ou des contrats financiers structurés à risque) (financement participatif)

II - CRÉDITS109

A - GÉNÉRALITÉS
Cass. com., 18 mars 2014, n° 12-29-583 (rupture de crédit, notification écrite)
Cass. com., 14 janv. 2014, n° 12-29-682 (rupture de crédit, respect du préavis)

B - GARANTIE DES CRÉDITS
Cass. com., 7 janv. 2014, n° 12-20-204 (absorption d'une société ayant souscrit un sous-cautionnement)
Cass. com., 1^{er} avr. 2014, n° 13-11-313 (disproportion de l'engagement de caution)

C - RÉMUNÉRATION DU CRÉDIT
TCI Nanterre, 7 mars 2014, n° 12-06-737 (DFG, prescription, taux de période, sanction applicable)
TCI Paris, 23 mars 2014, n° 11-04-698 (TEG et emprunt structuré, point de départ de la prescription)

III - RESPONSABILITÉ113
TCI Paris, 28 janv. 2014, n° 10-03-746 (swap, devoir d'information et de conseil)
Cass. com., 28 janv. 2014, n° 12-27-901 (chèques frauduleux et responsabilité bancaire)

IV - OPÉRATIONS INTERNATIONALES118
Cass. com., 7 janv. 2014, n° 11-24-157 (localisation du préjudice financier et compétence en matière de litige)

Régulation bancaire (Ordn. n° 2014-158, 20 févr. 2014). – La crise financière a conduit à un renforcement sensible du cadre prudentiel de l'activité bancaire. Sous l'impulsion du comité de Bâle, les exigences de fonds propres mais également les règles de gouvernance internes et les méthodes d'évaluation des risques et de transparence ont été revues en profondeur pour donner lieu au dispositif connu sous le nom de « règles de Bâle III ». L'Union européenne a repris, en les développant sur certains points, ces règles dans le « paquet CRD IV ».

Celui-ci est composé d'un règlement, par nature directement applicable dans chacun des États membres, et d'une directive nécessitant une transposition dans les ordres juridiques

(ACPR) de souligner les risques de fraude et de blanchiment des capitaux, voire de financement du terrorisme, que permettraient ces instruments visant à jouer un rôle monétaire en tout anonyme. Dans un communiqué du 29 janvier 2014, elle a indiqué que l'intermédiation dans l'achat/vente de Bitcoins contre une monnaie ayant cours légal est désormais considérée par elle comme la fourniture d'un service de paiement, activité qui implique, pour son exercice habituel en France, de disposer d'un agrément en qualité de prestataire de services de paiement que l'Autorité peut seule délivrer. Elle suit en cela la Cour de Paris qui a pris une position analogue concernant une plateforme d'échange (2). La précaution est sans doute salutaire, mais elle est limitée à la France, ce qui n'est pas le cas de l'utilisation du Bitcoin...

La matière est éminemment technique en ce qu'elle repose, en première ligne, sur une série de ratios prudentiels fondés sur des calculs sophistiqués que, sans doute, seuls les entités qui y sont soumises et leurs superviseurs sont susceptibles d'appréhender dans toute leur complexité. Gageons cependant que ces ratios permettront à l'avenir de mieux capter certains risques, insuffisamment pris en compte avant la crise, tout en obligeant les banques à disposer des fonds propres nécessaires pour y faire face.

Les règles prudentielles ne se restreignent plus aux exigences de fonds propres mais comportent également de nouvelles règles d'agrément, de gouvernance, de supervision et de transparence ainsi qu'un régime de sanctions administratives dissuasives. Parmi les règles de gouvernance, méritent, en particulier, d'être relevées : (i) celles qui visent à renforcer et à

T. com. Paris, 30 janv. 2014, n° 2012/008613 (swap de taux en couverture du Livret A, responsabilité bancaire)

Cass. com., 11 févr. 2014, n° Z 12-26-083 (devoir d'information sur les risques imprévisibles)

Cass. com., 11 mars 2014, n° 13-10-465 (enquête préalable sur l'investissement et la situation financière de l'investisseur) CA Paris, Pôle 65, ch. 5, 3 avr. 2014, n° 13/015760 (swap de taux, nullité, erreur, ad)

Cass. com., 7 janv. 2014, n° 11-24-157 (localisation du préjudice financier et compétence en matière de litige)

(2) CA Paris, Pôle 5, ch. 6, 26 sept. 2013, JCP E 2014, 1091, obs. T. Bonneau.

NOTES

(1) H. de Vaularde, Bitcoin : monnaie de signe ou monnaie fiduciaire ? Banque Julliot-Lévy 2013, p. 79. P. Storer, La saga Bitcoin (suite), Banque avr. 2014, p. 93.

répartir plus clairement les responsabilités en matière de suivi de risques entre, d'une part, le conseil d'administration, le conseil de surveillance ou tout autre organe exerçant des fonctions équivalentes et, d'autre part, le directeur général, les directeurs généraux ou le directeur et, en dernier lieu, la fonction de gestion des risques ; (ii) la dissociation obligatoire des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général ; (iii) ou encore les imitations des cumuls de fonctions de direction ou de participation dans des conseils d'administration lorsqu'elles sont exercées dans au moins une entité d'importance significative. L'ordonnance transpose, par ailleurs, la directive n° 2011/89/UE du 16 novembre 2011 (OJUE 8 déc. n° L 326), dite directive « FICOD » (*Financial Conglomerates Directive*), relative à la surveillance complémentaire des conglomerats financiers. Le dispositif, dans son ensemble, crée un régime prudentiel des banques, des sociétés de financement, des entreprises d'investissement et des conglomerats financiers de plus en plus fin, mais aussi plus compliqué. Il présente l'avantage de mieux tenir compte dorénavant des périodes de croissance pour la constitution de coussins de sécurité préventifs et d'intégrer de façon plus significative les risques de liquidité. Il faut espérer qu'àvec ce renforcement, les banques seront mieux parties pour faire face à des situations de tension, sans que ces exigences ébranlent leur rentabilité.

Loi « Hamon » relative à la consommation et actions de groupe (L. n° 2014-4-344, 17 mars 2014) (3). – C'est un texte important qui marque sans doute un tournant dans la gestion des risques bancaires, car il introduit, aux articles L. 423-1 et suivants du Code de la consommation, une forme procédurale nouvelle dans notre système juridique : l'action de groupe. Les banques, compte tenu à la fois de leurs relations contractuelles de masse avec leurs millions de clients, de leur fort encadrement législatif et réglementaire et de la théorie bien établie des « *deep pockets* », risquent d'être plus exposées que d'autres secteurs de l'économie.

➤ NOTES

(3) L. n° 2014-344, 17 mars 2014, J.O. 18 mars.
M. Molleissis, L'exonération de l'action de groupe à la française, D. 2014, p. 947 ; V. Rabreau, La nouvelle action de groupe, D. 2014, p. 940 ; E. Jourlin, Les actions de groupe à la française : un rendez-vous manqué ?, Banque et droit mai-juin 2014, 3.
(4) Cons. const., 13 mars 2014, n° 2014-4-590 DC.
(5) G. Raymond, Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JOP E et A 2014, n° 12, 213.

Tout d'abord, il convient de souligner que la validation de ces dispositions concernant les actions de groupe, le 13 mars 2014, par le Conseil constitutionnel (4) comporte une précision d'importance : l'action de groupe est une loi de procédure, ce qui signifie qu'elle est applicable immédiatement, dès que les décrets d'application seront publiés, y compris pour des faits antérieurs à sa date d'entrée en vigueur, pour autant que la prescription ne soit pas acquise.

C'est une action civile visant à obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou de plusieurs professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles, à l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services, ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles. Seuls les préjudices patrimoniaux peuvent être réparés par cette action, les voies de droit classiques restant ouvertes, à titre individuel, pour obtenir réparation des autres types de préjudices éventuels. Un monopole de déclenchement de l'action a été confié par le législateur aux associations de défense des consommateurs représentatives au niveau national et agréées pour agir. Je put poursuivre à éviter les dérives que l'on peut observer aux États-Unis ou, couplées avec les pratiques du pacte « *de quodra litis* », l'utilisation extensive de la procédure de « *pre-trial discovery* » et les aléas du jury populaire, elles ont donné lieu à une véritable industrie de chantage contre les entreprises.

Le juge saisi, en pratique le tribunal de grande instance, contraindra la recevabilité de l'action et statuera sur la responsabilité du professionnel (qui pourra déjà être établie en matière de concurrence). Il pourra aussi ordonner toute mesure d'instruction. Il définira le groupe de consommateurs concerné et les critères de rattachement à ce groupe, le préjudice réparable pour chacun ou pour chaque catégorie de consommateurs et le montant de la réparation ou les critères de son évaluation. À ce stade, l'entreprise poursuivie ne connaîtra pas tous les demandeurs potentiels (cependant, si elle les connaît, elle pourra alors être poursuivie selon les modalités de l'action de groupe dite « simplifiée »). Dans une deuxième phase, le juge ordonnera des mesures de publicité pour faire connaître aux consommateurs l'action en cours et leur permettre de la rejoindre (*opt-in*) dans un délai qui s'élèvera, enfin, tous les demandeurs connus. Le juge déterminera alors l'irradiation due à chacun que le professionnel poursuivra alors conteste spécifique pour. La loi prévoit aussi une sortie par la médiation, ce qui sera probablement le sort de nombre de ces actions où les entreprises poursuivies préféreraient souvent une transaction.

Cette même loi comporte de nombreuses autres dispositions concernant notamment les crédits à la consommation (5). C'est elle aussi qui a vu l'adoption du registre national d'endettement des particuliers, fichier qui n'a pas trouvé grâce aux yeux du Conseil constitutionnel, qui a considéré que l'il portait une atteinte au droit au respect de la vie privée disproportionnée par rapport au but poursuivi : la prévention du surendettement.

II - LES DES ACCOUCHEMENTS DIFFICILES 1

Fonds de soutien aux collectivités territoriales et à certains établissements publics ayant souscrit des contrats de prêt ou des contrats financiers structurés à risque (D. n° 2014-444, 29 avr. 2014). – Ces crédits, que la grande presse a popularisés en les affublant du qualificatif de « *emprunts toxiques* », sont généralement des emprunts à long terme dont le taux d'intérêt est articulé sur une formule d'indexation relativement originale et complexe. Ils auront connu après l'éclatement de la crise financière des *subprimes* en 2007 et la baisse brutale des taux qu'elle a entraînée, un coût parfois très élevé. Ils font l'objet d'une attention particulière de la part des pouvoirs publics, soucieux de la détérioration des finances de certaines collectivités. Après les décisions du tribunal de grande instance de Nanterre du 8 février 2013 (6) qui ont considéré que la mention du taux effectif global devait figurer dans des fax fixant les conditions, sans attendre la signature du contrat de prêt lui-même, et la création par l'État d'un fonds de soutien des collectivités par la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013, le décret n° 2014-444 du 29 avril 2014 (O2 mai) vient préciser les modalités de soutien de l'État à ces collectivités : pour des types de crédits à taux variables définis, les bénéficiaires pourront recevoir, en principe sur une base annuelle, un soutien financier, géré par l'État, pour autant qu'ils aient préalablement transféré avec leur banquier sur les sommes dues et alors pour un montant maximal de 45 % du montant de l'indemnité de remboursement anticipé due par la collectivité, tel que ce montant aura été arrêté dans la transaction conclue avec l'établissement prêteur.

En creux, cela démontre bien que ces opérations, pour risquées qu'elles aient pu être, n'étaient pas illégales.

Financement participatif (Ord. n° 2014-559, 30 mai 2014).

Le « *crowdfunding* », ou financement participatif, semble se développer petit à petit pour offrir des sources de financements alternatifs au crédit bancaire pour des projets ou des acteurs que les banques hésitent parfois à soutenir (7). L'Europe appelle de ses vœux cet essor, comme le souligne une communication de la Commission du 27 mars 2014 consacrée au sujet. Le caractère spontané et la grande diversité des initiatives de « *crowdfunding* » font partie de ses gènes. Ce dynamisme mérite certainement d'être encouragé. En même temps, il faut éviter de « tuer la poule dans l'œuf », en veillant à ce que les prêteurs de deniers ne soient pas trompés par des collecteurs de fonds ou intermédiaires peu scrupuleux ou du moins peu soucieux des capacités financières des emprunteurs. C'est ce que vise à prévenir l'ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014 (JO 31 mai) en créant le statut de « conseiller en investissement participatif » et en prévoyant que toute personne exerçant cette activité doit adhérer à une association chargée du suivi de ses membres. Le texte arrête par ailleurs occasionnellement certaines règles de bonne conduite que doivent respecter ces nouveaux conseillers.

II - CRÉDITS

A - GÉNÉRALITÉS

Rupture de crédit, notification écrite et respect du préavis (Cass. com., 18 mars 2014, n° 12-29-583, et Cass. com., 14 janv. 2014, n° 12-29-6882). – Les conditions précises dans lesquelles une banque peut mettre un terme au crédit qu'elle a consenti à un emprunteur pour une durée indéterminée continuent à alimenter un certain contentieux. On sait qu'une telle rupture peut être décidée par l'établissement de crédit sans qu'il soit tenu de respecter un quelconque délai de préavis dans l'hypothèse où le débiteur s'est rendu coupable d'un comportement gravement répréhensible ou lorsque sa situation s'avère irrémédiablement compromise. La possibilité donnée au banquier de mettre fin, dans de telles circonstances, avec effet immédiat à son soutien financier, paraît d'autant plus normale qu'il se trouve exposé au risque de voir sa responsabilité engagée pour soutien abusif si celui-ci a contribué à maintenir l'entreprise financée en survie artificielle. Pour autant, une telle décision de rupture doit être notifiée à l'emprunteur afin que celui-ci en soit prévenu. Elle ne saurait donc résulter du simple arrêt des concours en compte courant. La dispense de respecter un préavis ne vaut pas dispense de l'obligation de notification. C'est ce que vient de rappeler la Cour de Cassation dans un arrêt de sa Chambre commerciale du 18 mars 2014.

(6) Tribunal de Nanterre, 8 fév. 2013, n° 11/03778, 11/03779 et 11/03780, v. cette chronique *MDA*, 4 pat. 2013, n° 230, p. 93.
(7) Dc. & par. 2014, n° 235, p. 6.

**NOTES

- (8) Cass. com., 11 janv. 2005, n° 02-2370, RD bancaire et fin. 2005, comm. n° 85, obs. F.-J. Gélédan et Th. Sarrin.
- (9) Sur l'abolition figurative, J. Lasserre Epahy, *Le droit de rompre un concours actif à une entreprise analysée contemporanément de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier*, Droit bancaire et financier, n° A. Gourou et J.-J. Daigre (dir.), Mélanges AFDJ-Franca V, Revue Banque Editeur, 2013, p. 313.
- (10) J. Lasserre Epahy, *Rupture de crédit au sens des emprunts*, le respect du délai de préavis exclusif, *RD bancaire et fin.* 2007, 622, *Pa.* 13 mars 2004, n° 72, p. 6.
- R. Houder, *LEB*, n° mars 2014, n° 3, p. 4; F.-J. Gélédan et Th. Sarrin, *Rupture de crédit*, *Responsabilité du délai de préavis légal*, *RD bancaire et fin.* 2014, comm. 59.
- (11) L. com. Paris, 6 fév. 24 janv. 2013, n° 2010-00778 et 2010-05551, *RD bancaire et fin.* 2013, comm. 78, obs. F.-J. Gélédan et Th. Sarrin, *JCP E* 2013, 182, obs. R. Houder.
- (12) Ph. Simier, *L'absorption d'une société sous-caution*, *Revue sur un engagement en cas de Cour de cassation*, *Cronica* 2014, n° 14, 435; *JCP E* 2014, 1033, note D. Legouis.
- (13) Cass. com., 29 janv. 1982, n° 86-14, 160, *Revue sur un engagement en cas de Cour de cassation*, *Cronica* 2014, n° 5, note C. Mouly.

ticulier, de l'importance des crédits en cause et des difficultés que l'emprunteur pouvait éprouver pour trouver de nouveaux concours bancaires (8). L'usage constaté par l'Association française des banques d'un délai de deux mois a été considéré comme non opposable à l'emprunteur. Le but de l'intervention législative en 2003 fut d'aborder de protéger les emprunteurs contre une rupture trop brutale de leurs lignes de crédit bancaire à durée indéterminée en obligeant les établissements de crédit à respecter un préavis minimal de soixante jours (9). Ce texte doit toutefois procurer aussi une certaine sécurité juridique aux banquiers en leur permettant de rétrovoir leur confiance, pour des raisons motivées, à un emprunteur sans devoir deviner quel serait le délai de préavis approprié, si celui-ci n'a pas été fixé par le contrat de crédit. La Cour de cassation vient de leur apporter ce confort par une décision de sa Chambre commerciale du 14 janvier 2014 (10).

Plusieurs sociétés ont bénéficié de divers concours bancaires que leur banque a dénoncés de façon motivée et en respectant le préavis de soixante jours. La cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion a cependant estimé que cette rupture devait être considérée comme fautive du fait que les sociétés emprunteuses se trouvaient exposées à la plus grande difficulté pour trouver une autre banque susceptible de les soutenir dans ce délai. La décision est cassée pour violation de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier, dans sa rédaction applicable en la cause, au motif qu'il ne résultait pas d'un constat que le délai de préavis devait être adapté à la situation du débiteur, la cour d'appel a ajouté au texte légal une condition qu'il ne prévoit pas. La solution paraît juste, même si elle ne correspond pas à l'interprétation jurisprudentielle du texte qui sanctionne plus généralement la rupture abusive de relations commerciales, à savoir l'article L. 442-6 du Code de commerce. Le fait que le législateur ait estimé qu'il faille une disposition spécifique pour encadrer le droit de dénonciation d'une relation de crédit par un établissement de crédit constitue une raison suffisante pour écarter l'article du commerce (11). L'équilibre trouvé entre les intérêts des emprunteurs et ceux des prêteurs professionnels dans le délai de préavis minimal de soixante jours doit servir non seulement les prêteurs mais offrir également une sécurité juridique aux seconds. Cette sécurité réside d'ailleurs relative puisque rien n'interdit à un emprunteur de rechercher la responsabilité de son banquier s'il arrive à prouver que celui-ci a agi avec l'intention de lui nuire nonobstant le respect du délai de préavis légal. Le droit commun de la responsabilité civile prend alors naturellement le pas sur la règle du Code monétaire et financier.

B - GARANTIE DES CRÉDITS

Absorption d'une société ayant souscrit un sous-cautionnement (Cass. com., 7 janv. 2014, n° 12-20.204, FS-P+B+R+I). – Rares sont les décisions qui suscitent autant d'interrogations que celle rendue, le 7 janvier 2014, par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, à propos du sort d'un sous-cautionnement en cas d'absorption suite à une fusion de la société ayant pris l'engagement (12). Les faits à l'origine du litige sont relativement communs. En 2002, une caution s'oblige envers un fournisseur à couvrir le paiement des factures que l'acheteur « pourrait lui devoir ». Une banque se porte sous-caution envers la caution pour les sommes que celle-ci est susceptible de devoir payer au fournisseur cautionné. La banque du sous-caution est absorbée par une autre banque du même groupe, en 2004. Deux ans plus tard, à la suite de la défaillance du débiteur, la caution est requise d'exécuter son engagement. Elle se retourne alors contre la banque absorbante. Celle-ci refuse de la couvrir au motif qu'elle ne s'estime pas tenue des dettes de la banque sous-caution absorbée.

On aurait pu s'attendre à que la Cour de cassation résolve le litige en se référant, de façon stricte, au principe, inscrit aujourd'hui à l'article L. 236-31 du Code de commerce, que « la fusion ou la scission entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération » (souligné par nous). Il aurait été logique que celle conclue alors qu'il faille distinguer en fonction de la date de la naissance des créances emportant l'obligation de couverture de la banque qui s'est portée sous caution pour maintenir à la charge de la société absorbante seulement l'obligation de régler les créances nées antérieurement à l'opération de fusion. Cette solution aurait été en ligne avec celle qui vaut en cas de décès d'une caution personnelle et qui repose précisément sur la distinction entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement consacrée par la Cour de cassation dans son célèbre arrêt du 29 juin 1982 (13) et thématisée dans la thèse de Mouly.

Tout en se référant à la règle de l'article L. 236-31 du Code de commerce, la Chambre commerciale n'a visiblement pas souhaité restreindre l'engagement de la banque absorbante aux obligations de la banque absorbée telles qu'elles s'étaient cristallisées le jour de la fusion. Dans des termes très généraux et sans nuance, elle réentend, en effet, « *ors en cas d'absorption d'une*

société ayant souscrit un engagement de sous-caution, la société absorbante est tenue d'exécuter cet engagement dans les termes de celui-ci ». Tout ce qui importe en définitive pour elle est que l'engagement de sous-caution ait existé au moment de la fusion.

D'un point de vue économique, la solution n'est pas nécessairement critique. Pour quoi, en effet, vouloir nécessairement faire profiter une société absorbante d'une réduction automatique de la portée de l'engagement de caution, souscrit par la société qu'elle absorbe, aux seules dettes existant préalablement à la fusion ? Spécialement lorsque la restructuration intervient entre banques d'un même groupe, y a-t-il vraiment une raison déterminante pour que le bénéficiaire de la garantie perde le bénéfice de la couverture pour les nouvelles dettes et doive dès lors prendre l'initiative de négocier une nouvelle garantie, voire éventuellement de s'opposer à l'opération de fusion ? Transposer à une telle situation la solution dégagée à propos des personnes physiques ne s'impose pas comme une évidence.

En l'état actuel des textes et tout particulièrement de la disposition précitée du Code de commerce, le parti pris original par la Cour de cassation est loin d'être toutois satisfaisant. On ne manquera pas de regretter tout d'abord que la Haute juridiction puisse arrêter, sans même un début d'explication ou de justification, une solution difficilement conciliable avec le texte précité et par laquelle elle opère a priori un profond revirement de sa jurisprudence. À l'heure où la légitimité d'un pouvoir ne se conçoit plus sans une parfaite transparence de son exercice, n'est-il pas urgent d'obliger la Cour de cassation d'asseoir ses décisions sur une vraie motivation ? L'absence de justification concrète laisse à nouveau l'interprète personnel, comme le relèvent les commentaires nombreux de l'arrêt. S'agit-il de la solution particulière au cas de figure du sous-cautionnement ou a-t-elle vocation à s'appliquer de façon générale à tout cautionnement ? La décision fait-elle définitivement fi de la distinction entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement de la caution ? Sommes-nous à l'aube

Janvier à juin 2014 : La crise continue de marquer profondément le droit bancaire

d'une nouvelle analyse des opérations de restructuration, auquel cas l'arrêt constituerait, comme l'a remarqué Philippe Simier, l'amorce d'un véritable petit révolution ? Il paraît vain d'essayer de deviner l'orientation qui est en train de prendre la jurisprudence de la Cour de cassation sur la question soulevée. Étant donné la très large publicité qu'elle a souhaité donner à sa décision, il faut espérer qu'elle nous éclairera, d'une manière ou d'une autre, également sur son véritable sens et sa portée. En attendant, nous préférons nous abstenir d'ajouter aux spéculations.

Disproportion de l'engagement de la caution (Cass. com., 1^{er} avr. 2014, n° 13-11.313 4001). – Aux termes de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, « un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ». La caution qui entend se prévaloir de cette disposition pour être libérée de son engagement devra naturellement prouver que la condition du caractère manifestement disproportionné de son engagement, au moment de l'octroi de sa garantie, est bien remplie (14). Doit-elle, au moment où la banque engage des poursuites à son encontre, également prouver que son patrimoine ne lui permet pas de faire face à de telles poursuites ? La Cour de cassation, dans une décision de sa Chambre commerciale du 1^{er} avril 2014, vient de préciser ulièrement et pour la première fois qu'une telle solution reviendrait, en réalité, à inverser la charge de la preuve et à contredire l'article 1315 du Code civil (15). Il n'est plus question, en effet, à ce stade de savoir si l'engagement de la caution était initialement disproportionné mais d'apprécier si, malgré cette circonstance, le créancier peut être rétabli dans son droit de poursuites parce qu'entre-temps la caution s'est enrichie suffisamment pour lui permettre d'honorer ses engagements. C'est dès lors au banquier de prouver que les conditions pour un rétablissement de son droit de poursuite se trouvent réunies. La preuve n'est certainement pas aisée puisque le banquier peut ne pas être au courant de la composition complète et exacte du patrimoine de la caution au moment où il décide d'agir contre

- ➔ NOTES
- (14) Cass. com., 22 janv. 2013, n° 11-25.377, *RD bancaire et fin.* 2013, comm. 55, note D. Legouis.
- (15) Cass. com., 1^{er} avr. 2014, n° 13-11.313, *JCP E* 2014, n° 21-22, 1292, comm. D. Legouis, obs. R. Houder, C. Allages, *Gez*, *Pa.* 5 juin 2014, n° 156, p. 18.

C - RÉMUNÉRATION DU CRÉDIT

TEG, prescription, taux de période, sanction applicable (TGI Nanterre, 7 mars 2014, n° 12-06737). – Afin de financer ses investisse-

ments, la commune de Saint-Maur-des-Fossés avait souscrit auprès de Dexia un emprunt de 10 millions d'euros sur une très longue durée avec une formule différente de taux d'intérêts selon les périodes, d'abord un taux fixe, puis un taux variable articulé sur l'évolution du cours de change euro/franc suisse, puis une troisième phase où l'intérêt était indexé sur l'Euribor. L'assignation contre la banque se fondait sur la violation des dispositions légales et réglementaires relatives au taux effectif global (TEG), faute de précision de la période unitaire, de sa durée et de son taux, et prétendant aussi que le TEG affiché était faux.

Comme il est d'usage dans ce type d'opération, la signature du contrat de prêt avait été précédée d'un échange de fax fixant les conditions principales du futur contrat de prêt : or celui-ci ne contenait aucune mention du TEG. En revanche, l'action fut introduite plus de cinq ans après ce fax, si bien que le tribunal considère que, du fait de cette absence de mention du TEG, qui avait pu être constatée dès la réception du fax, le délai de la prescription avait commencé à courir dès cette réception et que la demande était dès lors prescrite. Il faut souligner que cela signifie que le tribunal a considéré que l'emprunt avait été contracté pour des besoins de son activité professionnelle par la ville, critère retenu par la jurisprudence pour faire courir le délai de prescription à compter de l'accord des volontés sur le prêt (16). La reconnaissance est logique, une commune pouvant difficilement emprunter pour des besoins personnels. En revanche, réaffirmant la jurisprudence amorcée par ce même tribunal le 8 février 2013 (17), le contrat de prêt défini et signé plus tard est considéré comme un simple *instrumentum*.

Les prétentions de la commune concernant le caractère faux et incomplet du TEG mentionné dans ce que le tribunal a considéré comme l'*instrumentum* n'étaient, elles, pas prescrites. On s'étonnera de la contradiction qu'il y a à considérer que l'acte de prêt est le fax pour constater que la demande de sanction de l'absence de TEG était prescrite et devient l'*instrumentum* lorsqu'il s'agit de considérer si le TEG est complet ou non. La cohérence du raisonnement échappe à l'observateur.

➔ NOTES
(16) Cass. com., 10 juin 2008, n° 06-19 462, Bull. IV, n° 116, 117, 118.
(17) V. cette chronique in DR & patr. 2013, n° 230, p. 93.
(18) P. Boudellet, Le taux effectif global ou l'illusion d'un instrument d'information et de comparaison, in Mélanges AEDB-France, t. VI, 161.
Revue Banque Editeur, 2013.

Au visa de l'article R. 313-1 du Code de la consommation, dans sa version applicable aux faits, en 2007, le tribunal a considéré que la banque aurait dû préciser le taux de période et la durée de celle-ci ; il a sanctionné cette omission par la substitution du taux légal au taux d'intérêt conventionnel depuis la conclusion du contrat de prêt et pour les trois périodes différenciées d'intérêt, sans distinction (4 002).

EXTRAITS

➔ 002 TGI Nanterre, 7 mars 2014, n° 12-0673
« Si la société Dexia soutient que cette sanction prétorienne est critiquable, manifestement disproportionnée et non pertinente pour un prêt à taux variable, il y a lieu de rappeler que le TEG est l'un des éléments constitutifs de l'intérêt conventionnel tel que prévu par l'article 1907 du Code civil, dès lors, le défaut de mention comme l'emprunt dans le calcul du TEG affecte directement l'intérêt conventionnel lui-même, le rendant inapplicable et justifiant son annulation selon l'alternative imposée par la loi. De surcroît la subdivision du prêt en plusieurs périodes correspondant à des taux distincts ne saurait permettre au prêteur de s'affranchir du respect des règles d'ordre public, ni justifier, en cas de violation, le carotement de la sanction à une seule phase, la nullité affectant la stipulation de l'intérêt conventionnel et non le seul taux d'intérêt ».

La sanction a beau être conforme à la jurisprudence maintes fois réaffirmée par la Cour de cassation, elle manque de convaincre tant elle est disproportionnée et, à bien y réfléchir, contestable en droit ; en effet, si l'information domnie sur le TEG est manquante, incomplète ou erronée, le dommage éventuel causé ne devrait être qu'une perte de chance pour l'emprunteur de n'avoir pu contracter à de meilleures conditions similaires, perte quantifiable à la différence, si elle existe en sa faveur, entre le prêt contracté et la meilleure offre qu'il aurait pu recevoir au moment de la conclusion de l'opération (18). A défaut d'un revirement de jurisprudence, le législateur devrait s'interroger sur l'opportunité de laisser se développer un contentieux à portée systémique encourageant une contestation pas toujours empreinte de bonne foi, de la part des emprunteurs, eux-mêmes encouragés par l'activisme de certaines officines. Voilà une sanction jurisprudentielle fondée sur une conception très extensive de la notion de loi d'ordre public économique qui crée beaucoup de désordre.

TEG et emprunt structuré – point de départ de la prescription (TGI Paris, 25 mars 2014, n° 11/04698) – Afin de financer ses investissements, le département de Seine-Saint-Denis avait contracté en 2004 un prêt à long terme de 45 millions d'euros à options multiples auprès de la Depfia ACS Bank. L'option multiple signifiait la possibilité pour l'emprunteur de choisir entre plusieurs formules de taux d'intérêt, un taux variable indexé sur l'Euribor, un taux fixe ou un taux qualifié de « structuré ». Une première utilisation du prêt intervint en 2005 à taux fixe mais avec des parités déséquilibrées en fonction de l'évolution de l'Euribor pour une période de cinq ans, puis à taux fixe pour le reste de la durée. En 2006, du fait de l'évolution de

l'Euribor, une restructuration de cette tranche intervint sous forme d'un avenant qui substitua un nouveau taux à celui applicable à ce tirage. L'emprunteur poursuivit la banque en 2011, principalement pour lui reprocher de n'avoir pas mentionné le TEG sur cet avenant modifiant la formule de taux initialement applicable.

En réponse à l'objection de la banque qui soutenait que la prescription courait depuis la signature de la convention de prêt initiale, antérieure de plus de cinq ans à l'assignation, le tribunal considère que « si un avenant au contrat est conclu, qui modifie le taux applicable, le point de départ de l'action en nullité de la stipulation contenue dans cet avenant est la date de conclusion dudit avenant », ce d'autant plus que certaines options de taux étaient renvoyées à la date d'utilisation du prêt et n'étaient pas connues lors de la signature de l'acte initial.

Après avoir rappelé que le TEG doit être indiqué, y compris lorsqu'il s'agit d'un taux variable, même si « la fonction informative de la mention est moins complète dans cette hypothèse », le tribunal indique qu'il en va de même si le taux est un taux structuré, puis constatant que le TEG n'a pas été indiqué dans l'avenant de 2006, ni dans aucun écrit échangé entre les parties, il substitue le taux légal au taux conventionnel par des motifs rappelés, sans nuance, la jurisprudence générale sur ce point (4 003).

C'est toutefois s'éloigner de ce qui a jugé la première chambre civile de la Cour de cassation (19) dans un cas très proche : la loi n'impose pas au prêteur, en cas de stipulation de révision d'un taux d'intérêt originel selon l'évolution d'un indice objectif, d'informer l'emprunteur de la modification du TEG résultant d'une telle

révision. Ceci est parfaitement logique puisque l'indication du TEG n'a de sens que pour permettre à l'emprunteur de pouvoir valablement comparer des offres concurrentes avant de s'engager, et devient ainsi sans utilité ni fondement lorsque le crédit est déjà utilisé et qu'une simple variation du taux intervient, conformément au contrat et à la décision de l'emprunteur qui a le libre choix du taux applicable.

III - RESPONSABILITÉ

Swap, devoir d'information et de conseil (TGI Paris, 29 janv. 2014, n° 10/03746). – Pour couvrir son risque de taux au titre de trois emprunts contractés auprès de trois banques différentes, l'établissement public Lille Métropole Communauté urbaine signe avec la Royal Bank of Scotland trois swaps de taux d'intérêts. Souhaitant renégocier les termes des swaps et n'y parvenant pas, le client assigna la banque pour obtenir l'annulation des contrats et, à titre subsidiaire, leur résolution judiciaire avec dommages et intérêts. Les arguments mis en avant s'appuyaient sur le dol, l'erreur, le caractère spéculatif des contrats, le défaut de pouvoir du signataire pour signer des contrats spécialisés, des pratiques commerciales trompeuses, le défaut d'information et de mise en garde...

Le tribunal examine attentivement les conditions des trois swaps, la qualité des informations fournies et conclut dans les trois cas au fait que le client connaissait l'existence d'un aléa concernant les formules de taux et, rappelant que « l'aléa est exclusif de l'erreur » déboute sur le fondement de l'erreur et du dol par rapport aux dispositions de la circulaire du 15 septembre 1992 sur les opérations de couverture. Il écarte aussi tout dol ou erreur sur les conditions financières de la négociation rappelant que l'absence de « coûts de transaction lors de la conclusion des swaps ne signifiait pas que la banque ne percevait pas de rémunération sous forme de marge ».

L'argument du défaut de capacité de la communauté urbaine est aussi écarté au visa de l'article L. 5215-19 du Code général des collectivités territoriales et du fait que « ce sont bien en l'absence des motifs d'intérêt général qui ont présidé à la conclusion des contrats, qui étaient adossés et dimensionnés sur des contrats de dette précisément identifiés, l'objectif poursuivi étant de réduire le taux finalement à la charge de la collectivité ». Il l'est tout autant sur le fondement de la circulaire de 1992, aux termes d'une analyse approfondie tant de cette circulaire que des déclarations faites par le client dans les documents contractuels reconnaissant expressément le caractère d'opérations de couverture de ces swaps.

EXTRAITS

➔ 003 TGI Paris, 25 mars 2014, n° 11/04698
« L'exigence d'un écrit mentionnant le taux effectif global est une condition de validité de la stipulation d'intérêts, à défaut de laquelle le taux d'intérêt légal est substitué, à compter de la date du prêt, au taux conventionnel, sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'omission de la mention est de nature à induire l'emprunteur en erreur sur ses conditions du prêt. Cette solution constante est parfaitement connue des acteurs du système bancaire en particulier des banques dispensateurs de crédit. Le seul fait que cette sanction puisse entraîner dans certains cas, pour les emprunteurs, un « effet d'ubaine » ne constitue pas un motif objectif permettant de l'écarter, alors qu'elle est la conséquence juridique du non-respect d'une condition de validité de la stipulation ».

➔ NOTES

(19) Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 2007, n° 06-14 690.

Après avoir rappelé que le manquement éventuel aux devoirs d'information, de conseil et de mise en garde sont des obligations précontractuelles qui ne peuvent par conséquent aboutir, en cas de non-respect, à la résolution d'un contrat, le tribunal écarte également l'argument selon lequel les swaps avaient une valeur négative à la date de leur signature, information qui ne lui aurait pas été communiquée selon le demandeur, rappelant ici encore que la violation d'une obligation d'information, à supposer même l'information pertinente, est aussi une obligation précontractuelle ne pouvant fonder la résolution d'un contrat.

Ensuite, le tribunal écarte un devoir de mise en garde du fait qu'il reconnaît à la communauté urbaine la qualité de client averti, s'étant déjà livrée à de nombreuses opérations similaires, s'appuyant sur des services internes et externes compétents. En revanche, soulignant que tant les dispositions de l'article L. 321-1 du Code monétaire et financier relatif à la négociation pour compte propre, que celles de l'article L. 533-4 du même code relatif aux règles de bonne conduite ou encore celles de l'article 321-46 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers, n'imposent à la banque un devoir général de conseil, il considère qu'une telle obligation de conseil a bien été contractée compte tenu du fait que les présentations commerciales faites au client comportaient des recommandations personnalisées (004) orientant la société vers des solutions présentées comme adaptées à sa situation. L'affirmation surprend. Il est contradictoire de qualifier l'opération de négociation pour compte propre, de relever les clauses du contrat qui écartent toute obligation de conseil, pour ensuite juger que le caractère personnalisé de la présentation et la mise en avant de solutions possibles, ce qui paraît la moindre des choses de la part d'une banque envers son client, traduisent un accord implicite de la banque pour souscrire une obligation de conseil.

Le tribunal examine alors, mais sous l'angle de l'obligation d'information, l'absence de communication par la banque de la valorisation des swaps à la date de leur conclusion. S'appuyant sur un avis de la Cour des comptes sur ce point, il tient que ce silence constitue un manquement à son obligation d'information. Il retient également contre la banque le fait que celle-ci n'avait pas communiqué, pour l'un des swaps qu'il, en fait, en restructurait un précédant, de comparaison entre la valorisation du swap avant et après, ainsi que le fait que les cours à terme du dollar contre francs suisses n'avaient pas été communiqués, alors qu'il s'agissait, selon le tribunal, d'une information pertinente.

EXTRAITS

004 **TEI Paris, 28 janv. 2014, n° 10/03746**
« Il résulte de ces éléments que la souscription des produits s'est bien accompagnée de conseils, et que la société RBS était débitrice envers LMCU d'une obligation de conseil... Il importe peu que les contrats contiennent des clauses générales, l'exonération d'une telle obligation, dès lors que celle-ci se déduit de l'économie des conventions, la clause d'exonération prévoyant au surplus qu'elle ne s'applique qu'en l'absence de convention écrite entre les parties, imposant des obligations positives contraires. Il est également indifférent qu'aucune rémunération spécifique ait été prévue ».

005 **TEI Paris, 28 janv. 2014, n° 10/03746**
« La société RBS, si elle a, dans une proposition de mai 2007, mentionné au titre des inconvénients que le taux protégé n'était pas protégé à la hausse, et que la structure était conditionnée au "fixing du USD/CHF", avec des simulations, n'a à aucun moment indiqué quel était l'intérêt pour LMCU, par rapport au contrat de couverture existant déjà entre les parties, de l'ajout de cette indexation... Il s'ensuit qu'en proposant à LMCU la conclusion d'un tel contrat, la société RBS a manqué à son devoir de conseil ».

L'affirmation ne convainc pas concernant l'obligation de communiquer la valorisation d'un swap à sa conclusion ; en effet, par construction, lors de sa conclusion, les termes du swap reflètent les conditions de marché plus les frais et la rémunération de la banque qui sont inclus dans les termes de l'échange proposé. Afficher la valorisation initiale revient à contredire à afficher la marge commerciale de la banque. Or, aucune règle de droit positif, bien au contraire, ne contraint un commerçant à afficher sa marge. La protection du client s'effectue par la mise en concurrence de plusieurs banques, ce que ne manquent pas de faire les clients, et particulièrement les collectivités publiques qui organisent des appels d'offres avant de contracter.

Restait au tribunal à vérifier que le devoir de conseil qu'il avait mis à la charge de la banque avait bien été rempli. Selon lui, ce devoir « obligeait la société RBS à proposer des produits adaptés à la situation de LMCU ». S'il estime que, pour deux des trois swaps, ce devoir de conseil a été respecté, en revanche, il considère que pour l'un d'entre eux le choix d'une formule d'indexation liée au dollar et au franc suisse ne satisfaisait pas à son obligation de conseil, faute d'avoir indiqué en quoi consistait l'intérêt du client à une telle formule (005). La motivation ne laisse pas d'inquiéter pour le futur ; en effet, tant l'affirmation d'un devoir de conseil que le contenu même de ce qui aurait dû être le conseil pour le tribunal dévient. Elle brouille les r-

perses qu'avait patiemment construits la jurisprudence, qui avait, sauf convention contraire manifeste, écarté le devoir de conseil du banquier, qui le conduit à une immixtion dans les affaires de son client et à une obligation très difficile à remplir lorsqu'il agit pour compte propre, pour affirmer le devoir d'information loyale et objective et celui de mise en garde, en fonction du caractère spéculatif ou non de l'opération et du caractère averti ou non du client. Il est dangereux de venir semer la confusion sur les obligations de chacun, rendant totalement imprévisibles les solutions applicables. De même, il est surprenant de considérer que la seule présentation d'une formule de couverture, qui devait aussi et nécessairement présenter des avantages et pas seulement des inconvénients, constitue un défaut de conseil. Le client n'aura pourtant choisi. Voilà une conception du devoir de conseil qui conduit le tribunal lui-même à se faire juge en opportunité.

Chèque frauduleux et responsabilité bancaire

Cass. com., 28 janv. 2014, n° 12-279.011.

Le gérant associé d'une société mise en redressement puis en liquidation judiciaires s'est retourné contre la banque, dont la société était cliente, en réparation du préjudice prétendument personnel que celle-ci lui aurait causé en procédant au paiement de nombreux chèques frauduleusement établis par la comptable de la société, qui avait imité sa signature. Le litige a trait à une question relativement classique, celle de la responsabilité du banquier : tiré de chèques faux de son origine. En vertu de l'obligation de restitution pesant sur le banquier en sa qualité de responsable, celui-ci est en principe pleinement responsable lorsque le payeur de tels chèques, à la différence de la situation où il a payé un chèque initialement régulier mais falsifié ensuite. Conformément au droit commun de la responsabilité, la banque peut toutefois se décharger de sa responsabilité si elle démontre une faute de la part du titulaire du compte. C'est une telle faute qu'avait retenue, en l'espèce, la cour d'appel en observant que le gérant était tenu de vérifier les agissements de sa comptable et lui avait laissé une trop grande latitude d'action allant jusqu'à l'autoriser à signer des chèques en imitant sa signature. Pour la Cour de cassation, ce constat demeurait cependant insuffisant pour exonérer la banque de sa responsabilité alors que la cour d'appel n'a pas précisé en quoi la faute commise par le titulaire du compte constituait la cause exclusive du dommage. La solution manque un approfondissement de la responsabilité du banquier puisque celui-ci ne semble dorénavant plus pouvoir bénéficier d'une exonération partielle de responsabilité en cas où son client a, par son comportement même, simplement contribué au dommage, mais uniquement d'une exonération

complète à condition qu'il puisse démontrer que son client en est seul responsable. À défaut de texte en ce sens, on ne voit pas quelles raisons peuvent justifier de dévier ainsi des principes généraux du droit de la responsabilité civile. Les chèques sont heureusement en progressivement de plus en plus rares, même en France.

Swap de taux en couverture du Livret A

1.com. Paris, 30 janv. 2014, n° 2012/0086131.

Une société d'économie mixte regroupant sept collectivités locales de la Réunion et construisant des logements sociaux avait passé avec une banque, après avoir procédé à un appel d'offres auprès de plusieurs établissements, un swap de taux d'intérêts ayant pour objet de la prémunir contre le risque de variation de taux de la moitié de ses encours de financements, obtenus auprès de la Caisse des dépôts et consignations et variant avec ceux du Livret A. Le swap ayant été conclu en août 2008 sur un nominal de 60 millions d'euros, le client recevait pendant vingt ans le taux du Livret A, lui-même variable, et payait à la banque un taux fixe de 3,35 % pendant trois ans, puis sur le reste de la durée un taux variable enfermé dans un corridor au plancher de 3,35 % et au plafond de 5,70 % dénommé « taux structuré ». Le 17 janvier 2012, la première majoration du taux à payer par le client intervint, ce qui entraîna immédiatement de sa part l'assignation de la banque à qui il reprocha des manœuvres dolosives pour l'avoir conduit à contracter le swap, une violation de ses obligations d'information, de conseil et de mise en garde justifiant, selon lui, la résolution de l'opération ou à tout le moins des dommages-intérêts. Parmi les propositions initiales de la banque figurait aussi la possibilité pour le client de payer un taux fixe (3,97 %) au lieu du taux structuré, mais il n'avait pas retenu cette formule.

Le tribunal écarte le grief de dol en déclarant quant à l'information le processus de négociation, la demande du client et les réponses de la banque qui correspondaient exactement à ses demandes ; selon le client, la banque avait poussé celui-ci à retenir le taux structuré, de préférence à un taux fixe, car il aurait été plus rémunérateur pour la banque au sens où, selon lui, le swap incorporait des options cachées, source de profit supplémentaire. Le tribunal écarte l'argument en relevant, justement, que cette affirmation sur l'existence d'options « se repose sur aucun élément concret » et « qu'il n'y a aucune option, ou droit susceptible d'exercice sans obligation de la faire, au bénéfice de l'une ou l'autre des parties ; que le mécanisme est très simple : il n'y a qu'un contrat d'échange de taux ». L'argument sur l'existence d'options cachées, que l'on voit fleurir en cette période, re-

pose sur une confusion. En effet, le calcul du prix d'un swap, c'est-à-dire la fixation des termes de l'échange, peut reposer en partie sur un calcul analogue à celui utilisé pour la valorisation des options. Il ne comporte pas pour autant des options au sens d'une opération où le bénéficiaire de l'option aurait le droit, sans en avoir l'obligation, d'exercer un droit. Le swap reste un simple contrat d'échange où le montant versé par chacun des coéchangistes est le résultat d'une formule contractuelle qui est, pour celui ou ceux qui payent la jambe variable, une simple indexation.

La demande de résolution du contrat est aussi écartée, la violation alléguée à des obligations précontractuelles ne pouvant fonder la résolution d'un contrat sur le fondement de l'article 1184 du Code civil, de même, l'absence de propositions de restructuration jugées sérieuses par le client ne peut davantage fonder la résolution du contrat, la banque n'ayant contracté aucune obligation de restructuration des opérations.

Revenant alors sur la demande de dommages et intérêts pour violation alléguée des obligations d'information, de mise en garde et de conseil, le tribunal relève que le client était bien non averti en la matière mais que l'opération n'était pas spéculative en ce qu'elle comportait un taux plafonné. Il écarte dès lors toute obligation de mise en garde à la charge de la banque. Concernant le devoir d'information, reprenant la présentation faite par la banque au client retraçant les avantages et les inconvénients de chaque formule (taux fixe ou taux structuré), le tribunal la juge « exemple de vice, exacte et non trompeuse et parfaitement adaptée à l'information d'une personne non avertie des risques de coproduit ».

Restait à examiner un dernier argument, l'applicabilité des articles L. 321-1 et L. 533-1 du Code monétaire et financier et 314-3 et 314-76 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers (AMF). Le tribunal juge que ces textes, qui affirment l'obligation de servir au mieux les intérêts des clients, sont, selon lui, désormais applicables. Y compris lorsque la banque agit pour compte propre (4006), mais estime que la banque a rempli ses obligations en répondant précisément aux demandes de son client et en lui donnant toutes les informations utiles. Concernant l'article 314-76 du règlement général de l'AMF, d'où le client entendait tirer une obligation pour la banque de divulguer sa rémunération, le tribunal juge que cet article ne vise que les redistributions de rémunérations ou commissions entre intervenants à une opération et retient, aux termes d'une argumentation précise, une interprétation écartant une telle obligation (4007).

NOTES

(20) CA Paris, 26 sept. 2013, n° 11/9539/D, 1^{er} et 2^{es} par. 2014, n° 234, p. 67.

EXTRAITS

4006 T. com. Paris, 30 janv. 2014, n° 2012/008613
« Attendu qu'effectivement les textes rappelés ci-dessus sont applicables aux banques en l'espèce, y compris en cas de "négociation pour compte propre" (définie par l'article D. 321-1 du Code monétaire et financier) comme le "fait de conclure des transactions portant sur un ou plusieurs instruments financiers en engageant ses propres capitaux", dès lors que, selon l'article L. 321-1 du Code monétaire et financier, la négociation pour compte propre est cédée parmi les services d'investissement ».

4007 T. com. Paris, 30 janv. 2014, n° 2012/008613
« L'obligation de servir au mieux l'intérêt de son client n'implique pas en toutes circonstances l'obligation pour le PSI de divulguer sa rémunération, qu'en effet, si l'on comprend aisément une telle obligation lorsque le PSI exécute un ordre du client, il apparaît que, si une telle règle devait s'appliquer à des opérations pour compte propre, elle ne pourrait viser que la marge escomptée du PSI, marge qui est parfois aléatoire mais est nécessairement déterminée de l'inscription par le PSI de la valeur du risque propre qu'il va prendre, qu'une telle solution, très difficile à mettre pratiquement en œuvre, ne pourrait être retenue qu'en présence d'un texte clair en ce sens qui donnerait des indications sur le mode de détermination à retenir pour que l'information donnée soit utile au client, significative et vérifiable. Attendu que force est d'admettre que les directives précitées (directives 2004/39/CE du 24 avril 2004 et 2006/73/CE du 10 août 2006), si elles posent, y compris pour les opérations pour compte propre, l'obligation d'agir au mieux des intérêts du client, n'y incluent pas expressément l'obligation pour le PSI de faire connaître ses marges pour ces opérations spécifiques, que bien au contraire la directive 2006/73/CE, en son considérant 70, a pris soin de préciser que les normes et procédures de meilleure exécution doivent être adaptées selon les spécificités des instruments financiers, notamment pour les instruments sur mesure OTC ».

Il observe au surplus que le client n'avait jamais demandé, avant cette instance, à la banque de lui révéler sa rémunération et qu'il ne justifie pas d'un préjudice que cette omission lui aurait causé, alors que, après l'avoir mis en concurrence, elle a pu juger de la compétitivité de l'offre retenue.

Voilà certainement une approche beaucoup plus conforme à la réalité des règles applicables et qui s'éloigne à juste titre d'une certaine jurisprudence qui a cru pouvoir trouver dans une référence à un devoir général de loyauté et transparence, une obligation pour la banque de révéler « la manière dont elle va se rémunérer » (20).

Devoir d'information sur les risques imprévisibles (Cass. com., 11 févr. 2014, n° 12-26-0832). – Un pharmacien avait, à l'aide d'un emprunt à dix ans remboursable *in fine*, souscrit, en 1991, à des parts de société civile à prépondérance immobilière (SCPI). Les actifs de cette société civile se composaient de logements construits près du parc Disney à Marne-la-Vallée pour le personnel du parc et pour lesquels la société Eurodisney avait donné une garantie d'occupation de neuf ans. Cependant, la société n'allait pas tenir ses engagements, le marché immobilier allait aussi connaître à cette période un véritable décrochage, si bien que les parts de la SCPI allaient perdre la moitié de leur valeur. Le souscripteur poursuivait alors sa banque, qu'une première cour d'appel exonérait de sa responsabilité, en relevant que l'opération n'était pas spéculative et n'emportait dès lors pas d'obligation de mise en garde et que l'information délivrée était certes optimiste mais n'était pas pour autant inexacte, mensongère ou illusoire. La Cour de cassation, dans une première décision du 14 décembre 2010 (21), devait casser, estimant qu'en application de l'article 1147 du Code civil, la cour avait omis de « rechercher si l'information délivrée était cohérente avec l'investissement proposé et mentionnait le cas échéant les caractéristiques les moins favorables et les risques inhérents aux options qui peuvent être le corollaire des avantages énoncés ». La cour de renvoi n'allait pas s'incliner et rejeta à nouveau la demande du souscripteur, ce qui donna lieu à un nouveau pourvoi et à une nouvelle cassation.

La cour d'appel estima que toute l'information utile avait été délivrée au souscripteur et qu'il ne pouvait être reproché à la banque de n'avoir pas prévu qu'Eurodisney ferait défaut à ses engagements de garantie et que le marché immobilier s'effondrerait. La réponse de la Cour de cassation est claire et inébranlable à la fois puisqu'elle affirme, au visa de l'article 1147 du Code civil, qu'« en statuant ainsi, alors que le prestataire de services d'investissement est tenu, à l'égard de son client, d'une obligation d'information portant le cas échéant sur les risques inhérents au placement proposé, leur chance de réalisation fit-elle imprévisible, la cour a violé le texte susvisé ». Il est difficile de considérer que l'obligation d'information doit inclure l'imprévisible, dont la nature est, justement, de ne pouvoir être prévue (1). D'ordinaire, l'imprévisibilité caractérise l'un des critères essentiels de la force majeure, qui est une cause d'exonération de la responsabilité.

La Cour de cassation poursuit sa censure, sur le fondement du même texte, pour casser de nouveau sur la base d'une autre branche du moyen,

qui soulignait notamment que la cour d'appel avait retenu que la note d'information visée par la Commission des opérations de bourse et les statuts de la SCPI énonçaient clairement que les associés étaient exposés à supporter les pertes éventuelles à proportion de leurs parts. Pour la Cour de cassation, « en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la proposition commerciale personnalisée adressée par la banque à M. B en vue de la souscription de parts de SCPI mentionnait les risques inhérents à l'investissement proposé qui pouvaient être le corollaire des avantages énoncés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ». Ainsi, pour la Cour, les risques doivent être mentionnés dans la proposition commerciale de la banque, même s'ils sont déjà clairement indiqués dans les documents remis simultanément au souscripteur.

Nous voulons espérer qu'il s'agit d'un arrêt d'espèce, tant une telle jurisprudence conduirait à encourager le contentieux et l'irresponsabilité des investisseurs !

Enquête préalable sur l'expérience et la situation financière de l'investisseur (Cass. com., 11 mars 2014, n° 13-10-4655). – Le contentieux autour du fonds d'investissement Bénéfic continue d'alimenter la jurisprudence (22). L'arrêt rendu par la cour d'appel de Caen, sur renvoi après cassation (23), est à son tour cassé. L'enjeu, cette fois, n'était plus de savoir si la banque, qui avait proposé à son client de souscrire des parts du fonds commun de placement Bénéfic, était tenue vis-à-vis de celui-ci d'une obligation de mise en garde et si elle avait satisfait à son obligation d'information quant aux caractéristiques du placement proposé. La Cour de cassation retient en effet que le produit ne présentait pas un caractère spéculatif obligeant la banque à prévenir son client qu'il s'exposait à des risques particuliers. Les caractéristiques du produit étaient détaillées par la notice d'information visée à l'époque par la Commission des opérations de bourse dont le souscripteur avait reconnu avoir reçu copie à chaque souscription. Elles étaient également présentées par les documents publicitaires remis par la banque au souscripteur, et cela de façon parfaitement cohérente avec la notice d'information. Pour la Cour de cassation, la cour d'appel a donc pu déduire à bon droit de ces constatations que la banque avait satisfait à son obligation d'information quant aux caractéristiques du placement proposé.

La vraie difficulté était ailleurs. Elle consistait à apprécier si la banque s'était enquis de façon suffisante de l'expérience du souscripteur en matière d'investissement et de sa situation financière. Pour la cour d'appel, le ressortait du

NOTES

(21) Cass. com., 14 déc. 2010, n° 10-10-165.
(22) V. pour l'arrêt emblématique, Cass. com., 15 juin 2010, n° 09-67-415, Société Banque Postale c/ Association CLCV, RD bancaire et fin. 2010, comm. 197, obs. M. Stork.
(23) Cass. com., 19 janv. 2010, n° 09-10-627.

diagnostic financier réalisé par la banque avant la souscription des parts, que son client était prêt à prendre un minimum de risques du niveau de ceux inhérents aux produits proposés. La cour relevait encore que la perte subie par la suite par le client n'était pas due au caractère trop risqué du produit mais à la chute brutale et non prévisible de la bourse. De telles constatations sont cependant jugées insuffisantes par la Chambre commerciale pour établir, sans hésitation, que la banque s'était correctement acquittée de son devoir d'apprécier tant la situation financière que l'expérience d'investissements de son client.

Swap de taux, nullité, erreur et dol (CA Paris, pôle 65, ch. 5, 3 avr. 2014, n° 13/03780). – Un client classé professionnel par son banquier (en application des dispositions des articles L. 533-16 et L. 533-20, D. 533-11 et D. 533-13 du Code monétaire et financier et 314-4 et suivants du règlement général de l'Autorité des marchés financiers), et ayant de nombreux contrats de crédit-bail à taux variable en cours, a contracté, le 2 octobre 2008, un swap de taux avec sa banque. Il recevait le taux variable et payait en échange un taux fixe de 3,78 %. Les taux ayant fortement baissé après la faillite de Lehman Brothers, le 15 septembre 2008, il reçut un taux variable très bas, ce qui l'incita à remettre en cause l'opération. Débouté en première instance, il alliait l'ère de nouveau par la cour d'appel.

Une première contestation portait sur le fait que le contrat cadre FBF, qui devait être signé, ne le fut jamais, seule une préconfirmation de l'opération reprenant ses caractéristiques essentielles, puis une confirmation adressée quelques jours après par la banque et retournée signée par le client, matérialisant l'accord des parties. La cour estima que dans la mesure où la confirmation, bien signée par ses deux parties, faisait référence à la convention-cadre FBF, il importait peu en définitive que cette dernière n'ait pas été signée. S'agissant d'un texte standard, que la société avait d'ailleurs déjà signé avec une autre banque pour une autre opération, il était aisé de considérer qu'il avait été incorporé par référence à la confirmation, qui, par ailleurs, contenait tous les éléments essentiels de l'opération, et particulièrement le fait que la banque avait le droit unilatéral de dénoncer la convention de swap, spécificité qui avait le mérite d'en diminuer le coût pour le client.

➤ NOTES
(24) J.-P. Mathou, Droit bancaire international, Revue Banque Editeur, 4^e éd., 2009, n° 453.

La cour écarte ensuite l'allégation selon laquelle la banque aurait su, au moment de la signature du swap, que les taux allaient s'orienter à la baisse et aurait ainsi trompé son client, estimant que la société ne rapportait pas la preuve que la banque « avait connaissance d'une baisse

certaine et durable des taux à la date de la conclusion du contrat et qu'elle lui a fait croire à une hausse inéluctable des taux ».

Elle refuse de considérer que la banque n'avait pas informé son client que, en cas de sortie anticipée du contrat, il pourrait payer ou recevoir une soule, affirmant au passage « qu'il est constant qu'une soule ne pouvait être calculée à ce stade des relations contractuelles ». Ce point sur l'absence de quantification de la soule éventuelle due lors de la conclusion de l'opération est souvent invoqué dans ce type de contentieux ; or cette soule, autrement dénommée « valeur de remplacement » ou encore « market maker », est le coût, au moment de la résiliation anticipée du contrat, de la conclusion d'une opération similaire pour le reste de la durée et dépend nécessairement des conditions du marché au moment de la résiliation (24) : ses modalités de calcul sont prévues dans la convention-cadre, mais son calcul est effectivement impossible au moment de la conclusion. La cour a le mérite de l'affirmer clairement.

La société prétendait ensuite que la faculté de résiliation unilatérale ouverte à la banque à l'issue de chaque période trimestrielle supprimaient tout a priori elle et constituait une condition potestative justifiant l'annulation de l'opération. Il ne fut pas difficile pour la cour de constater que la banque continuait à supporter un aléa pendant la période d'exécution du contrat et que l'aléa résultait de l'impossibilité pour la banque de connaître le taux d'intérêt variable applicable dans le futur. De plus, la faculté de résiliation unilatérale de la banque ne constituait pas une condition de l'exécution du contrat et ne pouvait entraîner l'annulation du contrat.

Enfin, constatant que l'opération n'était pas spéculative et que toute l'information utile avait été donnée, elle écarte également les griefs relatifs au devoir d'information et de mise en garde. À la demande, nouvelle en appel, concernant la rémunération de la banque dans l'opération, elle constate, techniquement, que la demande est irrecevable faute d'avoir été reprise dans le dispositif des conclusions d'appel et ajoutée, au surplus, que si elle demandait à pas été formulée en première instance, c'est parce que cette information était pas nécessaire à une conclusion éclairée du swap, non révélation de la rémunération de la banque ne peut dès lors être considérée comme un manquement de celle-ci à son devoir d'information.

IV - OPÉRATIONS INTERNATIONALES

Localisation du préjudice financier et compétence en matière délictuelle (Cass. com.,

Janvier à juin 2014 : La crise continue de marquer profondément le droit bancaire

7 janv. 2014, n° 11-24-157 (25). – Les investissements étant réalisés de plus en plus souvent sur une base transfrontière, il est pas étonnant que le contentieux relatif au préjudice susceptible d'être subi par des investisseurs porte régulièrement sur les questions de conflits de compétence. Dans un contexte européen, le règlement n° 44/2001/CE du 22 décembre 2000, dit règlement « Bruxelles I » fournit les clés pour résoudre ces conflits, bien qu'elles ne soient pas toujours de prime interprétation évidente en présence de préjudices financiers. Dans un arrêt du 7 janvier 2014, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a l'occasion, pour la seconde fois dans une affaire concernant une victime des fraudes de M. Madoff (26), de préciser la manière dont il convient de comprendre les règles de compétence prévues par le règlement « Bruxelles I » en matière de responsabilité délictuelle et de procédures connexes.

Un investisseur domicilié en France, a souscrit par l'intermédiaire d'une banque française des actions de la SICAV Luxalpha, une société luxembourgeoise dont les actifs étaient gérés par une société américaine contrôlée par M. Madoff. Avant d'apprendre que la SICAV avait perdu l'essentiel de ses actifs, suite aux agissements frauduleux de M. Madoff, cet investisseur s'est retourné, devant la cour d'appel de Paris, tant contre la banque française, auprès de laquelle il avait son compte-titres, que contre la société UBS Luxembourg, de droit luxembourgeois, en sa qualité de dépositaire de la SICAV. La première action était fondée sur la responsabilité contractuelle, la seconde sur une faute délictuelle.

L'action de l'investisseur contre UBS Luxembourg se fondait d'abord sur l'option offerte par l'article 5, paragraphe 3, du règlement « Bruxelles I », en présence d'un délit complexe, d'agir non seulement devant les tribunaux du domicile du défendeur mais encore devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit. Depuis l'arrêt « Mines de potasse » de la Cour de justice (27), il est acquis que la localisation du fait dommageable visent le fait géographique de celui-ci que son résultat en raison du rapport étroit entre les éléments constitutifs de toute responsabilité ». Il s'agit de sélectionner ainsi la juridiction ayant un lien de rattachement particulièrement étroit avec le litige dans le but d'une meilleure organisation du procès et de la preuve. Or, pour la cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, le lieu où s'était produit, en l'espèce, le dommage correspondait nécessairement au lieu de la perte des actifs de la SICAV Luxalpha, c'est-à-dire le Luxembourg. En d'autres mots, le lieu où se trouve le patrimoine de l'investisseur, qui enregistre par

la suite cette perte, ne compte pas. Cette solution se situe dans la droite ligne de l'arrêt « Kronhofer » de la Cour de justice dans lequel celle-ci a considéré que l'article 5, paragraphe 3, du règlement « Bruxelles I » ne pouvait conduire à désigner le tribunal du domicile du demandeur « où serait localisé le centre de son patrimoine au seul motif qu'il aurait subi en ce lieu un préjudice financier résultant de la perte d'éléments de son patrimoine intervenu et subi dans un autre Etat » (28). Pour conforter sa décision, la Cour de cassation retient que la souscription des actions de la SICAV était également intervenue au Luxembourg puisqu'elle n'avait pu avoir lieu qu'une fois que la SICAV avait accepté les demandes de souscription.

Restait à savoir si la compétence des juridictions françaises, écartée sur ce premier moyen, ne pouvait être fondée sur l'article 6, paragraphe 1, du règlement « Bruxelles I » au motif que les demandes formulées à l'égard des deux banques, française et luxembourgeoise, devaient être considérées comme intrinsèquement connexes. En vertu de cette disposition, une personne peut, en effet, être attrahée devant le tribunal compétent pour un codéfendeur à condition que « les demandes soient liées entre elles par un lien si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ». Le fait que les deux demandes ne reposent pas sur le même fondement et la circonstance qu'elles n'étaient pas soumises nécessairement au même droit ne constituent pas un obstacle dirimant à la connexité. Mais encore faut-il qu'existe un réel risque de décisions inconciliables si les demandes étaient jugées séparément. Il appartient aux juridictions du fond d'apprécier l'existence d'un tel risque (29). La cour d'appel de Paris a estimé que ce danger n'existant pas en l'espèce, puisqu'il y a supposément que le tribunal luxembourgeois rejette la demande en restitution contre la banque dépositaire, une telle décision ne serait pas inconciliable avec une décision de condamnation de la banque française sur le fondement d'une faute contractuelle tenant à une insuffisance de l'information et du conseil sur les risques. Pour la Cour de cassation, cette motivation justifie la décision de la cour d'appel de Paris. Les solutions retenues sont parfaitement orthodoxes même si certains ont pu considérer qu'elles étaient peu favorables aux investisseurs. Mais n'est-il pas normal qu'en plaçant son argent dans des produits émis dans un autre Etat membre, l'investisseur doit être prêt, le cas échéant, à saisir aussi les tribunaux de cet Etat s'il estime qu'il y a subi un préjudice financier ?

➤ NOTES

- (25) Cass. com., 7 janv. 2014, n° 11-24-157, Bull. Joly, Bourse 2014, n° 145, note A. Ienichenau, Dalloz actualité 23 janv. 2014, obs. F. Melin, Gaz. Pal., 18 mars 2014, n° 77, p. 29, note A. Ienichenau et J. Muelenberger. (26) Cass. com., 12 juill. 2011, n° 10-24-006, Rev. crit. DIP 2012, p. 45, note A. Ienichenau. (27) CJCE, 30 nov. 1976, aff. 21/76, Mines de potasse. (28) CJCE, 10 juin 2004, aff. 16/02, Kronhofer, D. 2004, p. 1934, obs. F. Courbe et H. Chénouart, Rev. crit. DIP 2005, p. 326, note H. Muller-Watt. (29) CJUE, 1^{er} déc. 2011, aff. C-145/10, Painer et J. Meinel-Margner, notes précitées sous Cass. com., 7 janv. 2014, n° 11-24-157, et la proposition de M. Lehmann, Proposition d'une règle spéciale dans le règlement Rome II pour les délits financiers, Rev. crit. DIP 2012, p. 463.