

COMM.

CGA

COUR DE CASSATION

Audience publique du **20 juin 2018**

Cassation

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 549 F-P+B

Pourvoi n° X 17-11.473

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par la société CIC Est, dont le siège est 31 rue Jean Wenger Valentin, 67000 Strasbourg, ayant un établissement secondaire situé 35A rue des Clefs 68020 Colmar,

contre l'arrêt rendu le 30 novembre 2016 par la cour d'appel de Colmar (1^{re} chambre civile, section A), dans le litige l'opposant à la société Acometis, société par actions simplifiée, dont le siège est 7 place du 17 Novembre, BP 7, 68360 Soultz, ateliers de construction métallique industrielle de Soultz,

défenderesse à la cassation ;

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

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 9 mai 2018, où étaient présents : Mme Mouillard, président, M. Guérin, conseiller rapporteur, M. Rémerly, conseiller doyen, Mme Labat, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Guérin, conseiller, les observations de Me Le Prado, avocat de la société CIC Est, de la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat de la société Acometis, l'avis de Mme Guinamant, avocat général référendaire, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, pour couvrir le risque d'augmentation du taux d'intérêt, stipulé variable, à partir duquel était calculé le montant des loyers du crédit-bail immobilier qu'elle avait souscrit le 27 août 2008 pour financer la construction d'un bâtiment d'un coût total hors taxes de 1 400 000 euros, la société Acometis a conclu avec la société Banque CIC Est (la banque) un contrat d'échange de conditions d'intérêts (le contrat de « swap ») prévoyant, sur le même montant, l'échange d'un taux Euribor 3 mois payé par la banque contre un taux fixe de 4,06 % payé par la société Acometis ; qu'estimant que la banque avait, à cette occasion, manqué à son obligation d'information et à son devoir de conseil, la société Acometis l'a assignée en paiement de dommages-intérêts ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la banque fait grief à l'arrêt de la condamner à payer à la société Acometis la somme de 165 701,34 euros augmentée des intérêts au taux légal à compter du 30 novembre 2016 alors, selon le moyen :

1°/ que le contrat de « swap » de taux d'intérêt est par nature aléatoire et repose sur le risque supporté par chacune des parties résultant de l'évolution du taux variable de référence par rapport au taux fixe conventionnel pendant la durée du contrat et dont l'évolution future n'est pas connue à la date de signature du contrat ; qu'il ne peut donc être reproché à un banquier de ne pas avoir informé son client d'une baisse certaine et durable des taux dont il ne pouvait avoir connaissance et qui s'est révélée plus d'un an après la conclusion du contrat ; qu'en imputant néanmoins à la banque un manquement à son obligation d'information et de conseil pour ne pas avoir proposé un contrat « cap » à son client motif pris que « ce contrat s'inscrivait dans le courant de prévision de baisse des taux connu de la banque dès le 8 février 2008 », sans constater qu'à cette date, la banque savait qu'une baisse certaine et durable des taux interviendrait un an plus tard, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil ;

2°/ que le banquier prestataire de services d'investissement n'est pas, en cette seule qualité, tenu d'une obligation de conseil à l'égard

de son client, qu'il soit ou non averti, sauf engagement contractuel en ce sens ; que par motifs propres et adoptés des premiers juges, l'arrêt relève que dans la convention litigieuse, la banque intervient comme partie et non comme conseil de la société Acometis ; qu'en qualifiant cette dernière mention de « clause de style » pour accueillir la demande de dommages-intérêts formée par la cliente pour manquement à une obligation de conseil pourtant non souscrite par la banque, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil, ensemble l'article 1134 du même code ;

Mais attendu, d'une part, qu'après avoir énoncé que l'information délivrée par le banquier prestataire de services d'investissement doit être objective, suffisante et compréhensible, afin de permettre à son client de comprendre la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument financier proposé, ainsi que les risques y afférents, et de prendre sa décision en toute connaissance de cause, l'arrêt retient que la proposition de couverture de taux adressée par la banque à la société Acometis le 20 février 2008 était très sommaire puisqu'elle se bornait à lui présenter deux instruments, le « swap » de taux, s'agissant de la fixité, et le « tunnel (3,5 % - 4,5 %) » ; qu'il retient ensuite, s'agissant du « swap », que la banque a omis d'indiquer à la société Acometis que le choix de cette option était irrévocable, qu'elle ne bénéficierait donc pas d'une éventuelle baisse des taux et qu'elle s'exposait à supporter un coût élevé en cas de sortie du contrat ; qu'il retient enfin qu'aucune des deux propositions de la banque ne comprenait de simulation chiffrée des risques encourus au regard de l'évolution prévisible ou non des taux d'intérêts ; qu'en cet état, la cour d'appel a pu retenir que la banque avait manqué à son obligation d'information, sans avoir à constater que cet établissement de crédit avait connaissance au moment de la conclusion du contrat de « swap » de la baisse des taux d'intérêts ;

Et attendu, d'autre part, que si le banquier prestataire de services d'investissement n'est pas, en cette seule qualité, tenu d'une obligation de conseil à l'égard de son client, il est tenu, lorsque, à la demande de celui-ci ou spontanément, il lui recommande un service ou un produit et lui prodigue ainsi un conseil, de le faire avec pertinence, prudence et loyauté, en s'enquérant de ses connaissances, de son expérience en matière d'investissement, ainsi que de sa situation financière et de ses objectifs, afin que l'instrument financier conseillé soit adapté ; que, par motifs propres et adoptés, l'arrêt constate que la banque s'est abstenue de proposer à la société Acometis un « cap », instrument financier usuel en la matière et beaucoup moins onéreux pour le client, au profit d'un « swap », qui lui assurait une rémunération maximum, cependant que le « cap » était adapté à la situation de la société, répondait à sa demande et s'inscrivait dans le courant de prévision de baisse des taux dont la banque avait connaissance dès le 8 février 2008 ; qu'il relève encore qu'elle a proposé cet instrument financier pour la totalité de la somme, soit 1 400 000 euros,

tandis que 250 000 euros devaient faire l'objet d'un financement à taux zéro par les collectivités locales, de sorte que la souscription d'un « swap » de taux était inutile pour ce montant ; qu'il ajoute qu'elle a proposé le « swap » de taux pour une durée de cinq ans, cependant que le contrat de crédit-bail prévoyait la possibilité de transformer le taux variable en taux fixe dès le 1^{er} janvier 2010, de sorte que la souscription du « swap » était inutile pour près de deux tiers de sa durée ; qu'il en déduit qu'au regard du contrat de crédit-bail, que la banque connaissait parfaitement, et de la situation et des besoins de sa cliente, qu'elle connaissait tout autant, la banque a commis une faute en recommandant la souscription du « swap » litigieux ; qu'en l'état de ces motifs, la cour d'appel a pu retenir que la banque avait commis une faute en prodiguant à la société Acometis un conseil inadapté ;

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

Mais sur le second moyen :

Vu l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ;

Attendu que, pour évaluer le préjudice causé à la société Acometis, l'arrêt retient que le non-respect, par la banque, de ses obligations d'information et de conseil a entraîné, au détriment de cette société, la perte d'une chance de bénéficier d'un taux favorable et, corrélativement, le paiement d'importantes sommes au titre du « swap » ; qu'il en déduit que ce préjudice est égal à la différence entre les sommes payées en exécution du contrat de « swap » au 2 janvier 2014, 184 701,34 euros, et le coût d'un instrument favorable tel que le « cap », 19 000 euros, soit 165 701,34 euros ;

Qu'en statuant ainsi, par des motifs tenant pour certain qu'informée de la possibilité de conclure un contrat de « cap » pour couvrir son risque de taux, la société Acometis aurait souscrit ce type d'instrument financier au lieu du « swap » qui lui était conseillé, quand elle aurait, tout aussi bien, pu décider de ne pas souscrire de contrat de couverture ou privilégier une autre formule, la cour d'appel, qui n'a pas mesuré le préjudice à la chance perdue d'éviter le dommage qui s'est réalisé mais l'a réparé dans son intégralité, a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 30 novembre 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Colmar ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Metz ;

Condamne la société Acometis aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la société Banque CIC Est la somme 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 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 vingt juin deux mille dix-huit.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par Me Le Prado, avocat aux Conseils, pour la société CIC Est

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué

D'AVOIR condamné le CIC Est à payer à la société Acométis la somme de 165 701,34 euros augmentée des intérêts au taux légal à compter du 30 novembre 2016 ;

AUX MOTIFS, sur l'obligation d'information, QUE «l'information délivrée doit être objective, suffisante, compréhensible pour un investisseur moyen, et lui permettre de comprendre raisonnablement la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument financier proposé, ainsi que les risques y afférents, afin qu'il prenne sa décision en toute connaissance de cause; que l'obligation est d'autant plus forte lorsque le client n'est pas un investisseur averti, comme en l'espèce; qu'en effet il n'est pas contesté qu'en février 2008 la société ACOMETIS était une PME avec un comptable unique, assisté d'une secrétaire comptable à mi-temps, et dont la clôture des comptes était assurée par un expert-comptable, et qu'aucun des échanges précontractuels ne contredit le caractère non averti de cette société; que d'ailleurs la retranscription, par procès-verbal d'huissier de justice, de l'enregistrement de la conversion téléphonique du 29 février 2008 entre Monsieur MaIO responsable de la salle des marchés CIC, et Monsieur AUBERT gérant de la SAS ACOMETIS, établit de manière édifiante l'absence de connaissance de ce dernier des outils financiers objet du contrat litigieux, que sa compréhension, avec des difficultés à évoquer les mots justes, s'est limitée à la fixité du taux à 4,06% sur 5 ans et sur la somme totale; qu'enfin la mention dans l'acte du 29 février 2008 selon laquelle "chaque partie déclare disposer de l'expérience et de la connaissance nécessaire pour évaluer les avantages et les risques encourus au titre de cette transaction après avoir fait sa propre analyse des aspects juridiques, fiscaux, comptables et réglementaires jugés nécessaires et ne s'en est pas remise pour cela à l'autre partie", est une clause de style ne permettant pas de déceler la réalité des connaissances ou de l'expérience du client, et n'est pas de nature à octroyer à la société ACOMETIS la qualité d'investisseur averti; que la SA BANQUE CIC EST a le février 2008 adressé à la SAS ACOMETIS une proposition de couverture de taux présentant deux instruments d'une part le SWAP de taux s'agissant de la fixité, et d'autre part le Tunnel (3,5% - 4,5%) ; que cette proposition est très sommaire, et qu'elle ne présente pas le 3^{ème} instrument, le CAP, habituellement présenté avec les deux autres formules; que s'agissant du SWAP la banque omet d'informer

le client que le choix de cette option est irrévocable, et qu'en cas de baisse des taux il n'en bénéficiera pas, ni du coût élevé (plus de 66.000 €) qu'engendrerait une sortie du contrat; qu'enfin aucune des deux propositions ne comprenait de simulation chiffrée des risques encourus au regard de l'évolution prévisible ou non des taux d'intérêts; qu'il résulte de ce qui précède que la SA BANQUE CIC EST n'a pas fourni à la SAS ACOMETIS les éléments suffisants, et compréhensibles lui permettant de comprendre raisonnablement la nature du contrat, ses avantages par rapport à d'autres formules, et surtout les risques qui y sont liés, de sorte qu'elle a failli à l'obligation d'information dont elle est débitrice ».

ET AUX MOTIFS, sur l'obligation de conseil, QUE« s'agissant de l'obligation de conseil, la SA BANQUE CIC EST s'abstient par défaut d'information de proposer un CAP beaucoup moins onéreux pour le client, au profit d'un SWAP assurant une rémunération maximum à la banque, alors que le CAP était adapté à la situation de la société, répondait à sa demande, et s'inscrivait dans le courant de prévision de baisse des taux dont la banque avait connaissance dès le 8 février 2008 ; que par ailleurs elle propose cet instrument financier pour la totalité de la somme soit 1.400.000 €, alors que 250.000 € doivent faire l'objet d'un financement à taux zéro par les collectivités locales, de sorte que le paiement d'un SWAP de taux est totalement inutile pour ce montant de 250.000 € ; que la banque soutient que la preuve n'est pas rapportée de l'octroi effectif de cette aide, mais que dans ce cas il lui appartenait, dans le cadre d'une relation loyale avec sa cliente, d'aborder la question, et formuler une proposition pour 1.400.000 €, et l'autre pour 1.150.000 €, ce dont elle s'est abstenue; que de la même manière elle propose, et donc conseille, le SWAP de taux pour une durée de 5 ans alors même que le contrat de crédit-bail prévoit la possibilité de transformer le taux variable en taux fixe dès le 1er janvier 2010, de sorte que le paiement du SWAP apparaît inutile pour près de 2/3 de sa durée; qu'il résulte de ce qui précède, qu'au regard du contrat de crédit-bail que la banque connaissait parfaitement, et de la situation et des besoins de sa cliente qu'elle connaissait tout autant, en proposant un SWAP de taux durant 5 ans pour la totalité du financement, et en occultant la proposition d'un simple CAP malgré l'orientation à la baisse des taux d'intérêts, la SA BANQUE CIC EST a violé l'obligation de conseil à sa charge; que le jugement entrepris, parfaitement motivé s'agissant du non-respect de ces deux obligations, mérite d'être confirmé ».

ALORS, D'UNE PART, QUE le contrat de swap de taux d'intérêt est par nature aléatoire et repose sur le risque supporté par chacune des parties résultant de l'évolution du taux variable de référence par rapport au taux fixe conventionnel pendant la durée du contrat et dont l'évolution future n'est pas connue à la date de signature du contrat ; qu'il ne peut donc être reproché à un banquier de ne pas avoir informé son client d'une baisse certaine et

durable des taux dont il ne pouvait avoir connaissance et qui s'est révélée plus d'un an après la conclusion du contrat ; qu'en imputant néanmoins au CIC Est un manquement à son obligation d'information et de conseil pour ne pas avoir proposé un contrat CAP à son client motif pris que « ce contrat s'inscrivait dans le courant de prévision de baisse des taux connu de la banque dès le 8 février 2008 », sans constater qu'à cette date, la banque savait qu'une baisse certaine et durable des taux interviendrait un an plus tard, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil.

ALORS, D'AUTRE PART, QUE le banquier prestataire de services d'investissement n'est pas, en cette seule qualité, tenu d'une obligation de conseil à l'égard de son client, qu'il soit ou non averti, sauf engagement contractuel en ce sens ; que par motifs propres et adoptés des premiers juges, l'arrêt relève que dans la convention litigieuse, le CIC Est intervient comme partie et non comme conseil de la société Acométis ; qu'en qualifiant cette dernière mention de « clause de style » pour accueillir la demande de dommages-intérêts formée par la cliente pour manquement à une obligation de conseil pourtant non souscrite par la banque, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil, ensemble l'article 1134 du même code.

SECOND MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR condamné le CIC Est à payer à la société Acométis la somme de 165 701,34 euros augmentée des intérêts au taux légal à compter du 30 novembre 2016.

AUX MOTIFS, sur le préjudice, QUE« la responsabilité contractuelle de la banque est engagée, en raison du non-respect de ses obligations d'information et de conseil qui ont entraîné au détriment de la SAS ACOMETIS la perte d'une chance de bénéficier d'un taux favorable, et corrélativement le paiement d'importants montants au titre du SWAP ; que le premier juge a chiffré le préjudice à 65.498 € correspondant au coût du SWAP au 31 mars 2011 (84.498 €) moins 19.000 € soit le coût d'un instrument favorable telle CAP, mais qu'il n'a pas retenu la somme de 192.217 € avancée par la SAS ACOMETIS car elle ne correspondait qu'à une projection et non au préjudice effectivement subi; que le juge ajoute qu'il convient d'inviter la société ACOMETIS à présenter les éléments utiles pour chiffrer et établir son préjudice pour la période postérieure; qu'à hauteur de cour la SAS ACOMETIS expose que le SWAP est venu à échéance le 31 décembre 2013, et qu'elle a versé à ce titre 184.701,34 € de sorte qu'elle chiffre le préjudice effectivement subi aux montants versés moins 19.000 € correspondant au coût d'un CAP soit 165.701,34 € ; que la SA BANQUE CIC EST conteste le préjudice, et soutient que la SAS ACOMETIS ne démontre pas avoir payé 184.701,34 € au titre du SWAP ; que contrairement aux affirmations de la SA BANQUE CIC EST, la SAS ACOMETIS justifie du

paiement de la somme de 184.701,34 € au titre du SWAP par la production (pièce 31) d'une attestation circonstanciée de l'expert-comptable, Monsieur Remy SCHAETZEL en date du 16 novembre 2015, accompagnée d'un tableau récapitulatif de tous les paiements effectués par la SAS ACOMETIS au titre du SWAP du 1er trimestre 2009 au 4ème trimestre 2013 pour un montant total de 184.701,34 € ; que le préjudice effectivement subi par la SAS ACOMETIS correspondant au coût du SWAP au 2 janvier 2014 (184.701,34 €) moins 19.000 € soit le coût d'un instrument favorable telle CAP, de sorte que le jugement quoique parfaitement motivé doit être infirmé afin de tenir compte de l'actualisation du préjudice; qu'il est fait droit à l'appel incident et la SAS ACOMETIS est condamnée à payer à la SAS ACOMETIS la somme de 165.701,34 €».

ALORS QUE la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée, de sorte que la réparation allouée ne peut représenter qu'une fraction de la perte à laquelle la victime a été exposée ; qu'en condamnant le CIC Est à réparer l'intégralité du dommage prétendument causé à la société Acométis tout en relevant que cette société avait seulement perdu une chance de bénéficier d'un taux favorable, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil.