



Hubert de Vauplane
Direction des affaires juridiques
Paribas

Jurisprudence et décisions administratives

Produits dérivés. Vente à terme de devises. Manquement à l'obligation d'information et de conseil (oui). Responsabilité de la banque (oui)

CA Montpellier, 12 novembre 1998, Paribas c/SA Boye Paul ; cf. aussi, «Droit des marchés financiers», Litec, n° 991.

Dans les opérations de change, et notamment lors d'une vente à terme de devises, la banque assume, d'une part, une obligation de prudence et de diligence qui se traduit par l'obligation d'informer le client sur les techniques et les risques des opérations ; d'autre part, une obligation, lorsque l'avis et le conseil donnés reposent sur l'appréciation de risques, de procéder à une évaluation de ces probabilités et de ne pas donner pour acquis ce qui n'est que possible. La banque, en limitant l'information donnée à son client et en préconisant la seule souscription de contrats de change à terme à l'exclusion de toutes autres techniques (telles que des options de change), a commis une faute directement à l'origine du préjudice subi par son client et constitué par les pertes définitives de change passées au débit de son compte courant.

Les décisions en matière de devoir d'information du banquier portant sur des produits dérivés de gré à gré sont rares ; il est donc intéressant de regarder attentivement les cas portés à notre connaissance. Jusqu'à présent, et contrairement à une idée faussement répandue, les cas de banques et établissements financiers qui faisaient l'objet de plaintes par leurs clients pour manquement à leur devoir d'information (et de conseil) n'avaient pas reçu un accueil favorable de la jurisprudence. Celle-ci avait toujours écarté la responsabilité de l'intermédiaire financier. L'arrêt commenté présentement attire l'attention du commentateur dans la mesure où, contrairement aux décisions précédentes, il retient la responsabilité de la banque dans une opération de vente à terme de devises. On sait qu'une vente à terme permet à un exportateur de connaître à l'avance la contrevaletur en monnaie nationale d'une créance en monnaie étrangère dont il n'a pas encore perçu le montant et d'éliminer, en conséquence, le

risque d'une baisse éventuelle des cours entre la date où sa créance est née et celle où il l'encaissera effectivement (alors que symétriquement, un achat à terme permet à un importateur de se prémunir contre une hausse des cours en fixant définitivement la contrevaletur en monnaie nationale d'une dette en monnaie étrangère, non encore exigible).

Comme souvent dans de tels cas, les faits sont d'une grande importance pour déterminer la nature des responsabilités des parties : une société industrielle et commerciale a pour activité la confection de vêtements civils et militaires et en particulier de vêtements dits NBC (protection contre les attaques nucléaires, bactériologiques et chimiques) et comme clients les armées de nombreux États – hormis la France dont elle est le premier fournisseur – dont ceux d'Arabie Saoudite, du Koweït et des Emirats Arabes Unis. Après le déclenchement de la guerre du Golfe, l'Arabie Saoudite a passé commande à cette société de diverses tenues de combat à livrer au cours de l'année 1991 payables en riyad saoudien (SAR). Dans le passé déjà, la société avait conclu des contrats similaires avec cet Etat sans avoir recours à un mécanisme de garantie contre le risque de change, dans la mesure où le SAR est lié au cours du dollar US. Avec la guerre du Golfe, la société de confection, craignant une évolution défavorable du cours du SAR, a souhaité mettre en œuvre une garantie de risque autre que la garantie Coface. Prenant conseil auprès de son banquier, celui-ci lui indiqua que «la seule solution possible était la souscription de plusieurs contrats de change à terme» dont il conviendrait de caler au mieux les échéances sur le calendrier des paiements saoudiens. La banque précisait toutefois qu'en l'état d'une certaine difficulté à cerner ce calendrier, il serait possible de dénouer par anticipation ou de proroger ce type de contrat, étant entendu que les conditions de change pourraient s'en trouver modifiées. Dès lors, et sans rechercher aucun autre avis ou conseil, la société de confection concluait au total huit contrats de change à terme après la signature de trois contrats de fournitures d'uniformes militaires avec le ministère de la défense de l'Arabie Saoudite. Celui-ci a normalement assuré l'exécution des premiers règlements, permettant à l'industriel français de respecter les deux premiers contrats de change à terme en livrant les SAR convenus. Par contre, l'échéance

du troisième contrat n'a pu être que partiellement honoré par l'Arabie Saoudite, ne permettant pas à la société de confection d'honorer ses propres engagements auprès de son banquier. Celui-ci a alors exigé l'exécution totale du troisième contrat emportant une perte de change. L'industriel a alors contesté le principe même de la souscription des contrats de change à terme qui l'obligeait à la livraison de SAR à des dates déterminées, alors que les règlements correspondants incombant à l'Arabie Saoudite n'étaient pas exécutés. Le client de l'établissement bancaire estimait que celui-ci l'avait mal conseillé dans son choix de technique de couverture d'opérations de change, et que ce dernier aurait du lui proposer un mécanisme d'options de change plutôt que de ventes à terme, dans la mesure où la technique optionnelle avec paiement d'une prime permet à l'exportateur de limiter les risques de pertes en cas d'évolution défavorable des cours et surtout de ne pas réaliser la transaction initialement convenue si les marchés ne sont plus exécutés par le cocontractant. L'industriel a alors demandé à son banquier la résiliation des contrats de change à terme. Le refus de ce dernier et son exigence d'exécution de tous les contrats de change se sont traduits, du fait de l'inertie de l'industriel, par l'achat de SAR sur le marché au comptant, la différence de change étant imputée au débit du compte courant de ce dernier.

Saisi du différent, le tribunal de commerce de Montpellier, après avoir ordonné une expertise afin de déterminer laquelle des garanties de change paraissait la plus appropriée pour couvrir les risques en cause, a estimé que la banque avait «manqué à son obligation de conseil et à son obligation d'information relative à la technique et aux risques de cette opération» et qu'à ce titre, sa faute ayant porté un préjudice à la société de confection, il ordonnait la compensation entre la somme réclamée par Paribas et les dommages-intérêts alloués à l'industriel.

En appel, les parties ont reproduit leur argumentation qu'il convient de reprendre. La banque appelante estime que sa responsabilité ne pouvait être engagée dans la mesure où sa clientèle étant un professionnel des opérations à l'exportation, elle n'est pas tenue à une obligation de conseil à son égard ; elle considère par ailleurs que sa cliente ne l'avait pas suffisamment prévenu des incertitudes quand aux paiements du marché par l'Arabie Saoudite et encore moins l'incertitude quant à la poursuite des contrats à leurs termes ; en conséquence, la technique des contrats de change à terme, selon elle, était parfaitement adaptée. Enfin, l'établissement financier considère que c'est de son propre chef que sa cliente a subi un préjudice de change, dans la mesure où c'est elle qui a renoncé à faire exécuter les marchés conclus restant à courir dans le seul intérêt de conserver de bonnes relations avec l'Etat saoudien pour l'exécution de commandes futures.

La détermination de la responsabilité des parties quant à la charge de la perte de change corrélative à l'exécution forcée des contrats de change à terme suppose que soient définies d'une part, l'étendue de l'obligation du banquier envers son client, et d'autre part la faute commise par celle-ci. La Cour commence dès lors à définir les obligations qui résultent pour le banquier lorsqu'il fournit un service de change à son client. Selon les magistrats Montpelliérains, dans un tel cas, la banque «assume une obligation de prudence et de diligence qui se traduit par l'obligation d'informer le client sur les techniques et les risques des opérations ; l'obligation, lorsque l'avis et le conseil donnés reposent sur

l'appréciation de risques de chances (ce qui est le cas en matière d'exportations en devises), de procéder à une évaluation de ces probabilités et de ne pas donner pour acquis ce qui n'est que possible». Dès lors, il est nécessaire d'examiner si, au cas présent, le client disposait des compétences financières suffisantes pour apprécier seul le risque qu'il prenait, étant entendu que le seul fait de réaliser ses opérations de change avec une banque ne suffit pas en soit à considérer que celle-ci ait à informer voire conseiller son client. Dans la présente espèce, l'exportateur avait interrogé la banque sur la meilleure garantie pour couvrir son risque de change. Pour permettre à la banque de lui fournir les informations les plus complètes, le client, de son côté, doit fournir à cette dernière une information complète. Or, il ressort des pièces du dossier que l'industriel a, dès l'origine, informé la banque de l'incertitude de l'opération, du moins quant au respect par l'Etat saoudien des délais de paiement. La banque, malgré l'existence des risques de change liés à la situation politique et des risques de non-règlements des marchés aux conditions fixées, a privilégié et conseillé la couverture à terme sans avoir informé complètement son client sur les avantages et inconvénients des deux solutions techniques envisageables (couverture à terme, couverture optionnelle) lui permettant d'évaluer les risques réels et de décider en connaissance de cause. L'établissement financier avait ainsi fourni une information insuffisante à son client.

Restait donc à déterminer si celui-ci pouvait être qualifié d'«averti» afin de soustraire la banque à son devoir d'information. On sait en effet que le professionnel des marchés financiers «a le devoir d'informer [son client] des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme, hors le cas où il en a connaissance» (1). Au cas présent, la Cour écarte la qualification de personne avertie, observant que si l'industriel est bien un client «rompu à la technique de la passation de marché avec l'étranger avec paiement en devises étrangères (sic), il ne dispose pas de compétences techniques suffisantes lui permettant de connaître, pour une opération déterminée à exécutions successives, les risques du change et donc de choisir la meilleure garantie, tous les experts judiciaires, sapiteur et consultant interrogés sur ce point s'accordant à reconnaître sans ambiguïté la nécessité de recourir aux conseils d'une banque». En conséquence, la banque a à sa charge un devoir d'information.

Dans la présente espèce, la Cour estime que «la banque devait obligatoirement soumettre à [sa cliente] d'autres solutions que la souscription exclusive de contrats de change à terme». Pour fonder son appréciation, les magistrats constatent que si les différents experts consultés dans cette affaire s'accordent tous pour reconnaître que les contrats de change à terme – engagements fermes et irrévocables – sont des techniques efficaces dans le sens où ils permettent une véritable garantie de cours pour un montant choisi et à une échéance choisie lorsque l'on anticipe une évolution défavorable du cours du change par rapport au sens de l'opération commerciale, par contre, l'on s'accorde à considérer ces techniques inadéquates lorsque l'opération convenue ne peut s'effectuer à l'échéance ou s'effectuer avec retard, car elles obligent le client de la banque à exécuter son obligation de livrer les devises au cours et à la date convenus alors que lui-même ne reçoit rien de son cocontractant étranger. En conséquence, «la banque, en limitant l'information donnée à [sa cliente] et en préconisant la seule

souscription de contrat de change à terme à l'exclusion de toutes autres techniques parfaitement connues et maîtrisées, a commis une faute directement à l'origine du préjudice subi par [sa cliente] et constituée par les pertes définitives de change passées au débit de son compte courant. La banque doit donc indemniser [sa cliente] du préjudice subi et supporter la perte de change supérieure au montant de la prime qui lui aurait été définitivement acquise».

S'agissant de la rupture des marchés en cours, la Cour indique que la banque «ne saurait reprocher [à sa cliente] d'avoir renoncé à l'exécution forcée des contrats de fournitures avec l'Arabie Saoudite postérieurement au mois de mai 1991, alors qu'il est évident qu'en sa qualité de fournisseur privé traitant directement avec un État étranger, la [cliente] n'avait que peu de pouvoirs, même en saisissant les instances arbitrales ou diplomatiques, pour le contraindre à assurer l'exécution d'engagements conclus en période de guerre». Si l'argument du manquement au devoir d'information paraît, au cas présent, ne faire guère de doute, dans la mesure où la banque semble avoir écarté d'office l'utilisation de tout autre instrument que des ventes à terme, tel n'est pas le cas de l'argument tiré de la rupture unilatérale, par le client, des marchés avec l'Arabie Saoudite. Pourquoi celui-ci n'a pas exigé de son cocontractant l'exécution des contrats ? Il semble que tout ait été fait pour que le client conserve des bonnes relations d'affaires avec l'Etat saoudien, au détriment des relations contractuelles indépendantes établies avec le banquier. Dès lors, si le client n'a pas voulu poursuivre l'exécution des contrats dans un seul intérêt commercial, c'est bien là sa liberté de choix, mais il aurait du lui revenir d'en assumer les conséquences financières. Sur ce point, l'on ne peut que rester dubitatif devant cette décision qui n'a pas fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation.

(1) Cass. com., 5 septembre 1991, *Bull. Joly Bourse* 1993, p. 292, note F. Peltier.