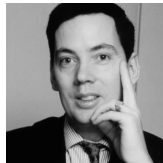


Chronique financière et boursière



Hubert de Vauplane
Direction des affaires juridiques
Banque Paribas

Produits dérivés (opérations de change à terme). Responsabilité de l'intermédiaire. Dépassement de l'objet social de la société (non). Manquement au devoir d'information (non)

Cassation commerciale 7 avril 1998, Savour Club/BFCE.

Les opérations de couverture de change à terme constituent des opérations de gestion courante de trésorerie d'entreprise. Dès lors, elles ne sont pas contraires à l'objet social d'une société commerciale. Par ailleurs, la connaissance du trésorier de l'entreprise, de par sa qualification et ses diplômes, des mécanismes financiers est suffisante pour exonérer le banquier de tout devoir d'information à l'égard de son client.

L'arrêt d'appel dit du Savour Club avait, à l'époque, retenu l'attention des praticiens en ce qu'il déterminait précisément les conditions de responsabilité de l'intermédiaire financier dans les opérations de produits dérivés (24). On se souvient qu'à la suite de pertes importantes sur des opérations à terme sur le dollar, la société de commercialisation de vins «Le Savour Club» avait reproché à la BFCE, son intermédiaire, de ne pas avoir rempli son obligation d'information à son égard et de ne pas avoir tenu compte que ces opérations dépassaient son objet social. Ce grief tenant en la capacité du client à conclure des opérations de gré à gré est particulièrement intéressant (25). En effet, comme toute convention, les opérations sur produits dérivés de gré à gré doivent satisfaire aux exigences de l'article 1108 du code civil, à savoir le consentement sain des parties qui s'obligent ; leur capacité à contracter ; un objet certain formant la matière de l'engagement ; enfin, une cause licite dans l'obligation. Si aujourd'hui les deux dernières conditions ne font plus l'objet de contentieux (alors même que pendant longtemps ce furent les principaux éléments qui servirent de base aux postulants à l'invalidation des opérations de bourse sur marché à terme, notamment avec la notion de «marché sérieux»), la capacité et l'intégrité du consentement apparaissent comme autant d'horizons nouveaux de contestation. Il convient à cet égard de souligner les restrictions existant à l'encontre de certains en matière de consentement : certaines personnes se voient interdire ou restreindre l'utilisation des marchés à terme

compte tenu de leur caractère spéculatif. Ainsi, les pouvoirs publics ont limité l'accès à ces marchés à certains de leurs organes, notamment les collectivités locales et les établissements publics de santé (26). De même, les Opcvm ne peuvent agir sur ces marchés que dans des conditions strictement limitées. On rappellera qu'en Angleterre la Chambre des Lords, excipant de l'incapacité des municipalités anglaises à contracter certains types d'engagements portant sur des produits dérivés, avait déclaré non opposables des contrats de swaps effectués avec des banques, conduisant de fait à l'annulation de ces opérations (27). On signalera enfin qu'aux États-Unis ce moyen tiré de l'incapacité à contracter – notion d'ultra vires – a été presque systématiquement invoquée dans les différents contentieux relatifs à la responsabilité des intermédiaires (28). Au cas présent, la Cour de cassation n'a pas retenu ce grief au motif que les opérations litigieuses relevaient de la gestion financière de la société. Il s'agit là d'une décision importante. Pourtant, la société Savour Club n'est pas une grande entreprise industrielle et commerciale disposant de moyens techniques importants pour gérer sa trésorerie. Avec la présente décision, la Haute Cour considère ainsi que les opérations à terme constituent des opérations ordinaires de gestion de trésorerie, et qu'elles relèvent donc de la gestion courante d'une entreprise. Une telle solution n'allait pas de soi, surtout lorsque l'on connaît l'aversion des français – et des magistrats – aux risques. L'ouverture des entreprises françaises sur le monde extérieur conduit ces dernières à être confrontées de plus en plus souvent aux difficultés liées à l'exportation de leurs marchandises ou de leurs services. Or, une bonne gestion de l'entreprise conduit nécessairement à couvrir son risque de change dans une opération d'export, quelle que soit la taille de l'entreprise. C'est là d'ailleurs l'un des services essentiels apportés par les banques à leur clientèle d'entreprises. Les magistrats ne pouvaient refuser de prendre en compte une telle réalité.

La société contestait ensuite la capacité de son directeur financier à effectuer de telles opérations. Fort heureusement, là encore, la cour réfute l'argument estimant que la procuration consentie au directeur financier par le président de la société n'était pas une délégation générale des pouvoirs de celui-ci, laquelle serait interdite, mais une habilitation à réaliser des opérations bancaires limitées mais parmi lesquelles figuraient les opérations à terme. Enfin, la société reprochait à la cour d'appel de Versailles de ne pas avoir

relevé un manquement de la banque à son devoir de l'informer des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme. La cour écarte le grief estimant que «*l'arrêt relève que le Savour club avait embauché en connaissance de cause [le directeur financier], spécialiste des opérations financières, qui disposait de tous pouvoirs pour engager la société et que celui-ci, outre ses titres universitaires, était diplômé de l'INSEAD, ancien attaché de direction de la Compagnie générale des eaux et co-auteur de deux livres sur la finance et la trésorerie, faisant ainsi ressortir qu'il était informé des mécanismes financiers des marchés à terme et des risques qu'on y encourt ; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel à légalement justifié sa décision*». Autrement dit, le directeur financier du Savour Club était une personne qualifiée d'«*avertie*», suivant en ce sens sa jurisprudence désormais classique du 5 novembre 1991 visant l'article 1147 du code civil aux termes de laquelle «*quelles que soient les relations contractuelles entre un client et sa banque, celle-ci a le devoir de l'informer des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme, hors le cas où il en a connaissance*». On sait qu'il convient dorénavant de replacer cette jurisprudence dans le cadre de l'article 58 de la loi MAF qui oblige le prestataire de services d'investissement à «*s'enquérir de la situation financière de [ses] clients, de leur expérience en matière d'investissement et leurs objectifs en ce qui concerne les services demandés*». De la même manière, la nouvelle définition donnée par la loi portant DDOEF du 2 juillet 1998 à la notion «*d'investisseur qualifié*» aura vraisemblablement une influence sur la jurisprudence à venir.

«24) Versailles, 7 mars 1996, *Banque & Droit*, n° 47, mai-juin 1996, p.

32, note F. Peltier et H. de Vauplane.

(25) Pour une analyse détaillée, cf. H. de Vauplane et J.-P. Bornet, *Traité des activités financières, Litec*, 1998, à paraître, n° 648.

(26) Cf. circulaire conjointe du ministre de l'Économie et des Finances et du ministre de l'Intérieur du 15 septembre 1992 (Nor/int/B/92/00260/C) qui n'autorise les opérations à terme que lorsqu'il s'agit d'opérations de «couverture» réalisées avec un établissement de crédit ou assimilé.

(27) *Hazell v. Hammersmith and Fulham London Borough Council* [1992] 2 App. Cas. 1 ; pour un commentaire sur cette affaire, cf. S. James, «UK High Court Rules for Banks in Restitution Cases» : *IFLR*, avril 1993, p. 26.

(28) Cf. H. de Vauplane, «Sécurité et responsabilité des opérations sur produits dérivés» : *RD Bancaire et bourse*, n° 52, novembre-décembre 1995, p. 202.