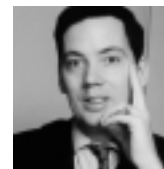


Chronique *financière* et *boursière*



HUBERT DE VAUPLANE
Direction des affaires juridiques
BNP Paribas
Vice-président AEDBF



JEAN-JACQUES DAIGRE
Professeur de droit, Paris I

Responsabilité de l'intermédiaire financier – Swaps – Manquement à l'obligation d'information et de conseil (non)

Trib. com. Paris, 20 septembre 2000, Société générale/SNC Esnée et SA Hôtelière de Dolines ; voir aussi «Droit des marchés financiers», Litec, 1998, n° 991.

Une opération de swap ne comporte en elle-même aucune pénalité de sortie et reste annulable aux conditions de marché, la sortie de l'opération étant en faveur de l'une ou de l'autre partie selon les conditions de marché. Dès lors, ne peut être retenue la responsabilité de la banque qui a conclu une opération de swap se révélant être défavorable au client, celle-ci ayant bien informé son client des risques encourus, et l'opération étant justifiée au regard des objectifs poursuivis par le client.

Si les décisions relatives aux obligations du banquier en matière de swaps restent peu nombreuses, elles ne sont plus exceptionnelles non plus. Cette relative banalisation tient elle-même à la généralisation du recours aux opérations de swaps dans la gestion financière d'une entreprise. En effet, si pendant longtemps cette technique est restée confinée aux seules entreprises industrielles et commerciales d'une certaine importance, force est de constater que maintenant les entreprises les plus modestes y ont de plus en plus recours. Dès lors, ce qui pouvait paraître pour une opération compliquée, complexe, voire spéculative il y a quelques années, n'est aujourd'hui que la réalisation d'une saine gestion. En conséquence, l'étendue de la responsabilité de l'intermédiaire financier a évolué au cours de ces dernières années en tenant compte de cette évolution des comportements. Ces changements pourraient (peuvent ?) même conduire à estimer que l'absence d'utilisation de produits dérivés par certaines entreprises constitue parfois un manque de professionnalisme ! La présente décision est une illustration de cette évolution et de la «démocratisation» des produits dérivés par les PME. Au cas présent, deux sociétés d'exploitation hôtelière ont souscrit en 1990 auprès d'un établissement

financier spécialisé un crédit-bail immobilier d'un montant de 54 MF remboursable sur seize années à taux variable, en vue de financer l'achat d'un complexe hôtelier sportif et la construction d'un hôtel. Quelque temps après la signature de ces contrats, le gérant de ces deux sociétés souscrit auprès d'une banque des contrats d'échange de taux d'intérêts par lesquels le taux contractuel variable est remplacé par des taux fixes, celles-ci devant in fine payer à la banque le différentiel entre le taux fixe et le taux variable du marché. Si l'opération d'échange de taux s'est révélée «profitable» la première année, la chute brutale des taux d'intérêt a rendu les contrats de swaps «défavorables», et incité les deux sociétés à demander la résiliation du swap. Estimant le coût de résiliation trop élevé, les sociétés refusèrent d'honorer leurs engagements dans le cadre du contrat de swap. Alors que la banque assignait en paiement les sociétés, celles-ci demandèrent au tribunal, à titre principal, de prononcer la nullité des opérations de swaps litigieuses, le consentement ayant, selon ces dernières, été donné et obtenu par erreur, celle-ci ayant notamment porté sur la croyance – entretenue par la banque – de pouvoir sortir de ces swaps à tout moment sans pénalité ; ces sociétés demandèrent subsidiairement, de dire que la banque avait gravement engagé sa responsabilité au titre de son devoir d'information et de conseil, dès lors qu'elles s'engageaient dans des opérations complexes de gestion de risques de taux et qu'ainsi elles devaient supporter les conséquences négatives des opérations de swaps.

Les juges consulaires ont écarté l'ensemble des arguments des sociétés défenderesses. En premier lieu, ils relèvent que le dirigeant avait bien été informé de la nature de l'opération et des risques encourus. Ainsi en est-il d'un fax envoyé par la banque exposant clairement le mécanisme des opérations de swaps, et notamment le fait que si elles sont «annulables» à tout moment par l'une ou l'autre partie sans pénalité, il s'agit en fait d'une «sortie» par la conclusion d'une nouvelle opération de sens contraire aux conditions de marché du moment. Par ailleurs, un échange de télex confirme l'application des dispositions du contrat

cadre d'opérations de marchés à terme de l'AFB. Compte tenu de ces éléments, le tribunal écarte également le moyen de la nullité pour vice du consentement, en France en matière de produits dérivés, contrairement aux procédures américaines ou anglaises (25). En deuxième lieu, les magistrats relèvent que l'opération était parfaitement justifiée au regard des objectifs poursuivis par le client et qu'il appartenait en tout état de cause au dirigeant, homme d'affaires avisé, de faire procéder à diverses évaluations des coûts de sortie avant de s'engager dans ces swaps. Le tribunal a donc justement condamné la société défenderesse au paiement intégral des flux impayés au titre de contrats de swaps, octroyant, de plus, à la banque, le bénéfice de l'exécution provisoire.

25) H. de Vauplane, «Sécurité et responsabilité des opérations sur produits dérivés» : *RD. bancaire et bourse*, nov.-déc. 1995, n° 52, p. 202.