

Grosses délivrées
aux parties le :

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 1 - Chambre 2

ARRET DU 04 JUILLET 2012

(n° 407 , 8 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **11/21801**

Décision déférée à la Cour : Ordonnance du 24 Novembre 2011 -Tribunal de Grande Instance de PARIS - RG n° 11/55520

APPELANTE

Société THE ROYAL BANK OF SCOTLAND PLC
agissant poursuites et diligences de son représentant en exercice
36 Saint Andrew Square
Edinburgh EH2 2YB 000 ROYAUME UNI

Représentée par la SCP DUBOSCQ-PELLERIN (Me Jacques PELLERIN avocat au barreau de PARIS, toque : L0018)
Assistée par Me Emmanuel BROCHIER (avocat au barreau de Paris, toque : R170)

INTIME

Commune VILLE DE SAINT ETIENNE
agissant en la personne de son maire en exercice
Hôtel de Ville Place de l'Hôtel de Ville
42000 SAINT ETIENNE

Représentée par Me Matthieu BOCCON GIBOD (avocat au barreau de PARIS, toque : C2477)
Assistée de Me Thierry MAREMBERT (avocat au barreau de Paris, toque : P0200)

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 29 Mai 2012, en audience publique, devant la Cour composée de :

Madame Michèle GRAFF-DAUDRET, Conseillère faisant fonction
de président
Madame Maryse LESAULT, Conseillère
Monsieur Laurent DUVAL, Vice Président placé, délégué par
ordonnance du 20 mars 2012
qui en ont délibéré

Greffier, lors des débats : Mme Sonia DAIRAIN

ARRET :

- CONTRADICTOIRE
- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été

préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par Madame Michèle GRAFF-DAUDRET, conseiller faisant fonction de président et par Mme Sonia DAIRAIN, greffier.

FAITS CONSTANTS ET PROCÉDURE :

Le swap de taux est une opération au terme de laquelle une banque s'engage à prendre en charge les intérêts dus par son client à une autre banque, le client s'engageant à payer des intérêts calculés sur la base d'un nouveau taux. Ce mécanisme est utilisé par nombre de collectivités comme aide à la gestion de leur dette.

En 2003, la Ville de SAINT ETIENNE (la VILLE) a souscrit auprès de la ROYAL BANK OF SCOTLAND (ROYAL BANK) une "convention cadre" pour régir les éventuels contrats de swap que la VILLE et la ROYAL BANK décideraient de conclure ensemble.

La ROYAL BANK a vendu 9 swaps à la VILLE entre le 28 juin 2006 et le 26 mars 2007, les uns remplaçant les autres.

Deux d'entre eux qui ont été souscrits le 18 janvier 2007 sont l'objet du litige :

- le swap N° I 59.1-2
- le swap N° 160.1-2

Par acte du 21 février 2011, la Ville de SAINT ETIENNE a fait assigner la ROYAL BANK en nullité de ces contrats, dont elle soutient l'illicéité.

Ayant suspendu le paiement des échéances trimestrielles, la Ville a été mise en demeure par la ROYAL BANK de reprendre ces paiements, ce qu'elle a refusé en raison de la procédure d'annulation engagée, le swap n'ayant pas, selon elle, pour ce motif, à être exécuté.

Par acte du 26 avril 2011, la ROYAL BANK a, fait assigner la VILLE devant le juge des référés pour obtenir, à titre de mesure conservatoire, le paiement de la somme de 148.61 0,37 € sous astreinte de 10 000 [€ par] /jours de retard, l'injonction de payer les échéances à venir ainsi que la somme de 10 000 € sur le fondement des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile. La demande principale a été majorée à l'audience de 4 échéances trimestrielles (mai à septembre 2011).

Par ordonnance entreprise, rendue contradictoirement le 24 novembre 2011, le juge des référés du tribunal de grande instance de Paris, a débouté la ROYAL BANK de ses demandes au motif que si le fait pour une partie de ne plus respecter ses obligations contractuelles constituait une infraction de la loi des parties, cette violation ne pouvait être considérée manifestement illicite au sens de l'article 809 alinéa 1 du code de procédure civile qu'à la condition qu'elle ne puisse être suspectée d'illicéité. Le premier juge a ajouté que les mécanismes de financement ou swaps vendus aux collectivités territoriales se sont révélés être des produits spéculatifs à haut risque dont la légalité était sérieusement contestée devant le juge du fond.

La ROYAL BANK a interjeté appel de cette ordonnance le 6 décembre 2012.

La clôture a été prononcée le 16 mai 2012.

MOYENS ET PRETENTIONS de la ROYAL BANK

Aux termes de ses conclusions du 4 mai 2011 auxquelles il convient de se reporter

la ROYAL BANK fait valoir :

-que contrairement à ce que soutient l'ordonnance entreprise et aux allégations péremptoires de la VILLE, une partie à un contrat ne peut pas, sauf à méconnaître les dispositions de l'article 1134 du code civil, refuser d'exécuter ses obligations contractuelles au seul motif qu'elle a demandé à une juridiction de prononcer la nullité du contrat en cause, car :

.la loi des parties énoncée par l'article 1134 est au fondement du droit des obligations comme le rappelle la doctrine et comme l'a reconnu le Conseil constitutionnel dans une décision visant l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme et du Citoyen qui fait obligation au Législateur de respecter « l'économie des conventions et contrats légalement conclus » (Cons. Constit. 10 juin 1998, décis°98-401 DC cité par Laurent Aynes Cahier du Conseil Constitutionnel),

.le raisonnement adopté par l'ordonnance entreprise revient à poser, sans aucun fondement juridique, une limite au principe de la force obligatoire des contrats, qui n'est pas prévue par l'article 1134, alors que l'illicéité ici alléguée n'est pas précisée (de la cause, de l'objet, d'un vice de consentement affectant la formation du contrat),

.suivre ce raisonnement conduirait le juge des référés à statuer d'abord sur la licéité avant de statuer sur la mesure conservatoire sollicitée, ce qui échappe à son pouvoir,

.l'ordonnance entreprise opère un renversement de charge de la preuve puisqu'elle implique que ce soit la ROYAL BANK qui fasse la preuve, impossible, du caractère manifestement licite des swaps de taux d'intérêts litigieux. Elle crée une exception nouvelle, la « suspicion d'illicéité »,

.ce raisonnement remet en cause la stabilité des situations de droit et la sécurité des relations économiques,

-que se faire justice à soi-même, et s'abstenir d'exécuter ses obligations constitue un trouble manifestement illicite justifiant l'adoption de mesures conservatoires par le juge des référés, ce qu'il peut faire même en présence d'une contestation sérieuse,

.la jurisprudence est claire sur ce point, notamment par un arrêt remarqué (Civ 1 15 juin 2004 pourvoi 00-16392). Tant qu'un contrat n'est pas judiciairement annulé, il bénéficie d'une « présomption d'innocence juridique » et a vocation à être exécuté même devant le juge des référés,

.le fait de se faire justice à soi-même constitue, selon la jurisprudence, un trouble manifestement illicite,

-que la jurisprudence invoquée par la VILLE n'a pas la portée qu'elle entend lui prêter,

.la doctrine opère une distinction très stricte selon que, par les mesures sollicitées du juge des référés, le demandeur veut obtenir la cessation d'un comportement ou d'une situation portant atteinte à un droit qu'il estime incontestable, dans ce cas le droit doit être exempt de toute contestation sérieuse, une telle contestation ne faisant cependant pas obstacle à une mesure conservatoire,

.la seule limite au principe de « présomption de validité des contrats » est l'hypothèse où la clause inexécutée est « manifestement illicite » (Com 18 octobre 2011, pourvoi 10-24808 relatif à une clause de non concurrence qui n'était pas limitée dans le temps) ou « manifestement nulle » (CA Paris 10 novembre 1993), mais les termes de l'article 809 alinéa 1er permettent de prononcer des mesures conservatoires, ce qu'a méconnu l'ordonnance entreprise,

-que le premier juge n'a pas motivé la décision en fait, n'ayant évoqué la contestation « sérieuse » que par une formulation très générale,

-que la VILLE, qui se présente comme une victime, est la 3ème Commune la plus endettée de France, et elle a en réalité mis en place depuis le début des années 2000 une stratégie d'optimisation de la gestion de sa dette en faisant appel tant à ses équipes internes très spécialisées, qu'à des intervenants extérieurs privés ce qui lui a permis de réaliser des économies très substantielles (environ 20 M€). Elle a bien choisi de souscrire des emprunts structurés et entre janvier 2007 et février 2011, première période à taux fixe bas, elle a exécuté sans difficulté ses contrats, sans les contester,

-que ce n'est que dans la seconde période des contrats, à taux variable pouvant évoluer

défavorablement, qu'elle a soulevé une contestation, faisant ainsi preuve d'un extraordinaire opportunisme,

- que le motif d'illicéité à raison du caractère spéculatif du produit ne saurait être retenu, puisque les swaps ont été souscrits en connaissance de cause, et qu'au moins 4 instances de l'Etat opèrent un contrôle attentif et suivi de leur exécution : le Préfet du Département, la Chambre régionale des Comptes, la Cour des Comptes et la Commission parlementaire de l'Assemblée Nationale sur le recours par les collectivités locales à des produits financiers structurés, sans avoir remis en cause leur validité,
- que de surcroît, la VILLE n'a jamais saisi le juge administratif qui serait seul compétent pour examiner la légalité des actes détachables des contrats conclus avec une personne morale de droit public, que, contrairement à ce qu'elle prétend les contrats de swap sont conformes à la circulaire ministérielle du 15 septembre 1992,
- qu'elle procède par affirmation lorsqu'elle invoque des fautes dolosives de sa part,
- que, surabondamment, par cette inexécution de ses obligations contractuelles, la VILLE crée un dommage imminent, par la charge de l'impayé (790.590,74€), par l'incidence sur sa rentabilité et par l'atteinte causée à sa crédibilité et à sa notoriété, que cet argument est soulevé pour la première fois devant la Cour,
- que la VILLE tente de faire échec à ce moyen en faisant valoir que le dommage n'est pas « imminent » mais « réalisé »,
- que le prétendu risque d'insolvabilité de ROYAL BANK allégué méconnaît le fait qu'elle est nationalisée à 80% par l'Etat anglais,
- que la VILLE doit être condamnée au paiement sollicité et aux intérêts prévus sur les échéances impayées, l'EONIA +1% (EONIA = Euro Overnight Index Average » qui correspond au taux auquel les banques se prêtent mutuellement au jour le jour)

Elle demande au visa des articles 809, alinéa 1er du Code de procédure civile, 1134 du Code civil, 9.1 de la convention-Cadre conclue entre la Ville et elle-même le 10 février 2003, et de l'adage selon lequel « Nul ne peut se faire justice à lui-même », de :

- infirmer l'ordonnance entreprise

Et, statuant à nouveau, de :

- faire injonction à la Ville de lui payer la somme de 790.590,74 euros, correspondant à la somme des échéances impayées au titre des swaps litigieux, sous astreinte de 10.000 euros par jour de retard à compter du 8ème jour suivant la signification de l'arrêt à intervenir,
- condamner la Ville à régler un intérêt de retard pour chaque échéance, calculé au taux EONIA + 1%, de la date à laquelle chaque échéance aurait dû être payée à la date à laquelle elle lui aura été effectivement réglée,
- faire injonction à la Ville de payer, à leurs échéances, les sommes qui seront dues au titre des contrats de swaps n°159.1-2 et n°160.1-2 conclus avec elle et ce aussi longtemps qu'une décision de justice définitive n'aura pas statué sur la demande tendant à faire déclarer nuls lesdits contrats, sous astreinte de 10.000 euros par jour de retard, à compter du 8ème jour suivant la demande de paiement adressée par elle-même par voie électronique, à la Ville,
- condamner la Ville à lui payer la somme de 50.000€ en application des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile,
- condamner la Ville aux dépens avec recouvrement conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile

MOYENS ET PRETENTIONS DE LA VILLE de SAINT ETIENNE

Au terme de ses conclusions du 15 mars 2012 auxquelles il convient de se reporter la VILLE fait valoir :

Sur les faits :

- que, comme toutes les collectivités territoriales en difficultés financières elle a subi un démarchage forcené de plusieurs banques, détaillé dans ses conclusions, dont celui de ROYAL BANK, lui présentant, pour une « gestion active de la dette » des produits censés

être dépourvus de risques,

-qu'un accord-cadre avait été signé le 21 mars 2003 pour le cas où elle souhaiterait un jour y souscrire, qu'entre juin 2006 et le 29 mars 2007, neuf swaps lui ont été vendus, dont les deux, objet du litige contractés le 18 janvier 2007, qui ont eu pour objet d'échanger le taux d'intérêt qu'elle supportait au titre d'un précédent swap conclu avec la banque IXIS,

.qu'après une première période de 4 ans et ½ de taux fixe respectif de 3,77% et 3,92%, succède une seconde période, de 9 et 10 ans, de taux variable,

.le tout sans aucun plafond et avec mécanisme « boule de neige » pouvant atteindre 50% voire 100 % ,

.qu'il s'agit de deux produits parmi les plus spéculatifs et toxiques

.que le taux de l'usure ne s'applique pas à ces produits financiers

-qu'un audit était commandé en 2008 à une société spécialisée qui révélait dans un rapport du 23 mai 2008 que les swaps ainsi vendus « bonifient le taux, mais renforcent l'exposition de la collectivité aux risques, souvent de manière importante avec des indexations extrêmement complexes »,

.que 4 des 6 swaps stigmatisés avaient été souscrits auprès de ROYAL BANK, CAYLON et DEUTSCHE BANK, et que face à l'hyperdangerosité de ces produits elle s'était rapprochée des banques dont certaines avaient accepté de mettre fin à ces produits, d'autres comme ROYAL BANK ou DEUTSCHE BANK refusant de le faire,

-qu'elle forme deux griefs à l'encontre de ROYAL BANK : la violation des textes concordants prohibant la vente des produits spéculatifs et l'usage de manœuvres dolosives,

.l'article L1222-22 du code général des Collectivités territoriales interdit aux maires de signer des contrats portant sur des produit spéculatifs et la délibération du Conseil du 10 mars 2003 reprenait cette interdiction,

.ROYAL BANK a violé son obligation de mise en garde de son client, en minimisant les risques, et garanti que les produits restaient des produits de couverture, et non spéculatifs,

-que ce type de produits a été remis en cause à travers toute l'Europe (Chambre des Lords, Cour Suprême allemande, tribunal de Rimini, Parquet de Milan, Tribunal de commerce de Toulouse),

-que ROYAL BANK, qui se prévalait de sa notoriété depuis 1727, a dû faire l'objet d'une nationalisation partielle en 2008, puis d'une seconde en 2009 après perte de 27 Milliards d'euros, pour lui éviter le sort de Lehman Brothers ou de la Barings, mais ce qui n'a pas arrêté sa dévalorisation, ce qui justifie les craintes à avoir si la VILLE devait lui verser « à titre conservatoire », pendant la durée de la procédure au fond, les sommes réclamées,

Sur le droit,

-que le juge des référés ne peut ordonner l'exécution forcée d'une obligation que lorsque la licéité de cette obligation est évidente, et que c'est à tort que l'appelante fait grief à l'ordonnance entreprise d'avoir « consacré une exception nouvelle de suspicion d'illicéité », alors que le juge des référés, juge de l'évidence ne peut ordonner l'exécution que d'obligations au-dessus de tout soupçon,

-que ROYAL BANK tente de détourner le mécanisme prévu par le code de procédure civile en prétendant, à tort, que sur le terrain de l'article 809 alinéa 1er une inexécution contractuelle serait toujours génératrice d'un trouble manifestement illicite, alors que cette interprétation viderait le second alinéa de tout son sens,

-que pour se prononcer, dans l'évidence, sur l'illicéité d'une obligation, encore faut-il qu'elle soit prétendue licite, une inexécution contractuelle ne suffisant pas à elle seule à justifier le prononcé de mesures conservatoires, que l'analyse de jurisprudence de ROYAL BANK sur ce point est inexacte, et tente de surprendre la religion de la Cour,

-que la jurisprudence retient qu'il s'agit toujours d'une question de faits, d'espèces,

- ROYAL BANK prête à la notion de contestation sérieuse un sens que la doctrine ne lui confère pas,

-qu'en l'espèce les conditions du référé ne sont pas remplies :

.le trouble ne se trouve pas là où ROYAL BANK le prétend puisqu'il n'y a aucun risque d'insolvabilité de la VILLE en cas de rejet de la demande d'annulation, alors au contraire, que vu la situation de ROYAL BANK, la Ville ne pourrait pas

recouvrer les sommes versées en cas d'annulation des contrats de swap,
.il n'y a pas davantage de dommage imminent, le dommage subi par ROYAL BANK étant déjà réalisé et ne tient aucunement à la VILLE mais à sa gestion désastreuse sous couvert d'une notoriété de l'établissement depuis 1727 ,
.il ne s'agit pas de savoir si ces swaps sont illégaux (Juge du fond) mais s'il est évident qu'ils sont légaux,
.en l'espèce, les textes sont clairs et exigent que les opérations de couverture aient pour effet de réduire le risque de variation de valeur, qu'une corrélation soit établie entre les variations de valeur de l'élément couvert et celles du contrat de couverture et que les éléments qualifiés de couverture conservent cette qualification jusqu'à leur échéance,
.les swaps ne remplissent pas ces conditions, d'ailleurs la DEUTSCHE BANK n'a pas estimé pour sa part qu'il y avait un trouble manifestement illicite dans l'attente du jugement à intervenir la concernant,
.que cette procédure est indécente.

Elle demande de :

*-confirmer l'ordonnance entreprise,
-condamner ROYAL BANK à lui payer 10000€ en application de l'article 700 du code de procédure civile,
-condamner ROYAL BANK aux dépens avec recouvrement conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.*

SUR QUOI LA COUR,

Considérant que selon les dispositions de l'article 809 du code de procédure civile :

“Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire”;

Considérant que par ces dispositions le Législateur a prévu, hors les cas d'urgence relevant des dispositions de l'article 808 du code de procédure civile, deux champs distincts des pouvoirs du juge des référés, juge de l'évidence ;

-le premier (alinéa 1er) en prescrivant des mesures conservatoires ou de remise en état lorsqu'il s'agit de faire cesser un trouble manifestement illicite ou un dommage imminent, ce même en présence d'une contestation sérieuse ;

-le second (2ème alinéa) en permettant d'allouer à un créancier une provision ou d'ordonner à son bénéfice l'exécution d'une obligation, y compris de faire, mais ce seulement en l'absence de contestation sérieuse ;

Considérant que selon les dispositions de l'article 12 du code de procédure civile :
« Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée » ;

Considérant que la ROYAL BANK , qui a expressément fondé son appel sur l'article 809 alinéa 1er du code de procédure civile, n'est susceptible d'obtenir sur ce fondement, que des mesures conservatoires ou de remise en état ;

Considérant que ses demandes tendent, au motif que les contrats de swap litigieux sont revêtus de la force obligatoire attachée aux conventions prévue par l'article 1134 du code civil, à ce que :

-il soit faire injonction à la Ville de lui payer la somme de 790.590,74 euros,

correspondant à la somme des échéances impayées au titre des swaps litigieux, sous astreinte de 10.000 euros par jour de retard à compter du 8ème jour suivant la signification de l'arrêt à intervenir,

-la Ville soit condamnée à lui régler un intérêt de retard pour chaque échéance, calculé au taux EONIA + 1%, de la date à laquelle chaque échéance aurait dû être payée à la date à laquelle elle lui aura été effectivement réglée,

-il soit fait injonction à la Ville de payer, à leurs échéances, les sommes qui seront dues au titre des contrats de swaps n°159.1-2 et n°160.1-2 conclus avec elle et ce aussi longtemps qu'une décision de justice définitive n'aura pas statué sur la demande tendant à faire déclarer nuls lesdits contrats, sous astreinte de 10.000 euros par jour de retard, à compter du 8ème jour suivant la demande de paiement adressée par elle-même par voie électronique, à la Ville ;

Que ces demandes sont en réalité des demandes en paiement provisionnelles, et ne tendent pas à obtenir une mesure conservatoire ni une mesure de remise en état au sens de l'article 809 alinéa 1er du code de procédure civile ;

Considérant que, comme l'indique justement la VILLE dans ses conclusions (page 9), la ROYAL BANK tente d'éluder le mécanisme prévu par l'article 809 alinéa 1er du même code en affirmant qu'une inexécution contractuelle est toujours une cause de trouble manifestement illicite ;

Considérant qu'en entendant se prévaloir, devant le juge des référés, de la force obligatoire du contrat pour en obtenir l'exécution forcée, la ROYAL BANK dénature les dispositions de l'article 809 du code de procédure civile, et tente ainsi de s'affranchir de la condition d'absence de contestation sérieuse requise pour le paiement provisionnel prévu par le second alinéa de l'article 809 du même code ;

Que c'est par conséquent à tort qu'elle invoque, pour obtenir ce paiement, le trouble manifestement illicite que constituerait le non respect par la VILLE de ses obligations contractuelles, à savoir la suspension des remboursements prévus par les deux swaps litigieux, ou encore le péril imminent auquel l'exposerait cette suspension ;

Que si, en effet, les dispositions de l'article 1134 du code civil invoquées par la ROYAL BANK prévoient que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, cette force légale n'existe cependant, devant le juge des référés, juge de l'évidence, que pour autant que la licéité de la convention ne soit pas entachée d'une contestation sérieuse ;

Que tel n'est pas le cas en l'espèce dès lors qu'il n'est pas contesté que les prêts en cause sont soumis, après une première période de taux fixe, à un taux variable, sans qu'aucun plafond de ce taux ne soit prévu, ce qui contrevient à l'interdiction pour ces collectivités de souscrire à des contrats spéculatifs et renvoie aux conditions de passation de ces prêts au regard notamment de cette contrainte légale et de l'obligation de conseil de la ROYAL BANK ;

Que c'est à bon droit que le premier juge a débouté la ROYAL BANK de ses demandes ; qu'il convient en conséquence de confirmer l'ordonnance entreprise ;

Considérant qu'il serait contraire à l'équité de laisser à la charge de la VILLE les frais irrépétibles ; qu'il lui sera alloué la somme visée au dispositif ;

Considérant que les dépens seront supportés par la ROYAL BANK qui succombe en ses demandes, avec recouvrement conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS

CONFIRME l'ordonnance entreprise ,

Y ajoutant,

CONDAMNE la société THE ROYAL BANK OF SCOTLAND à payer à la VILLE de SAINT ETIENNE la somme de 10000€ en application de l'article 700 du code de procédure civile,

CONDAMNE la société THE ROYAL BANK OF SCOTLAND aux dépens d'appel et en autorise le recouvrement conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

LE GREFFIER,

LE CONSEILLER FAISANT
FONCTION DE PRÉSIDENT,