

Analyse de deux ans de jurisprudence des contrats de swap



JULIEN MARTINET
Avocat associé
Cabinet Swift
Litigation

La jurisprudence récente en matière de contrats de couverture de taux reste fidèle aux solutions consacrées en rappelant le régime applicable et précise, ce qui est logique, que les taux d'intérêt négatifs s'appliquent aux contrats de swap, qui ne sont pas des crédits mais des instruments financiers par nature.



GUILLAUME LE GALL
Avocat
Cabinet Swift
Litigation

L'actualité du contentieux des contrats de couverture de taux n'est pas aujourd'hui aussi nourrie qu'elle l'a été après 2008. Rappelons pour le contexte, qu'à l'époque un contentieux régulier était né d'une mauvaise anticipation, par les souscripteurs, de l'évolution des taux et indices de taux. Ces derniers, après avoir connu une longue baisse depuis la fin des années 1990 pour se stabiliser à 2 % entre 2003 et 2006, s'étaient mis à remonter vivement entre 2006 et 2008. Les emprunteurs à taux variable (notamment des promoteurs immobiliers), prudents face à cette remontée, s'étaient couverts contre le risque de poursuite de la hausse des taux affectant leurs crédits, en souscrivant des contrats de swap leur permettant – au global – de bénéficier de l'équivalent d'un taux fixe pour le reste de la durée de leurs engagements. Le sens de l'évolution des taux s'était néanmoins brutalement inversé fin 2008 et durablement puisqu'en 2015 les taux passaient en dessous de zéro où ils sont restés. En est résulté une volonté des souscripteurs, empêchés de bénéficier des taux bas du marché, de sortir de ces contrats de couverture de façon anticipée avec les problématiques liées à la fixation de la soule de résiliation (d'autant plus élevée que les conditions de marché y étaient défavorables) et les contentieux qui s'en sont suivis articulés autour des notions de consentement et des devoirs du banquier d'information, de conseil ou de mise en garde.

Aujourd'hui, un contentieux demeure et l'étude des décisions rendues ces dernières années en la matière

permet de constater que les solutions précédemment établies continuent d'être appliquées de manière uniforme (I.). Si une décision remarquée du 8 septembre 2021^[1] a fait s'interroger des auteurs sur l'éventuelle remise en cause du principe d'autonomie des contrats de swaps par rapport au contrat de crédit auquel ils sont adossés, son analyse et sa mise en perspective avec une précédente décision du 12 novembre 2020 nous amènent à la conclusion qu'il ne s'agit que d'une décision d'espèce motivée par le souhait de se conformer à la volonté non équivoque des parties de rendre, de façon dérogoatoire, les deux contrats interdépendants (II.). Le passage en territoire négatif des indices de taux en 2015 a également été l'occasion de se prononcer sur l'application aux contrats de swap des taux négatifs (III.).

I. UNE RÉAFFIRMATION DU RÉGIME DES CONTRATS DE SWAP

De jurisprudence constante, lorsque la conclusion d'un swap de taux n'est pas une opération spéculative, il n'est pas imposé au banquier qui en propose la souscription à son client de le mettre spécialement en garde².

Pour autant, les juges continuent de considérer qu'en proposant différents outils financiers de nature à compenser les effets d'un taux variable, l'organisme bancaire intervient en qualité de prestataire de services d'investissement. Il doit à ce titre délivrer une information objective, suffisante et compréhensible à son client, qu'il soit ou non averti³. Cela afin de lui permettre de comprendre la nature du service d'investissement, du type spécifique d'instrument financier proposé ainsi que de l'ensemble des risques encourus, et de prendre une décision en toute connaissance de cause⁴.

À cet égard, la jurisprudence considère cette obligation comme satisfaite lorsque les conditions du swap – qui n'est pas selon les juges, et à raison, une opération

[1] Cass. com. 8 sept. 2021, n° 20-14.201.

[2] CA Metz 22 déc. 2020, n° 18/01924.

[3] *Ibid.*

[4] C. mon. fin., art. L. 533-11 et s.

complexe – ont été expliquées dans la proposition commerciale traditionnellement envoyée à l'emprunteur, s'agissant de son objectif (instauration d'un taux fixe), de sa durée, son notionnel et de la fréquence des intérêts, ainsi que son fonctionnement, notamment, l'existence d'une soulte en cas de rupture anticipée.

Dans la même lignée, les juridictions persistent à retenir 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. Néanmoins, lorsque le banquier recommande un service ou un produit, il prodigue un conseil et doit par conséquent le faire avec pertinence, prudence et loyauté en s'enquérant des connaissances de son client, de son expérience en matière d'investissement ainsi que de sa situation financière et de ses objectifs, afin que l'instrument financier conseillé soit adapté⁵.

En présence d'un *swap* spéculatif, c'est-à-dire d'un produit souscrit non aux fins de couverture, mais de seule spéculation, la jurisprudence est plus stricte et retient que la banque, qui agit alors en qualité de conseil en investissements, doit faire preuve d'une plus grande diligence et prodiguer à son client une recommandation personnalisée et adaptée au jour de la signature du contrat de *swap* et un suivi de l'évolution de son contrat⁶. Le degré d'information à transmettre sera naturellement fonction de la connaissance qu'a le client dans le produit utilisé à des fins spéculatives.

II. L'AUTONOMIE EN CAUSE ?

Un principe réaffirmé. Par un arrêt du 12 novembre 2020, la Cour de Cassation a eu l'occasion de réaffirmer l'existence d'une autonomie de principe entre les contrats de couverture de taux et les contrats de prêt auxquels ils sont accolés. La Chambre commerciale a retenu que la souscription d'un contrat de *swap* dont l'objet était de « se prémunir contre les variations à la hausse de l'indice Euribor 3 mois en référence duquel était calculé le taux du prêt, [...] n'est pas exclusif de la volonté des parties de souscrire un instrument spéculatif autonome, dont l'exécution survit à la disparition du prêt dans la mesure où le mécanisme d'échange des taux peut jouer alternativement au bénéfice de l'une ou l'autre partie ».

Cette solution apparaît justifiée et conforme à la lettre de l'article 1186 du Code civil qui, depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, règle la question des ensembles contractuels. Aux termes de cet article : « Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. »

Il en ressort qu'il ne suffit pas d'être en présence d'une opération économique unique pour obtenir la caducité de l'un des contrats qu'elle rassemble au motif que l'autre a cessé, encore faut-il rapporter la preuve que l'exécution dudit contrat est devenue impossible en raison la disparition du premier ou, alternativement, qu'il constituait une condition déterminante du consentement de l'emprunteur.

C'est exactement le raisonnement qui a été suivi par la Cour d'appel puis approuvé par Cour de cassation dans cette affaire. Après avoir relevé que « le contrat de prêt et le contrat d'échange de conditions d'intérêt ont été conclus, sinon concomitamment, au moins successivement, et que, si le second ne comporte pas de référence expresse au premier, il porte sur la couverture d'un financement d'un montant, d'une durée et d'un taux correspondant à ceux du prêt, le notionnel étant en outre stipulé amortissable selon le tableau d'amortissement de ce dernier », la Cour d'appel a pu conclure à l'existence « d'une opération économique unique » puis, vérifiant si l'une ou l'autre des conditions susmentionnées était remplie, écarter l'interdépendance des contrats en cause au terme d'une analyse subjective des modalités d'exécution du contrat et du comportement des parties.

Un revirement ? Une décision rendue postérieurement, le 8 septembre 2021, cette fois par la première chambre civile de la Cour de cassation a fait s'interroger certains professionnels⁷ sur un éventuel revirement de jurisprudence, celle-ci retenant de manière « surprenante » et pour la première fois depuis plusieurs années que le contrat de *swap* était caduc du fait du remboursement anticipé du prêt auquel il était associé.

À l'analyse, il nous semble que la solution tient en réalité surtout à l'espèce où le contrat ne comportait pas, contrairement à l'habitude, de clauses de résiliation croisées, et où les parties s'étaient comportées d'une façon qui établissait leur volonté non équivoque de lier les deux contrats. Outre la concomitance de signature des deux contrats, la Cour d'appel a surtout relevé « qu'à l'occasion de la production du décompte des sommes restant dues au titre du prêt devant faire l'objet du remboursement anticipé, la banque a inclus spontanément l'indemnité de débouclage de la convention d'échange de taux et exigé son paiement » pour en déduire la « volonté manifeste [des parties] de conclure un ensemble contractuel indivisible [...] de sorte que l'anéantissement du premier [contrat] a entraîné la caducité du second ».

Or, et contrairement à la décision du 12 novembre 2020, l'un des éléments pourtant récurrent dans l'appréciation des juges du fond pour conclure à l'autonomie de ce type de convention faisait ici défaut, à savoir l'existence de causes de résiliation autonomes. Cette circonstance associée à la demande de la banque au prêteur du paiement de la soulte de résiliation du *swap* alors même que ce dernier n'en avait pas demandé la résilia-

[6] CA Versailles 25 juin 2020, n° 17/02130.

[7] « Swaps de taux : un arrêt de la Cour de cassation sème le trouble chez les professionnels du financement », *Les Échos*, 18 nov. 2021.

[5] CA Metz 22 déc. 2020, n° 18/01924.

tion était par conséquent suffisante pour emporter la conviction des juges sur l'intention des parties de créer un ensemble contractuel indivisible.

III. LES TAUX D'INTÉRÊT NÉGATIFS

Par deux jugements, le premier du 23 septembre 2018 et le deuxième du 3 novembre 2019, le Tribunal de commerce de Paris a eu l'occasion de se prononcer sur la question de l'application des taux d'intérêt négatifs aux contrats de *swap*.

Dans la première affaire, le contrat de crédit-bail bénéficiait à la différence du contrat de *swap* d'un plancher à taux zéro ce qui revenait à surenchérir le coût de l'opération lorsque l'indice passait en dessous de zéro puisque le *swap*, lui, générait des flux au bénéfice de la banque.

Le Tribunal de commerce, se joignant à l'analyse du prêteur, a reconnu la validité du paiement du surcoût par l'emprunteur au motif que ce dernier avait bénéficié d'une information claire et exhaustive à la conclusion du contrat de *swap* sur les conséquences du maintien des taux d'intérêt à valeur négative.

Dans la seconde affaire, le paiement d'un surcoût a également été validé mais sur la base d'un autre raison-

nement. En effet, tant le *swap* que le crédit auquel il était accolé étaient cette fois-ci soumis à des taux d'intérêt négatifs et les juges, constatant l'identité de mécanisme existant entre les deux conventions et la neutralisation des deux flux d'intérêts, ont alors retenu qu'il conduisait en réalité à transformer un taux variable en l'équivalent d'un taux fixe, conformément à l'intention des parties.

De telles solutions sont parfaitement compatibles avec la décision rendue par la Cour de cassation, le 25 mars 2020^[10], aux termes de laquelle elle avait jugé que, sauf clause expresse contraire, le prêteur ne pouvait « être tenu, même temporairement, au paiement d'une quelconque rémunération à l'emprunteur ». En effet, cette dernière jurisprudence attendue a été rendue en matière de prêt, où deux dispositions législatives commandent la solution retenue, savoir l'article L. 313-1 du Code Monétaire et Financier qui rappelle que le prêt est un contrat « onéreux » et l'article 1902 du Code civil qui prévoit que l'emprunteur est tenu de rendre la chose prêtée en « même quantité », ces dispositions, propres aux prêts, n'étant pas applicables aux *swaps* qui sont des contrats financiers dont l'effet est aléatoire et l'objet repose sur une espérance de gain ou de perte de chacune des parties. ■

[8] TC Paris 23 sept. 2021, n° RG 2019055132.

[9] TC Paris 3 nov. 2021, n° RG 2018067954.

[10] Cass, 1^{re} civ, 25 mars 2020, n° 18-23.803.