

Un « contrat de conseil » invite à redéfinir l'obligation de conseil

Hervé Causse, Professeur des Universités au Pôle « Clermont U »

**

L'arrêt commenté souligne la pratique des services d'investissements qui annoncent et « vendent » du conseil en matière financière. Devenue une industrie, la banque a transformé le conseil en un *process* industriel qu'alimentent des clients séduits par du « marketing bancaire ». L'importance des opérations permet d'éviter le conflit judiciaire, une analyse juridique ferme du « conseil » faisant en outre défaut. L'arrêt montre une banque spécialisée en « banque privée », appellation commerciale imprécise, qui reçoit de son client et de la Cour de cassation une amère leçon de droit sur son métier (1). Il lui est rappelé, au visa de l'article 1134 du code civil, au nom de la loi du contrat, que, si l'on s'engage par un « contrat de conseil », il faut exécuter ces conseils et pouvoir le prouver. Un contrat de conseil conclu en 1998 visait semble-t-il à aider la cliente dans ses opérations boursières. L'arrêt ne détaille guère le contrat comme si le conseil se tissait d'évidence - mais existait-il deux ou trois obligations notables ? Le laconisme de l'arrêt lui donne de la hauteur pour ne pas s'embarrasser du détail d'obligations dont le pourvoi reprochait pourtant l'inexécution au banquier (absence de mise en garde pour diverses opérations).

Ce « contrat de conseil » évoque autant la technique contractuelle des services d'investissement qu'un cas de responsabilité. Les investisseurs le plaideront, éventuellement au vu de documents publicitaires qui peuvent valoir contrat (2) tout en maîtrisant mal les concepts utilisés. La Cour de cassation pourrait ainsi laisser qualifier diverses relations de « contrat de conseil » et en imposer aux intermédiaires financiers les obligations... En l'espèce, le banquier ne démontre pas que ce « contrat de conseil » écrit a été exécuté. Ecartons le problème de la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation - ou des obligations, soit du contrat. Ce point motive la cassation de l'arrêt de la cour de Paris alors que la question de la charge de la preuve ne pose guère de difficulté. Le professionnel doit prouver qu'il a exécuté son ou ses obligations (3). Le banquier aura nourri ce motif de cassation (art. 1315 c. civ.) en plaçant au fond que le client ne prouvait rien...

Ce problème de preuve s'imbrique au fond : plus le juge d'appel ignore les obligations de l'intermédiaire financier, plus il considère que les obligations qu'il perçoit comme étant légères font l'objet d'une preuve de leur exécution. Cela explique sans excuser l'erreur du juge d'appel et ramène au motif de cassation intéressant. Ce contrat de conseil impose du conseil (I). L'affirmation interroge sur ce qu'est ce conseil (II) et ce contrat de conseil (III) et pousse à en proposer une définition (IV).

I - Les amateurs connaissent la question par la pratique de telles conventions, mais la jurisprudence est maigre. La décision aboutit à une règle simple : quand un intermédiaire financier « promet » du conseil, il doit effectivement le « servir » si la convention se conclut (et, ajouterons-nous, le définir). La Cour de cassation le pose clairement en se saisissant opportunément de l'espèce (qui sera publiée au *Bulletin*). Elle juge parfaitement ce qui était *prima facie* le cœur du problème. Aux termes du contrat de conseil le banquier avait « accepté de conseiller dans le choix de ses investissements le titulaire du compte ouvert chez le dépositaire ». Or, des termes de l'arrêt d'appel repris par la Cour de cassation, aucun acte concret ne montre en quoi ces conseils auraient consisté ou auraient pu consister, sauf l'affirmation que la cliente aurait « un interlocuteur privilégié ».

Un tel interlocuteur symbolise les obligations supplémentaires du contrat de conseil que le professionnel souscrit outre celles de la convention de tenue de compte de titres. Cette dernière, minimum contractuel dû à la dématérialisation des titres, est souvent appelée « gestion directe ». Ce client, seul face au marché (à son terminal informatique), est toutefois créancier d'une obligation d'information et d'une obligation de mise en garde quand il entre sur le marché boursier ou en découvre des compartiments risqués. Mais « l'obligation de conseil » se distingue parfois mal de celles-ci, dans certains arrêts, spécialement de la mise en garde (comme, du reste, dans l'assurance-vie, l'assurance-crédit...) (4). Le pourvoi invoquait ces obligations jurisprudentielles (5), mais ces branches du pourvoi n'ont pas prospéré... La cassation ne pouvait pas, en revanche, intervenir sur le fondement d'une obligation de conseil jurisprudentielle, qui *a priori* n'existe pas en droit positif. Pour les activités de marché, existe, au mieux, une obligation de mise en garde (6). On avait donc un contrat de conseil qui ne permettait pas d'invoquer (avec sérieux) une obligation de conseil établie par la Cour de cassation.

L'arrêt n'est pourtant pas une décision sur l'obligation de mise en garde relative à des opérations spéculatives - expression qui ne vaut que ce qu'elle vaut. Il veut être plus, dépassant les espoirs de l'auteur du pourvoi. Alors que la question de mise en garde fonde notamment la première branche du moyen, c'est sa septième branche qui offre la cassation noble. Les juges ne comprisent pas quels étaient ces conseils qu'un « interlocuteur privilégié » avait (ou devait) donner au titre du « contrat de conseil ». Dépassant la problématique des obligations jurisprudentielles spéciales précitées, préoccupation périodique de la Cour, l'arrêt impose du conseil au banquier mais sans le définir. Le professionnel qui promet un conseil doit l'exécuter (et donc le définir) outre les obligations dégagées en jurisprudence pour tout contrat d'intermédiation financière (7). Voilà l'interprétation positive de l'arrêt, ce que la Cour de cassation a entendu juger et souligner. Tout cela tient-il ?

II - L'arrêt ne dit toutefois pas si un contrat de conseil doit comporter des obligations de conseil et ce qu'elles sont ! Existerait-il des obligations de conseil (consacrées par la jurisprudence) pour certains contrats et des obligations de conseil contractuelles (stipulées dans certains contrats, comme en l'espèce, puis validées en jurisprudence) ? L'interrogation, presque surréaliste, découle de ce que le conseil n'est pas strictement défini mais vaguement utilisé. Voilà que l'obligation de conseil, après s'être mélangée avec la mise en garde (et parfois avec la pure information), se mélangerait désormais à une obligation contractuelle de conseil stipulée par les parties !

Le problème est patent. On parle « pour tout » et partout de conseil quand certains n'en valent pas d'autres ! Et que dire de la fameuse « obligation d'information et de conseil » qui pousse à la confusion la plus profonde ? La large marge de manoeuvre qu'elle donne à la Cour de cassation trouble la lisibilité de sa ligne jurisprudentielle. L'arrêt illustre par la pratique conventionnelle un mal endémique que seul résorbera un sens technique précis donné à l'obligation de conseil. L'idée que l'obligation de conseil oblige le professionnel à orienter la décision du client est trop vague quand il l'oriente déjà en fournissant et commentant les documents d'information, notices ou conditions générales. Qu'est-ce que l'obligation de conseil ?

La Banque privée 1818 est ainsi peut-être victime - encore que - de l'absence de notion claire de l'obligation de conseil. Elle ne sut pas prouver qu'elle avait effectivement rendu et exécuté le conseil dû. Mais comment l'avait-elle entendu et pouvait-elle l'entendre ? Quel modèle de contrat spécial caractérisé en droit positif fixait le cadre du débat ? Quels critères

distinguaient les conseils contractuellement stipulés de ceux dégagés en jurisprudence ? Selon nous, les réponses claires manquent, et l'espèce confirme l'absence de notion de conseil évidente. Le juge d'appel écrit : « *le défaut de mise en garde qu'elle [la cliente] invoque n'étant rattaché à aucune opération précise, pas plus que d'un défaut d'information, la société de bourse justifiant avoir adressé à sa cliente, à date fixe, l'ensemble des opérations effectuées ainsi que son compte titre, que d'ailleurs M^{me} X... a régularisé sa situation en cours d'opérations en reconstituant sa couverture* ». Voilà le devoir de mise en garde confondu avec le conseil établi par contrat ! Et même avec l'envoi de relevés de compte de titres ! Sans la moindre référence à un droit positif clair, la confusion prospère.

Par hypothèse, toutefois, un tel contrat de conseil doit compléter les obligations de la convention de tenue de compte de titres. Or l'obligation de mise en garde, dont on dit parfois que c'est une obligation de conseil (...), s'attache déjà à la convention de compte d'instruments financiers. Et, par nature, la convention de conseil doit aller au-delà de la tenue de compte pour respecter le principe de cohérence (que la chambre commerciale exige de l'intermédiaire financier), alors surtout que l'exigence résulte ici directement d'une obligation légale à connotation professionnelle. Le financier ne peut présenter une convention de conseil sans véritable obligation spéciale de conseil car il ne serait pas loyal, honnête, équitable, diligent... exigences posées dès la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 (8) - ces obligations de bonne conduite sont des obligations civiles (9). Ainsi, ou le contrat était un mirage et il est de nature à engager la responsabilité de la banque pour cette attitude, ou bien il est doté de quelque(s) obligation(s) - de conseils ? - et se posera la question de leur exécution. Le banquier pourrait ainsi encore prouver son travail, mais il serait étonnant que la cour d'appel n'ait pas compris les conseils prodigués... On pensera plutôt que, n'ayant rien relevé, elle se rabatit par indulgence coupable sur l'envoi des avis d'opérations et relevés de compte ! A moins que cette motivation résulte d'un débat judiciaire médiocre, mais on doute que le banquier ait oublié, devant le juge, le sens, la teneur et sa gestion de son « contrat de conseil ».

III - La question de la nature juridique du contrat n'aide guère à démêler les questions posées par ce « contrat de conseil ». Trois qualifications sont à rejeter : celle déjà évoquée de convention de compte d'instruments financiers (10), celle de mandat de gestion de portefeuille, qui est également un métier (11), et, enfin, celle de mandat de gestion de fortune (le client délègue sur l'ensemble ou un ensemble de ses biens tous pouvoirs pour les gérer, en sorte que l'on peut l'appeler « convention de gestion »). A défaut de se réduire à l'un de ces cadres très clairs, le « contrat de conseil » est dans une sorte de « zone grise », bien que le « conseil en investissement » c'est-à-dire un service d'investissement, soit un métier, une activité (art. L. 321-1, 4°, c. mon. fin.). Cette zone est commode pour le banquier puisqu'il peut se permettre de beaucoup promettre et, le cas échéant, de peu donner. Mais la présente décision donne des armes aux plaideurs et une référence aux juges du fond parfois étrangers à la finance.

Le contrat de conseil de la Banque privée 1818 s'apparente toutefois à la convention de « gestion assistée ou conseillée » que les sociétés de bourse, ancêtres des « PSI », pratiquaient déjà (12). Permet-il la qualification du contrat de l'espèce ? Dans la « gestion assistée », le client détermine ses investissements assisté par le professionnel. A défaut d'une réglementation stricte, la convention inclura des « conseils » d'une plus ou moins grande précision ou intensité (13), ce qui dévalue ce modèle qui ne tient donc que par la pertinence des clauses stipulées. On revient alors à la difficulté de cerner le contrat et/ou l'obligation de conseil, ce qu'exprime une question : quels conseils pour un « contrat de conseil » ? Et une énumération ne suffirait pas, il la faudrait solide ! Rédiger le contrat de façon cohérente impose ainsi, et une nouvelle fois, de distinguer le conseil que la jurisprudence attache à toute relation contractuelle avec un financier et le conseil personnel que ce professionnel parfaitement intentionné voudrait rendre.

L'arrêt commenté en souligne une difficulté fondamentale. Comment distinguer deux obligations quand aucune des deux n'est strictement définie en droit positif, rien n'assurant donc de leur différence ? Toute solution impose une définition précise de l'obligation de conseil. Or l'idée vague que le conseil consiste à orienter la décision du client en lui proposant la convention qui convient (ou l'acte à passer), ce que des ouvrages de qualité soutiennent (14), implique des usages variables. Cette obligation se confond alors avec les premiers conseils donnés (obligation d'information), ceux l'éclairant (obligation d'éclairer), ou le mettant en garde. Le tout autorisant à perpétuer la trop flexible « obligation d'information et de conseil ».

IV - Les services d'investissement suggèrent pourtant une définition précise. La jurisprudence précitée (relative à l'art. L. 533-4) n'applique pas les articles du code monétaire et financier rénovés par la transposition de la directive « marchés d'instruments financiers ». Les obligations des intermédiaires financiers ont évolué, comme l'enseignent remarquablement M. Bonneau et M^{me} Drummond. Outre les catégories d'investisseurs (15), le professionnel doit s'enquérir de la situation des clients (16) et, à défaut des informations utiles, « les prestataires s'abstiennent de leur recommander des instruments financiers » (17). Après avoir suscité l'élargissement et le renforcement de l'obligation de mise en garde en 2008, ce que nous suggérons naguère en critiquant la jurisprudence *Buon* (18), la loi sur les investissements souligne désormais ce qu'est à notre sens l'obligation de conseil idéale : une obligation de ne pas contracter. Dans cette version de l'obligation de conseil, le professionnel oriente fermement le client, le prend totalement en charge (19), notamment en s'enquérant de sa situation (informations et pièces), et refuse le cas échéant de faire certaines opérations. Tel sera le cas si la relation contractuelle qui se profile ou s'est engagée ne permet pas de délivrer le service dans les conditions légales et réglementaires, ce que le professionnel assume.

Le conseil idéal oriente ainsi le client au prix de diverses obligations préparatoires et du devoir de ne pas contracter - si la demande du client est contraire aux intérêts de celui-ci ou du professionnel (20). L'obligation de conseil complète alors l'actuelle mise en garde qui alerte le client en le laissant décider. Ce conseil adapté n'exige pas du professionnel de refuser des contrats ou des actes plus isolés. Elle complète aussi « l'obligation d'éclairer », légère variante de l'obligation de mise en garde. Le client est avisé de ce qu'il peut trouver une meilleure solution contractuelle (inadaptation de l'assurance de groupe du banquier), lui seul décidant. Information, mise en garde, éclairage et obligation de conseil se distinguent alors tous, encore que tous orientent le client.

Les plaideurs imposeront rapidement à la Cour de cassation d'appliquer l'obligation de ne pas contracter de l'article L. 533-13, I. Amplifiera-t-elle la nébuleuse de l'obligation de conseil en y projetant l'obligation de ne pas contracter ? Définira-t-elle l'obligation de conseil par un critère strict : l'obligation de ne pas contracter (qui inclut de prendre le client en charge) ? La matière boursière semble délimiter en avant-garde le conseil à la faveur du risque extraordinaire parfois encouru par l'investisseur et en éclairant enfin les intermédiaires financiers. Ces textes spéciaux expliquent encore que le banquier ne soit pas tenu d'une obligation générale de conseil. La mise en garde suffit car le client doit finalement décider, ce qui s'ajuste à la traditionnelle obligation de non-immixtion du banquier, sachant qu'une obligation de conseil peut définir un contrat (21). Pour l'espèce, cette définition estomperait le clivage entre les obligations jurisprudentielles et celles stipulées dans un contrat de conseil, lequel ne devrait viser une obligation de conseil, comme les arrêts de cassation, que si et seulement si elle incorpore une obligation de ne pas contracter. Les autres conventions ne seraient que du service ou de l'assistance. Le temps de la sacralisation du conseil est-il venu ?

Mots clés :

BANQUE * Responsabilité * Obligation de conseil * Manquement * Preuve

- (1) Com. 22 mars 2011, n° 10-13727, D. 2011. 1010, obs. X. Delpech.
- (2) Mais le pouvoir souverain du juge du fond importe : Com. 2 juill. 1991, n° 89-18.550.
- (3) Par ex., Com. 14 mars 2000, n° 96-20.526, RJDA 2000. 532, n° 668 ; ce qui fut souvent noté en doctrine, L. Ruet, Bull. Joly Bourse, 2000. 57, note 15, note ss. Versailles, 21 sept. 1999. La question se posait moins souvent puisque la mise en garde était limitée aux opérations spéculatives à terme, Com. 23 oct. 2003, n° 99-18.228.
- (4) JCP E n° 40, 2008. 2461, nos obs. à propos de Com. 8 avr. 2008, n° 07-13.013.
- (5) Des opérations à terme de 1989 et 1994 étaient en cause.
- (6) Sa formulation est largement prétorienne (l'anc. art. 533-4 c. mon. fin. a été visé une vingtaine de fois depuis quatre ans, souvent avec le visa plus général de l'art. 1147 c. civ. ; JCP E n° 37, 2009. 1582, nos obs. ss. Com. 1^{er} juill. 2008, n° 07-16.461.
- (7) La Cour dépasse la question avec prudence car elle suit le moyen en cassant pour défaut de base légale : le banquier peut en théorie s'expliquer devant la cour d'appel de renvoi.
- (8) V. not. l'anc. art. L. 533-4 et désormais les art. L. 533-11 s. c. mon. fin.
- (9) H. Causse, Impertinences sur l'obligation d'information et la responsabilité de l'intermédiaire financier, in *Mélanges D. Schmidt*, Joly, 2004.
- (10) Cette activité connexe aux services d'investissement (art. L. 321-2, 1°, c. mon. fin.) est en pratique l'une des premières activités des prestataires.
- (11) T. Bonneau et F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, Economica, 2010, n° 213, p. 291. Activité qui constitue en soi un service d'investissement (art. L. 321-1, 4°, c. mon. fin.) et qui doit faire l'objet d'un écrit.
- (12) H. de Vauplane et J.-P. Bornet, *Droit de la bourse*, Litec, 1994, p. 75, n° 120.
- (13) Mais toutes devraient dépasser la mise en garde qui simplement alerte le client sur l'aspect risqué d'une opération spéculative, ce qui a déjà été dit.
- (14) Par ex., S. Gossou, *La distribution de l'assurance par les banques*, PUAM, 2006, préf. C. Ophele et avant-propos D. Lange, sur les distinctions toujours pas tranchées (p. 230, n° 284), et sur cette définition assez « consensuelle » en doctrine (p. 247, n° 313), d'un « conseil » qui serait un service adapté (p. 228, n° 282), notant des distinctions essentiellement jurisprudentielles (p. 288).
- (15) Il y a toujours une catégorie de clients à informer au mieux...
- (16) Obligation de la loi depuis 1996 que nous soulignons : Impertinences..., préc., n° 15, allant jusqu'à préconiser le recours à une « fiche » prouvant les informations recueillies pour respecter l'esprit de la loi ; la directive MIF consacre un tel système.
- (17) T. Bonneau et F. Drummond, préc. p. 532, n° 395.
- (18) H. Causse, Responsabilité boursière : nouvelle donne pour la distribution financière et la gestion de patrimoine, RD banc. fin., juill.-août 2008. 40.
- (19) Ce système est finalement celui des professionnels qui travaillent sous une « déontologie » officielle, sacrifier une part de chiffre d'affaires s'y impose quand la malice commerciale règne ailleurs.
- (20) L'obligation de dire au client « *je ne contracte pas parce que vous risquez trop gros* » se complète : « *si le risque se réalise, vous me poursuivrez en responsabilité et contracter me cause un préjudice potentiel* ».
- (21) La Cour de cassation définit le contrôle technique par une obligation de conseil (Civ. 3^e, 2 juill. 2003, Gaz. Pal. 2004. 1905, note H. Causse) : la Cour exige fermement que le professionnel s'enquière des caractéristiques complètes de l'immeuble concernant la présence éventuelle d'amiante.