

COMMISSION OUVERTE **COMMERCIAL ET ÉCONOMIQUE**

Co-responsables :
BERNARD LAGARDE ET GEORGES TEBOUL



SOUS-COMMISSION BANQUE ET CRÉDIT

Co-responsables : Bénédicte Bury
et Marie-Christine Fournier-Gille

Lundi 19 novembre 2012

Banque et produits financiers : contours du devoir d'information et de mise en garde

Réunion animée par :

Marie-Christine Fournier-Gille
Avocat à la Cour

Intervenant :

Julien Augais
Avocat à la Cour

Revue

Lexbase Hebdo édition affaires n°318 du 29 novembre 2012

[Bancaire] Evénement

Banque et produits financiers : contours du devoir d'information et de mise en garde au regard de la jurisprudence — Compte-rendu de la réunion de la Commission ouverte de droit commercial et économique du barreau de Paris

N° Lexbase : N4621BTC



par Vincent Téchené, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition affaires

La sous-commission "Banque et Crédit" de la Commission ouverte de droit commercial et économique du barreau de Paris tenait, le 19 novembre 2012, sous la responsabilité de Maître Marie-Christine Fournier-Gille, avocat au barreau de Paris, une réunion ayant pour thème "banque et produits financiers : contours du devoir d'information et de mise en garde au regard de la jurisprudence", animée par cette dernière ainsi que par Maître Julien Augais, avocat au barreau de Paris. Présentes à cette occasion, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver le compte-rendu de cette réunion.

Comme Maître Fournier-Gille l'a précisé en introduction de cette conférence, celle-ci a pour but de répondre à la question de savoir quels sont les devoirs d'information, de conseil et de mise en garde que les banques doivent respecter, au regard de la jurisprudence récente, lorsqu'elles proposent des produits financiers. Le sujet est vaste ; la mise en cause de la responsabilité des banques dans ce cadre génère, en effet, un contentieux important.

La première question à se poser est celle consistant à savoir ce que l'on entend par le terme générique de "produits financiers". Ces éléments sont regroupés à l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier (N° Lexbase : L5536ICZ),

qui vise notamment, les actions, les obligations, les parts ou actions d'organismes de placement collectif ou encore les contrats d'assurance-vie. L'ordonnance du 12 avril 2007 (ordonnance n° 2007-544, relative aux marchés d'instruments financiers N° Lexbase : L9551HUB) qui a transposé la Directive "MIF" (Directive 2004/39 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, concernant les marchés d'instruments financiers N° Lexbase : L2056DYS) a précisé les obligations du banquier. Désormais, pour fournir les services de conseil en investissements financiers (CIF) et de gestionnaire de portefeuille pour le compte de tiers, les prestataires de services d'investissement (PSI) sont soumis à un *corpus* de règles sur lesquelles les tribunaux peuvent s'appuyer pour sanctionner les banques. En matière de produits financiers, le débat sur la responsabilité du banquier s'est concentré sur l'entrée en relation contractuelle et sur le comportement que la banque doit adopter vis-à-vis de ses clients. A ce stade, trois obligations principales pèsent sur le banquier :

- une obligation d'information ;
- une obligation de conseil ;
- et une obligation de mise en garde.

1 — L'obligation d'information

Comme le relève Marie-Christine Fournier-Gille le non-respect par les banques de leur obligation d'information est sanctionné par les tribunaux sur la base de l'article 1147 du Code civil (N° Lexbase : L1248ABT). Il s'agit en fait d'une obligation autonome qui se décompose sous deux angles :

- d'une part, l'obligation pour les établissements de s'informer ;
- d'autre part, l'obligation d'informer le client pour que celui-ci émette un avis éclairé.

1.1 — L'obligation de s'informer

Chaque distributeur de produits financiers, quelle que soit sa fonction, doit aujourd'hui effectuer une certaine évaluation de son client qui va porter à la fois sur sa situation financière mais également sur ses connaissances en matière financière et sur ses objectifs en matière d'investissement.

Ainsi, dans un arrêt du 10 janvier 2012, la Chambre commerciale de la Cour de cassation (Cass. com., 10 janvier 2012, n° 10-28.800, F-D N° Lexbase : A8134IAI) a-t-elle rappelé ce principe. Dans cette affaire, il s'agissait de la conclusion d'un PEA. La cour d'appel de Metz (CA Metz, 1ère ch., 21 octobre 2010, n° 08/02 759 N° Lexbase : A2475GQQ) avait rejeté la demande de la cliente qui reprochait à la banque qui lui avait fait souscrire ce produit de ne pas l'avoir informée et conseillée sur les mécanismes de ce placement. Pour les juges messins, en effet, aucun manquement à l'obligation d'information n'était caractérisé à la charge de la banque, et spécialement aucun manquement fautif aux règles de bonne conduite en vigueur au moment de l'ouverture du PEA et de la souscription des premiers placements sur celui-ci. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel estimant qu'"en se déterminant par de tels motifs impropres à établir que la banque avait procédé, lors de la conclusion du PEA, à l'évaluation de la situation financière de [la cliente], de son expérience en matière d'investissement et de ses objectifs concernant les services demandés et qu'elle avait fourni à sa cliente une information adaptée en fonction de cette évaluation, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision".

Pour Maître Fournier-Gille, on voit bien à travers cet arrêt assez symptomatique, que l'on attend une démarche véritablement active de la part du banquier, démarche qui est d'ailleurs aujourd'hui précisée par l'article L. 533-13, I du Code monétaire et financier (N° Lexbase : L3087HZZ) lorsque la banque intervient en tant que PSI. En effet, aux termes de ce texte, "*en vue de fournir le service de conseil en investissement ou celui de gestion de portefeuille pour le compte de tiers, les prestataires de services d'investissement s'enquêtent auprès de leurs clients, notamment leurs clients potentiels, de leurs connaissances et de leur expérience en matière d'investissement, ainsi que de leur situation financière et de leurs objectifs d'investissement, de manière à pouvoir leur recommander les instruments financiers adaptés ou gérer leur portefeuille de manière adaptée à leur situation*". La jurisprudence se calque donc désormais sur les dispositions du Code monétaire et financier.

Le règlement général de l'AMF vient, par ailleurs, amplifier l'obligation des banquiers en la matière et détaille cette quête d'informations avec ce que la pratique appelle le test d'adéquation. En effet, son article 314-44 précise que le prestataire de services d'investissement doit se procurer auprès du client toutes les informations lui permettant d'avoir une connaissance suffisante des faits essentiels le concernant et de considérer, compte tenu de la nature et de l'étendue du service fourni, que la transaction qu'il entend recommander ou le service de gestion de portefeuille qu'il envisage de fournir satisfait aux trois critères suivants :

- le service répond aux objectifs d'investissement du client ;
- le client est financièrement en mesure de faire face à tout risque lié à la transaction recommandée ou au service de gestion de portefeuille fourni et compatible avec ses objectifs d'investissement ;
- le client possède l'expérience et les connaissances nécessaires pour comprendre les risques inhérents à la transaction recommandée ou au service de gestion de portefeuille fourni.

En pratique, cela exige des PSI qu'ils fassent remplir un questionnaire par leurs clients pour établir le profil le plus adéquat. La Cour de cassation s'est prononcée à plusieurs reprises sur la question. Ainsi, dans un arrêt du 16 décembre 2008, la Chambre commerciale est venue préciser que le PSI engage sa responsabilité *de facto*, si cette évaluation n'a pas été effectuée. Dès lors, si le questionnaire n'est pas rempli ou est incomplet, il est conseillé au PSI de s'abstenir de fournir le service ou le produit au client. La Cour de cassation est même allée plus loin dans un arrêt du 12 février 2008 (Cass. com., 12 février 2008, n° 06-20.835, FS-P+B N° Lexbase : A9219D49) dans lequel elle a précisé que le PSI ne pouvait se protéger et s'exonérer de toute responsabilité dès lors qu'il s'était fait remettre par le client une attestation en bonne et due forme par laquelle ce dernier attestait de ses compétences en matière boursière.

On voit bien à travers cette obligation d'information que la banque qui constate que le produit n'est pas en adéquation avec le profil du client, peut et même doit en refuser la fourniture, même si cela pose évidemment des problèmes en pratique d'un point de vue commercial. Etant donné que la déclaration sur l'honneur semble ne pas suffire, Maître Fournier-Gille conseille aux banques de se constituer un véritable dossier sur la situation du client qui sera essentiellement composé des éléments comptables, de la déclaration des revenus.

1.2 — L'obligation d'informer

Les banques doivent porter à la connaissance de leur clientèle tous les faits objectifs pour qu'elles puissent se faire une idée précise du bien ou du service proposé. Il s'agit, là aussi, d'une obligation qui se situe en amont de la conclusion du contrat ; pour autant la responsabilité mise en jeu est la responsabilité contractuelle de l'article 1147 du Code civil. Cette obligation et la sanction qui l'accompagne sont identifiées depuis très longtemps par la jurisprudence mais se sont renforcées ces dernières années, mouvement qui s'est accentué depuis l'ordonnance de 2007 de transposition de la Directive "MIF" qui a ajouté dans le Code monétaire et financier tout une série d'obligations précises à la charge des banquiers.

Ainsi, lorsqu'il propose un nouveau produit, le PSI doit délivrer une information, quel qu'en soit le support, qui présente un caractère clair, exact et non-trompeur. La jurisprudence se sert beaucoup de ces éléments et va très loin dans son analyse. Cette obligation de dispenser une information claire, exacte et non-trompeuse doit également être respectée dans le cadre de l'exécution du contrat, notamment lorsqu'il est proposé au client, non pas de conclure un nouveau contrat, mais de modifier son orientation de portefeuille (RG AMF, art. 314-26).

Ces mêmes exigences se retrouvent en cas d'offre revêtant un caractère promotionnel. En effet, en vertu de l'article L. 533-12, I du Code monétaire et financier (N° Lexbase : L3086HZC), *"toutes les informations, y compris les communications à caractère promotionnel, adressées par un prestataire de services d'investissement à des clients, notamment des clients potentiels, présentent un contenu exact, clair et non trompeur. Les communications à caractère promotionnel sont clairement identifiables en tant que telles"*. Il en est notamment ainsi des contrats prévoyant un taux majoré ou bloqué pendant un laps de temps. Ce principe se retrouve pour les contrats d'assurance-vie à l'article L. 132-27-1 du Code des assurances (N° Lexbase : L7088ICI).

En outre, le II de l'article L. 533-12 du Code monétaire et financier impose aux PSI de communiquer aux clients les informations leur permettant raisonnablement de comprendre la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument financier proposé ainsi que les risques y afférents, afin que les clients soient en mesure de prendre leurs décisions d'investissement en connaissance de cause. L'article 314-11 du RG AMF précise les caractères que doit satisfaire cette information en trois points. Le PSI doit s'abstenir en particulier de mettre l'accent sur les avantages potentiels d'un service d'investissement ou d'un instrument financier sans indiquer aussi, correctement et de façon très apparente, les risques éventuels correspondants. Elle est suffisante et présentée d'une manière qui soit compréhensible par un investisseur moyen de la catégorie à laquelle elle s'adresse ou à laquelle il est probable qu'elle parvienne, ce qui laisse ici une grande latitude d'interprétation à la jurisprudence. Enfin, l'information ne doit pas travestir, ni minimiser, ni occulter certains éléments, déclarations ou avertissements importants.

Comme le prévoit les articles 314-12 et suivants du règlement général de l'AMF, un accent particulier doit être mis sur la présentation des performances passées et attendues du produit proposé. Ainsi, la comparaison entre deux

produits doit être pertinente ; il convient de préciser les sources d'information utilisées pour cette comparaison et les principaux faits et hypothèses utilisés. Lorsque l'information contient une indication des performances passées elle ne doit pas constituer le thème central de l'information communiquée. Il doit être indiqué que les performances passées ne préjugent pas des performances futures. Il est également précisé que lorsque l'information contient des données sur les performances futures, elle doit reposer sur des hypothèses raisonnables fondées sur des éléments objectifs.

Cette information du client est essentielle et la responsabilité du banquier est systématiquement engagée lorsqu'un défaut est constaté. Au soutien de cette affirmation, Marie-Christine Fournier-Gille a cité plusieurs arrêts.

- Cass. civ. 1, 2 avril 2009, n° 08-12.114, F-D (N° Lexbase : A5228EED) : selon la première chambre civile, le gestionnaire de sommes placées dans un contrat d'assurance-vie qui proposait un changement de gestion à son client passant d'une gestion dite équilibrée à une gestion dynamique se doit de présenter à celui-ci les caractéristiques les moins favorables et les risques inhérents à l'option dynamique choisie ;

- Cass. com., 24 juin 2008, n° 06-21.798, FP-P+B+R+I (N° Lexbase : A3017D9M) : dans cet arrêt, rendu dans le cadre de souscriptions de parts de FCP, la Cour a retenu que la publicité délivrée par la personne qui propose à son client de souscrire des parts de fonds commun de placement doit être cohérente avec l'investissement proposé et mentionner le cas échéant les caractéristiques les moins favorables et les risques inhérents aux options qui peuvent être le corollaire des avantages énoncés ;

- CA Toulouse, 3 septembre 2009 et CA Paris 29 janvier 2009 : dans ces deux arrêts les juges ont estimé que la responsabilité du banquier dans le cadre des documents publicitaires accompagnant les OPCVM, lesquels devaient être conçus de manière équilibrée, de sorte qu'en s'abstenant de présenter les risques afférents à l'évolution de la bourse, ces documents ne répondaient pas à l'exigence d'une information complète et objective du produit financier proposé à la clientèle ;

- Cass. com., 15 février 2011, n° 10-12.185, F-D (N° Lexbase : A1639GXY) : la Cour retient, en revanche, que n'encourt pas la mise en cause de sa responsabilité le gérant d'un contrat d'assurance-vie qui présente bien à son client les différents modes de gestion des actifs placés, les risques qui y sont associés, notamment en terme de capital, liés à la forte proportion d'actions du portefeuille et au mode de gestion plus dynamique.

La jurisprudence ne cesse donc de rappeler que cette information doit être à chaque fois (i) claire, exacte et non trompeuse, (ii) adaptée à l'évaluation des objectifs et à la compétence du client et (iii) en adéquation avec les produits proposés.

Ainsi, sur le premier point, la cour d'appel de Grenoble a retenu, dans un arrêt du 13 mars 2012, que l'obligation d'information ne se réduit pas toutefois à la remise de cette notice, notamment lorsque le prestataire a fait usage d'autres documents ou a prodigué des conseils relatifs au placement litigieux. Aussi, le caractère erroné de l'information relative à la garantie du capital, ne peut être suppléé par l'exactitude des informations fournies concernant les caractéristiques du produit stipulées dans la notice, des lors que celles-ci sont contradictoires avec l'information précédente et qu'elles ne sont pas en adéquation avec la situation personnelle de l'investisseur connue de la banque (CA Grenoble, 13 mars 2012, n° 09/05 211 N° Lexbase : A4207IX4). Cet arrêt met en exergue l'insuffisance de la notice remise et l'attention particulière qui doit être portée aux observations qui sont fournies, la nécessité d'annexer tous les documents justificatifs, de les remettre en double exemplaires et de les faire cosigner par les clients afin qu'ils ne puissent pas arguer ne pas en avoir eu connaissance.

Sur la nécessité d'offrir des produits adaptés aux objectifs et à la compétence du client, la cour d'appel de Paris a jugé, dans un arrêt du 5 avril 2012, que le PSI avait engagé sa responsabilité envers son client, qui n'était pas un opérateur averti, lors de l'ouverture du compte, en ne procédant pas à l'évaluation des objectifs et de sa compétence, s'agissant de la maîtrise des opérations spéculatives envisagées et des risques encourus dans ces opérations et en ne lui fournissant pas une information adaptée en fonction de cette évaluation (CA Paris, Pôle 5, 6ème ch., 5 avril 2012, n° 10/16 065 N° Lexbase : A7045IHE).

La jurisprudence utilise parfois une notion proche qui est celle d'"obligation de cohérence". Ainsi, en a-t-il été dans un arrêt rendu le 24 juin 2008 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation (Cass. com., 24 juin 2008, n° 06-21.798, préc.). Dans cette affaire la plaquette commerciale reçue par la cliente indiquait "vous n'avez pas à vous inquiéter des évolutions des marchés financiers", le diagramme qui y figurait n'envisageait à aucun moment de perte et, même en cas de baisse de l'indice DJ euro Stoxx de 50 à 35 %, il était encore envisagé un gain de 2,25 %. La cour d'appel avait alors retenu que si ce document n'a pu à aucun moment informer la cliente, celle-ci a cependant été informée par l'examen de la notice visée par la Commission des opérations de bourse. La Cour de cassation censure cette solution : la publicité délivrée par la personne qui propose à son client de souscrire

des parts de fonds commun de placement doit être cohérente avec l'investissement proposé et mentionner le cas échéant les caractéristiques les moins favorables et les risques inhérents aux options qui peuvent être le corollaire des avantages énoncés ; l'obligation d'information qui pèse sur ce professionnel ne peut être considérée comme remplie par la remise de la notice lorsque la publicité ne répond pas à ces exigences.

Cette évolution jurisprudentielle sur la publicité remise au client a été depuis confirmée, notamment par les affaires "Benefic — La Poste" qui montrent clairement, dans le cadre de souscription de parts de FCP, que les banques sont automatiquement sanctionnées lorsque l'information fournie n'est pas cohérente avec l'investissement proposé (Cass. com., 19 septembre 2006, cinq arrêts, n° 05-15.304, F-P+B N° Lexbase : A2802DR9, n° 05-15.305, F-D N° Lexbase : A2803DRA, n° 05-14.343, F-P+B N° Lexbase : A2800DR7, n° 05-14.344, F-P+B N° Lexbase : A2801DR8 et n° 04-19.522, F-D N° Lexbase : A2798DR3).

De même, dans un arrêt du 16 juin 2009, la Cour de cassation a posé cette exigence de cohérence concernant des prêts remboursables *in fine* adossés à des contrats d'assurance-vie (Cass. com., 16 juin 2009, n° 08-11.618, FP-P+B N° Lexbase : A2957EID).

En conclusion, Maître Fournier-Gille estime qu'à la lecture de cette jurisprudence, il apparaît que si la documentation commerciale remise au client reproduit fidèlement l'ensemble des caractéristiques du produit proposé, les avantages et les inconvénients, les opportunités et les risques qui y sont associés, alors la remise de la notice visée par l'AMF peut suffire. En revanche, si la plaquette commerciale n'est pas assez objective, la banque reste tenue, au moment de la conclusion du contrat et lorsqu'elle propose des changements d'orientation, de compléter la notice et de remettre la documentation complémentaire pour justifier qu'elle a bien respecté son obligation d'information.

2 — L'obligation de conseil

Selon Maître Julien Augais, l'obligation de conseil n'est pas aisée à distinguer de l'obligation d'information. Ces deux obligations sont en effet interdépendantes, dès lors que l'obligation d'information comporte une obligation de cohérence et que le PSI doit effectuer un test d'adéquation. L'obligation de s'informer sur la situation du client induit nécessairement l'obligation d'orienter la nature de la relation contractuelle (par exemple, vers une gestion prudente, dynamique, indirecte, un mandat de gestion, etc.). Cette perméabilité de ces deux notions se retrouve également dans l'obligation qui est faite de catégorisation des clients en clients avertis et clients non-avertis afin de doser par la suite le degré d'information et de conseil qui doit être dispensé au client. Cette catégorisation et cette interdépendance sont aujourd'hui renforcées avec la transposition de la Directive "MIF" qui impose de distinguer les clients professionnels, les contreparties éligibles et les clients non-professionnels.

Toutefois l'obligation de conseil perdure et un certain nombre de décisions sont rendues sur cette base.

Il convient au préalable de distinguer la nature du contrat et la nature du produit.

Pour ce qui concerne la première, deux situations, celles décrites par le Code monétaire et financiers, sont possibles :

- le service autre que le conseil en investissement ou la gestion de portefeuille pour compte de tiers ;
- le conseil en investissement et la gestion de portefeuille pour compte de tiers.

Ainsi, tout d'abord, le II de l'article L. 533-13 prévoit-il qu'en vue de fournir un service autre que le conseil en investissement ou la gestion de portefeuille pour le compte de tiers, les prestataires de services d'investissement demandent à leurs clients, notamment leurs clients potentiels, des informations sur leurs connaissances et leur expérience en matière d'investissement, pour être en mesure de déterminer si le service ou le produit proposés aux clients ou demandés par ceux-ci leur conviennent. Lorsque les clients ne communiquent pas les informations nécessaires ou lorsque les prestataires estiment, sur la base des informations fournies, que le service ou l'instrument ne sont pas adaptés, les prestataires mettent en garde ces clients, préalablement à la fourniture du service dont il s'agit. Cette obligation de mise en garde saute dès lors que le service porte sur des instruments financiers qui ne sont pas complexes au sens du règlement général de l'AMF.

Concernant ces "services autres", qui visent essentiellement l'activité de teneur de compte conservateur, un certain nombre de décisions a été rendu. La jurisprudence prévoit ainsi qu'en présence d'un simple mandat d'administration ou de dépôt, le banquier n'est pas débiteur d'une obligation de conseil mais simplement d'une obligation de diligence. Pour autant cela ne l'exonère en rien de sa responsabilité au titre de la non-exécution ou de la mauvaise exécution des ordres reçus. A ce titre il a été retenu que "vendre au mieux" ne signifie pas vendre n'importe comment et que le banquier peut dans ce cas engager sa responsabilité. Il a aussi l'obligation de rendre des comptes et donc d'attirer

l'attention de son client sur les difficultés qu'il rencontre ou les anomalies qu'il constate. Le banquier exécuteur d'ordre et dépositaire de titres doit enfin informer son client en présence d'opérations complexes ou en fonction des risques particuliers. Les opérations complexes au sens de l'AMF visent essentiellement les instruments négociés sur les marchés à terme ou les marchés non-réglementés.

Ensuite, selon l'article L. 533-13, I, les conseillers en investissement et les gestionnaires de portefeuille pour le compte de tiers doivent s'enquérir auprès de leurs clients, notamment leurs clients potentiels, de leurs connaissances et de leur expérience en matière d'investissement, ainsi que de leur situation financière et de leurs objectifs d'investissement, de manière à pouvoir leur recommander les instruments financiers adaptés ou gérer leur portefeuille de manière adaptée à leur situation. Encore une fois, si l'information n'est pas suffisante, ils doivent s'abstenir de leur recommander des instruments financiers ou de leur fournir le service de gestion de portefeuille pour compte de tiers.

L'analyse de la jurisprudence conduit Julien Augais à distinguer la période précontractuelle de la période contractuelle.

Ainsi dans la phase précontractuelle, le banquier doit fournir une information adaptée en fonction de l'évaluation personnalisée qui doit lui permettre de connaître le degré de connaissance et de compétence de son client nécessaire pour comprendre les risques inhérents au mode de gestion de portefeuille ou des opérations proposées et de le profiler en client averti ou non averti. Après avoir procédé à ce profilage, le gestionnaire doit fournir une information adaptée en fonction de cette évaluation.

Sur cette phase précontractuelle, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 11 février 2012 (CA Paris, 11 février 2012, Pôle 5, 6ème ch., n° 07/20 601 N° Lexbase : A8513ES4), a jugé que le PSI avait une obligation de conseil à l'égard de son client. Il doit ainsi se renseigner sur les objectifs de son client et porter une appréciation critique destinée à orienter les choix de son client au mieux de ses intérêts dont l'intensité dépend de la nature des opérations entreprises et de la connaissance que le client a des risques qu'elles lui font encourir.

A ce titre la Cour de cassation est allée encore plus loin. Elle a en effet retenu que le gestionnaire de portefeuille était débiteur d'une véritable obligation de recommandation : selon elle, le PSI doit guider ses clients dans le choix des investissements qui s'offrent à eux et lui recommander une solution adaptée à ses besoins (Cass. com., 22 mars 2011, n° 10-13.727, FS-P+B N° Lexbase : A7739HIH).

Dans la phase contractuelle, l'obligation de conseil est élargie. Le banquier a l'obligation d'agir avec diligence conformément au mandat de gestion. La règle traditionnelle suppose que le banquier puisse décider de son propre chef de lancer des ordres d'achat ou de vente pour son client dès lors qu'il se situe dans le respect du mandat de gestion. Il n'a à ce titre aucun conseil particulier à lui fournir ; il est libre de gérer les valeurs qui lui sont confiées dans le cadre de la stratégie prédéfinie. Il n'est pas responsable du résultat en raison de l'aléa sauf prise anormale de risque. Le banquier est également tenu d'une obligation de diligence. Cette double obligation a encore été rappelée récemment par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 14 février 2012. Elle a, en effet, retenu que l'obligation d'agir avec compétence, soins, diligence et au mieux des intérêts de leurs clients impose aux gestionnaires de portefeuille de mener une gestion conforme aux objectifs prévus et basée sur un raisonnement logique et stratégique, une gestion active personnelle et suivie et que, eu égard à la nature aléatoire des placements boursiers, le gestionnaire doit être tenu sauf stipulation contraire d'une obligation de moyens (CA Paris, Pôle 5, 7ème ch., 14 février 2012, n° 2010/18 267 N° Lexbase : A4707ICC). Pour Julien Augais, la cour synthétise par cette formule les solutions prétoriennes rendues en matière de responsabilité de gestion de portefeuille.

Ainsi, selon lui, c'est sur cette obligation de moyens de diligence que la jurisprudence ouvre le plus facilement la responsabilité du banquier. La faute du gestionnaire se mesure ici à l'aune de son comportement et non des résultats obtenus. C'est ce que rappelle, entre autres, la cour d'appel dans son arrêt du 14 février 2012 en énonçant que le seul fait que la plus-value escomptée n'ait pas été réalisée, ne saurait engager la responsabilité du gestionnaire dès lors que celui-ci a exercé son mandat avec la diligence et la prudence requise. Le comportement du gestionnaire est apprécié *in abstracto* par rapport à celui d'un gestionnaire avisé placé dans les mêmes circonstances et compte tenu des stipulations du mandat de gestion relatives aux objectifs de gestion et aux limites éventuelles relatives aux interdictions d'investissement. L'appréciation du comportement s'établit au moment où les actes ont été accomplis et non pas postérieurement à la lumière de l'ensemble des informations qui auraient pu être récoltées ensuite.

Au final, dans les faits, les juges vérifient les stratégies élaborées, le nombre et la fréquence des opérations accomplies et le fait qu'elles soient compatibles ou non avec les stipulations du contrat.

Cet arrêt du 14 février 2012 a été rendu au visa des articles 1134 (N° Lexbase : L1234ABC), 1135 (N° Lexbase : L1235ABD) et 1992 (N° Lexbase : L2215ABN) du Code civil, ce qui semble valider les stratégies tendant à retenir

la responsabilité du banquier tout à la fois sur les règles spécifiques du Code monétaire et financier, du règlement général de l'AMF et du mandat.

Sur la mise en cause du banquier au titre des règles spécifiques du Code monétaire et financier et du RG AMF, la Cour de cassation dans un arrêt du 13 décembre 2011 (Cass. com., 13 décembre 2011, n° 11-11.934, F-D N° [Lexbase : A4922H8S](#)), a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait retenu que l'activité de gestion de portefeuille sur un mode dynamique est une activité par nature aléatoire, qui dépend de l'évolution des marchés et qu'il n'apparaît pas, en l'espèce, que la cliente ait subi des pertes plus importantes que celles des autres épargnants à la même période, marquée par l'éclatement successif de bulles financières. La Chambre commerciale censure donc cette solution estimant qu'en se déterminant ainsi, par des motifs desquels il ne résulte ni que la banque avait procédé, lors de la conclusion du mandat de gestion, à l'évaluation de la situation financière de la cliente, de son expérience en matière d'investissement et de ses objectifs concernant les services demandés, ni qu'elle lui avait fourni une information adaptée en fonction de cette évaluation, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

Il est également intéressant de noter l'importance des informations données par le mandant dans l'exécution du mandat puisque, comme le rappelle la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 14 février 2012, précité, le gestionnaire de portefeuille n'est pas lié par les instructions du client. Cette solution s'explique par le pouvoir discrétionnaire qui caractérise la gestion individuelle de portefeuille (C. mon. fin., art. D. 321-1 N° [Lexbase : L5865HZA](#)). Le gestionnaire est donc libre de refuser les ordres transmis car il doit pouvoir mettre en œuvre ses stratégies de gestion sans avoir à subir d'intervention intempestive sous réserve de trois exceptions :

— soit que le mandat de gestion a prévu des interventions du mandant ;

- soit que le mandant intervient au titre d'un ordre précis justifié par l'urgence de la situation ;

- soit qu'il est envisagé une réorientation du portefeuille. S'il n'encourt alors aucune responsabilité à réorienter la gestion du portefeuille, il doit néanmoins réaliser une nouvelle évaluation et signer un nouveau mandat adapté à la situation de son client, ce qui suppose de repasser par une nouvelle obligation d'information et de conseil.

Sur ce dernier point, Julien Augais rappelle que les banques doivent autant que possible éviter les contrats ambigus. C'est ce qu'illustre un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 24 mai 2012 (CA Paris, Pôle 5, 6ème ch., 24 mai 2012, n° 10/16 322 N° [Lexbase : A9362ILC](#)). En l'espèce, un mandat de gestion de portefeuille prévoyait qu'en cas de changement d'objectifs du client qui justifie le choix d'une allocation d'actif différente, soit sur demande du client, soit sur proposition du conseiller, un nouveau mandat serait signé. Or, en réalité rien n'a été fait et le client a fini par se plaindre de la perte qu'il a subie du fait de l'absence de réorientation du portefeuille. La cour d'appel a considéré qu'il appartenait au gestionnaire au titre de son devoir de conseil -en réalité de son devoir de diligence-, de proposer à son client en cours de mandat de modifier l'orientation de la gestion au moment de la chute boursière.

Enfin, concernant les contrats de gestion assistée, le banquier est responsable du fondement des conseils d'investissement qu'il donne à son client et de la faute qu'il commettrait éventuellement en prenant l'initiative d'un ordre, l'obligation du banquier n'étant ici encore qu'une obligation de moyens.

Le banquier qui propose des produits financiers à sa clientèle est tenu d'une obligation d'information et de conseil au cas par cas. Les pouvoirs publics admettent traditionnellement que le banquier dans son activité de conseil financier est tenu d'une obligation de moyens et cela notamment en raison de la technicité croissante des produits proposés et de l'aléa qui leur est inhérent. Néanmoins, à la lumière de la jurisprudence la plus récente, il semble que la situation devienne plus sévère pour les PSI, notamment sous l'effet de la transposition de la Directive "MIF" et de l'obligation d'évaluation. La Cour de cassation a notamment rappelé dans un arrêt du 10 janvier 2012 (Cass. com, 10 janvier 2012, n° 10-28.800, préc.), que les documents descriptifs des caractéristiques d'un placement et les conditions et aléas d'un PEA ne dispensent pas le banquier de son obligation de conseil et d'information. On voit bien, selon Maître Augais, que l'on a une obligation de conseil qui doit se fonder sur les éléments recueillis lesquels doivent orienter le banquier notamment lorsque sont concernés des produits qui sans être réellement spéculatifs sont complexes. Auparavant la Chambre commerciale de la Cour de cassation (Cass. com., 8 avril 2008, n° 07-13.013, F-P+B N° [Lexbase : A8891D7G](#)) avait rappelé que le PSI qui, dans le cadre d'une activité de conseil, préconise des placements doit fournir un conseil adapté à la situation personnelle de son client dont il a connaissance sous peine de commettre une faute sans laquelle ce dernier n'aurait pas procédé aux opérations génératrices de pertes.

3 — L'obligation de mise en garde

Comme l'a relevé Maître Julien Augais dans son exposé, ce devoir de mise en garde a pour objet de prévenir un risque de dommage en attirant l'attention de l'autre partie sur les précautions à prendre. L'arrêt fondateur sur

cette question est l'arrêt "Buon" (Cass. com., 5 novembre 1991, n° 89-18.005 N° Lexbase : A3967ABK) aux termes duquel, 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, hors le cas où il en a connaissance.

Aussi, pour savoir si un client est créancier d'un devoir de mise en garde, il convient d'établir (i) s'il a agi dans le cadre d'une opération spéculative et (ii) s'il en avait connaissance, c'est-à-dire s'il était averti ou non.

La notion d'opération spéculative est assez difficile à définir. L'analyse de la jurisprudence met en exergue la volonté des tribunaux de protéger les clients non-avertis. Il convient toutefois de relever que si la définition n'est pas la même que celle des opérations complexes prévues par le RG AMF, elle s'en approche dans la mesure où la jurisprudence semble entendre par opérations spéculatives celles qui sont effectuées sur les marchés non-réglementés ou, en tout cas, celles qui portent sur les valeurs ne composant pas les principaux indices.

Sur la notion d'investisseur averti, les tribunaux estiment qu'un client sera considéré comme tel s'il a une connaissance avérée en placements financiers. Ainsi, il importe peu que le client ait fait de longues études. La cour d'appel de Paris dans un arrêt du 2 février 2012 a pu considérer que la formation bac + 5, le métier de pharmacien exercé par le client en l'absence d'autres éléments probants, ne suffisent pas à caractériser sa qualité d'emprunteur averti, n'étant pas démontré qu'il avait une compétence avérée en matière de placement financier (CA Paris, Pôle 5, 6ème ch., 2 février 2012, n° 11/05 643 N° Lexbase : A8486IBW).

En revanche a été qualifiée d'investisseur averti, une personne de 53 ans, lors de la souscription, qui était PDG d'une importante SA et se trouvait à la tête d'un patrimoine conséquent comportant plusieurs immeubles, des biens professionnels, des placements fonciers d'épargne, des contrats d'assurance-vie et des valeurs mobilières, entraînant son assujettissement à l'ISF (CA Toulouse, 22 février 2012, n° 10/03 850 N° Lexbase : A1097IDY).

Par ailleurs, un professionnel est considéré comme non-averti dès lors que l'opération financière présente une certaine complexité et que le client n'est pas particulièrement habitué à ces montages. Dans ce cas, la prudence commande de le traiter comme un investisseur profane (cf. CA Aix-en-Provence, 12 mai 2011, n° 10/03 928 N° Lexbase : A0508HSM).

La notion s'apprécie donc en faits, *in concreto*, en tenant compte du nombre d'année et du degré de connaissance de l'investisseur en matière boursière, de sa profession, de ses capacités intellectuelles, de son âge, et des spécificités de l'opération en cause. L'appréciation du caractère averti ou non du client doit se faire non seulement lors de l'entrée en relation mais également tout au long de celle-ci. Dès lors, le client qui passe de très nombreux ordres sur une période de temps extrêmement brève, comme le client ancien et aguerri qui décide d'investir soudain dans de nouveaux produits, ne sauraient être considérés comme des clients avertis. De même, il a été jugé que le prestataire n'est pas affranchi de son obligation de mise en garde à l'égard d'un client qui a une parfaite maîtrise des mécanismes du marché réglementé mensuel dès lors que ce dernier s'intéresse à des marchés plus spécifiques dérogeant aux usages courants et habituels de marchés.

La conséquence est la suivante : non seulement l'investisseur non-averti a droit à plus de conseil que s'il était considéré comme un client averti, mais cette qualification va également influencer sur la qualité du conseil qui lui sera délivré. Il en ressort que si l'opération est non spéculative, c'est-à-dire si elle ne présente pas un risque particulier que le client n'est pas en mesure d'apprécier, la banque n'est pas tenue d'une obligation de mise en garde. Pour autant il n'est pas exonéré de son obligation d'information et de conseil.

Si l'opération est spéculative, la banque sera non seulement tenue de l'obligation d'information et de conseil, mais également d'une obligation de mise en garde sur les risques spéculatifs de l'opération envisagée.

Maître Fournier-Gille a souhaité insister sur le fait que la mise en jeu du non-respect de cette obligation de mise en garde suppose que les deux conditions cumulatives, que sont la présence d'une opération spéculative et le caractère non averti du client, soient réunies. C'est pourquoi d'ailleurs, selon elle, cette obligation, souvent invoquée, est rarement retenue par les tribunaux, l'une des ces deux conditions n'étant pas remplie.

4 — Indemnisation du préjudice et preuve du non-respect des ses obligations par le banquier

Sur le *quantum* du préjudice, Maître Augais relève que la jurisprudence peut tout aussi bien s'appliquer à l'inexécution contractuelle de l'obligation d'information, de conseil ou de mise en garde. Le système est assez simple. Il repose sur le fait que le préjudice résultant d'une telle faute s'analyse en une perte de chance d'avoir pu échapper par une décision plus judicieuse au risque qui s'est finalement réalisé. Le préjudice indemnisé ne peut donc être égal à la totalité des pertes (cf. par ex. : Cass. com., 4 octobre 2011, n° 10-25.077, F-D N° Lexbase : A6023HYQ ; Cass. com., 13 septembre 2011, n° 10-20.644, F-D N° Lexbase : A7531HX9). Conformément à la jurisprudence

classique en matière de perte de chance, cela revient à indemniser le préjudice réel et non l'avantage qu'aurait procuré la chance.

Cela étant, Julien Augais a attiré l'attention sur un autre arrêt rendu le 13 septembre 2011 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui a jugé, s'agissant d'un emprunt qui devait être garanti alors qu'aucune assurance n'a été souscrite, que la perte de chance doit être évaluée, notamment, en prenant en considération la très forte probabilité de l'option de la société pour la garantie la plus étendue, eu égard à son faible coût en raison de l'âge de l'associé et son excellent état de santé à la date du contrat de prêt et au montant des sommes qui aurait été prises en charge si l'assurance adéquate, correctement conseillée et normalement transmise, avait été souscrite (Cass. com., 13 septembre 2011, n° 10-18.980, F-D N° Lexbase : A7530HX8). Cet arrêt pose la question de savoir si l'on est à l'amorce d'un changement de jurisprudence, qui s'inscrirait alors dans la tendance d'une protection toujours plus grande des clients face aux banquiers.

La charge de la preuve de ces trois obligations pèse sur le banquier qui doit prouver qu'il a fourni à son client une information adaptée en fonction de l'évaluation de sa situation financière, de son expérience et des ses objectifs.

En somme l'obligation d'information et de conseil n'est correctement exécutée que lorsqu'elle est fournie sur mesure, le banquier ne pouvant se contenter d'information et d'un conseil de type standard (ex. : Cass. com., 15 juin 2011, n° 10-18.517, F-D N° Lexbase : A7394HTZ).

En guise de conclusion, Maître Marie-Christine Fournier-Gille a estimé qu'il convenait surtout de retenir que ces trois notions sont assez imbriquées les unes aux autres. Les avocats, qu'ils interviennent en qualité de conseil des banques ou de leurs clients, doivent bien avoir à l'esprit de balayer ces trois notions afin de soulever la bonne obligation. D'ailleurs dans de nombreux dossiers, les avocats ont tendance à invoquer aujourd'hui le défaut de mise en garde, qui semble avoir "le vent en poupe" dans les prétoires, alors que le défaut d'information et de conseil sont dans bien des cas plus faciles à mettre en lumière et plus adaptés au dossier.