

## 5 De la bonne conduite à l'obligation contractuelle : à propos du défaut d'appel de couverture

Bénédicte BURY

Bertrand MOREAU, avocats associés, B. Moreau-Avocats

L'application des règles relatives à la constitution de la couverture permet d'illustrer l'évolution qui s'est produite en jurisprudence quant à l'évaluation des obligations du prestataire de services d'investissement, l'étape actuelle étant fixée par l'arrêt de la Cour de cassation du 26 février 2008 (07-10.761<sup>1</sup> réaffirmée le 1<sup>er</sup> juillet 2008 (07-16.461<sup>2</sup> qui n'est que l'écho de ceux rendus le 12 février 2008 (06-20.835<sup>3</sup> - 07-10.038<sup>4</sup> en ce qu'ils précisent que le prestataire de services d'investissement est tenu de réparer les conséquences dommageables d'un manquement aux règles de bonne conduite. La cour rappelle que ces règles renvoient notamment à « l'obligation de se conformer à toutes les réglementations applicables de manière à promouvoir au mieux les intérêts de son client et l'intégrité du marché » dont elle précise qu'elles entrent dans le champ contractuel puisqu'elle ajoute que ces obligations ont vocation à être sanctionnées sur le fondement des dispositions de l'article 1147 du Code Civil. L'obligation de couverture était considérée sur le seul fondement du décret du 7 octobre 1890 comme édictée dans le seul intérêt de l'intermédiaire et de la sécurité des marchés sans que le client puisse se prévaloir du défaut d'appel. Il est vrai que la jurisprudence a fluctué mais la règle a été réaffirmée à plusieurs reprises<sup>5</sup>, malgré l'abrogation du texte de 1890 par la Loi du 22 janvier 1988 ; la promulgation du règlement général du CBV (art. 4.6.2) du règlement général de l'AMF (art. 516-1 et 15 pour les marchés à terme et le SRD) puis l'article L. 533.4 du Code monétaire et financier (devenu art. L. 533-11) « règles de bonne conduite » notamment en son

« Bonne conduite, sachez gérer le risque ! »

article 7 obligeant les PSI à « se conformer à toutes les réglementations applicables à l'exercice des activités de manière à promouvoir au mieux les intérêts de leurs clients et l'intégrité du marché ».

Immanquablement, ces arrêts de février 2008 ont généré de multiples commentaires y voyant un revirement mais encore y décelant la consécration d'un caractère obligatoire à l'égard des clients des « règles de bonne conduite » auxquelles il est renvoyé ou encore des règles professionnelles auxquelles ces dernières renvoient à leur tour, ce qui est de nature à remplir d'effroi les PSI d'autant que ces règles indiquent qu'elles « doivent être appliquées en tenant compte de la compétence professionnelle (?) en matière de services d'investissement de la personne à laquelle le service d'investissement est rendu ».

Ces décisions présentent ce mérite d'interpeller sur l'articulation des principes généraux innervant les relations entre cocontractants (la bonne foi par exemple), les « règles de bonne conduite » qui d'ordinaire traduisent un comportement déontologique et sectoriel, d'où les termes employés (loyauté, équité, diligences, manière appropriée,..) des obligations à la charge du professionnel édictées dans l'intérêt de l'intégrité du marché et celles édictées dans l'intérêt du client. Ces dernières sont conçues, dans l'esprit du droit de la consommation, pour la protection souhaitée du client, « tatillonnes » mais très précises et dont il a d'ailleurs été jugé qu'elles étaient exclusives de bonne foi (!), comme relevant de ce qui est attendu du professionnel, incontestablement détachées en tout cas d'une bonne ou mauvaise foi du professionnel. Ne serait-il pas quelque peu contradictoire d'être amené d'un côté à voir se développer des obligations très précises à la charge des professionnels, destinées à être invoquées par le client précisément parce qu'édictées pour sa protection et d'un autre côté accepter que le juge puisse encore, par le biais de « règles de bonne conduite », ajouter au contrat un contenu non prévisible, fonction des circonstances postérieures mais encore par « renvoi de renvoi » à des « règles professionnelles », dont certaines sont édictées dans l'intérêt de « l'intégrité du marché », et dont la source n'est pas déterminée. La démonstration du caractère inapproprié d'un tel renvoi ne se constaterait-il pas comme souvent à l'occasion de la recherche du régime de droit commun que l'on souhaite lui appliquer par forçage, du lien de causalité entre la faute alléguée et le préjudice, la perte de chance constituant la solution facile laissée elle aussi à la souveraine appréciation du juge du fond<sup>6</sup> ?

Toutes ces imprécisions nuisent à la sécurité juridique et sont la source d'un contentieux lourd à la solution incertaine.

1. *JurisData* n° 2008-042935.

2. *JurisData* n° 2008-044712.

3. *JurisData* n° 2008-042750.

4. *JurisData* n° 2008-042783.

5. *Cass. com.*, 5 nov. 1991, n° 89-18.005 : *JurisData* n° 1991-002781. - *Cass. com.*, 8 juill. 2003, n° 00-18941 : *JurisData* n° 2003-019876. - *Cass. com.*, 6 mars 2007, n° 05-20.399 : *JurisData* n° 2008-042781.

6. *Cass. com.*, 12 févr. 2008 n° 06-21.974