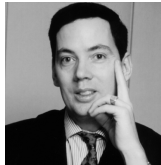


Chronique financière et boursière



Hubert de Vauplane
Direction des affaires juridiques
Banque Paribas

**Marchés à terme. Ordres de bourse.
Avis d'opéré. Absence de protestation.
Preuve de l'ordre de bourse (oui).
Responsabilité de l'intermédiaire (non)**

*Cassation commerciale. 24 février 1998,
Drouillot/Banque Niçoise de Crédit.*

La réception de nombreux avis d'opérations en bourse et relevés de comptes et la continuation des relations de comptes courants sans protestation contre le contenu des écritures sont des éléments suffisants pour admettre l'existence et l'exécution d'ordres de bourse.

Les clients d'une banque reprochent à celle-ci l'exécution d'ordres de bourse qui auraient été effectués sans leur consentement. Ils estiment que leur intermédiaire ne justifie pas d'ordres écrits de leur part et que celui-ci n'a pas respecté les obligations imposées aux intermédiaires pour de telles opérations par la Cob. Si les faits sont assez laconiques, on peut penser qu'ils sont d'une relative grande banalité : un couple client d'une banque réalise directement des opérations de bourse en passant ses ordres par téléphone (aucune des parties à l'arrêt n'invoque l'existence d'un mandat de gestion de portefeuille, ce qui conduit la banque à soutenir avoir reçu un simple mandat de tenue de compte). Parmi ces opérations, le résultat de certaines se révèle négatif : la banque demande alors à ses clients de payer les sommes dues au titre de ces opérations. A partir de là, les choses se compliquent, et les faits relatés ne peuvent pas nous aider : soit le client estime en toute bonne foi ne pas avoir passé un ordre téléphonique et demande alors réparation pour un ordre qu'il considère ne pas avoir passé, soit au contraire il sait parfaitement avoir passé un tel ordre et tente de s'exonérer des conséquences en contestant la validité.

- Le premier enseignement de cet arrêt a trait à la portée du silence du client à réception des avis d'opéré. En effet, si les requérants ne contestent pas que l'ordre de bourse peut se prouver par tout moyen et qu'en conséquence, la réception d'un avis d'opéré précis non suivie d'une contestation immédiate est admissible pour prouver l'existence d'un ordre verbal, ils estiment pourtant que cette règle ne peut être opposée par une banque ou un intermédiaire financier à son client non commerçant. En n'opérant pas cette distinction, la Cour donne une portée très générale à sa règle selon laquelle

la réception des avis d'opéré et de relevés de comptes les mentionnant ainsi que la poursuite des relations commerciales au moyen du compte courant «sans protester contre le contenu de ces écritures (permet d'en) déduire, sans avoir à rechercher si les intéressés étaient commerçants, qu'ils avaient admis l'existence et l'exécution des ordres devenus ensuite litigieux». Cette solution s'inscrit dans la lignée de la position de la Cour de cassation qui, dans un arrêt de principe du 26 mars 1996, en visant les articles 189 bis du code de commerce et 1134 du code civil, a encadré la pratique de la preuve par la non-contestation des avis d'opéré en indiquant que «si la réception sans protestation ni réserve des avis d'opéré et des relevés de comptes fait présumer l'existence et l'exécution des opérations qu'ils indiquent, elle n'empêche pas le client, pendant le délai convenu, ou à défaut pendant le délai de la prescription, de reprocher à celui qui a effectué ces opérations de n'avoir pas agi conformément aux ordres reçus» (14). L'arrêt ici commenté nous précise que la présomption de l'existence et de l'exécution des opérations peut être apportée par la continuité des relations de compte courant sans protestation de la part du client sur le contenu des écritures. Déjà dans un précédent arrêt du 26 novembre 1996 la Cour de cassation avait considéré que dès lors que le client avait poursuivi ses ordres après la date de contestation des opérations, il devait être considéré comme étant informé de l'existence des opérations eu égard aux soldes réels de ses comptes (15). Ainsi, le client qui conteste la réalité d'une opération doit-il non seulement contester l'ordre portant sur cette opération, mais aussi dénoncer la fictivité du solde de son compte sur lequel l'opération litigieuse a donné lieu à mouvement au crédit ou au débit.

- Le deuxième enseignement de l'arrêt commenté porte sur la nécessité d'un mandat exprès pour la réalisation d'opérations sur les marchés à terme ou conditionnels. L'arrêt rejette les prétentions des requérants estimant que la banque ne peut recevoir de ses clients des ordres d'opérations sur le Monep qu'en exécution d'un «contrat préalable de gestion». En effet, selon la Haute Cour, l'exigence d'un mandat exprès n'est pas nécessaire en la matière. Une telle solution n'est aujourd'hui plus possible compte tenu des dispositions du règlement Cob n° 96-03.

Rappelons par ailleurs qu'aux termes du règlement Cob n° 97-02 (remplaçant les règlements 90-09 et 92-01) l'intermédiaire financier doit remettre à son client désireux d'intervenir sur le Monep ou le Matif une note d'information

afin d'attirer son attention sur les risques encourus par l'utilisation de tels marchés (16). Lorsque le client n'intervient pas «à titre de profession habituelle», le prestataire ne peut recevoir aucun ordre ni fonds de sa part avant d'une part, un délai de sept jours de bourse et d'autre part, une attestation signée de son client reconnaissant le caractère dangereux (sic) de ces marchés.

Les requérants faisaient état d'un troisième moyen qui trouvait son fondement dans le devoir d'information. Ils estimaient que dès lors que la jurisprudence reconnaît un devoir d'information à la charge de l'intermédiaire envers son client sur les risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme, et ce quelles que soient les relations contractuelles, il fallait déduire d'un tel devoir l'obligation pour l'intermédiaire d'informer son client sur l'opportunité de vendre la totalité de son portefeuille en raison de l'état du marché. En conséquence, la banque qui avait réalisé pour le compte de son client une vente dégageant une moins value importante aurait dû appeler préalablement l'attention des intéressés sur l'état du marché et le caractère opportun de la vente. Malheureusement, le moyen étant mélangé de fait et de droit n'a pu être examiné par la Haute Cour. Sans risquer une réponse à sa place (un tel devoir d'alerte ne constituerait-il toutefois pas une véritable immixtion du banquier dans les affaires de son client ?), on peut être assuré des difficultés de mise en œuvre d'une telle obligation pour le banquier.

(14) Cass. com. 26 mars 1996, *Banque & Droit*, n° 48, juillet/août 1996, p. 33.

(15) Cass. com. 26 novembre 1996, *Banque & Droit* n° 52, mars-avril 1997, p. 38.

(16) Pour une présentation du règlement Cob n° 97-02, cf. *Banque & Droit* n° 57, janvier-février 1998, p. 37.