

Table des matières

PRÉFACE	VII
SOMMAIRE	XI
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS ET CONVENTIONS	XIII
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1

PREMIÈRE PARTIE LE DROIT DES OBLIGATIONS ET L'UNICITÉ DES CONTRATS D'INTERMÉDIATION FINANCIÈRE

TITRE I. DES CONTRATS DE PRESTATION PERMANENTE DE SERVICES	9
Chapitre I. L'UNICITÉ À TRAVERS LES CLASSIFICATIONS CLASSIQUES DES CONTRATS	11
Section I. L'unicité des contrats d'intermédiation financière à travers les classifications classiques relatives à la formation des contrats	11
§ 1. Les contrats d'intermédiation financière comme contrats conclus <i>miintuitu personae</i>	12
§ 2. Les contrats d'intermédiation financière comme contrats de consommation	14
A. L'éventuelle soumission des contrats d'intermédiation finan- cière au droit de la consommation	16

B. Le rattachement des dispositions consuméristes protégeant l'investisseur au droit de la consommation : l'exemple du démarchage	20
1. L'interdiction comme moyen de protéger l'investisseur préalablement à la formation des contrats d'intermédiation financière	23
2. L'information de la personne démarchée comme moyen de protéger l'investisseur préalablement à la formation des contrats d'intermédiation financière	24
3. Le droit de rétractation comme moyen de protéger l'investisseur	24
4. Un dispositif normatif applicable seulement lorsque la personne démarchée mérite un régime protecteur	26
§ 3. Les contrats d'intermédiation financière comme contrats consensuels	26
A. Le rattachement des contrats d'intermédiation financière aux contrats consensuels	27
1. Le contrat d'intermédiation de gestion individuelle comme contrat consensuel	27
2. Le contrat d'intermédiation de marché comme contrat consensuel	29
3. Le contrat d'intermédiation de conservation comme contrat consensuel	30
B. Essai d'explication du principe selon lequel l'écrit constatant les contrats d'intermédiation financière est requis <i>ad probationem</i>	32
Section II. L'unicité des contrats d'intermédiation financière à travers les classifications classiques relatives au contenu des contrats	36
§ 1. Les contrats d'intermédiation financière comme contrats synallagmatiques et à titre onéreux	36
§ 2. Les contrats d'intermédiation financière comme contrats commutatifs	37
§ 3. Les contrats d'intermédiation financière comme contrats à exécution successive	38
Chapitre II. L'UNICITÉ À TRAVERS LE CONTENU DES CONTRATS	41
Section I. L'unicité des contrats d'intermédiation financière à travers l'objet « moyen »	42
§ 1. Le principe d'une dissociation des intérêts et des prérogatives dans les contrats d'intermédiation financière	43
A. La notion d'intérêt	44
B. La détermination du porteur de l'intérêt dans les contrats d'intermédiation financière	46

§ 2. Les techniques juridiques permettant de dissocier l'intérêt des prérogatives	47
A. Le pouvoir comme technique juridique permettant de dissocier l'intérêt des prérogatives	47
1. L'intermédiaire financier et l'émission d'actes juridiques .	47
2. L'intermédiaire financier et l'émission d'actes contraignants pour autrui	48
B. La personne comme technique juridique permettant de dissocier l'intérêt des prérogatives	50
Section II. L'unicité des contrats d'intermédiation financière à travers la cause	53
§ 1. La notion de cause à travers la recherche d'un élément d'unicité des contrats d'intermédiation financière	54
§ 2. La cause catégorique comme élément d'unicité des contrats d'intermédiation financière à travers l'accès aux marchés financiers	56
TITRE II. DES CONTRATS FIDUCIAIRES	61
Chapitre I. LA NOTION DE CONTRAT FIDUCIAIRE	63
Section I. Le contrat fiduciaire à travers la fiducie	64
§ 1. Les applications de la fiducie en droit positif	64
A. Les applications de la fiducie-sûreté en droit positif	66
B. Les applications de la fiducie-gestion en droit positif	69
§ 2. La fiducie comme contrat fiduciaire	71
Section II. Les contrats fiduciaires à travers les contrats donnant naissance à des obligations fiduciaires	74
§ 1. Les obligations fiduciaires des dirigeants sociaux	74
§ 2. Les obligations fiduciaires dans la représentation fiduciaire : la thèse du Professeur Philippe Didier	76
Section III. La proposition : les contrats fiduciaires comme contrats assis sur la confiance	78
§ 1. Recherche d'un principe axiomatique commun aux contrats fiduciaires	81
A. Les contrats fiduciaires comme contrats encadrés au titre des conflits d'intérêts	81
B. Le contrats fiduciaires comme catégorie juridique originale .	83
1. La catégorie des contrats fiduciaires et celle des contrats-échange et des contrats-organisation	83
2. La catégorie des contrats fiduciaires et celle des contrats relationnels et des transactions discrètes	85
3. La catégorie des contrats fiduciaires et celle des contrats de situation et des contrats d'occasion	86

§ 2. Ébauche d'un régime propre aux contrats fiduciaires	88
A. L'unicité des contrats fiduciaires à travers l'obligation commune de diligence et la loyauté	89
B. L'unicité des contrats fiduciaires à travers l'obligation commune d'information	92
C. L'unicité des contrats fiduciaires à travers l'obligation commune de rendu de compte	94
D. L'unicité des contrats fiduciaires à travers la déontologie	96
Chapitre II. LES CONTRATS D'INTERMÉDIATION FINANCIÈRE À TRAVERS LES CONTRATS FIDUCIAIRES	101
Section I. Les contrats d'intermédiation à travers la confiance objective des contrats fiduciaires	105
Section II. Les contrats d'intermédiation à travers la confiance subjective des contrats fiduciaires	110
§ 1. La confiance subjective à travers le contrôle du risque : la mise en garde relative aux risques encourus dans les opérations spécu- latives sur les marchés à terme	115
A. La détermination des opérations appelant l'exécution de l'obligation de mise en garde	116
B. La détermination des débiteurs de l'obligation de mise en garde	118
C. La détermination du préjudice résultant d'un manquement de l'intermédiaire à son obligation de mise en garde	119
§ 2. La confiance subjective à travers le contrôle du risque : les limites de la mise en garde relative aux risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme	121

**SECONDE PARTIE
LE DROIT DES OBLIGATIONS
ET LA DIVERSITÉ DES CONTRATS
D'INTERMÉDIATION FINANCIÈRE**

TITRE I. LE DROIT DES OBLIGATIONS ET LE CONTRAT D'INTERMÉDIATION DE GESTION	131
Chapitre I. L'ÉTABLISSEMENT DU CONTRAT D'INTERMÉDIATION DE GESTION	133
Section I. La mission de l'intermédiaire de gestion procède d'un contrat	133
§ 1. La mission de l'intermédiaire financier et l'information de l'investisseur	134

A. Les contours de l'obligation d'information requise lors de l'établissement du contrat de gestion	134
B. Le régime juridique de l'obligation d'information requise lors de l'établissement du contrat de gestion	136
1. Les modalités de transmission de l'information requise lors de l'établissement du contrat de gestion	136
2. La nature juridique de l'obligation d'information requise lors de l'établissement du contrat d'intermédiation de gestion	138
§ 2. La mission de l'intermédiaire de gestion et l'établissement du contrat d'intermédiation de gestion	140
A. L'articulation entre le caractère collectif de la gestion dans les OPCVM et l'exigence d'un contrat écrit	141
1. L'articulation entre le caractère collectif de la gestion dans les OPCVM et la nature contractuelle de la relation .	141
2. L'articulation entre le caractère collectif de la gestion dans les OPCVM et l'exigence de l'écrit	147
B. La preuve du contrat d'intermédiation de gestion individuelle et les procédés probatoires admissibles	151
Section II. La détermination de la mission de l'intermédiaire de gestion	154
§ 1. La mission de l'intermédiaire de gestion à travers l'étendue de ses prérogatives	154
A. Les prérogatives de l'intermédiaire de gestion et la distinction : acte d'administration – acte de disposition	154
B. Les prérogatives de l'intermédiaire de gestion et les droits d'ester en justice et de vote	159
§ 2. La mission de l'intermédiaire de gestion à travers les limites de ses prérogatives	160
A. Les limites des prérogatives de l'intermédiaire et les finalités assignées à la gestion	161
B. Les limites des prérogatives de l'intermédiaire et les opérations autorisées	162
1. Les limites des prérogatives de l'intermédiaire et les opérations autorisées dans la gestion individuelle	163
2. Les limites des prérogatives de l'intermédiaire et les opérations autorisées dans la gestion collective	164
§ 3. La mission de l'intermédiaire de gestion à travers la détermination de la personne au nom de laquelle sont exercées les prérogatives	167
Section III. Les parties au contrat d'intermédiation de gestion	168
§ 1. L'intermédiation de gestion et le recours aux autres professionnels de l'intermédiation financière	169

A. L'intermédiation de gestion et le recours aux professionnels de l'intermédiation de marché	169
B. L'intermédiation de gestion et le recours aux professionnels de l'intermédiation de conservation	169
§ 2. L'intermédiation de gestion et les rapports entre la responsabilité du gestionnaire et celle du gérant	173
A. L'intermédiation de gestion individuelle et les rapports entre la responsabilité du gestionnaire et celle du gérant	174
B. L'intermédiation de gestion collective et les rapports entre la responsabilité du gestionnaire et celle du gérant	175
§ 3. L'intermédiation de gestion et l'exercice par un tiers des prérogatives du gestionnaire	178
A. Les conditions et les effets de la « délégation » des prérogatives du gestionnaire	179
B. Recherche d'une qualification adéquate de l'opération par laquelle le gestionnaire « délègue » ses prérogatives	180
1. Les qualifications non adéquates de l'opération par laquelle le gestionnaire « délègue » ses prérogatives	181
2. La qualification adéquate de l'opération par laquelle le gestionnaire « délègue » ses prérogatives : le sous-contrat ..	185
Chapitre II. L'ACCOMPLISSEMENT DU CONTRAT D'INTERMÉDIATION DE GESTION	191
Section I. Le respect des instructions dans l'accomplissement du contrat d'intermédiation de gestion	191
§ 1. Le domaine du contrôle des instructions dans l'intermédiation de gestion	191
A. Le domaine du contrôle des instructions relatives à l'étendue de la mission dans l'intermédiation de gestion	192
B. Le domaine du contrôle des instructions relatives à l'exécution de la mission dans l'intermédiation de gestion	192
§ 2. Les conséquences d'une transgression des instructions dans l'intermédiation de gestion	194
Section II. L'obligation de diligence dans l'accomplissement de la mission de l'intermédiaire de gestion	196
§ 1. Le contenu de l'obligation de diligence dans l'accomplissement du contrat d'intermédiation de gestion	196
A. L'obligation de diligence et le respect des finalités assignées à la gestion	196
B. L'obligation de diligence et une gestion conforme à celle du <i>bonus argentarius</i>	198
1. Le manquement du gestionnaire à son obligation de gérer le portefeuille comme le ferait le <i>bonus argentarius</i>	

résultant d'une violation des dispositions légales ou réglementaires	199
2. Le manquement du gestionnaire à son obligation de gérer le portefeuille comme le ferait le <i>bonus argentarius</i> résultant d'un manquement aux exigences de normalité et de rationalité	203
§ 2. Les conséquences d'un manquement du gestionnaire à son obligation de diligence	208
A. Le fardeau de la preuve d'un manquement du gestionnaire à son obligation de diligence : la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat	208
B. La responsabilité du gestionnaire pour manquement à son obligation de diligence et le préjudice réparable	212
C. La responsabilité du gestionnaire pour manquement à son obligation de diligence et le lien de causalité	216
D. La responsabilité du gestionnaire pour manquement à son obligation de diligence et les clauses de non-responsabilité ...	221
1. La responsabilité du gestionnaire pour manquement à son obligation de diligence et le contrôle des clauses de non-responsabilité par l'élimination des clauses abusives .	223
2. La responsabilité du gestionnaire pour manquement à son obligation de diligence et le contrôle des clauses de non-responsabilité par le droit commun des contrats et le droit de la concurrence	226
§ 3. L'obligation de diligence et l'exécution des ordres du client par le gestionnaire	228
A. L'obligation de diligence et l'exécution des ordres d'achat fermes et précis du client par le gestionnaire	230
B. L'obligation de diligence et l'exécution des ordres d'achat ou de vente ni précis ni fermes du client par le gestionnaire	231
Section III. L'obligation de loyauté et ses prolongements dans l'accomplissement de la mission de l'intermédiaire de gestion	232
§ 1. La prévalence des intérêts de l'investisseur dans l'accomplissement de la mission de l'intermédiaire de gestion	232
§ 2. L'obligation de l'intermédiaire de gestion de rendre compte de sa mission	235
A. Le principe de l'obligation de rendre compte mise à la charge du gestionnaire	236
1. Le principe de l'obligation de rendre compte mise à la charge du gestionnaire et l'information intrinsèque	236
2. Le principe de l'obligation de rendre compte mise à la charge du gestionnaire et l'information extrinsèque	237
B. La portée de l'obligation de rendre compte mise à la charge du gestionnaire	238

§ 3. L'obligation de l'intermédiaire de gestion d'informer l'investisseur de tout fait pertinent	239
TITRE II. LE DROIT DES OBLIGATIONS ET LE CONTRAT D'INTERMÉDIATION DE MARCHÉ	243
Chapitre I. L'ÉTABLISSEMENT DU CONTRAT D'INTERMÉDIATION DE MARCHÉ	245
Section I. La mission de l'intermédiaire de marché procède d'un contrat	245
§ 1. La mission de l'intermédiaire de marché et l'information de l'investisseur	245
A. Les modalités de transmission et d'intériorisation de l'information requise lors de l'établissement du contrat d'intermédiation de marché	246
1. La remise d'une note d'information ou la communication de certaines informations, l'envoi d'une attestation et le respect d'un délai de réflexion comme modalités de transmission et d'intériorisation de l'information .	247
2. Internet comme modalité de transmission et d'intériorisation de l'information requise lors de l'établissement du pouvoir de procéder à une intermédiation de marché	249
B. Le régime juridique de l'obligation d'information requise lors de l'établissement du contrat d'intermédiation de marché	252
1. Les sanctions attachées à l'absence de remise de la note d'information requise aux articles 251-3 et 518-5 du règlement général de l'AMF ou au défaut de communication des informations mentionnées à 251-4 de ce règlement	252
2. Les sanctions attachées à la réception d'ordres ou de fonds en contravention aux exigences énoncées par les articles 251-3, 251-4 et 518-6 du règlement général de l'AMF	253
§ 2. La mission de l'intermédiaire de marché et les qualifications de contrat-cadre et de contrat d'application	256
A. L'échange des consentements dans la formation des contrats d'application d'intermédiation de marché	257
1. L'offre de conclure un contrat d'application d'intermédiation de marché	257
2. L'acceptation de l'offre de conclure un contrat d'application d'intermédiation de marché	258
B. La preuve des contrats d'application d'intermédiation de marché et de leur contenu	262
1. La preuve du contrat d'application d'intermédiation de	

marché et de son contenu à l'encontre de l'intermédiaire de marché	263
2. La preuve du contrat d'application d'intermédiation de marché et de son contenu à l'encontre de l'investisseur ...	263
Section II. Les parties aux contrats d'application d'intermédiation de marché	266
§ 1. Les intermédiaires de marché et les relations juridiques entre l'investisseur, le collecteur d'ordres et le négociateur	268
§ 2. Les intermédiaires de marché et la segmentation des métiers	271
A. Les intermédiations de marché transparentes	272
B. Les intermédiations de marché opaques	273
Section III. Le contrat d'application de marché confère à l'intermédiaire une mission génératrice de pouvoirs	275
§ 1. La mission l'intermédiaire de marché	276
A. La licéité de la mission de l'intermédiaire de marché	276
B. La détermination de la mission de l'intermédiaire de marché	278
1. La détermination de la mission de l'intermédiaire de marché et les limites de ses pouvoirs	278
2. La détermination de la mission de l'intermédiaire de marché et le caractère exprès de l'ordre	279
C. Le rattachement de l'ordre avec service de règlement différé à une catégorie juridique connue	280
§ 2. Le contrat, objet d'un contrat d'intermédiation de marché	282
A. Les caractéristiques juridiques du contrat, objet du contrat d'application d'intermédiation de marché	282
1. Le contrat objet du contrat d'application d'intermédiation de marché et la classification contrat solennel et contrat consensuel	283
2. Le contrat objet du contrat d'application d'intermédiation de marché et la classification contrat commutatif et contrat aléatoire	285
B. Le rejet de la qualification de contrat de vente comme qualification unique du contrat objet du contrat d'application d'intermédiation de marché	286
Chapitre II. L'ACCOMPLISSEMENT DU CONTRAT D'INTERMÉDIATION DE MARCHÉ	289
Section I. L'obligation de diligence dans l'accomplissement de la mission de l'intermédiaire de marché	289
§ 1. L'obligation de diligence dans l'accomplissement de la mission de l'intermédiaire de marché préalablement à l'acceptation de l'ordre	290

A. Les diligences liées à la qualité du donneur d'ordres qui envisage la conclusion d'un contrat d'intermédiation de marché	290
1. L'intermédiaire de marché est tenu d'une obligation d'authentification	290
2. L'intermédiaire de marché n'est pas tenu de s'assurer de l'étendue des pouvoirs du donneur d'ordres	292
B. Les diligences liées à l'opération que le donneur d'ordres envisage d'effectuer	293
1. Les diligences dans l'appel de couverture : l'approche diachronique	296
2. Les diligences dans l'appel de couverture : l'approche synchrone	301
§ 2. L'obligation de diligence dans l'accomplissement de la mission de l'intermédiaire de marché postérieurement à l'acceptation de l'ordre	303
A. L'obligation de diligence de l'intermédiaire de marché dans le traitement de l'ordre	305
1. La faute procédant d'un manquement de l'intermédiaire de marché à son obligation de diligence dans le traitement de l'ordre	305
2. Le préjudice réparable résultant d'un manquement de l'intermédiaire de marché à son obligation de diligence dans le traitement de l'ordre	307
B. L'obligation de diligence de l'intermédiaire de marché dans la liquidation d'office des positions de l'investisseur	308
1. Une liquidation d'office des positions de l'investisseur intervenant dans des conditions régulières ne constitue pas un manquement de l'intermédiaire à son obligation de diligence	309
2. Une liquidation d'office des positions de l'investisseur intervenant dans des conditions irrégulières constitue un manquement de l'intermédiaire à son obligation de diligence susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle	311
3. Ne pas procéder à une liquidation d'office ou y procéder avec retard constitue un manquement de l'intermédiaire à son obligation de diligence susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle	313
Section II. L'obligation de loyauté et ses prolongements dans l'accomplissement de la mission de l'intermédiaire de marché	314
§ 1. Les mesures destinées à assurer la prévalence des intérêts des investisseurs dans l'accomplissement de la mission de l'intermédiaire de marché	315

A. Les mesures générales destinées à assurer la loyauté de l'intermédiaire de marché dans l'accomplissement de sa mission	315
B. Les mesures spéciales destinées à assurer la loyauté de l'intermédiaire de marché dans l'accomplissement de sa mission	316
§ 2. L'obligation de l'intermédiaire de marché de rendre compte de sa mission	319
A. Les obligations de compte rendu et de reddition de comptes mises à la charge de l'intermédiaire de marché	320
B. La portée du silence de l'investisseur à réception du compte rendu et de la reddition de comptes envoyés par l'intermédiaire de marché	323
1. La fonction de validation ou extinctive du silence de l'investisseur à réception du compte rendu et de la reddition de comptes envoyés par l'intermédiaire de marché	324
2. La fonction probatoire du silence de l'investisseur à réception du compte rendu et de la reddition de comptes envoyés par l'intermédiaire de marché	326
§ 3. L'obligation de l'intermédiaire de marché d'informer l'investisseur de tout fait pertinent	328
A. La non-obligation de l'intermédiaire de marché de conseiller spontanément sur les opportunités d'investissement	328
B. L'obligation de l'intermédiaire de marché d'informer en cas d'opération inhabituelle	330
1. L'obligation de l'intermédiaire de marché d'informer en cas d'opération objectivement inhabituelle	331
2. L'obligation de l'intermédiaire de marché d'informer en cas d'opération subjectivement inhabituelle	332
CONCLUSION GÉNÉRALE	335
BIBLIOGRAPHIE	339
INDEX DES MOTS CLÉS	341
INDEX DES DÉCISIONS CITÉES	345