

Responsabilité civile professionnelle, le point sur les risques

Avec les fluctuations des marchés financiers ou encore des opérations de défiscalisation qui ne s'avèrent pas si concluantes qu'espérées, les clients des conseillers en gestion de patrimoine indépendants peuvent être tentés de mettre en jeu la responsabilité civile professionnelle de leur conseil. Pour éviter tout sinistre, le formalisme et le respect du devoir de conseil et d'information apparaissent indispensables.

En matière de conseil en gestion de patrimoine, le professionnel peut voir sa responsabilité civile professionnelle mise en jeu par ses clients. Diverses situations peuvent être observées : le défaut de conseil, le manquement au devoir d'information, la faute...

Bien sûr, le conseiller en gestion de patrimoine indépendant (CGPI) dispose d'un contrat d'assurance en responsabilité civile professionnelle, la RC Pro, qui vient garantir son activité, mais les dégâts d'une action en justice peuvent être dévastateurs pour l'activité des cabi-



nets dont la réputation est primordiale. Rappel sur les points de vigilance que doivent observer les professionnels.

Devoir d'information et de conseil

Vigilance sur le contrat RC

Dans le cadre des contrats d'assurance en responsabilité civile professionnelle, Douina Harbouche conseille aux professionnels de se montrer attentifs sur deux points particuliers. Tout d'abord, l'étendue des garanties : « *il convient de vérifier si le contrat RCP couvre bien toutes les activités exercées au sein du cabinet* ». De la même façon, en cas de changement d'assureur, l'avocate invite à la plus grande vigilance quant aux déclarations de sinistres ou réclamations passées. « *Il convient de bien déclarer tous les événements et d'être le plus transparent possible. A défaut, et comme dans tout contrat d'assurance, puisqu'il s'agit d'un principe général du droit des assurances, le contrat encourt la nullité pour fausse déclaration et l'assureur RCP serait en droit de conserver toutes les primes versées, sans couvrir les sinistres. Au surplus, il serait, dans ces conditions, très difficile pour le CGPI, de retrouver, un nouvel assureur RCP* ».

Depuis toujours, il apparaît que les avocats des clients mécontents de leurs conseillers basent leurs actions sur un manquement à leur devoir d'information et de conseil.

C'est ce qu'observe Josiane Dorfman, responsable sinistre et juridique au sein de CGPA. « *Même si nous sommes présents sur le marché des indépendants du patrimoine depuis seulement cinq années et que nous avons encore peu de recul sur l'issue des procédures judiciaires, nous pouvons constater que la plupart des litiges concernent un man-*

quement au devoir d'information et de conseil. »

Une notion considérée de manière de plus en plus large par les juges, comme l'explique maître Dounia Harbouche, avocat au barreau de Paris : « *quelle est l'étendue des obligations des professionnels à l'égard des investisseurs ? La jurisprudence intègre de plus en plus une obligation de mise en garde du client, allant jusqu'à l'informer des conséquences négatives de l'opération envisagée. Reste ensuite à déterminer la portée de cette obligation en fonction du profil du client : son expérience, ses connaissances, son accompagnement par ses propres conseils du chiffre ou du droit...* »

Silvestre Tandeau de Marsac, avocat associé au sein du cabinet parisien Fischer, Tandeau de Marsac, Sur & Associés, note également le renforcement de l'obligation pour les commercialisateurs de produits d'informer le client sur les potentiels risques fiscaux.

Dans ce cadre, il cite le cas des contrats d'assurance-vie à bonus de fidélité, dont l'exonération des capitaux a été remise en cause par le fisc : « *cet avantage fiscal était même un argument de vente pour les distributeurs* ». Il poursuit : « *le devoir d'information a été clairement renforcé avec cette obligation d'avertir le client sur l'incertitude d'un régime fiscal et le risque de perte des avantages en cas de remise en cause par l'administration. Il s'agit d'une évolution*



Josiane Dorfman, responsable sinistre et juridique au sein de CGPA.

récente et qui va assez loin ». Maître Tandeau de Marsac observe également que si les réglementations sont sectorielles, la jurisprudence consacre une obligation générale d'information qui pèse sur l'ensemble des distributeurs. « *L'information doit porter sur quatre choses, précise-t-il. Il s'agit tout d'abord des caractéristiques essentielles du produit ou du service : il ne s'agit pas simplement de remettre une documentation, mais d'informer de manière complète sur l'essentiel du produit ou du service et ses objectifs. Ensuite, la perception d'une rémunération liée à la vente du produit doit être clairement indiquée. Dans ce sens, même s'il existe peu de jurisprudence en France, une décision*

du tribunal fédéral helvétique interpelle : elle rappelle qu'à défaut d'information du client sur l'existence de rétrocessions de commissions, ce dernier peut réclamer ces mêmes commissions. Troisième point, l'information doit porter sur les avantages et inconvénients du produit et, notamment, sur ses caractéristiques les moins favorables. En ce qui concerne les produits structurés par exemple, des affaires ont été jugées dans ce sens. Enfin, quatrième et dernier point qui peut se confondre, mais pas nécessairement avec le précédent, l'information sur les risques doit être communiquée au client pour qu'il prenne sa décision en toute connaissance de cause, en l'adaptant à ses connaissances et à son expérience en matière financière. »

Pour cela les juges s'appuient sur les caractéristiques de l'information : ils vérifient que celle-ci est claire, exacte, non-trompeuse et cohérente avec l'investissement proposé.

En matière de devoir de conseil, les contentieux sont relatifs à l'adaptation ou non de la proposition d'investissement à la situation du client, son expérience et ses objectifs.

Prouver, un exercice difficile

Afin de déterminer la faute ou la défaillance du CGPI, la notion de preuve est bien entendue cruciale et doit être observée parallèlement aux aptitudes du client à comprendre les propositions qui lui sont faites.

« *Dans le cadre de contentieux, la personnalité du client est un élément important dans l'analyse de la RCP du CGPI, affirme Josiane Dorfman. Face à une clientèle vieillissante, les conseillers indépendants peuvent être mis en cause après le décès de leur client par des héritiers mécontents des conséquences des dispositions patrimoniales prises qu'ils veulent invalider en prétextant que le défunt n'avait plus les capacités de comprendre les solutions patrimoniales préconisées par le CGPI. Pour se défendre, le conseiller devra être en mesure de prouver que son client avait fait son choix en toute connaissance de cause.* »

De plus, les litiges proviennent de situations passées, et apporter la preuve devient un exercice parfois difficile »

A la Chambre des indépendants du patrimoine

Dans son rapport annuel 2012, la Chambre des indépendants du patrimoine a fait le point sur le traitement des dossiers de sinistre. En 2011, 83 déclarations de sinistres ont été effectuées auprès de MMA Covea Risks. 47 de ces dossiers étaient en phase amiable et 36 en phase judiciaire.

La répartition de ces sinistres est la suivante :

- 42 liés à des opérations de défiscalisation ;
- 17 relatifs à des contrats d'assurance-vie
- 11 concernant des pertes sur placements financiers (notamment compte titres)
- et 7 liés à des transactions immobilières (hors défiscalisation)
- 2 relatifs à des activités de conseil
- et 4 divers (assistance à déclaration fiscale...).

En 2011, sept ont pu être soldés et un dossier a été classé suite à une transaction. La Chambre relève également que trois dossiers judiciaires ont trouvé une issue positive par le prononcé d'un jugement favorable au conseiller. Aucun défaut de conseil n'aura été rapporté. Inversement, trois dossiers judiciaires ont trouvé une issue défavorable notamment à la suite d'une erreur matérielle, le conseiller ayant omis de transmettre des éléments dans une opération de rachat.

Au final, le volume de dossiers n'a pas augmenté en 2011. La raison tient notamment à la modification de la clause sérielle intervenue en juillet 2010. En effet, l'abrogation de cette clause permet qu'en présence de réclamations multiples provenant d'un même fait dommageable, un seul dossier soit ouvert. Cela permet également que la franchise ne soit exposée qu'une seule fois.

Dans certains cas, les gestionnaires de patrimoine devraient aller bien au-delà des exigences réglementaires.

» pour les CGPI. « La réglementation fiscale et le paysage économique et social évoluent rapidement et les préconisations des indépendants sont souvent liées à ce contexte. Or, les magistrats prennent en compte l'ensemble de ces paramètres tels qu'ils existent au jour où

ils statuent, et cela entraîne des difficultés de preuve et de formalisme pour nous, assureurs en RCP, observe la responsable sinistre et juridique de CGPA. Mieux vaut donc que le CGPI conserve une traçabilité des conditions de marché pour justifier le choix de tel investissement au détriment d'un autre. D'ailleurs, il est souvent difficile pour le juge de déterminer s'il s'agit de bons ou de mauvais conseils. Des expertises techniques peuvent être nécessaires, à la fois pour replacer dans le contexte et expliquer les propositions patrimoniales. »

De nouvelles règles relatives à la connaissance du client

Dans le cadre du pôle commun, l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) et l'Autorité des marchés financiers (AMF) viennent de renforcer leur vigilance au niveau de la distribution des produits d'épargne, et plus particulièrement sur le recueil des informations relatives à la connaissance du client. Ces travaux ont conduit à la publication, le 8 janvier dernier, d'une recommandation de l'ACP applicable à la commercialisation des contrats d'assurance-vie et d'une position de l'AMF applicable à la commercialisation des instruments financiers. Ces textes entreront en vigueur le 1^{er} octobre 2013. Voici le texte rédigé par les autorités :

« Selon le cadre réglementaire, lors de la commercialisation d'un contrat d'assurance-vie ou d'un instrument financier, le professionnel (c'est-à-dire : le prestataire de service d'investissement, le conseiller en investissement financier, l'intermédiaire d'assurance ou organisme d'assurance) doit s'enquérir des exigences et besoins du client, de sa situation financière, de ses objectifs, ainsi que de ses connaissances et de son expérience en matière financière, afin de délivrer un conseil adapté.

Le questionnement de l'épargnant est une étape essentielle pour une bonne commercialisation. Or, les documents communiqués lors de contrôles sur place, certaines pratiques observées sur le marché, ainsi que des informations et réclamations reçues par les deux autorités ont mis en évidence des insuffisances, tant sur les modalités de recueil et la traçabilité des informations que sur la qualité des informations recueillies et leur exploitation dans le processus de commercialisation.

En conséquence, l'ACP et l'AMF ont décidé de préciser leurs attentes, notamment en capitalisant sur les bonnes pratiques observées lors de leurs contrôles afin d'améliorer les processus de commercialisation des contrats d'assurance-vie et des instruments financiers. Cette démarche des deux autorités a été menée en étroite collaboration avec la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), afin de garantir le respect des principes de la loi du 6 janvier 1978 modifiée.

Dans ce contexte, l'AMF et l'ACP précisent leurs exigences relatives :

- aux modalités de recueil des informations (forme et contenu des questions posées, qualité des informations recueillies et actualisation de celles-ci) et à la traçabilité de ces informations (conservation, accessibilité, remise ou mise à disposition) ;
- à la qualité du contenu des informations recueillies, en dressant une liste indicative et non exhaustive d'informations qui pourraient être demandées au client, tant sur sa situation familiale, patrimoniale et personnelle que sur ses connaissances et expériences en matière financière, ses objectifs de souscription et son horizon d'investissement, ainsi que sur son profil au regard du rendement attendu et au niveau de risque qu'il est prêt à supporter ;
- à l'exploitation des informations recueillies (gestion des réponses incohérentes et/ou incomplètes, et connaissances exigées des personnes en charge de la commercialisation) ;
- aux moyens et procédures mis en place pour s'assurer du respect des règles de protection de la clientèle et au contrôle interne pour les entreprises tenues de se doter d'un tel dispositif.

Ces actions se traduisent par la recommandation 2013-R-01 de l'ACP applicable à la commercialisation des contrats d'assurance-vie (accessible sur le site internet de l'ACP) et sous la forme de la position de l'AMF n° 2013-02 applicable à la commercialisation des instruments financiers (accessible sur le site Internet de l'AMF). »

La résolution des dossiers

Toujours est-il que si de nombreux dossiers sont ouverts, la mise en jeu de la responsabilité civile du conseiller indépendant n'est pas automatique.

« Lorsque les affaires sont portées devant les tribunaux, nous gagnons 80% des procédures, indique Josiane Dorfman. Aujourd'hui, on constate que c'est la jurisprudence qui détermine les bonnes pratiques : l'étendue de la notion de conseil, le suivi... La connaissance du client est fondamentale, en particulier sa capacité à supporter une perte en capital. »



Maître Dounia Harbouche,
avocat au barreau de Paris.

Pour sa part, Dounia Harbouche observe la qualité de discernement des magistrats : « la plupart des tribunaux appréhendent les difficultés du métier de CGPI et je n'ai pas observé de défiance particulière vis-à-vis de cette profession ô combien complexe ! Au contraire, ils reconnaissent qu'ils agissent, le plus souvent, dans l'intérêt de leurs clients ». Tout en rappelant les obligations des professionnels, notamment du fait d'un formalisme de plus en plus pesant, cette dernière les incite néanmoins à aller, dans certains cas particulièrement délicats, au-delà des exigences réglementaires, tout en notant que « la meilleure garantie des CGPI reste de conserver leur indépendance, et donc de ne pas être guidé par des objectifs en termes de production, afin d'éviter tout procès d'intention en matière de conflit d'intérêts ».

Toujours est-il que le conseiller indépendant est généralement le point d'entrée de la procédure lorsque le contentieux est relatif aux qualités d'un produit d'investissement. « *Le CGP est solvable, car couvert par son contrat d'assurance en RCP, mais il ne peut être le garant de la pérennité des acteurs avec qui il collabore* », rappelle Josiane Dorfman.

Responsabilité civile et... défiscalisation

En immobilier de défiscalisation, la majorité des litiges sont liés au fait que l'investissement ne produit pas les effets escomptés en raison d'une rentabilité inférieure à ce qui était prévu (faible marché locatif, loyer surévalué...). « *Dans ce cadre, nous considérons que le conseiller en gestion de patrimoine ne peut être tenu responsable de la pérennité de l'entreprise qui a monté l'opération. Néanmoins, il peut lui être reproché de ne pas s'être suffisamment renseigné sur l'opération et les caractéristiques de son partenaire-fournisseur* », explique Josiane Dorfman.

En Girardin industriel, les clients des conseillers indépendants ont également pu être requalifiés fiscalement, notamment au regard de la mise en service de l'installation. Les CGPI se voient alors reprocher un manquement au regard du choix du partenaire, notamment sur sa fiabilité. Pour CGPA, la défense du professionnel du patrimoine se fait alors sur la même base que précédemment. Concernant la procédure relative aux contentieux en matière d'investissement de Girardin industriel, maître Dounia Harbouche, précise que « *d'un point de vue procédural, nous sollicitons avant tout débat sur le fond le sursis à statuer devant les tribunaux civils saisis d'une action en RCP contre le CGPI dans l'attente du règlement du contentieux fiscal, afin de connaître précisément le préjudice invoqué par l'investisseur redressé. De la même manière, le dossier peut comporter un volet pénal, parfois contre le promoteur de l'opération. Nous nous heurtons ici au secret de l'instruction, et il est parfois très utile d'attendre l'issue de cette procédure pénale qui devrait permettre au juge civil de déterminer plus précisément les causes d'achoppement de l'opération de défiscalisa-*

tion et, par conséquent, de pouvoir déterminer les responsabilités respectives. Cependant, le juge civil n'est jamais tenu de prononcer ce sursis à statuer, il s'agit d'une appréciation souveraine du magistrat de la mise en état de chaque tribunal! »

De plus, l'avocate observe deux tendances de la part des juges du fond qui, pour certains, vont estimer que le CGPI est tenu à une quasi-obligation de résultat en tant que « maître d'œuvre » de l'opération proposée à son client et le condamner systématiquement, tandis que d'autres vont le considérer comme un simple intermédiaire entre l'investisseur et le promoteur. Dans ce dernier cas, sa responsabilité ne sera pas rete-



Silvestre Tandeau de Marsac,
avocat associé au sein du cabinet parisien
Fischer, Tandeau de Marsac, Sur&Associés.

nue et seul le promoteur sera condamné, à condition que le gestionnaire de patrimoine ait rapporté la preuve de ses diligences en matière de vérification du sérieux apparent du promoteur choisi et de l'adéquation du montage proposé à la situation de son client.

Responsabilité civile et... assurance-vie et produits financiers

En matière d'assurance-vie, les sinistres concernent généralement des pertes en capital, une inadéquation du contrat ou encore une solution ne correspondant pas à l'expérience du client. « *Il existe également des conflits liés au non-respect du profil du client, relève Josiane Dorfman. Dans ce cadre, nous*

observons que les magistrats imposent aux CGPI une obligation de suivi du client et de l'allocation, c'est-à-dire avec une redéfinition régulière du profil de risque du client pour que l'allocation soit toujours en adéquation. »

Selon Dounia Harbouche, « *le plus fréquemment, il s'agit de dossiers dans lesquels l'épargnant assigne sur la base d'un défaut d'information précontractuelle ou contractuelle, parfois du vol et de la tromperie, pour "promesses non tenues", et met en cause également l'assureur pour publicités mensongères* ». Dans ce domaine, la réglementation se veut toujours plus précise, avec encore de nouvelles recommandations de l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) et de l'Autorité des marchés financiers (AMF) après celle de fin 2011 sur les fonds structurés, aujourd'hui en matière de recueil d'informations sur le client (cf. encadré).

« *En matière de portefeuilles-titres, ce sont davantage les prestataires de services d'investissement et les sociétés de gestion de portefeuille qui sont concernés par les actions en RCP lorsqu'ils ont reçu un mandat de gestion de la part du client. Toutefois, certains CGPI ont été condamnés pour n'avoir pas attiré l'attention de leur client sur les risques encourus lors du choix du type de gestion, par exemple, trop dynamique par rapport au profil de ce dernier!* »

Responsabilité civile et... crédits

Les IOBSP (intermédiaires en opérations de banque et en services de paiement) ne sont pas épargnés : des contentieux existent, concernant des crédits *in fine*, par exemple, dont le remboursement se trouve être « garanti » par le nantissement de contrats d'assurance-vie investis en unités de compte.

« *De nombreux contentieux de ce type naissent actuellement, observe Dounia Harbouche, mais comme le CGP n'est pas responsable des retournements des marchés financiers, seul le magistrat peut déterminer si le conseiller en gestion de patrimoine indépendant a parfaitement informé son client du risque, et aussi apprécier la bonne ou la mauvaise foi du client...* » ■

Benoît Descamps