

CONTENTIEUX DES CGP

Les opérations de défiscalisation présentent des risques accrus

► Si les conseils en gestion de patrimoine peuvent proposer à leurs clients de nombreux produits défiscalisants, que ce soit pour réduire l'assiette de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt de solidarité sur la fortune, le choix de ces investissements n'est pas sans risque

► Lors d'une table ronde organisée par L'Agefi Actifs, des avocats reconnus pour défendre les intérêts des CGP et/ou des assureurs de responsabilité civile professionnelle notent un accroissement de la responsabilité des conseillers concernant ces opérations

L'Agefi Actifs. - Au travers des contentieux liés à la défiscalisation immobilière, à quel titre la responsabilité du conseil est-elle mise en jeu ?

Dounia Harbouche. - A ce jour, nous assurons la défense de plusieurs CGPI mis en cause au titre de différents types d'investissements proposés à leurs clients. Concernant les investissements outre-mer, nous sommes confrontés à deux cas principaux pour lesquels la responsabilité du CGPI est recherchée.

Le premier réside dans la défectuosité du produit soit à l'origine, soit lors de l'évolution de son exploitation qui ne répond plus aux critères de l'administration fiscale, ce qui entraîne la rupture des conditions d'agrément et notamment la remise en cause de l'avantage fiscal. En matière immobilière, le défaut lié au produit peut consister en une situation géographique ou une mauvaise qualité de construction rendant difficile la location continue du bien.

Le second cas est lié au montage juridique qui s'avère inadéquat. A titre d'exemple, la responsabilité d'un CGPI a été engagée car le choix de la forme juridique de la société, en l'occurrence une SARL de famille constituée entre époux investisseurs de parts de SNC outre-mer, avait été préférée à deux EURL transparentes. Or, l'administration n'admet la déduction fiscale qu'au titre d'une activité commerciale réelle développée par la SARL. Les juges ont considéré que le CGPI était largement coresponsable, malgré l'intervention d'un rédacteur de statuts, professionnel du droit, ce qui est éminemment contestable.



DE GAUCHE À DROITE : SILVESTRE TANDEAU DE MARSAC, JEAN-FRANÇOIS SALPHATI, JÉRÔME BARRÉ, DOUNIA HARBOUCHE ET PHILIPPE GLASER

Dans cette espèce, il convient de remarquer que le choix de l'investissement n'avait nullement été remis en cause, seule la forme juridique était contestée !

Silvestre Tandeu de Marsac.

- Il ressort de la jurisprudence que les intermédiaires sont tenus d'une quasi-obligation de résultat sur le caractère défiscalisant du produit. Les contentieux portent davantage sur la rentabilité économique du bien. Dans de nombreux cas, le bien ne peut se louer, remettant en cause l'intérêt fiscal de l'opération, son équilibre financier et sa rentabilité économique. Le véritable problème réside dans le choix des programmes par les conseillers face à la saturation du marché. Il y a des zones géographiques dans lesquelles l'offre est supérieure à la demande, en particulier dans le sud-ouest de la France et dans les DOM-TOM.

N'y a-t-il pas une tendance des tribunaux à sanctionner plus sévèrement les conseillers dans ces opérations de défiscalisation ?

S.T. de M. - Il existe des précédents jurisprudentiels, mais on s'oriente effectivement vers une sévérité de plus en plus grande des tribunaux.

Philippe Glaser. - Pour ma part, je n'ai pas constaté un accroissement significatif du nombre de contentieux liés à la responsabilité civile des CGP. D'ailleurs, lors de l'assemblée annuelle de la Chambre des indépendants du patrimoine, il a été rappelé que les assureurs n'ont pas relevé une augmentation significative des contentieux en la matière. En revanche, ce qui me semble symptomatique, et en tout cas présenter un danger pour les CGP, c'est le renforcement des obligations à la charge des professionnels.

A l'instar de la responsabilité des notaires et des avocats en leur qualité de rédacteur d'actes, l'obligation de conseil est renforcée à un tel point qu'il s'agit aujourd'hui d'aller vérifier la réalité de l'opération. Cela commence à poindre chez les conseillers indépendants, et ce d'autant plus que les investisseurs recherchent la responsabilité solidaire de tous les intermédiaires et non plus seulement celle des établissements promoteurs. Il est évident qu'un investisseur mécontent pourra reprocher au CGP de ne pas avoir vérifié, au-delà du caractère approprié du produit au besoin du client, la réalité de l'opération et la solvabilité de l'opérateur.

Jean-François Salphati. - Il est logique que les tribunaux soient plus répressifs dans la mesure où ils sont saisis d'une série de dossiers dans lesquels le comportement répréhensible du CGPI est manifeste. Les tribunaux ne sont pas, en effet, appelés à connaître de la masse importante des dossiers bien traités, ils vont donc avoir tendance, en ne voyant que les mauvais cas, à être plus répressifs pour arrêter les dérives éventuelles.

P.G. - Il n'y a pas une plus grande sévérité des tribunaux. Ils ne font qu'appliquer le droit des obligations.

S.T. de M. - Les juges font mieux la distinction entre l'obligation d'information et de conseil. En outre, ils analysent l'avantage fiscal que peut représenter l'opération, son intérêt économique et son équilibre financier.

tiori, ce préjudice ne pouvait être mis la charge du conseiller. Malheureusement, aujourd'hui, la jurisprudence e revenue sur ce principe et retient qu le préjudice fiscal est indemnisable.

Un dernier point me semble important : la sanction de l'exercice de non-recours. Le CGP peut-il reprocher au contribuable de ne pas exercer préalablement toutes les voies de recours ? On pourrait effectivement arguer devant les juges que si le client n'a pas saisi l'opportunité qui lui est offerte d'exercer un recours gracieux puis contentieux contre la position de l'administration fiscale, il s'est privé d'une chance. Néanmoins, les tribunaux ne suivent pas cette argumentation et estiment que l'on ne peut reprocher à une victime de ne pas exercer toutes les voies de recours possibles dans la mesure où cela n'a grave pas son préjudice.



JEAN-FRANÇOIS SALPHATI, AVOCAT, BLAMOUTIER, SALPHATI & ASSOCIÉS

« Le CGPI ne peut être condamné pour avoir travaillé sur des informations erronées alors qu'il détient la preuve qu'elles émanent de son client. Bien évidemment, cela ne l'exonérera pas de sa responsabilité pour défaut de conseil »

P.G. - Il est intéressant de relever que certains promoteurs, pour écarter leurs responsabilités, mettent en avant le fait que le client est parfaitement averti, à travers les documents qui lui sont remis, du caractère à risque du produit et du fait que l'avantage fiscal ne peut être considéré comme acquis. Nous verrons bien si les tribunaux retiennent cet argument. Je ne pense pas que cela puisse exonérer le promoteur et le CGP de leurs responsabilités. Reste à savoir si cette circonstance modère leurs obligations.

Par ailleurs, il y a une dizaine d'années, la Cour de Paris retenait que le préjudice fiscal, à savoir la perte d'économie d'impôt, était une charge pesant uniquement sur le contribuable. A for-

S.T. de M. - Cet argument est souvent évoqué dans les contentieux intéressant la responsabilité des notaires notamment en matière successorale. Pour autant, la victime n'a pas l'obligation d'exercer tous les recours possibles. Elle a l'obligation de ne pas aggraver son préjudice mais pas tout faire pour le minimiser

Jérôme Barré. - La véritable question est de savoir si l'administration fiscale a raison ou non d'engager le contentieux. Il s'agit pour elle de frapper certains montages proposés par le CGP. Ce dernier n'aura raison ou tort que lorsque le juge fiscal aura tranché. Il convient alors d'observer s'il s'agit d'une action dilatoire en vue de gager



DOUNIA HARBOUCHE, AVOCAT

« Concernant les investissements outre-mer, nous sommes confrontés à deux cas principaux pour lesquels la responsabilité du CGPI est engagée »



PHILIPPE GLASER,
 AVOCAT, TAYLORWESSING

« Il faudra attendre deux ou trois ans pour avoir des contentieux post-MIF. Cela sera intéressant, notamment sur l'application du test d'adéquation, la vérification des connaissances du client »

du temps ou d'une véritable expertise de l'administration fiscale...

J.-F.S. - Cela pose également la question de la subrogation. Dès lors que la responsabilité du CGP est engagée, pourquoi ne pas faire jouer la subrogation ? La jurisprudence estime que le notaire condamné est subrogé dans les droits des clients et pourra exercer une action contre l'administration.

P.G. - Toutefois, même si un juge annule le redressement fiscal pour vice de procédure ou pour tout autre motif, le conseiller ne pourra s'en prévaloir et ne pourra reprocher à l'investisseur de ne pas avoir épuisé l'ensemble des voies de recours, notamment de ne pas avoir saisi le juge de l'impôt comme d'autres investisseurs qui auront, eux, obtenu cette annulation de la procédure.

Au regard du contexte actuel des marchés financiers, existe-t-il des contentieux mettant en cause un CGPI pour non-respect de la loi DDAC ou de la MIF ?

S.T. de M. - C'est un peu prématuré. La directive relative aux Marchés d'instruments financiers (MIF) est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2007. Néanmoins, des réclamations sont en cours. Il est nécessaire que les CGP respectent le formalisme des réglementations qui gouvernent leurs activités et cela intéresse plus particulièrement les CGP enregistrés comme conseil en investissements financiers (CIF). Pourtant, certains avancent que seuls 10 % des CIF respectent ce formalisme.

P.G. - Il faudra attendre deux ou trois ans pour avoir des contentieux en la matière. Cela sera intéressant, notamment sur l'application du test d'adéquation, la vérification des connaissances du client. Quant au respect du formalisme, je m'étonne de ce chiffre car les CIF sont contrôlés par les associations agréées par l'Autorité des marchés financiers.

J.-F.S. - Les CGP doivent prendre conscience que le formalisme est protecteur. Dès lors que le client a signé les documents sur lesquels ses déclarations ont été consignées, le CGPI ne peut être condamné pour

avoir travaillé sur des informations erronées alors qu'il détient la preuve qu'elles émanent bien de son client. Bien évidemment, cela ne l'exonérera pas de sa responsabilité pour défaut de conseil.

Dans le cadre de ces contentieux, le conseiller pourra toujours faire jouer son assurance responsabilité civile professionnelle. Quelle est l'attitude des compagnies d'assurances ?

D.H. - Plusieurs courtiers sont confrontés aux refus de garanties de leurs assureurs RC Pro.

Dans l'affaire que j'évoquais précédemment, l'assureur RC Pro a refusé sa garantie pour déclaration tardive. Ce dernier a considéré que le fait générateur du sinistre était le redressement fiscal, prenant une décision en totale opposition avec la jurisprudence puis la loi.

J.-F.S. - Depuis la loi du 1^{er} août 2003, c'est en principe l'assureur existant au moment de la mise en cause du conseiller qui doit prendre en charge le sinistre, quelle que soit la date du fait générateur.

Il faut également rappeler que les victimes bénéficient de l'action directe contre l'assureur.

Ce dernier doit sa garantie sans exclusion à partir du moment où il s'agit d'une activité réglementée avec une obligation d'assurance. Mais lorsque le courtier exerce une activité s'éloignant de l'activité de courtage telle qu'elle résulte du Code des assurances, notamment en pratiquant du conseil juridique, ceci peut poser problèmes au niveau de la garantie responsabilité civile professionnelle.



SILVESTRE TANDEAU DE MARSAC,
 AVOCAT, FISCHER, TANDEAU DE MARSAC, SUR ET ASSOCIÉS

S.T. de M. - Le périmètre de la responsabilité civile professionnelle va forcément évoluer sous la pression du développement de l'activité du CGP. Il y a également une véritable problématique pour la commercialisation des produits d'épargne salariale. C'est le cas de la responsabilité de l'employeur qui se trouve dans une situation où il donne un conseil. Si le cours du titre de l'entreprise s'effondre, les salariés risquent d'engager la responsabilité du dirigeant en invoquant le défaut de conseil.

D.H. - Il convient de ne pas confondre le devoir d'information et de conseil des courtiers spécialisés en assurances collectives à l'égard du souscripteur dans le cadre de la mise en place et de l'évolution des garanties collectives et celui du souscripteur vis-à-vis de ses adhérents. On ne saurait trop conseiller au souscripteur qui, en général, n'est pas un professionnel de l'assurance, de s'entourer des conseils de son courtier afin de pouvoir répondre à ses propres obligations. Quant au courtier, on ne peut que lui recommander de finaliser ses préconisations par écrit, s'agissant d'accompagner le souscripteur à remplir ses obligations.

S.T. de M. - Lorsque le courtier vend un contrat à l'employeur, il n'a pas à vérifier la situation des salariés adhérents. Qui a la charge de l'obligation de conseil à l'égard des salariés ? En l'occurrence, le CGP dispose d'un champ d'investigation important en se chargeant de conseiller les salariés du dirigeant.

J.-F.S. - Si la responsabilité devait peser sur le dirigeant, pourquoi ne pas envisager d'étendre l'assurance de sa responsabilité civile à la garantie de telles fautes ? Dès lors qu'il existe un aléa, il peut y avoir assurance. Le développement de l'économie conduira les assureurs à proposer des contrats adaptés à ce type de risques.

D.H. - J'ai également remarqué qu'il suffit que le souscripteur soulève le dol ou la réticence dolosive dans son assignation pour que certains assureurs RCP ne couvrent pas le sinistre dans l'attente de la décision à intervenir, et ce alors même que le dol ne résulte d'aucune pièce tangible du dossier.

« Le périmètre de la responsabilité civile professionnelle va forcément évoluer sous la pression du développement de l'activité du CGP »

J.-F.S. - Ce n'est pas une non-garantie, mais compte tenu de l'article du Code des assurances disposant que l'assureur qui prend la direction du procès est réputé avoir renoncé à toutes les exceptions, la compagnie qui décide de prendre la direction du procès se verra par la suite opposer cet article s'il entend faire valoir une faute intentionnelle à l'encontre du conseiller. En revanche, il est toujours possible d'assurer la défense d'un assuré dans le cadre d'un contrat de protection juridique, ce qui éviterait de débattre de ce problème qui pourrait affaiblir la défense de l'assuré.



JÉRÔME BARRÉ,
 AVOCAT, FRANKLIN SOCIÉTÉ D'AVOCATS

droits (car les droits d'entrée ne permettraient pas pour la fraction hors bonus du contrat de constater un accroissement), tout en évitant l'ISF sur la grosse partie de l'accroissement total du contrat. La différence entre le contrat d'assurance vie classique et le contrat d'assurance vie à bonus tenait donc à l'économie d'ISF réalisée. Une bonne petite odeur d'abus de droit...

En revanche, il existe effectivement de vrais contrats à bonus de fidélité, c'est-à-dire un revenu supplémentaire par rapport à un contrat ordinaire pour une même somme investie, ainsi qu'un revenu tontinier provenant de bonus

« Le CGP doit avoir conscience des risques qu'il prend dans la commercialisation des contrats présentant des avantages fiscaux aléatoires »

P.G. - En cas de refus de garantie de l'assureur et si ce dernier refuse de prendre la direction du procès, il suffit d'assigner en garantie l'assureur. Dans tous les cas, pour éviter un refus de garantie, les CGP doivent déclarer le sinistre dès son apparition et ne pas attendre que le litige soit porté devant les tribunaux.

Après la publication de la réponse ministérielle remettant en cause l'intérêt des contrats à bonus de fidélité au regard de l'impôt sur le revenu, ne sommes-nous pas face à un risque accru de mise en jeu de la responsabilité des CGP ?

J.B. - Finalement, il existe une question qui n'a jamais été véritablement tranchée : la définition d'un vrai contrat à bonus de fidélité. S'agit-il de l'accroissement normal du contrat d'assurance vie que l'on aurait diversifié dans une enveloppe appelée bonus ou s'agit-il d'un véritable avantage conféré à un certain type de contrat en fonction d'un certain type de conditions ? Qu'est-ce qui différencie un contrat d'assurance vie ordinaire d'un contrat d'assurance vie à bonus ? Le fait de diversifier un montant bloqué pendant une certaine période, sans autre intérêt qu'un avantage fiscal, qualifie-t-il le bonus ? Tout ceci n'est-il pas simplement potestatif et donc sans grande valeur juridique ni fiscale puisque le souscripteur conserve une certaine maîtrise sur l'acquisition du bonus ?

Certains contrats prévoyaient le maintien du bonus si les rachats n'étaient pas supérieurs à 50 % pendant les quatre premières années, et à 90 % au-delà de la quatrième année. On pouvait donc jouer avec son contrat, procéder à des rachats en franchise de

tombés dans la collectivité en cas de rachat dès le premier euro.

S.T. de M. - La compagnie en tant que promoteur du produit doit informer l'investisseur de l'existence d'un aléa fiscal. Quant à l'intermédiaire, il doit s'assurer que le client est au fait des risques fiscaux de ce type de contrat.

P.G. - Il est évident que le souscripteur va assigner tant l'assureur que l'intermédiaire. En principe, c'est de la responsabilité pleine et entière de la compagnie d'assurances. Bien entendu, cela n'exonérera pas l'intermédiaire de sa responsabilité s'il n'a pas exercé pleinement son obligation de conseil.

S.T. de M. - Si l'on applique à la lettre les obligations du CIF, il est responsable. Certes, on ne peut pas reprocher au CGP de ne pas avoir anticipé un changement de législation. Pour autant, son devoir de conseil est permanent, ce qui signifie qu'il doit donc informer son client de toute nouvelle législation ou interprétation de l'administration fiscale.

J.B. - Le CGP doit avoir conscience des risques qu'il prend dans la commercialisation des contrats présentant des avantages fiscaux aléatoires. Il faut vérifier la qualité sous-jacente du produit. Certaines associations doivent imposer des règles dans les contrats de distribution.

P.G. - Pour les rachats effectués en 2007, les intermédiaires doivent informer leurs clients de la position de l'administration fiscale, en sus de l'information personnalisée fournie par la compagnie d'assurances. ◀