

La violation des règles du démarchage bancaire et financier et du statut de conseiller en investissements financiers (CIF) : une nouvelle décision de justice post-LSF

LE CAS PARTICULIER DU CONSEIL EN OPÉRATIONS DE HAUT DE BILAN



PHILIPPE ARESTAN *
Executive director & Senior legal counsel
Crédit Agricole CIB

Chargé de cours au CFPB

Depuis la loi de sécurité financière de 2003 se pose la question de l'articulation du conseil en opérations de haut de bilan, service connexe, avec le conseil en investissement, service « principal ». Dans un arrêt récent, la cour d'appel de Paris apporte des éléments de réponse et se prononce sur les conséquences en matière de démarchage bancaire ou financier.

Depuis quelques mois, les décisions émanant de la Cour de cassation et des cours d'appel sont de plus en plus souvent prononcées sur la base de faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi de sécurité financière. Ainsi, après les décisions¹ rendues par la Cour de cassation, chambre criminelle, le 15 mai 2008² et par la cour d'appel de Paris, chambre criminelle, le 3 mars 2009³, un nouvel arrêt intéressant a été rendu le 3 juin dernier par la cour d'appel de Paris, pôle 5, chambre 13 des appels correctionnels⁴.

Dans cette nouvelle décision, la cour confirme un jugement rendu le 1er juin 2010, par lequel le TGI de Paris a déclaré un conseiller en opérations de haut de

bilan coupable des faits de démarchage bancaire ou financier par une personne non habilitée et d'exercice illégal de l'activité de conseil en investissements financiers (CIF) qui lui étaient reprochés. Alors que, au titre de ces deux incriminations, le prévenu encourait potentiellement une peine d'emprisonnement, le fait que son casier judiciaire fut vierge a pesé favorablement dans la fixation de sa condamnation. Le conseiller est ainsi condamné à une amende délictuelle de 1 000 euros, ainsi qu'au versement à la partie civile de 1 000 euros en réparation de son préjudice moral et 1 500 autres euros au titre de l'article 475-1 du Code de procédure pénale (qui se décomposent en 1 000 euros au titre de la première instance et 500 en cause d'appel).

Les faits étaient les suivants : monsieur F., président d'une SAS Z., en était également le seul actionnaire. Le 14 juin 2006, il recevait de monsieur H., conseiller en opérations de haut de bilan, une lettre par laquelle monsieur H. proposait à monsieur F. un rapprochement d'entreprises, ce rapprochement pouvant se concrétiser par une cession totale ou partielle des parts de monsieur H. dans sa société Z. Après avoir confirmé à deux reprises à monsieur H. son intérêt pour un projet industriel de cette nature, monsieur F. signait le 20 novembre 2006 un mandat de cession en faveur du conseiller. En exécution de ce mandat, monsieur H. présenta à monsieur F. la société M. : celle-ci signa un engagement de confidentialité que le conseiller transmet à monsieur F., mais ce dernier préféra ne pas donner suite. Le conseiller présenta alors à monsieur F. une deuxième société, A., qui signa également un engagement de confidentialité, le 19 janvier 2007. Cette fois-ci, une réunion eut lieu, le 30 janvier, entre monsieur F. et le représentant de la société A., mais à nouveau monsieur F. préféra ne pas donner suite. Le 17 février 2007, le conseiller transmet à monsieur F. une troisième offre, provenant de

* Les propos de l'auteur n'engagent que lui et ne sauraient constituer une opinion de son établissement.

1. Pour un commentaire de ces deux décisions, voir Philippe Arestan, « Commercialisation des produits financiers : la responsabilité des conseillers en investissements financiers (CIF) et des démarcheurs bancaires et financiers », *Les Petites Affiches*, n° 149, 28 juillet 2010.
2. Aff. *Simon Y c/ Jean-Marie X*, pourvoi n° 07-85023, publié sur Legifrance.
3. Aff. *Meynial c/ ministère Public et Moreau Muguet*, commenté par F.-J. Crédot et Th. Samin, RDBF nov.-déc. 2009.
4. CA Paris, 3 juin 2011, n° 10/06470.

la société S. Cette proposition était la bonne puisque les sociétés S. et Z. signèrent le 6 novembre 2007 un protocole portant sur la cession de la totalité du capital de la société Z. Toutefois, ce protocole fut signé sans que le conseiller en fût informé, celui-ci apprenant cet heureux dénouement à la lecture de la presse, en janvier 2008. Estimant qu'il était à l'origine de ce rapprochement, puisqu'il avait présenté la société S. au président de la société Z., il réclama à ce dernier le paiement de ses honoraires. Monsieur F. lui opposa alors la nullité du mandat de cession du 20 novembre 2006, nullité qu'il avait invoquée dès le 23 mai 2007, date comprise entre la présentation de la société S. par le conseiller et la signature du protocole entre les sociétés S. et Z. À l'appui de cette nullité, monsieur F. faisait valoir que le conseiller ne s'était pas déclaré à l'AMF comme démarcheur et qu'il ne s'était pas enregistré comme CIF auprès d'une association agréée. Le conseiller ne se satisfait pas de cette réponse et assigna monsieur F. devant le tribunal de Montbéliard⁵ en paiement de ses honoraires. De son côté, monsieur F. faisait citer le conseiller devant le tribunal correctionnel de Paris pour violation du régime du démarchage bancaire et financier et de la réglementation relative aux CIF. Le tribunal correctionnel condamna le conseiller et cette condamnation fut confirmée en appel. C'est l'arrêt qui nous occupe ici.

Pour condamner le conseiller, la cour d'appel retient les deux moyens soulevés par monsieur F., à savoir la réalisation d'un acte de démarchage par une personne non habilitée, d'une part, l'exercice illégal de l'activité de CIF, d'autre part. Sur le fondement du démarchage, la cour décide qu'en sollicitant un prospect pour une opération de rapprochement d'entreprises par l'envoi d'un courrier dont le contenu était précis, ciblé et personnalisé, le conseiller en opérations de haut de bilan avait réalisé un acte de démarchage financier, mais sans y être habilité ni sans en respecter les règles. Sur le terrain du statut de CIF, la cour estime qu'en fournissant non seulement le service connexe de « fourniture de conseils aux entreprises en matière de structure de capital, de stratégie industrielle ainsi que de services concernant les fusions et le rachat d'entreprises » mais également le service « principal » de conseil en investissement, le conseiller en opération de haut de bilan aurait dû disposer du statut de CIF et en respecter les règles.

Le service connexe dont il est ici question est légalement défini comme « la fourniture de conseil aux entreprises en matière de structure de capital, de stratégie industrielle et de questions connexes ainsi que la fourniture de conseil et de services en matière de fusions et de rachat d'entreprises »⁶. Par souci de simplicité, dans les développements qui suivent nous synthétiserons l'intitulé de ce service dans l'expression de « conseil en opérations de haut de bilan ».

À la différence d'un service d'investissement qui, en principe, ne peut être rendu que par un prestataire de

services d'investissement (PSI) ou, par exception⁷, par un CIF, la fourniture d'un service connexe est libre ; elle ne nécessite donc pas que le prestataire qui le fournit dispose d'un quelconque statut. Si, à l'époque des faits de la cause, le service connexe de conseil en opérations de haut de bilan figurait dans la liste des activités de conseil qu'un CIF peut proposer à ses clients, il ne faut pas en conclure a contrario qu'il faille être CIF ou PSI pour rendre ce service connexe. Par conséquent, si en l'espèce le conseiller a été condamné pour violation du statut de CIF, ce ne peut être que parce que, en complément du service connexe fourni à monsieur F. en qualité de président de la société Z., le conseiller a rendu au même monsieur F., pris cette fois-ci en qualité d'actionnaire unique de la société Z., le service « principal » de conseil en investissement. D'ailleurs, le risque de rendre, cumulativement ou successivement dans le temps, les deux services transparaît bien de l'extrait de la lettre du 14 juin 2006 cité par la cour, lettre par laquelle le conseiller proposait ses services à monsieur F. En effet, par cette lettre, le conseiller envisageait « un projet d'alliance par voie de cession de contrôle d'une majorité, voire de l'intégralité, des parts formant le capital de la SAS Z. » Bien que nous n'ayons pas connaissance du texte intégral de cette lettre, il fait peu de doute que la cour a cité cet extrait à dessein comme étant constitutif d'une recommandation personnalisée relative à la réalisation d'une opération portant sur des instruments financiers. Si le conseiller a été condamné pour violation du statut de CIF, c'est pour la raison qu'il a fourni le service « principal » de conseil en investissements sans disposer d'un statut lui permettant de le faire.

Il importe en outre de noter que, comme le précise là encore fort justement la cour d'appel, « les textes applicables à la solution du litige ont évolué par suite de la transposition en droit interne de la directive MIF par les ordonnances des 12 avril et 18 octobre 2007 ». Si, à l'époque des faits, le conseil en opérations de haut de bilan faisait effectivement partie des services qui peuvent être fournis par un CIF⁸, tel n'est plus le cas depuis la transposition de la MIF⁹. À l'occasion de cette transposition, et bien que ce point n'eût pas de rapport direct avec la MIF, le gouvernement décida de sortir du statut de CIF la référence au service connexe, ce qui lui permit de rectifier ce qu'il estimait avoir été une erreur dans la loi de sécurité financière¹⁰. En effet, le service connexe, lorsqu'il est rendu seul (i.e. indépendamment d'un service d'investissement tel que le conseil en investissement), peut être fourni librement, sans disposer d'un statut particulier. Il n'y avait donc aucune raison pour que ce service connexe soit réservé aux professionnels disposant du statut de CIF.

7. Et uniquement pour les services de conseil en investissement, à titre principal, et de RTO sur OPCVM, à titre accessoire.

8. En vertu de l'article L. 541-1, I, CMF, dans sa rédaction résultant de la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003.

9. Les dispositions législatives de la Directive sur les marchés d'instruments financiers ont été transposées en France par deux ordonnances des 12 avril et 18 octobre 2007.

10. En suivant d'ailleurs en cela le rapporteur de la Commission des finances du Sénat qui avait déjà soulevé ce point fin 2004 dans son rapport-bilan d'une année d'application de la loi de sécurité financière.

5. TGI Montbéliard, 24 mai 2011, RG 09/00860.

6. Art. L. 321-2, 3^e, CMF.

Il résulte de ce qui précède que si, à l'époque des faits, le statut de CIF visait ce service connexe, cela ne voulait pas dire que ce service connexe ne pouvait être rendu que par des CIF. En d'autres termes, cette disposition du code ne pouvait pas avoir pour conséquence d'imposer un statut (tel que celui de CIF) aux professionnels qui souhaitaient rendre uniquement ce service connexe, à l'exclusion de tout service « principal ». Par conséquent, la seule question qui peut valablement se poser, aujourd'hui comme à l'époque des faits, est celle de savoir si le conseiller en opérations de haut de bilan a, en sus du service connexe, également fourni à son client un service d'investissement, tel que le conseil en investissement, et ce sans disposer d'un statut lui permettant de la faire, tel que celui de CIF. Dans ce cas, le conseiller en opération de haut de bilan s'expose à être sanctionné ; et, comme dans l'arrêt du 3 juin, la sanction résulte non pas de la fourniture du service connexe, mais de la fourniture du service principal.

Pour se résumer sur ce premier point, de deux choses l'une : soit le conseiller se limite strictement à proposer ses prestations à des entreprises en matière d'opérations de haut de bilan (service connexe), et dans ce cas il ne rend pas un service d'investissement : il n'a donc pas l'obligation de disposer d'un statut particulier ; soit le conseiller propose le service de conseil en investissement (seul ou en sus du service connexe), et il doit alors disposer d'un statut, soit celui de droit commun (PSI) soit le statut dérogatoire de CIF.

Ce premier point étant clarifié, il est maintenant possible de faire le lien avec le régime du démarchage bancaire et financier. En effet, dans le cas de figure où le conseiller prévoit de fournir le service de conseil en investissement et, à cette fin, se soumet au statut de CIF, il fait alors partie des personnes habilitées par nature¹¹ à recourir au démarchage bancaire et financier¹². En d'autres termes, c'est parce que le conseiller est CIF qu'il peut fournir le service de conseil en investissement ; et c'est également parce qu'il est CIF qu'il est autorisé à fournir ce service en recourant au démarchage bancaire et financier. Précisons qu'entre dans le champ de ce mode de commercialisation une prise de contact non sollicitée avec une personne déterminée, lorsque cette personne déterminée est contactée en vue d'obtenir, de sa part, un accord sur la réalisation d'une opération précise, telle que la fourniture d'un service connexe à un service d'investissement¹³. Or, seule une personne disposant d'un des statuts spécialement prévus (tel que celui de CIF¹⁴) peut recourir au démarchage bancaire et financier.

A contrario, le conseiller qui fournit le service de conseil en investissement sans être CIF enfreint les règles relatives au statut de CIF, et doit être sanctionné à ce titre ; et si ce conseiller qui n'est pas CIF fournit en outre ce service « principal » en recourant au démarchage

bancaire et financier, il viole également les règles du démarchage (puisqu'il ne fait pas parties des personnes habilitées à recourir à ce mode de commercialisation) : il doit aussi être sanctionné sur ce deuxième fondement. C'est le sens de l'arrêt rendu le 3 juin dernier par la cour de Paris.

Comme nous le voyons, la démonstration repose sur le postulat que le conseiller a, ou n'a pas, rendu le service de conseil en investissement. L'existence de cette hypothèse doit être vérifiée au cas par cas ; elle ne peut pas être présumée, comme résultant par exemple de façon automatique ou cumulative de la fourniture du service connexe de conseil en opérations de haut de bilan. Dit autrement, ce n'est pas parce qu'un conseiller fournit le service connexe de conseil en opérations de haut de bilan qu'il est réputé *ipso facto* rendre le service « principal » de conseil en investissement.

Ainsi, dans un raisonnement *in concreto*, un conseiller donné pourrait valablement démontrer que son activité se limite strictement à rendre le service connexe parce que, par exemple, il rend à des entreprises un service global relatif à sa stratégie, son positionnement, son rapprochement éventuel avec un concurrent... sans que ce conseil global prodigué à cette société n'aboutisse jamais à délivrer à un actionnaire de cette société une recommandation personnalisée relative aux parts ou actions qu'il détient dans cette société (ce qui serait constitutif du service de conseil en investissement). Dans cette hypothèse, et comme il a déjà été dit, le conseiller n'aurait pas besoin de disposer du statut de CIF pour rendre le service connexe ; mais il devrait en revanche être CIF s'il envisageait de proposer ce service connexe au moyen du démarchage bancaire et financier.

Pour nous résumer, nous pouvons affirmer que le service connexe de conseil en opérations de haut de bilan ne nécessite pas de statut pour être fourni. Mais une fois ce principe affirmé, deux limites doivent immédiatement être posées : cette affirmation n'est vraie que dans la mesure où ce service connexe est rendu seul (i.e. à l'exclusion d'un service « principal » tel que le conseil en investissements), et où ce service connexe est fourni sans avoir recours au démarchage bancaire ou financier. Dès que le conseiller envisage d'atteindre l'une ou l'autre de ces deux limites, et *a fortiori* s'il prévoit de toucher les deux, il aura dû, préalablement, prendre la précaution de se doter d'un statut adéquat, tel que celui de CIF (ce statut lui permettant à la fois de proposer la fourniture du service de conseil en investissement et de solliciter des prospects en ayant recours au démarchage bancaire et financier). ■

11. En vertu de l'article L. 341-3, 3°, CMF.

12. En vertu de l'article L. 341-1, 5°, CMF.

13. En vertu de l'article L. 341-1, 3°, CMF.

14. En vertu de l'article L. 341-3, CMF.