

Préjudice fiscal causé par un produit structuré prétendument acquis sans mandat du client

Sujet: **Conseil en placement** Numéro de cas: **2019/10**

Le client, qui se présentait comme un investisseur ne souhaitant prendre que des risques modérés, avait voulu investir des avoirs en compte à hauteur de plusieurs millions de dollars US dans des placements fiduciaires. Selon lui, malgré sa désapprobation expresse, la banque avait investi 2/3 de sa fortune totale non pas dans de tels placements, mais dans un seul produit structuré, qui présentait de nombreux risques et avait par ailleurs eu des conséquences fiscales négatives pour lui. Le client a alors exigé de la banque qu'elle lui rembourse la différence entre le produit structuré et les bénéfices après impôts des placements fiduciaires souhaités. La banque a refusé d'accéder à cette requête, arguant que le client avait acquis ce produit à la suite d'entretiens de conseil approfondis et de la remise de la documentation y relative. Dans le contrat de conseil en placement écrit, le client avait en outre été rendu attentif au fait que la banque ne dispensait pas de conseils fiscaux. Toujours selon la banque, ce contrat et la documentation relative au produit précisaient expressément que les clients devaient clarifier eux-mêmes les conséquences fiscales d'un éventuel placement, si nécessaire en faisant appel à un conseiller fiscal. Face à l'attitude de la banque, le client s'est tourné vers l'Ombudsman, mais celle-ci a maintenu sa position dans le cadre de la procédure de médiation.

En l'espèce, l'Ombudsman s'est heurté au fait que le client et la banque ne partageaient pas du tout la même version des faits s'agissant du placement. Dans le cadre de la procédure de médiation, chaque partie a campé sur ses positions, se refusant à tout geste en faveur de l'autre. Forcé de clore la procédure sans résultat, l'Ombudsman a rédigé une réponse finale dans laquelle il a évalué les points de vue et les arguments des deux parties.

La banque pouvait se fonder sur un profil client signé par celui-ci, qui le présentait comme un investisseur expérimenté avec un objectif de placement «croissance», qui était disposé et apte à prendre des risques de placement importants. Selon les dires de la banque, des entretiens de conseil portant sur des produits structurés sur mesure avaient eu lieu avec le client après que les taux d'intérêts pour les placements fiduciaires initialement souhaités étaient devenus trop défavorables pour lui. S'agissant des discussions elles-mêmes, elle pouvait uniquement s'appuyer sur les déclarations du conseiller clientèle. A la grande surprise de l'Ombudsman, l'historique dans lequel les contacts avec le client étaient consignés ne faisait toutefois aucune mention de ces prétendus entretiens de conseil relatifs au placement contesté de plusieurs millions de dollars US, et ce alors que de nombreux événements, parfois insignifiants, y avaient été consignés. Le produit structuré avait ensuite été renouvelé à son échéance. La banque a fait valoir que le client avait reçu la documentation relative au produit et les justificatifs de transaction, et que le produit figurait en outre sur les extraits de dépôt. Jugeant le point de vue du client non crédible, elle supposait que celui-ci, après s'être rendu compte des conséquences fiscales, avait uniquement cherché des raisons pour répercuter a posteriori ces coûts inattendus sur la banque.

Du côté du client, l'absence de document prouvant son consentement explicite à la transaction jouait en sa faveur. Il n'existait en effet aucun accord écrit ni aucune note d'entretien démontrant que la

transaction avait été discutée avec le client et qu'il y avait consenti. De plus, une note indiquait même qu'il était réticent aux produits structurés, et les justificatifs de transaction initiaux sur lesquels s'appuyait la banque ne mentionnaient pas clairement un tel produit. Au vu de ce qui précède, l'Ombudsman était d'avis que la banque ne pouvait pas se fonder sur une approbation tacite des transactions après remise des justificatifs. Cependant, lors du renouvellement du produit arrivé à échéance, celui-ci a été clairement désigné comme produit structuré et n'a pourtant pas été contesté par le client. Or, il appartenait à celui-ci de dénoncer avec toute la clarté nécessaire les erreurs alléguées, aussitôt après en avoir pris connaissance.

En admettant la véracité des dires de la banque, contestés par le client, et le fait que celui-ci avait décidé d'acquiescer le produit structuré après un entretien de conseil, l'Ombudsman a ensuite examiné l'argument du client selon lequel le produit n'aurait même pas dû lui être recommandé, dans la mesure où il était fiscalement préjudiciable pour lui. Le client a fait valoir qu'il aurait dû payer environ 100 000 CHF d'impôts en moins avec un placement fiduciaire générant le même rendement que le produit structuré, calcul qu'il a justifié en expliquant que le produit structuré, libellé en USD, était soumis à l'imposition de la différence, contrairement au placement fiduciaire, dont seuls les intérêts étaient imposables. Selon lui, la banque n'aurait pas dû lui recommander un produit présentant une caractéristique fiscale aussi particulière, du moins pas sans attirer expressément son attention sur celle-ci.

La banque considérait pour sa part que le contrat de conseil en placement stipulait clairement qu'elle ne fournissait pas de conseils fiscaux, et que la documentation relative au produit précisait en outre que le client devait clarifier lui-même les conséquences fiscales d'un éventuel placement.

De l'avis de l'Ombudsman, il est d'usage que les banques ne fournissent des conseils fiscaux proprement dits qu'en vertu d'accords spécifiques, généralement par le biais de services spécialisés et à titre onéreux. Il a néanmoins souvent pu constater, dans la pratique bancaire générale, que les conseils en placement ne se limitent pas aux risques susceptibles d'influencer la valeur de marché et la sécurité d'un produit de placement, mais portent en outre sur les risques fiscaux spécifiques au produit et sur les possibilités de rendement après impôts, notamment lorsqu'un client effectue un certain placement pour la première fois.

L'Ombudsman estime que, même si l'accord contractuel ne prévoit aucun conseil fiscal, le devoir de diligence qui incombe à toute banque dans le cadre d'une prestation de conseil en placement lui proscrit de recommander des produits qui, indépendamment de la situation fiscale individuelle du client, entraîneraient des charges fiscales liées à son domicile fiscal qui seraient évitables et qui auraient un effet négatif important sur le rendement réalisable après impôts. En l'espèce, la question de savoir si le produit structuré devait être considéré comme «fiscalement préjudiciable» en ce sens est toutefois restée controversée.

La banque ayant fait clairement savoir qu'elle n'était prête à aucune concession, l'Ombudsman a renoncé à se prononcer, dans sa réponse finale, sur le montant du préjudice fiscal invoqué et a finalement mis un terme à ses efforts de médiation. Il a une nouvelle fois fait part à la banque de son étonnement quant au fait qu'elle n'avait pas été en mesure de documenter clairement l'entretien de conseil et le consentement du client à une opération aussi importante. Cette absence de documentation n'avait pas servi la crédibilité de la banque et avait conduit non seulement à une charge de travail considérable dans le cadre du litige, mais aussi à l'issue peu claire de la procédure de médiation.

Comme l'illustre ce cas, l'Ombudsman constate régulièrement que les prestations de conseil en placement sont certes de plus en plus formalisées dans des contrats écrits, mais que la documentation relative aux entretiens de conseil conduits sur la base de tels contrats fait parfois

défaut ou s'avère insuffisante. De tels cas lui semblent étonnants en considération de l'entrée en vigueur des obligations de comportement et de documentation prévues par la loi sur les services financiers (LSFin).