AUTORITÉ
DES MARCHÉS FINANCIERS

AMF

Rapport du médiateur de l'AMF **2012**



Sommaire

Rapport du médiateur de l'AMF 2012

Éditorial 01

LE RAPPORT DU MÉDIATEUR

1 - La Médiation de l'AMF et ses évolutions en 2012 03
2 - Une augmentation sensible des demandes en 2012 04
3 - Les dossiers traités par la Médiation 04
4 - Un développement des actions nationales et internationales 07
5 - 2012 : une Médiation plus réactive et plus proactive 08

ANNEXES

Annexe 1 21
Annexe 2 22
Annexe 3 23
Annexe 4 24



Fin 2011, quelques semaines après avoir pris mes fonctions, je m'étais fixé pour 2012 trois principaux objectifs. D'abord, devenir une force de proposition dans chaque dossier en émettant une recommandation dans les différents cas examinés au fond. Ce fut pour mon équipe de juristes confirmés, animée par François Denis du Péage, mon délégué, une petite « révolution copernicienne », puisqu'avait prévalu jusque-là la voie également possible de la conciliation, sans avis particulier du médiateur. Cette nouvelle approche a été vite acceptée, malgré la charge de travail supplémentaire, au vu de l'intérêt que ces initiatives négociées du médiateur présentent pour les deux parties. Après une montée en charge progressive de cette pratique, cette dernière est devenue systématique au second semestre. Et les résultats sont au rendez-vous : 98 % des avis favorables totalement ou partiellement sont suivis par les parties, et 5 % seulement des réclamants contestent les avis défavorables, qui pourtant ont représenté 70 % des dossiers instruits au fond au second semestre. Il est vrai aussi que, dans de nombreux cas, il est constaté une ignorance ou même une incompréhension des épargnants, souvent légitime, face à une réglementation complexe, évolutive et peu souvent explicitée. Il y a nécessité alors de faire preuve de beaucoup de pédagogie en ne se contentant pas de rappeler les textes que le professionnel a appliqués, pour que puisse être comprise la situation de façon plus apaisée.
Le médiateur, relevant du régulateur et tiers indépendant des deux parties, peut, lors d'un litige, être plus facilement entendu dans un climat de confiance que le professionnel lui-même.

Deuxième objectif pour 2012 : raccourcir les délais de réorientation d'un épargnant vers le bon médiateur en cas de saisine hors de mon champ de compétence, c'est-à-dire pour l'essentiel, en matière d'assurance, de banque et de fiscalité. De plusieurs semaines, parfois, par le passé, les délais, grâce à des accords avec l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP), sont devenus quelques jours. Et il y a lieu de saluer la coopération réciproque intervenue avec succès.

Troisième objectif pour 2012 : rendre plus visible l'existence du médiateur de l'AMF ainsi que son champ exact de compétence. Un pas très important a été fait en ce sens et, là encore grâce à une coopération active des deux régulateurs, l'AMF et l'ACP : depuis le 1er septembre 2012, tout courrier provenant d'un prestataire de services d'investissement qui refuse de satisfaire une réclamation d'un client, doit obligatoirement indiquer l'existence et les moyens d'accès du ou des deux médiateurs compétents, ce qui est le cas par exemple en matière financière pour le médiateur de l'AMF et le médiateur bancaire.

Il est encore trop tôt pour dire si l'augmentation de 15 % des dossiers de médiation reçus cette année (747 dossiers comptabilisés) est en partie due à une plus grande visibilité du médiateur ; la déception des investisseurs devant les résultats, à l'échéance, de certains produits et la poursuite des effets de la crise financière y contribuent évidemment aussi.

Quoi qu'il en soit, l'année 2012 demeurera l'année du changement non seulement par la mise en place de nouvelles méthodes de médiation, plus proactives et plus réactives, mais aussi parce que la Médiation de l'AMF a reçu un dossier qu'il est possible de qualifier de litige de masse : en effet, un avocat m'a transmis, en quelques jours, 143 demandes de médiation. Une vingtaine d'établissements de crédit étaient concernés : ces 143 investisseurs faisaient valoir qu'ils n'avaient pas été suffisamment alertés sur le risque tout particulier du compartiment des sociétés admises sur Alternext par un placement privé sur lequel cette valeur avait été initialement inscrite et donc réservée à des investisseurs très avertis. À l'origine, les professionnels avaient refusé une quelconque indemnisation. Ma démarche a consisté, d'une part, à sensibiliser les professionnels concernés à leurs obligations de communication

d'informations propres à permettre à un investisseur de prendre un risque en toute connaissance de cause et, d'autre part, à éviter les effets d'aubaine pour ces mêmes clients, sur le fondement de l'équité. Est intervenu un examen serré de leur qualité plus ou moins avertie propre à écarter ou moduler la réparation. L'essentiel des établissements, au terme d'un dialogue qui est parfois remonté à la direction générale des établissements concernés, a accepté les propositions du médiateur. Il reste que si un litige de masse présente des analogies avec l'action de groupe, il ne peut en être le substitut ; il s'en rapproche de trois façons : il remédie à l'asymétrie des situations entre professionnel et investisseur, il permet de prendre en considération des préjudices même très modestes unitairement, et qui pourraient rester non réparés, il évite enfin, par un traitement unitaire, un risque de disparité de jurisprudence. Il n'en demeure pas moins que le médiateur, qui doit respecter le principe de la confidentialité dans le traitement des médiations, ne dispose pas de l'outil majeur qu'est la dissuasion, apanage du régime des sanctions et de l'action de groupe.

À l'heure où ces lignes sont rédigées, on ne sait toujours pas si les litiges financiers seront inclus dans le projet gouvernemental 2013 de l'action de groupe. En tant que médiateur de l'AMF, je le souhaite et je considère qu'une action de groupe forte et large, mais sans les excès bien identifiés du système américain, est de nature à renforcer le droit des investisseurs et à inciter les professionnels à recourir à la médiation.

L'attention doit aussi être attirée sur le nombre croissant en 2012 de demandes de médiation qui ont porté sur les transactions sur le marché des changes (le Forex). L'importance des publicités agressives n'y est sans doute pas étrangère. L'AMF a été conduite d'ailleurs à émettre des alertes à plusieurs reprises. Ces dossiers révèlent de véritables états de détresse, les personnes prises au piège étant souvent dans une situation financière, familiale ou médicale difficile. Les résultats obtenus par le médiateur sont encourageants, pour autant que l'instruction fasse apparaître que l'engrenage résulte des incitations du professionnel en vue d'accroître le risque quelle que soit la situation du client. Les positions sont ainsi accrues de façon drastique, aggravant alors la perte.

La médiation, dit-on, a de plus en plus le vent en poupe, l'AMF l'a montré en renforçant le positionnement et la mission de son médiateur, tel que préconisés en 2011 par le groupe de travail de l'AMF sur l'indemnisation des préjudices des épargnants et investisseurs présidé par Jacques Delmas-Marsalet et Martine Ract-Madoux, l'Union européenne va dans le même sens : le Parlement européen a voté le 12 mars 2013 une directive mettant en place un processus destiné à faciliter le recours aux médiations indépendantes et non plus seulement impartiales. Ce futur texte est un signe supplémentaire de la volonté des autorités européennes de tempérer la judiciarisation accrue de nos sociétés par le renforcement de cette ultime chance de résolution amiable des litiges en contribuant ainsi à l'émergence d'une société plus pacifiée.

MARIELLE COHEN-BRANCHE
Médiateur de l'Autorité des marchés financiers
le 30/04/2013

Ancien conseiller en service extraordinaire à la Cour de cassation en charge du droit bancaire et financier de mars 2003 à janvier 2011, Marielle Cohen-Branche a été également membre de la Commission des sanctions de l'AMF en novembre 2003. Ce mandat s'est achevé au terme de celui de magistrat de la Cour de cassation en janvier 2011. Elle a précédemment exercé pendant 25 ans comme juriste de banque et a notamment occupé le poste de directeur juridique et contentieux du Crédit agricole Ile de France de 1993 à 2003. Marielle Cohen-Branche a été également de 2003 à 2011 membre du comité de la médiation bancaire chargé notamment, sous l'autorité du gouverneur de la Banque de France, de veiller à l'indépendance des médiateurs bancaires. Marielle Cohen-Branche est chevalier de la Légion d'honneur et officier de l'Ordre national du mérite.

Le rapport du médiateur

1 – LA MÉDIATION DE L'AMF ET SES ÉVOLUTIONS EN 2012

A – RAPPEL DES MISSIONS DU MÉDIATEUR

La Médiation de l'AMF constitue un service public gratuit, prévu par la loi[1] et la réglementation européenne en particulier depuis la transposition en droit français, en 2011, de la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de médiation en matière civile et commerciale. Elle offre une ultime occasion de résolution amiable des conflits individuels en matière financière avec l'aide d'un tiers indépendant, le médiateur.

B – LES MODALITÉS PRATIQUES DE SAISINE DU MÉDIATEUR

Tout épargnant ou investisseur, personne physique ou personne morale (par exemple, une caisse de retraite ou une association), qui a un différend avec un opérateur financier ou une société entrant dans le champ de compétence de l'AMF, c'est-à-dire un prestataire de services d'investissement, un conseiller en investissements financiers ou une société cotée, peut saisir le médiateur de l'AMF. Le domaine bancaire et celui de l'assurance n'entrent pas dans le champ de compétence de l'AMF, en particulier ce qui relève du fonctionnement d'un compte de dépôt, des livrets d'épargne ou des dépôts à terme, de l'assurance vie, et de l'octroi de crédit.

Pour être recevable, cette saisine doit avoir été précédée d'une tentative vaine de réclamation auprès du professionnel. Les saisines peuvent s'effectuer soit par un formulaire électronique, disponible sur le site internet de l'AMF (**www.amf-france.org**) dans la rubrique médiateur, soit par courrier postal.

À réception des dossiers entrant dans son champ de compétence, la Médiation s'assure, tout d'abord, que le dossier est complet et demande, le cas échéant, des pièces et précisions complémentaires au réclamant. Elle interroge ensuite le professionnel afin que celui-ci lui expose sa version des faits, sa position sur le dossier et verse au dossier des pièces justificatives. Le médiateur, après un examen attentif du dossier et des éléments fournis par chacune des parties, rend désormais une recommandation, que les parties sont libres d'accepter ou de refuser. Celle-ci s'appuie à la fois sur le droit et sur l'équité.

C – 2012 : L'ANNÉE DES CHANGEMENTS DE LA MÉDIATION DE L'AMF

La Médiation a achevé son recentrage sur sa mission principale. Elle ne répond plus aux consultations qui sont aujourd'hui traitées par AMF Épargne Info Service géré par la Direction des relations avec les épargnants.

Marielle Cohen-Branche, nommée médiateur de l'AMF le 16 novembre 2011, avait annoncé trois orientations majeures de la Médiation de l'AMF afin de poursuivre le renforcement de la Médiation, conformément au rapport du groupe de travail sur l'indemnisation des préjudices des épargnants et investisseurs, présidé par Jacques Delmas-Marsalet et Martine Ract-Madoux, publié en mai 2011.

La principale orientation annoncée, et réalisée au cours de l'année 2012, a été la décision d'émettre des recommandations sur chacun des dossiers instruits sur le fond alors qu'historiquement la Médiation de l'AMF recherchait des accords amiables par simple conciliation, sans avis du médiateur.

La deuxième orientation concerne la réorientation systématique que le médiateur de l'AMF a mise en place en concertation avec l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) et le médiateur du ministère de l'Économie et des Finances. Ainsi, chaque demande pour laquelle il n'est pas compétent (banque, assurance et fiscalité) est, dans un délai de quelques jours, réorientée vers les organismes compétents.

1. Article L. 621-19 du code monétaire et financier.

La dernière orientation a consisté à mettre en place les outils appropriés pour améliorer la visibilité sur l'existence et le champ de compétence du médiateur de l'AMF. Un pas important a été fait dans ce sens. Ainsi, l'instruction de l'AMF n° 2012-07 sur le traitement des réclamations demande aux professionnels, en cas de rejet ou de refus de satisfaire en totalité ou partiellement la réclamation, de préciser dans la réponse apportée au client, les voies de recours possibles, notamment l'existence et les coordonnées du ou des médiateur(s) compétent(s).

2 – UNE AUGMENTATION SENSIBLE DES DEMANDES EN 2012 : 15 %

En 2012, 747 demandes de médiation ont été reçues, ce chiffre inclut 150 demandes de médiation qui ne relèvent pas de la compétence du médiateur de l'AMF[2]. Les demandes de médiation relevant du champ de compétence de l'AMF s'élèvent donc à 597, contre 518 en 2011, ce qui représente une progression de 15 %.

En 2012, 695 demandes de médiation ont été traitées, contre 578 en 2011[3].

À partir du second semestre 2012, le médiateur de l'AMF a émis 207 avis sur un total de 382 dossiers de médiation traités, soit dans 54 % des dossiers. L'absence d'avis concerne pour l'essentiel des dossiers abandonnés par le demandeur ou hors de la compétence de la médiation. 61 de ces avis étaient favorables ou partiellement favorables au demandeur (soit 30 %). Seuls 2 % de ces avis n'ont pas été suivis par les parties. Les 146 avis défavorables, quant à eux, n'ont été contestés que dans 5 % des cas par le demandeur.

La résolution amiable, strictement confidentielle, prend la forme d'une régularisation (comme l'annulation d'une opération contestée ou le transfert d'un compte), d'une indemnisation totale ou partielle de la perte subie ou du versement d'une somme forfaitaire au bénéfice du client. Il s'agit dans tous les cas d'un geste commercial de la part des entreprises mises en cause, n'impliquant pas la reconnaissance d'une quelconque responsabilité.

3 – LES DOSSIERS TRAITÉS PAR LA MÉDIATION

A – UN LITIGE DE MASSE

Le médiateur a eu l'occasion de mettre en pratique ses arguments dans le cadre d'un litige de masse.

Dans le courant de l'année 2012, le médiateur a été saisi par un avocat représentant 143 investisseurs qui se plaignaient d'un défaut d'information de la part d'une vingtaine d'établissements financiers lors de l'acquisition, par leur intermédiaire, de titres d'une société cotée et mise depuis en procédure collective. Les investisseurs ont perdu la totalité des sommes investies.

Le seul fait que la société soit mise en procédure collective ne peut justifier l'intervention du médiateur. En effet, il ne s'agit pas d'exonérer un actionnaire du risque de l'aléa des marchés financiers inhérent à tout investissement boursier. En outre, la médiation ne saurait avoir pour effet de faire supporter par l'établissement financier, solvable, les conséquences d'un éventuel manquement aux obligations d'information de la société elle-même.

La particularité de ce litige de masse résidait dans le fait que la société avait fait l'objet d'une introduction non seulement sur le marché Alternext mais en outre par placement privé. Au regard de la réglementation en vigueur, le médiateur a considéré que les établissements financiers étaient tenus d'informer leurs clients sur ce double risque lorsque ceux-ci passaient un ordre d'achat sur ce titre ; l'aggravation du risque tenant à ce que les investisseurs aient été privés d'un prospectus soumis au visa de l'AMF.

L'ensemble des dossiers portant sur le même grief, le médiateur a fait part de son analyse de la situation à l'avocat des demandeurs : d'une part, examiner l'information qui a été fournie aux clients s'agissant des risques relatifs à l'investissement sur le compartiment des sociétés

2. Catégorie qui était les années précédentes requalifiée en demande de consultation.

3. En excluant les 150 dossiers traités qui n'entrent pas dans le domaine de compétence de l'AMF, ce sont 545 dossiers qui ont été instruits au fond en 2012.

admises sur Alternext par un placement privé et, d'autre part, une modulation en équité du montant du geste commercial en fonction du profil plus ou moins averti et expérimenté du client, afin de n'accéder qu'aux réclamations des personnes profanes qui n'étaient effectivement pas en mesure de comprendre les risques afférents à la particularité et aux risques du compartiment.

Puis, le médiateur s'est rapproché de chacun des établissements concernés pour leur exposer cette analyse et leur demander, pour chacun de leurs clients, de lui fournir les informations relatives à ou aux alertes reçues lors du passage de l'ordre, ainsi que les éléments sur leur profil.

Si l'analyse par le médiateur de l'obligation des professionnels en cause est nécessairement unique, en revanche, l'évaluation du préjudice ne peut se faire qu'au cas par cas. L'examen des profils de chaque investisseur a conduit le médiateur, en équité, à ne recommander, dans certains cas, aucun dédommagement, ou, dans d'autres, à proposer un geste commercial modulé au regard du caractère plus ou moins averti et expérimenté de l'investisseur.

Ce dossier met en évidence les avantages de la médiation. Tout d'abord, la médiation permet de réintroduire l'équité, ce qu'un juge ne peut faire, dans ce dossier, c'est un argument auquel les établissements financiers ont été sensibles. Du point de vue des demandeurs, l'intervention du médiateur a permis un rééquilibrage de l'asymétrie des situations. Au vu de l'aléa et du coût des procédures judiciaires, ces préjudices auraient pu ne pas être portés devant les tribunaux et seraient donc demeurés non réparés. Enfin, l'analyse unitaire par un tiers indépendant de ces dossiers a fait disparaître le risque de disparité de jurisprudence dans l'analyse, forcément unitaire, de l'obligation de chacun des établissements financiers.

L'action du médiateur dans le cadre d'un litige de masse ne saurait s'analyser comme un substitut à l'introduction en France de l'action de groupe, tel qu'elle en est discutée actuellement. En effet, en France, le recours à la médiation repose toujours sur une démarche volontaire et confidentielle des deux parties. La confidentialité attachée à la médiation est un levier essentiel de négociation vis-à-vis des professionnels, cette procédure permet la réparation rapide d'un préjudice individuel sans atteinte à l'image de l'entreprise. L'action de groupe, quant à elle, a pour originalité majeure et intérêt premier de résoudre, en même temps, les questions de la réparation et de la dissuasion, en raison de la publicité des décisions du juge.

Il en résulte que la médiation ne peut pas se substituer à l'action de groupe mais doit être entendue en réalité plutôt comme un utile complément à celle-ci si les parties le souhaitent.

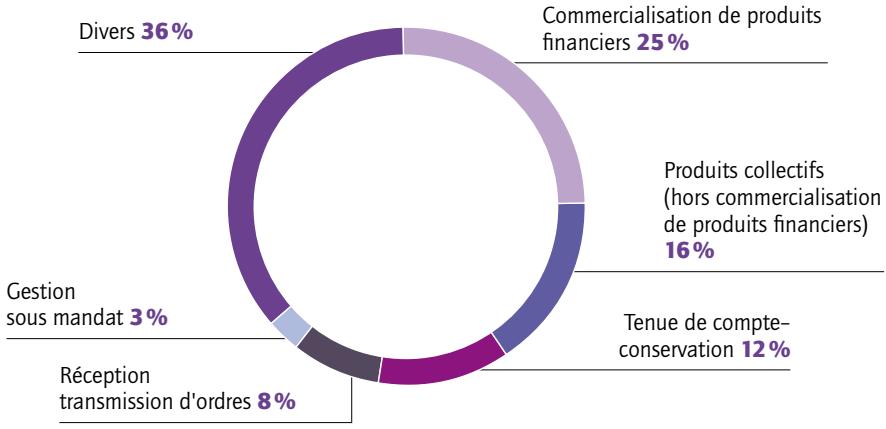
De manière plus générale, le litige de masse de 143 réclamations reçues par la Médiation en 2012 a été l'occasion pour plusieurs établissements teneurs de compte de modifier les informations délivrées à leurs clients au moment du passage d'ordres sur un titre du compartiment des sociétés admises sur Alternext par un placement privé. Ces établissements ont indiqué dans leur système d'alerte, de façon plus détaillée et plus précise, les risques pouvant être associés à ce type d'investissement.

B – LES THÈMES MAJEURS DES AUTRES DOSSIERS

Au-delà de ce litige de masse emblématique de l'action du médiateur, de nombreuses autres problématiques lui ont été soumises en 2012. Comme les années précédentes, la commercialisation de produits financiers inadaptés à la situation et aux objectifs des clients a continué à faire l'objet de nombreuses réclamations et il est observé une augmentation croissante des litiges impliquant des sociétés spécialisées dans le marché des changes (Forex). Le médiateur a également été saisi de différends liés au délai de transfert d'un compte titre ou d'un PEA, de plaintes relatives à la mauvaise exécution ou l'inexécution d'ordres de bourse, d'incompréhensions des épargnants à la suite de la dissolution de fonds communs de placement ou de litiges relatifs à la gestion sous mandat, les investisseurs estimant que leur portefeuille n'a pas été géré au mieux de leurs intérêts.

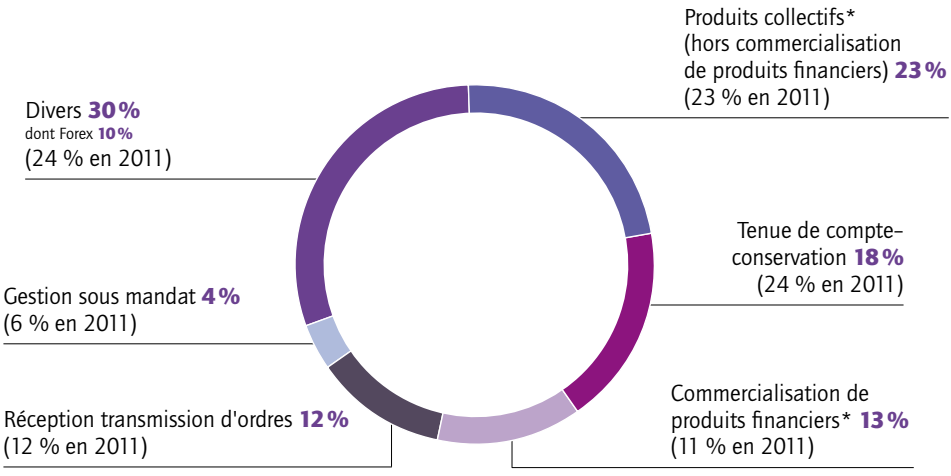
Compte tenu du nombre relatif très important de dossiers que représente le litige de masse en 2012, ces dossiers ont été sortis de la répartition par thème. Leur maintien aurait retiré toutes possibilités de comparaison d'une année sur l'autre.

RÉPARTITION DES MÉDIATIONS TRAITÉES EN 2012 PAR THÈME (incluant le litige de masse)



Source AMF

RÉPARTITION DES MÉDIATIONS TRAITÉES EN 2012 PAR THÈME (hors le litige de masse)



Source AMF

* Les chiffres publiés dans le Rapport du médiateur 2011 ont été rectifiés. Au lieu de respectivement 28 % et 6 %, il fallait lire 23 % et 11 %.

Après ce retraitement, la comparaison de la répartition par thème entre 2012 et 2011 montre une diminution du thème « Tenue de compte-conservation » à la suite d'une relative diminution des saisines pour retard dans le délai de transfert d'un compte titres. Le thème « Divers » est en hausse. Dans ce thème, les dossiers Forex connaissent une augmentation sensible.

4 – UN DÉVELOPPEMENT DES ACTIONS NATIONALES ET INTERNATIONALES

A – UNE RÉFLEXION ACTIVE AU SEIN DU CLUB DES MÉDIATEURS SUR LE PROJET EUROPÉEN DE DIRECTIVE SUR LA MÉDIATION

Le médiateur fait partie du Club des médiateurs de services au public et participe activement à ce titre à la réflexion en cours sur les projets de modification de la réglementation européenne sur la médiation.

La Commission européenne a constaté qu'aujourd'hui les entités en charge du règlement extrajudiciaire des litiges (conciliation, médiation, arbitrage, bureau de réclamation...) destinées à régler les différends transfrontaliers européens liés à des transactions électroniques sont disséminées et incomplètes (barrière de langue, coût élevé, différence de législation entre les États membres) et, pour la plupart, elles ne permettent pas d'effectuer l'intégralité de la procédure en ligne.

La Commission a donc publié le 29 novembre 2011, deux projets de textes destinés à favoriser le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation :

- un projet de directive relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (dite « directive REL » ou *Alternative Dispute Resolution* (ADR)) dont l'objet est d'assurer l'existence dans l'ensemble des pays de l'Union européenne d'organes de règlement extrajudiciaire des litiges de consommation ;
- un projet de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif au règlement en ligne des litiges de consommation (dit « règlement RLLC » ou *Online Dispute Resolution* (ODR)) dont l'objet est de créer une plateforme européenne unique à laquelle les consommateurs pourront s'adresser pour régler en ligne certains de leurs litiges. Ce projet de règlement concerne tous les litiges contractuels entre consommateurs et professionnels nés de la vente de biens et de la prestation de services transfrontalières en ligne, ce qui exclut les litiges entre professionnels, les litiges internes ou portant sur une vente non effectuée en ligne.

Le Parlement européen et le Conseil se sont accordés sur les deux propositions de la Commission européenne le 18 décembre 2012. Le vote définitif des textes par le Parlement européen est intervenu le 12 mars 2013 et la publication au Journal officiel de l'Union européenne devrait être réalisée avant l'été. À compter de l'entrée en vigueur de la directive, les États membres disposeront de deux ans pour transposer ce texte en droit national.

Le Club des médiateurs de services au public est très attentif à ces deux nouveaux textes européens, à la transposition de la directive en droit français et à leurs impacts.

Ces textes, il faut s'en réjouir, consacrent solennellement la notion clé d'indépendance de la fonction de médiateur en prévoyant une série de conditions propres à la garantir. L'attention doit être attirée également sur la possibilité offerte aux États d'appliquer cette directive aux médiations domestiques en plus des médiations transfrontalières.

B – UNE PARTICIPATION DU MÉDIATEUR AUPRÈS DES INSTANCES EUROPÉENNES AUX TRAVAUX DE FIN-NET

« Notifié » à la Commission européenne, c'est-à-dire reconnu comme respectant les critères requis dans la recommandation européenne du 30 mars 1998 (98/257/CE), le médiateur de l'AMF a participé régulièrement aux travaux de FIN-NET à Bruxelles le 20 mars 2012 et à Budapest le 18 octobre 2012. Ce réseau regroupe les organes de règlement extrajudiciaires des réclamations qui sont établis dans les pays de l'Espace économique européen (les États membres de l'Union européenne plus l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège) et qui sont chargés de régler les litiges entre les consommateurs et les prestataires de services financiers, tels que les banques, les compagnies d'assurance, les sociétés d'investissement et autres.

Ce réseau de résolution des litiges financiers a été mis en place par la Commission européenne en 2001 afin de faciliter l'accès des consommateurs aux procédures extrajudiciaires de traitement des réclamations dans les affaires transfrontalières, lorsque le prestataire de services est établi dans un pays de l'Espace économique européen autre que celui du domicile du consommateur.

En cas de litige entre un consommateur résidant dans un État membre et un prestataire de services financiers établi dans un autre État membre, les membres du réseau mettent le consommateur en contact avec l'organisme compétent de traitement extrajudiciaire des réclamations et lui fournissent tous les renseignements nécessaires à son sujet.

Le médiateur de l'AMF a également participé pour la première fois à la réunion annuelle internationale à Copenhague des 17 et 18 septembre 2012 du Réseau international des médiateurs financiers : l'*International Network Financial Services Ombudsman* (INFO). Cette association regroupe des médiateurs de tous pays (elle comprend 49 membres de 32 pays) et permet un échange fructueux d'expériences et de pratiques de la médiation.

5 – 2012 : UNE MÉDIATION PLUS RÉACTIVE ET PLUS PROACTIVE

A – IDENTIFIER ET RÉORIENTER RAPIDEMENT LES DEMANDES DE MÉDIATION NON RECEVABLES

Une part significative des demandes adressées au médiateur ne peut être traitée pour des raisons de recevabilité. Outre le fait que le différend n'a pas encore donné lieu à une réclamation préalable ou au contraire a déjà été porté devant les tribunaux, les différents motifs d'irrecevabilité peuvent porter sur le champ de compétence du médiateur, sur le rattachement géographique du différend ou encore sur le possible caractère pénal des faits rapportés.

Bien que la Médiation ait été saisie à tort, il est très important pour les clients concernés que leurs demandes soient réorientées rapidement et utilement. Le médiateur s'y était engagé en début d'année 2012 et une organisation a été mise en place avec l'ACP s'agissant des incompétences bancaires et d'assurance vie, à la satisfaction de toutes les parties, afin qu'en quelques jours l'organisme compétent puisse être saisi par les demandeurs.

Dans certains autres cas, il apparaît que le préjudice subi demanderait des pouvoirs d'investigation ou d'instruction qui n'appartiennent pas à la Médiation. Ils relèvent de l'apanage des services d'enquêtes et de contrôles de l'AMF et de l'instruction de la Commission des sanctions. Ne pouvant être saisie utilement de ces dossiers pour lesquels la Médiation est inappropriée, ils sont qualifiés en alertes et transmis aux services spécialisés.

1 – Les cas d'irrecevabilité bancaire, d'assurance ou de fiscalité, ou en raison du rattachement géographique du différend ou du possible caractère pénal des faits rapportés

a – Le médiateur n'est pas compétent dans le domaine bancaire

La Médiation reçoit des demandes concernant des livrets bancaires, des frais sur des rejets de prélèvements, des crédits pour lesquelles elle se déclare incompétente… En revanche, un montage financier comme la souscription de parts de SCPI financée par un crédit bancaire relève bien de la Médiation de l'AMF.

b – Le médiateur n'est pas compétent en matière d'assurance vie, régie par des règles spécifiques

Par exemple, le conseil et la vente de contrat d'assurance vie y compris lorsqu'il s'agit de contrats en unités de comptes en parts d'OPCVM, de contrats de capitalisation, de plans d'épargne populaire (PEP) assurances, de plans d'épargne retraite populaire (PERP), etc.

S'agissant de placements, il arrive que des demandes concernent à la fois des comptes titres, pour lesquels la Médiation est compétente, et de l'assurance vie. Dans ce cas, la demande est traitée par le médiateur de l'AMF pour ce qui le concerne et par un autre médiateur pour la partie assurance vie. Cette situation compliquée n'a pas empêché un dossier de médiation d'aboutir pour sa partie « compte titres ».

c – Enfin, le médiateur n'est pas compétent non plus en matière fiscale

Sur ce sujet, conformément à l'engagement pris par le médiateur, un accord a été passé avec le ministère de l'Économie et des Finances pour traiter au mieux les demandes. L'expérience montre que la frontière entre les sujets fiscaux et les obligations de tenue de compte des intermédiaires financiers est parfois ténue. Il faut souvent analyser si le sujet est une conséquence fiscale d'un sujet financier ou si c'est le problème lui-même qui est fiscal.

d – Le médiateur peut également être incompétent lorsque le différend n'a pas sa source sur le territoire français

Ainsi le médiateur de l'AMF a été saisi d'un dossier relatif à une obligation émise par une société belge. Après avoir constaté que l'émission n'avait pas été visée par l'AMF, le médiateur a utilisé le réseau FIN-NET duquel il est adhérent, afin de déterminer le médiateur compétent en Europe. En effet, FIN-NET, en tant que réseau de résolution des litiges financiers, se compose des organismes de traitement extrajudiciaire des réclamations qui sont établis dans les pays de l'Espace économique européen. Le dossier a donc pu être transmis directement au service Belge de médiation Banque–Crédit–Placements. Cette coopération facilite l'accès des demandeurs aux procédures extrajudiciaires de réclamation dans les affaires transfrontalières. Par la suite, le service de médiation Belge a informé le médiateur de l'AMF de la clôture du dossier.

Par ailleurs, certaines sociétés financières étrangères proposant des placements sur le marché des devises spécifient dans leurs conditions générales quel est le médiateur compétent en cas de différend ; d'expérience, le plus souvent il s'agit de celui du Royaume-Uni ou de l'Irlande.

e – Le médiateur peut être confronté à des situations où les faits qui lui sont rapportés sont susceptibles d'être qualifiés d'infractions pénales

Il peut s'agir, par exemple, de défaut d'agréments du prestataire de services d'investissements ou encore d'escroqueries. Il est à noter que les services d'investissements proposés par des acteurs non régulés sur le marché du Forex[4] ont constitué la majorité des dossiers de ce type en 2012 et cela de manière accrue par rapport à 2011.

Conformément à l'obligation légale posée à l'article L. 621-20-1 du code monétaire et financier, le médiateur a transmis les éléments en sa possession au procureur du Tribunal de grande instance de Paris afin que ce dernier puisse décider de l'opportunité des poursuites et de la suite qu'il conviendra de donner aux faits concernés.

L'Autorité judiciaire a informé la Médiation que différentes enquêtes préliminaires visant des acteurs non régulés ont été lancées en 2012, à la suite des transmissions effectuées.

2 – Les cas où la médiation ne peut être entreprise, le médiateur ne disposant pas de pouvoirs d'investigation ou d'instruction

La difficulté d'intervenir utilement dans les cas où les investisseurs se plaignent de la performance d'un OPCVM avait été soulevée dans le précédent rapport annuel (cf. Rapport du médiateur 2011, page 9). Les contraintes techniques et juridiques rendent la médiation, dans ces dossiers, plus difficile. La démarche des épargnants ne pouvant pas rester sans réponse, il avait été annoncé qu'une réflexion sur l'orientation la plus efficace à donner à ce type de dossiers était en cours.

En effet, le simple constat de la baisse de la valeur de la part d'un OPCVM ne suffit évidemment pas à apporter la preuve d'une carence de gestion. Les porteurs de parts sur qui pèse la preuve initiale sont bien évidemment démunis pour l'apporter. De son côté, le médiateur, qui n'a pas de pouvoirs d'investigation et de contrôle, ne peut apprécier par lui-même l'existence d'une mauvaise gestion d'un OPCVM. La médiation, rappelons-le, repose sur une démarche volontaire alors même qu'un manquement dans la gestion nécessiterait une investigation qui reste l'apanage de services spécialisés en charge du suivi et du contrôle de ces produits.

C'est pourquoi le médiateur analyse ces dossiers plutôt comme une alerte sur la gestion d'un produit et les transmet aux services spécialisés de l'AMF. Ces services analyseront les dossiers

4. Cf. *infra* page 16.

transmis et pourront si nécessaire intervenir auprès de la société de gestion afin de demander la régularisation, voire l'indemnisation collective des porteurs. Cependant, en raison des règles de secret professionnel entourant les procédures de contrôle, les personnes à l'origine de l'alerte ne sont pas tenues informées des investigations des services concernés.

L'obstacle tenant à l'instruction de ce type de dossier peut toutefois être levé, dès lors qu'une décision de la Commission des sanctions a identifié et caractérisé la faute de la société de gestion. Le médiateur de l'AMF, en s'appuyant sur cette décision de sanction et après avoir examiné la recevabilité de la demande, est à même d'engager une médiation avec la société de gestion afin de tenter d'obtenir l'indemnisation des porteurs victimes des agissements constatés. Reste à déterminer alors, dans le cadre d'une médiation, le lien entre la faute et le préjudice subi.

B – ANALYSER LE DYSFONCTIONNEMENT ÉVENTUEL, ÉVALUER LE PRÉJUDICE ET FAIRE ÉVOLUER LE COMPORTEMENT DU PROFESSIONNEL

Lorsqu'il est saisi d'un dossier, le médiateur cherche à identifier un dysfonctionnement mais celui-ci ne justifie pas, à lui seul, son intervention. En effet, son rôle principal est de recommander sa réparation par un geste commercial lorsqu'il constate que ce dysfonctionnement est à l'origine d'un préjudice au demandeur et qu'il existe un lien de causalité entre dysfonctionnement et préjudice. Puis, le médiateur évaluera le montant de ce préjudice pour proposer un dédommagement approprié.

1 – Un cas où le professionnel avait mal interprété une clause de rachat anticipé d'un OPCVM

Lorsque le médiateur, après analyse des faits et de la réglementation en vigueur, constate un dysfonctionnement ayant causé un préjudice, il fait part de son analyse au professionnel et annonce son intention d'émettre une recommandation dans le sens de l'épargnant.

Ainsi, un porteur de parts de fonds commun de placement dans l'innovation (FCPI) a demandé une médiation dans le litige qui l'opposait à la société de gestion du produit. Celle-ci avait refusé la demande de rachat anticipé de ses parts à la suite de son licenciement car cette demande intervenait plus de 24 mois après la date du licenciement. La société faisait valoir une réglementation fiscale et invoquait le fait que le rachat devait avoir un lien de causalité avec le motif du rachat anticipé, et que ce lien avait disparu, plus de 24 mois après.

Le médiateur, dans ce dossier, a fait valoir, d'une part, qu'aucun délai maximal n'était prévu dans le règlement du produit – généralement ce document n'autorise la demande de rachat que pendant 6 mois après la survenance du motif de rachat – et, d'autre part, que le lien de causalité existait toujours, dans la mesure où le demandeur justifiait qu'il n'avait pas retrouvé de travail et qu'il arrivait en fin de droits du chômage.

La société de gestion a accepté d'accéder à la demande de rachat du demandeur. La valeur liquidative effective de rachat ayant fait apparaître une plus-value par rapport à celle à laquelle la demande aurait dû être exécutée, cette différence a tenu lieu de dédommagement.

2 – La modification d'un prospectus par une société de gestion

La Médiation a été saisie d'un dossier dans lequel l'épargnant qui avait souscrit des parts d'un fonds commun de placement, ne comprenait pas la valeur liquidative (c'est-à-dire le prix de la part) qui lui avait été appliquée. L'examen du dossier a révélé que les termes du prospectus relatifs aux modalités de souscription manquaient de clarté. Une proposition de modification a donc été soumise au professionnel. La société de gestion a effectué la modification dans le prospectus du fonds et a indemnisé le porteur du préjudice qu'il avait subi.

3 – La modification des règles d'information sur le calcul du taux de change

Dans un autre dossier, le litige a permis à un établissement financier teneur de compte, de détecter une anomalie concernant le mode de calcul du taux de change appliqué aux opérations sur des valeurs en devises étrangères. Cet établissement déléguant cette opération à un prestataire extérieur n'avait pas d'information sur le mode de calcul du taux de change appliqué à ces clients.

Ce dossier de médiation lui a permis de faire un point avec son prestataire sur le sujet afin d'apporter au client une réponse construite.

Dysfonctionnement et préjudice

Le dysfonctionnement seul ne justifie pas l'intervention du médiateur en vue d'un dédommagement. Contrairement à la Commission des sanctions qui prononce une sanction si elle constate un manquement à la réglementation, la mission du médiateur consiste d'abord et avant tout dans la réparation d'un préjudice. Même si le médiateur, dans le cadre d'un dossier, identifie un dysfonctionnement, en l'absence de préjudice, il ne pourra émettre une recommandation d'indemnisation en faveur du demandeur.

En application de ce principe, le médiateur a été conduit, dans certains dossiers, bien qu'ayant constaté un dysfonctionnement, à ne pas recommander d'indemnisation. Pour autant, si le dossier révèle un défaut de procédure, un dialogue constructif et incitatif est conduit avec le professionnel pour le sensibiliser sur l'opportunité de le corriger, ce qui est souvent suivi d'effet.

4 – La modification des outils de passage d'ordres par un teneur de compte

En matière d'exécution d'instructions au service de règlement différé (SRD), un épargnant a saisi la Médiation car il ne comprenait pas les raisons du délai, d'une minute et trente secondes, de prise en compte de son instruction de vente de sa position acheteuse au SRD.

Après des échanges avec l'établissement teneur de compte, le médiateur a pu établir que le délai contesté correspondait au délai nécessaire à l'établissement financier pour effectuer un contrôle de cohérence préalable. Le médiateur a constaté qu'au moment où l'épargnant enregistrait son instruction sur internet, il n'avait pas été informé du fait que celle-ci n'était pas prise en compte immédiatement, il a donc alerté le professionnel.

Dans ce dossier, le professionnel s'est engagé à adapter ses outils de passage d'ordre afin d'indiquer en temps réel à ses clients que l'instruction faisait l'objet d'un contrôle préalable avant sa prise en compte.

5 – L'appréciation de la perte de chance lorsqu'un professionnel procède au retrait d'une ligne dans un PEA, bloquant les versements ultérieurs

Les épargnants qui saisissent la Médiation n'ont pas toujours une vision objective du montant du préjudice qu'ils souhaitent obtenir. Le rôle du médiateur est alors d'expliquer aux demandeurs pourquoi leur prétention n'est pas totalement fondée.

Il est appelé à attirer souvent l'attention des demandeurs sur la différence entre avantage escompté et perte de chance. Il a été amené à rappeler à plusieurs reprises, conformément à la jurisprudence bien établie, que lorsqu'il est saisi d'un préjudice résultant d'une perte de chance, le dédommagement ne saurait être égal à la totalité de l'avantage escompté mais doit être mesuré à la chance perdue.

Schématiquement, lorsqu'un demandeur estime qu'une souscription d'un instrument financier n'est pas adaptée à sa situation et à ses objectifs, et qu'il indique que s'il n'avait pas souscrit, il aurait plutôt placé son argent sur un Livret A, les intérêts du Livret A sont l'avantage escompté. Mais le dédommagement ne saurait être égal à la totalité de cet avantage escompté. Il faut, au

regard du dossier d'espèce, mesurer la probabilité de survenance de cet avantage et évaluer dans le cadre de la négociation un pourcentage de la perte, qui deviendra alors le préjudice réparable, à savoir la perte d'une chance.

Le médiateur a été amené à expliquer ces notions à une personne qui a demandé son intervention dans le litige qui l'opposait à une banque. Cette cliente avait confié la gestion de son PEA à un établissement financier X. Quelques années plus tard, elle avait transféré son PEA dans une autre banque Y. Au moment de procéder à un nouveau versement sur ce compte, la banque Y l'a informée que ce versement n'était pas possible, dans la mesure où elle avait déjà procédé à un retrait. Après avoir contacté l'établissement financier X, la cliente a appris que celui-ci avait procédé au retrait d'une ligne de son PEA, estimant que celle-ci « ne pouvait être mise sous gestion ». La cliente n'avait reçu aucune alerte de la part de l'établissement X concernant ce retrait. Or il a des conséquences fiscales importantes puisque dans un tel cas le PEA ne peut plus être complété, il est en quelque sorte bloqué. La cliente souhaitait un dédommagement de la part de l'établissement X pour compenser le préjudice qu'elle estimait avoir subi.

S'il est indéniable que la cliente a subi un préjudice, la question du montant du dédommagement se pose. Dans ce dossier, le médiateur a tout d'abord calculé quel aurait été l'avantage escompté, c'est-à-dire, le montant qu'aurait probablement rapporté la somme que la cliente souhaiter verser sur son PEA si elle avait pu le faire. Pour le calculer, le médiateur a retenu la performance de l'indice CAC 40 entre le moment où la cliente a voulu opérer ce versement et la date à laquelle elle a saisi la Médiation pour le règlement de son litige, minoré des intérêts de la somme qui avait été placée sur un compte d'attente.

Cependant, le préjudice de la cliente est une perte de chance. Il ne peut donc être réparé qu'à hauteur de la probabilité que l'évènement escompté avait de se réaliser. En l'espèce, le médiateur a recommandé une indemnisation à hauteur de à 50 % de l'avantage escompté.

6 – La prise en compte dans la réparation du fait que le demandeur a lui-même concouru au dysfonctionnement

Parfois, ce n'est pas la détermination du montant du préjudice qui est délicate, mais le montant de la réparation, qui peut être diminué si le demandeur a lui-même concouru au dysfonctionnement.

Dans un dossier, le demandeur avait acquis des obligations d'un titre très spéculatif, qu'il s'était attendu à payer moins d'un euro l'unité, or son ordre a été exécuté à près de 20 € ; les titres avaient changé de groupe de cotation, ce qui avait entraîné un mode de cotation en euros et non plus en pourcentage. Ici la détermination du montant du préjudice était aisée : il s'agit de la différence entre le cours auquel l'ordre du demandeur a été exécuté et le cours auquel il aurait dû l'être. Cependant, après analyse, il est apparu que deux erreurs avaient été commises : d'une part celle du client, qui avait libellé son ordre en pourcentage et non en euros et, d'autre part, celle de l'entreprise de marché, qui n'avait pas ajusté le cours de référence de l'obligation à la suite du changement de groupe de cotation. L'entreprise de marché souhaitait donc un dédommagement à hauteur de 50 % du préjudice.

Dans ce cas, le médiateur a considéré que l'erreur du demandeur était en partie excusable et absorbée par celle du professionnel, estimant notamment que sans l'erreur de l'entreprise de marché, l'erreur du demandeur n'aurait pas eu de conséquences.

Compte tenu des circonstances particulières du dossier, le médiateur a proposé un dédommagement à hauteur de 75 % du préjudice qui a été accepté par les parties.

C – ASSURER UNE PLUS GRANDE PROXIMITÉ TANT AVEC LES PROFESSIONNELS QU'AVEC LES PLAIGNANTS

Afin de répondre à un besoin d'écoute et d'échange croissant de la part des demandeurs, les canaux de communication ont été multipliés et diversifiés. En complément du courrier qui était historiquement le moyen le plus utilisé par l'équipe de la Médiation, les échanges par téléphone et par courrier électronique avec les demandeurs ont été développés et renforcés.

En outre, tout au long de la procédure, davantage de courriers informatifs sont adressés aux demandeurs. Ainsi, un accusé de réception de leur demande leur est automatiquement envoyé tout comme un courrier les informant de la saisine du professionnel.

De même, bien que la procédure reste principalement écrite, la Médiation a accru de façon significative les échanges téléphoniques avec les professionnels afin de mieux cerner la problématique de fond du dossier, de permettre d'en accélérer le traitement mais aussi, et surtout, de négocier avec le professionnel de façon plus directe, ouverte et libre et, en tant que de besoin, avec l'épargnant.

Enfin, en vue de poursuivre le rapprochement avec les demandeurs, un outil de suivi des dossiers devrait être mis en ligne, courant 2013, sur le site de l'AMF et permettra à chaque demandeur, auquel un code personnel et confidentiel aura été communiqué, de suivre l'avancement de son dossier étape par étape.

D – INSTRUIRE ET IDENTIFIER LES DEMANDES NON FONDÉES À L'ORIGINE ET NON FONDÉES APRÈS INSTRUCTION

Si le médiateur a pour mission principale d'instruire de façon contradictoire les dossiers qui lui sont soumis, il arrive parfois que des demandes soient, de façon manifeste, non fondées dès l'origine. Dans ce cas, soit 15 % des dossiers, cela signifie que la réglementation n'était pas connue ou encore non comprise par le demandeur. Dans d'autres cas, c'est à l'issue d'une instruction, et après échange de documents et d'arguments avec les parties que le médiateur peut en conclure que la demande n'est pas fondée, ce qui le conduit à rendre une recommandation non favorable, le demandeur reste alors libre de porter sa réclamation devant le juge.

Dans ces deux cas, par un courrier qui demeure régi par la règle de la confidentialité, le médiateur adressera par écrit son avis au demandeur afin de lui exposer précisément les raisons pour lesquelles une réparation ne lui paraît pas fondée. Il importe dans ce cas que le médiateur ne se limite pas à rappeler les textes mais, de façon la plus pédagogique possible, éclaire cette réglementation ou expose l'absence de dysfonctionnement ou encore l'absence de préjudice réparable. Il importe que l'épargnant ne reste pas dans l'incompréhension et que la recommandation du médiateur, quelle qu'elle soit, soit comprise et donc admise.

Le taux de non-contestation des avis défavorables enregistrés depuis le début de la comptabilisation des avis du médiateur, c'est-à-dire pour le second semestre 2012, peut être un bon marqueur de l'action pédagogique du médiateur : seuls 5 % des demandeurs ont contesté les avis défavorables du médiateur.

1 – La contestation d'un rachat d'un OPCVM à cours inconnu

Le porteur d'un FCPI et d'un FIP contestait le rachat à « cours inconnu » prévu dans les prospectus de ces produits. Le médiateur lui a d'abord rappelé que les FCPI et FIP sont des OPCVM composés en majorité par des titres non cotés. Or la société de gestion doit donc, pour procéder au rachat des parts, céder une partie des actifs du fonds, afin d'obtenir l'argent liquide permettant le paiement du porteur. Le prix de la part applicable au rachat n'est donc nécessairement connu qu'après la demande de rachat, ce qui explique le cours inconnu.

2 – L'annulation d'un ordre de bourse pour défaut de contrepartie

Le médiateur a été saisi deux fois d'une situation, heureusement rare, qui déclenche le mécontentement des investisseurs, de manière assez compréhensible : l'annulation d'un ordre de bourse pour défaut de contrepartie.

Il a eu ainsi à éclairer des investisseurs qui ne comprenaient pas comment il était possible que soit annulée leur acquisition de titre, douze jours après que celle-ci a figuré sur leur relevé de compte. En effet, la défaillance dans la livraison des titres, situation non courante, est prévue par les règlements de la chambre de compensation LCH.Clearnet SA.

Le mécanisme se déroule en deux temps. Sept jours après la date de dénouement théorique de l'opération, elle-même fixée à J+3, à J+10, la chambre de compensation tente de trouver, auprès d'autres vendeurs potentiels, les titres qui font défaut afin de dénouer l'opération : un prix d'appel attractif est publié sur le site internet par LCH.Clearnet SA. Si aucun vendeur ne cède alors ses titres deux jours plus tard, une indemnisation est payée par l'intermédiaire financier pour compte du client défaillant. Elle doit être reversée

le même jour, en intégralité, à l'intermédiaire financier en vue d'indemniser le client victime. Cette indemnisation doit être de 120 % du cours de la valeur à J+10 et ne peut être, en tout état de cause, inférieure au montant correspondant à l'application du prix d'achat à la date de la transaction.

Il apparaît dans les dossiers soumis au médiateur que la défaillance de la contrepartie a été gérée conformément à la réglementation.

3 – La dépréciation de titres de sociétés en procédures collectives

En 2012, le médiateur a été saisi par des actionnaires invoquant des fautes de gestion des dirigeants de sociétés cotées mises en liquidation judiciaire.

Or, en cas de procédure judiciaire, seul le liquidateur judiciaire peut intervenir, l'actionnaire est irrecevable à agir par voie judiciaire ou par médiation sur ce sujet. La perte de la valeur des titres de la société ne peut constituer un préjudice réparable amiablement pour ses actionnaires que dans des conditions bien particulières : c'est tout particulièrement le cas lorsque l'actionnaire estime avoir acquis les titres sans avoir reçu de son intermédiaire financier, ou des dirigeants de la société cotée, les éléments d'information lui ayant permis de mesurer le risque qu'il prenait.

D'autre part, grâce à une jurisprudence récente de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 9 mars 2010 (Bull. civ. N°48), les actionnaires peuvent rechercher judiciairement la responsabilité personnelle des dirigeants de la société en procédure collective qui seraient à l'origine d'une mauvaise information les ayant conduits à acquérir ou ne pas céder lesdits titres.

E – ÉVITER LES EFFETS D'AUBAINE ET PRENDRE EN COMPTE L'ÉQUITÉ

La médiation est un mode de résolution amiable des litiges qui nécessite la coopération loyale et de bonne foi des parties. Ainsi, le médiateur est très attentif aux indices de bonne ou de moins bonne foi des parties, pour émettre une recommandation sur un dossier.

1 – Le cas d'un investisseur averti qui se découvre « néophyte » lors du litige

Dans un dossier, le médiateur a estimé que n'était pas de bonne foi un client qui, classé « averti » lors du questionnaire d'évaluation du client, a modifié son profil sur le site au moment où se noue le litige, afin d'être catégorisé investisseur « néophyte », catégorie qui offre une protection plus forte.

2 – Le cas d'un investisseur particulièrement averti

Le médiateur a été saisi par un investisseur qui, comme d'autres, se plaignait d'un défaut d'information de son établissement financier lors de l'acquisition de titres d'une société cotée et mise depuis lors en procédure collective. Il est apparu que le client était déjà actionnaire de la société avant même que celle-ci soit cotée en bourse.

Le médiateur a donc considéré que ce client, même s'il avait acheté des titres ultérieurement via son établissement financier, était un investisseur particulièrement averti des risques de ce titre et ne saurait prétendre ne pas en avoir été informé.

3 – Un indice pour déceler l'effet d'aubaine : l'absence d'une réclamation au moment de la manifestation du dommage

S'agissant des dossiers relatifs à la commercialisation entre 2001 et 2002 d'une gamme de fonds à formule distribuée par un groupe bancaire, déjà évoqués dans les rapports annuels précédents, la Médiation de l'AMF a constaté, en fin d'année 2012, une nouvelle hausse de saisines. Ce regain pouvant s'expliquer notamment par une médiatisation croissante de ces dossiers. Le problème soulevé étant toujours le même, à savoir la manière dont ces produits ont été commercialisés, notamment le discours du conseiller et les documents remis lors de la souscription.

Dans ces dossiers, compte tenu de l'ancienneté des faits, il est apparu important de faire, dans la mesure du possible, la part entre les personnes qui étaient bien informées des caractéristiques du produit mais souhaitent obtenir un dédommagement et qui profitent ainsi de l'effet d'aubaine, et les personnes qui n'ont pas été informées correctement des caractéristiques du produit, qui se sont senties trompées mais qui n'ont pas saisi la Médiation immédiatement, simplement car elles n'en connaissaient pas l'existence.

Le médiateur est donc particulièrement attentif, dans les dossiers qu'il reçoit, à l'existence d'une réclamation écrite, non lors de la conclusion du contrat, mais à son échéance en 2008, date à partir de laquelle le dommage s'est manifesté aux souscripteurs.

Dans la mesure du possible, compte tenu de l'ancienneté des faits, il prend également en compte, lorsqu'il rend son avis, l'expérience et les connaissances financières des clients au moment de la souscription afin de déterminer si ceux-ci étaient en mesure de comprendre le fonctionnement du produit.

4 – Un cas de pure équité, au-delà des règles de droit : le coût d'une ligne de titres sans valeur

Lorsqu'un actionnaire détient une ligne de titres déclarés sans valeur à la suite d'une liquidation judiciaire, ce dernier, en droit, ne peut pas se retourner contre sa banque pour obtenir une indemnisation de la perte sur cette valeur.

En effet, sa banque n'est que teneur de compte et n'est aucunement liée à la liquidation judiciaire de la société cotée. Cependant, en pratique, les titres sans valeur figurent sur le compte de l'actionnaire jusqu'à la fin de la procédure de liquidation, ce qui peut prendre plusieurs années. Pendant ces années, au regard de la stricte réglementation, l'établissement financier est en droit de continuer à prélever des droits de garde sur ces titres dont il assure toujours la conservation.

Dans un cas, compte tenu des circonstances du dossier, le médiateur a demandé à l'établissement financier, en équité, de procéder à une remise de ces droits de garde, ce que l'établissement a accepté.

5 – Un élément d'équité : la prescription n'est pas soulevée d'office par le médiateur

L'équité permet aussi au médiateur d'intervenir même si les faits sont très anciens. Il n'est, à ce titre, pas tenu de soulever la prescription de l'action judiciaire, c'est-à-dire la date limite pour saisir le juge. En pratique cependant, dès lors que les faits sont prescrits et que le professionnel soulève cette prescription, une procédure de médiation peut plus difficilement être entreprise en l'absence de risque judiciaire, et donc d'arguments de négociation.

La prescription

La prescription légale applicable aux litiges financiers

Depuis la loi du 17 juin 2008 (n° 2008-561), selon le nouvel article 2224 du code civil, les actions personnelles afférentes aux litiges financiers se prescrivent par cinq ans (au lieu de dix ans précédemment) à compter du jour où le titulaire a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. Cette date peut être le jour de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu connaissance. Ces dispositions sont d'application immédiate sauf dispositions spéciales.

La suspension de la prescription lors de la procédure de médiation

Selon les dispositions de l'article 2238 du code civil, la prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation. Cette suspension prend effet dès la saisine du médiateur. La suspension prend fin lorsque la médiation est déclarée terminée. Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties, soit les deux parties, soit le médiateur déclarent que la médiation est terminée.

L'aménagement de la prescription

Par contrat, la durée de la prescription peut être aménagée ou abrégée. Les clauses conventionnelles, aux termes desquelles sur les relevés de compte d'établissement de crédit est indiqué que la réception dans un délai de trente jours ou de quelques jours pour un avis d'opéré, ne vaut selon la jurisprudence bien fixée de la Cour de cassation que présomption simple, ce qui signifie que dans le délai légal le client sera en droit d'apporter tous les éléments de nature à renverser la présomption d'accord.

Ainsi, si le médiateur ne soulève pas la prescription, il peut, toutefois, se la voir opposer par le professionnel.

Dans un dossier de médiation, un couple avait conclu en 1996 deux mandats de gestion auprès d'une société de gestion. L'épouse, dont il n'a pas été procédé à une évaluation de son profil d'investisseur, ni lors de la conclusion des mandats, ni au décès de son époux, investisseur averti, en juin 2000, a saisi, en 2012, douze ans après les faits, le médiateur invoquant une gestion de ses portefeuilles inadaptée à son profil et demandant réparation de ce préjudice.

La société de gestion, lors de la procédure d'instruction de ce dossier, a relevé à juste titre que les faits, objet de la médiation, étaient aujourd'hui prescrits. Le médiateur a alors rappelé que s'il n'était pas tenu de relever lui-même la prescription dans un dossier de médiation, celle-ci pouvait valablement lui être opposée par le professionnel.

La médiation n'a donc pas pu être poursuivie.

F – DÉVELOPPER LES ARGUMENTS DE LA NÉGOCIATION EN VUE DE PARVENIR À UN ACCORD

Les avantages d'une procédure de médiation menée sous l'égide du médiateur sont multiples pour les deux parties : rapidité, équité, gratuité et, pour le professionnel, s'y ajoutent la confidentialité et son corollaire l'absence d'atteinte à l'image, ainsi que la possibilité de renouer la relation commerciale.

1 – L'action du médiateur dans les dossiers liés au marché des changes (Forex)

À plusieurs reprises, l'AMF et l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) ont publié un communiqué mettant en garde les particuliers contre des propositions d'investissements sur le Forex en rappelant les risques spécifiques attachés aux produits offerts sur ce marché.

Le nombre de litiges sur le Forex est en augmentation :
La Médiation a de nouveau été saisie d'un nombre croissant de demandes. 58 dossiers ont été reçus en 2012 contre 46 en 2011. Sur les 58 dossiers, 35 relèvent d'incompétences car susceptibles de qualification pénale, 12 ont été instruits au fond dont 4 ont donné lieu à indemnisation.

Les situations de détresse :
Les dossiers reçus montrent souvent de vraies situations de détresse car les personnes prises au piège sont généralement dans des situations financières, familiales ou médicales difficiles. Le profil des plaignants est souvent différent de celui des investisseurs actifs sur les produits financiers. Le mécanisme révèle un véritable engrenage exposé ci-après.

Le schéma observé est souvent identique et révèle une spirale perverse : une personne néophyte se laisse tenter par une publicité sur internet lui offrant une formation gratuite pour devenir *trader* sur le marché des devises et faisant miroiter des gains financiers substantiels et faciles. Après une formation de quinze à trente minutes avec un compte fictif, le client est convaincu de faire un essai avec une mise de départ modeste. Le questionnaire d'évaluation du client est inexistant ou, dans de très rares cas, est rapidement rempli. Le client aspire à être pris en charge par un « conseiller » qui lui promet un accompagnement attentif. Les premiers résultats

sont généralement rapidement positifs et le mettent en confiance pour verser davantage d'argent mais très rapidement le compte du client se trouve perdant avec un « conseiller » injoignable.

S'il est vrai que dans les cas soumis au médiateur les clients ne peuvent engager plus que la mise initiale, qui certes peut être faible, l'effet de levier très important sur ce type de produits et les techniques commerciales utilisées contraignent les clients à engager beaucoup plus d'argent que ce qu'ils le souhaitaient au départ. Le client est incité à miser davantage d'argent, faute de quoi ses positions ouvertes seront clôturées. Les « conseillers » proposent des mesures « incitatives », qui peuvent être des bonus offerts (mais non retirables...) sous condition de volume d'affaires encore accru, ou la désactivation des différents verrous susceptibles de déclencher la clôture automatique des positions, propositions, qui n'aboutissent le plus souvent qu'à aggraver les pertes.

Dans certains cas, quand la proposition émane d'une société agréée par une autorité financière d'un pays européen, le médiateur a pu obtenir des dédommagements lorsqu'il a relevé des pratiques commerciales très agressives.

Le premier argument a été de souligner aux sociétés mises en cause, le cas échéant, qu'elles avaient déjà fait l'objet d'un jugement pour publicité trompeuse par le Jury de déontologie de la publicité, relevant ainsi un risque judiciaire pouvant apparaître lorsque le demandeur a signalé au médiateur que c'est via ce type de bannières qu'il était entré en contact avec le prestataire de services d'investissement concerné.

Le médiateur a particulièrement insisté sur des pratiques commerciales objectivement très agressives, sans mise en garde, engageant les clients à prendre toujours plus de risques. Notamment, lorsque les conditions d'octroi de bonus au *trading,* ou tout autre argumentaire commercial très appuyé par les conseillers du client, lui sont apparues nécessairement comme autant d'incitations à accroître le risque, quelle que soit la situation du client, en augmentant de façon drastique les positions de ce dernier dans le seul but de lui faire atteindre un montant de positions engagées.

Si la société a spécifié la compétence d'un médiateur d'un autre pays européen, par exemple celui du Royaume-Uni ou de l'Irlande, le médiateur de l'AMF ne pourra se déclarer compétent.

Lorsque la société n'est pas agréée, situation pénalement répréhensible, aucune médiation ne peut être entreprise et le procureur en est avisé (article L. 621-20-1 du code monétaire et financier).

2 – Une demande de remboursement des parts de fonds d'investissement de proximité (FIP)

Ayant suivi les recommandations de leur conseiller financier de l'époque, un couple d'épargnants a investi 24 024 euros en 2007 dans un fonds d'investissement de proximité (FIP) dont 21 500 euros issus d'un prêt contracté à cette fin et 2 524 euros retirés de leur Livret A. Ils n'avaient signé aucun bulletin de souscription ni d'engagement de conservation des parts. De plus, la notice d'information ou le prospectus simplifié de ce FIP ne leur avait, *a fortiori*, pas été remis, les privant ainsi de la possibilité de prendre une décision d'investissement en toute connaissance de cause sur un investissement comportant un risque élevé.

La recommandation du médiateur a consisté en une réparation complète de la perte constatée lors du rachat des parts du FIP par rapport au prix de souscription accompagné des frais de sortie à laquelle s'est ajoutée une réparation complémentaire eu égard au cas d'espèce. Elle a été acceptée par l'établissement.

3 – Un préjudice résultant d'un ordre de bourse exécuté tardivement

Dans un autre cas concernant un ordre adressé par courrier et non exécuté plusieurs jours après réception du courrier, le médiateur a indiqué à l'établissement qui ne souhaitait pas accéder initialement à la demande de dédommagement de son client que, compte tenu des particularités du dossier, un juge pourrait être amené à considérer que la célérité attendue avec laquelle un ordre de bourse doit être exécuté une fois reçu n'avait pas été respectée. Il a ainsi fait valoir le risque d'une jurisprudence qui pourrait ne pas être à son avantage alors même qu'il s'agissait d'un cas isolé pour l'établissement et que les ordres par courrier étaient rares.

Le médiateur a proposé une recommandation visant à compenser la différence de cours due au retard pris dans l'exécution de l'ordre. Elle a été acceptée.

4 – Une mauvaise exécution d'ordre résultant d'un incident ponctuel

Le cas d'un dysfonctionnement internet reconnu par un établissement a été soumis au médiateur.

Un investisseur avait effectué à 9h06 un achat de 20 000 warrants Turbo Pro Put. À 9h27 il a souhaité passer un ordre de vente, mais un incident technique sur la plateforme de passation d'ordre en ligne l'en a empêché. Par courrier, l'établissement a reconnu « *un incident intervenu sur [le] site bourse (...)* ». Il a été admis qu'en l'absence de ce problème technique, le client aurait pu revendre ses 20 000 titres au cours d'environ 1 € (0.99 € à 09:26:30 et 1.00 € à 09:35:31) ce qui aurait engendré une plus-value de 600 € (hors frais) et non une moins-value de 4 000 € (hors frais).

Le médiateur a fait valoir que l'image de la fiabilité du système informatique du prestataire risquait d'être mise en cause alors que le dysfonctionnement n'était en réalité que ponctuel.

Cette analyse a conduit l'établissement à suivre l'avis émis.

L'indemnisation totale de la perte liée, accompagné des frais afférents a été proposée et acceptée par les parties au terme de l'instruction de ce dossier de médiation.

5 – La relance d'une relation commerciale grâce à la médiation

Un investisseur institutionnel avait confié la gestion de plusieurs OPCVM dédiés à une même société de gestion. Sur l'un des produits en devise, une perte de change est survenue en quelques jours de plus d'un million d'euros imputée au fonds. Après une analyse approfondie du dossier par le médiateur, ce qui a impliqué une interprétation des termes des documents contractuels et de la volonté des parties au moment de la rédaction de ces documents, les parties se sont entendues sur un montant de geste commercial, sous la forme, pour une partie, d'abandons de frais de gestion. L'échelonnement dans le temps du geste a rassuré la société de gestion, car la pérennité des relations était favorisée. Du point de vue de l'investisseur, ce geste a permis de relancer la relation commerciale de façon satisfaisante, dans la mesure où, mis à part cet incident, il était satisfait des services de la société de gestion.

6 – La portée de la confidentialité est précisée aux parties

Le médiateur, saisi d'une demande de précisions sur la portée de la confidentialité s'agissant du courrier de saisine de la Médiation, a rappelé au demandeur que, conformément aux dispositions de l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 n° 95-125 modifiée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 devenu l'article L. 1532 du code de procédure civile « *sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité.* » et que l'article 4 de la charte de la médiation de l'AMF précise que *« le médiateur et son équipe, ainsi que les parties, sont tenus à la plus stricte confidentialité. »* Le médiateur a également précisé que le principe de confidentialité s'applique ainsi à l'ensemble de la procédure de médiation, une fois celle-ci acceptée par les deux parties, et s'attache aux échanges et pièces de cette procédure.

C'est dans ce sens que l'article 1532 précité dispose que « *les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties.* »

Dans un autre dossier, la crainte ultime que l'un des plaignants fasse état de l'accord obtenu sur des réseaux sociaux, eu égard à son attitude particulièrement revendicatrice et menaçante, a dissuadé *in fine* le professionnel de confirmer son accord. Le respect de l'engagement de confidentialité était primordial car d'autres investisseurs étaient susceptibles d'avoir été dans la même situation. Une solution raisonnable pour les parties avait pourtant été trouvée par le médiateur dans ce cas où les plaignants s'estimaient victimes d'une mauvaise information et d'un défaut de conseil de la part d'un conseiller en investissement financier (CIF).

G – FORMALISER L'ARRANGEMENT AMIABLE : LE PROTOCOLE D'ACCORD

Lorsque le processus de négociation est achevé et qu'un accord a été trouvé, il peut se concrétiser par la signature d'un protocole. Le protocole d'accord, qui n'est aucunement obligatoire, peut-être utile puisque les parties mettent un terme définitif et sans contestation possible au litige qui les oppose tout en en définissant le périmètre exact.

Il suppose des concessions réciproques et équilibrées : paiement d'une indemnité – sans reconnaissance de faute – de la part du professionnel et renonciation à tout recours judiciaire ultérieur concernant les mêmes faits de la part du demandeur.

Le protocole permet également de rappeler à chacune des parties leur engagement de confidentialité.

Le médiateur propose son concours dans la rédaction du protocole afin de garantir la sécurité juridique ainsi que la loyauté et veiller à l'équilibre et à la proportionnalité des engagements pris.

Le médiateur, qui n'est pas signataire du protocole, s'assure notamment que les faits sont rappelés de façon précise – dans la mesure où il s'agit de circonscrire l'objet du litige – mais concise afin de ne pas cristalliser ou réactiver des tensions quant à l'exposé du différend.



Marielle Cohen-Branche, *médiateur de l'AMF*
et François Denis du Péage, *délégué du médiateur.*

sommaire

Annexes

Annexe 1
Code monétaire et financier, article L. 621-19 21

Annexe 2
Organigramme de la Médiation 22

Annexe 3
Charte de la médiation 23

Annexe 4
En savoir plus sur la médiation 24

Annexe 1

CODE MONÉTAIRE ET FINANCIER, ARTICLE L. 621-19

L'Autorité est habilitée à recevoir de tout intéressé les réclamations qui entrent par leur objet dans sa compétence et à leur donner la suite qu'elles appellent. Elle propose, lorsque les conditions sont réunies, la résolution amiable des différends portés à sa connaissance par voie de conciliation ou de médiation.

La saisine de l'Autorité des marchés financiers, dans le cadre du règlement extrajudiciaire des différends, suspend la prescription de l'action civile et administrative. Celle-ci court à nouveau lorsque l'Autorité des marchés financiers déclare la médiation terminée.

L'Autorité des marchés financiers coopère avec ses homologues étrangers en vue du règlement extrajudiciaire des litiges transfrontaliers.

Elle peut formuler des propositions de modifications des lois et règlements concernant l'information des porteurs d'instruments financiers et du public, les marchés d'instruments financiers et d'actifs mentionnés au II de l'article L. 421-1 et le statut des prestataires de services d'investissement.

Elle établit chaque année un rapport au président de la République et au Parlement, qui est publié au Journal officiel de la République française. Ce rapport présente, en particulier, les évolutions du cadre réglementaire de l'Union européenne applicable aux marchés financiers et dresse le bilan de la coopération avec les autorités de régulation de l'Union européenne et des autres États membres.

Le président de l'Autorité des marchés financiers est entendu, sur leur demande, par les commissions des finances des deux assemblées et peut demander à être entendu par elles.

Annexe 2

ORGANIGRAMME DE LA MÉDIATION

Au 31 décembre 2012

Gérard Rameix - Président

Secrétaire général
Benoît de Juvigny

Direction des relations avec les épargnants
Directrice
Natalie Lemaire

Marielle Cohen-Branche – Médiateur

Pôle Médiation
Délégué du médiateur
François Denis du Péage

Assistante
Lysiane Flobert

Juristes
Xavier Beaud
Virginie Lavolé
Nelly Lebel
Audrey Pellen



Annexe 3

CHARTE DE LA MÉDIATION

L'article L. 621-19 du code monétaire et financier dispose : « *l'Autorité des marchés financiers est habilitée à recevoir de tout intéressé les réclamations qui entrent par leur objet dans sa compétence et à leur donner la suite qu'elles appellent. Elle propose, lorsque les conditions sont réunies, la résolution amiable des différends portés à sa connaissance par voie de conciliation ou de médiation.*

La saisine de l'Autorité des marchés financiers, dans le cadre du règlement extrajudiciaire des différends, suspend la prescription de l'action civile et administrative. Celle-ci court à nouveau lorsque l'Autorité des marchés financiers déclare la médiation terminée.

L'Autorité des marchés financiers coopère avec ses homologues étrangers en vue du règlement extrajudiciaire des litiges transfrontaliers ».

En application de ce texte, le médiateur reçoit et instruit les réclamations et demandes de médiation adressées à l'Autorité des marchés financiers.

Impartialité du médiateur

Au sein de l'Autorité des marchés financiers, autorité publique indépendante, le médiateur dispose de moyens suffisants et dédiés à l'exercice neutre et impartial de son activité. Il bénéficie d'un budget propre.

Il ne peut recevoir d'instructions sur les dossiers individuels dont il a la charge.

Saisine du médiateur

L'accès direct au médiateur est garanti et ses coordonnées sont facilement accessibles. Le médiateur peut être saisi par tout intéressé, personne physique ou morale, d'un différend à caractère individuel entrant dans le champ d'intervention de l'Autorité des marchés financiers. La saisine du médiateur est gratuite.

Préalable d'une première démarche

Toute réclamation adressée au médiateur doit avoir été précédée d'une première démarche écrite ayant fait l'objet d'un rejet total ou partiel auprès du prestataire de services d'investissement ou de l'émetteur concerné.

Déroulement de la médiation

La procédure de médiation ne peut être mise en œuvre que si les parties acceptent d'y recourir.

La durée de la médiation est, en principe, de trois mois à compter du moment où tous les éléments utiles ont été communiqués au médiateur par les parties.

L'instruction du dossier est contradictoire. Elle se fait par écrit mais le médiateur peut, s'il le juge utile, recevoir chaque partie séparément ou ensemble.

Le médiateur et son équipe, ainsi que les parties, sont tenus à la plus stricte confidentialité.

Saisine des tribunaux

Les parties conservent, à tout moment, le droit de saisir les tribunaux.

Dans ce cas, les échanges intervenus au cours de la procédure de médiation ne peuvent être produits ni invoqués devant les juridictions.

Clôture de la procédure de médiation

La procédure de médiation prend fin soit par la résolution amiable du différend, soit par le constat d'un désaccord persistant ou du désistement de l'une des parties. Quelle que soit l'issue de la procédure, le médiateur informe, par écrit, les parties de la fin de sa mission.

Informations et rapport annuel

L'existence de la médiation et ses modalités d'accès direct font l'objet d'une mention dans les publications de l'AMF, quel qu'en soit le support. Le médiateur présente au Collège de l'Autorité des marchés financiers un rapport annuel dans lequel il établit le bilan de son activité. Ce rapport est rendu public.

Annexe 4

EN SAVOIR PLUS SUR LA MÉDIATION

- Extrait du rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2011-1540 (annexe 1 du rapport du médiateur 2011, en ligne sur le site internet de l'AMF **www.amf-france.org**, rubrique du médiateur).
- Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale (disponible sur le site internet **www.legifrance.gouv.fr**).
- Extrait du décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends (disponible sur le site internet **www.legifrance.gouv.fr**).
- Recommandation de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extra-judiciaire des litiges de consommation (98/257/CE) (disponible sur le site internet de la Commission européenne : **www.europa.eu**).
- Charte des médiateurs de services au public (disponible sur le site internet du Club des médiateurs de services au public **www.clubdesmediateurs.fr**).

CONTACTS

Comment contacter le médiateur de l'Autorité des marchés financiers ?

Madame Marielle Cohen-Branche
Autorité des marchés financiers
17, place de la Bourse – 75082 Paris Cedex 02

Site internet : www.amf-france.org – rubrique Médiateur

AUTORITÉ
DES MARCHÉS FINANCIERS
AMF

17, place de la Bourse
75082 Paris Cedex 02 – France
Tél. : 01 53 45 60 00
Fax. : 01 53 45 61 00

N° ISBN : 979-10-91964-19-7 – Conception graphique : **avant**garde – © Franck Dunouau.