

Analyse



*Renforcer la protection
des utilisateurs
de produits et services
financiers*

Réseau **Financement
Alternatif**

Ensemble, changeons la finance



FÉDÉRATION
WALLONIE-BRUXELLES

La crise financière historique de 2008 a poussé la Belgique à s'orienter vers un modèle de contrôle bipolaire de l'activité financière, le « Twin Peaks » : d'un côté, la Banque nationale pour maintenir la stabilité macro- et microéconomique du système financier et, de l'autre, l'Autorité des services et marchés financiers, la FSMA, pour assurer un traitement honnête, équitable et professionnel des clients. Les lois des 30 et 31 juillet 2013 « visant à renforcer la protection des utilisateurs de produits et services financiers ainsi que les compétences du FSMA »¹ s'inscrit dans cette logique.

1 Introduction

Une des idées maîtresse derrière le modèle "Twin Peaks", déjà d'application dans plusieurs États européens, à commencer par l'Allemagne et les Pays-Bas, c'est que le risque d'un effet de contagion - à savoir que la faillite d'une banque mette en péril tout le système bancaire - n'est pas local. D'où l'intérêt que le contrôle soit exercé par la Banque nationale, qui dispose des données macroéconomiques et d'une communication plus directe avec les autres institutions internationales. C'est le résultat visé par la loi du 2 juillet 2010 modifiant la loi 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, ainsi que la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque Nationale de Belgique, et portant des dispositions diverses.²

Restait à adopter un texte de loi qui vise à optimiser et à étendre la protection des consommateurs dans le secteur financier. Une lacune comblée par les lois des 30 et 31 juillet 2013 précitées.

2 Les mesures répressives

La FSMA n'avait-elle pas toujours eu la possibilité de sanctionner adéquatement les infractions ? Les nouvelles lois lui accordent plus de compétences pour imposer des mesures répressives, telles que des amendes administratives ou des astreintes.

¹ Moniteur Belge, 30 août 2013, 60090 et 60110.

² Moniteur Belge, 28 septembre 2010, 59140. Voir Bernard Bayot, *Réforme de la surveillance du secteur financier*, Réseau Financement Alternatif, mars 2011.

Si la plupart des lois au respect desquelles la FSMA est chargée de veiller lui reconnaissent en effet la possibilité de prendre des mesures répressives lorsqu'elle constate des infractions, ce n'était pas toujours le cas, parfois ces mesures n'étaient possibles que pour un nombre trop limité d'infractions, ou encore leur formulation présentait des défauts techniques qui entravaient leur mise en œuvre.

Par ailleurs, si la FSMA pouvait imposer des astreintes à celui qui ne se conforme pas à une injonction de respect de la législation, elle ne pouvait en revanche informer le public de cette mesure.

Les adaptations prévues dans les nouvelles lois visent à remédier à ces lacunes et accroissent ainsi la possibilité pour la FSMA de réagir, en sa qualité d'autorité de contrôle, de manière plus proportionnelle contre les infractions. En effet, une infraction à la législation commise par une personne ou une institution soumise au contrôle de la FSMA ne justifie pas toujours le retrait de l'agrément ou de l'inscription (qui bannit du marché la personne ou l'institution concernée). L'imposition d'une amende administrative peut, dans pareil cas, mener à une action plus proportionnelle de la part de la FSMA car elle permet d'attirer l'attention de la personne ou de l'institution en question sur le caractère inacceptable de son infraction, tout en l'autorisant à continuer à exercer son activité.

Par ailleurs, la FSMA avait jusqu'à présent peu de pouvoirs pour intervenir contre l'offre ou la fourniture de produits ou services financiers par des personnes qui ne disposent pas de l'agrément requis à cet effet par la loi. Les nouvelles lois comblent désormais cette lacune.

La FSMA dispose à présent dans ce domaine de pouvoirs plus concrets, lui permettant de poser davantage d'actes d'investigation, de faire figurer davantage d'informations pertinentes dans les mises en garde qu'elle diffuse à l'intention du public et d'intervenir de manière plus répressive lorsqu'elle constate ce type d'infractions.

3 Le mystery shopping

Le mystery shopping ou enquête-mystère est, au départ, une technique de contrôle de la qualité en entreprise et de marketing. Elle consiste à envoyer dans une entreprise des clients formés pour évaluer la qualité du service à la clientèle à l'aide de critères d'évaluation précis.

Elle est toutefois utilisée de plus en plus régulièrement par les pouvoirs publics. Ainsi, à titre d'exemple, la Commission européenne a lancé, en décembre 2010, une enquête-mystère dans les 27 États membres de l'UE pour contrôler l'efficacité de l'initiative d'autorégulation du secteur financier en matière de changement de compte bancaire. Des clients-mystère ont réalisé un bon millier d'évaluations, dont plus de 900 demandes de mise à disposition d'informations et plus de 400 ordres de changement de compte, afin de pouvoir porter un jugement sur la facilité de l'opération. Il est apparu de cette étude que plus des deux tiers des clients-mystère n'y étaient pas parvenus³. C'est un des éléments qui a été pris en considération par la Commission européenne dans l'analyse d'impact qui a précédé le dépôt par celle-ci de la proposition de directive du 8 mai 2013 sur la comparabilité des frais liés aux comptes de paiement, le changement de compte de paiement et l'accès à un compte de paiement assorti de prestations de base.⁴ Dans ce cas, le mystery shopping est utilisé pour évaluer la nécessité de développer des politiques publiques nouvelles.

Dans le cas qui nous occupe, l'on va un pas plus loin, puisque les nouvelles lois des 30 et 31 juillet 2013 l'instaurent comme un outil de contrôle du respect de la loi. Cette technique doit permettre à la FSMA de vérifier si les entreprises qu'elle contrôle respectent certaines règles dans leurs relations avec ces consommateurs : ses enquêteurs pourront se faire passer pour des pseudo-acheteurs en cachant qu'ils agissent au nom de la FSMA et les données obtenues par leur intermédiaire pourront être utilisées par l'institution. Cette méthode de contrôle, plutôt exotique dans notre tradition juridique et administrative, est déjà appliquée par la Financial Services Authority anglaise depuis quelques années déjà et, depuis peu, c'est également par les autorités de contrôle des marchés anglaise et néerlandais, respectivement l'Autorité des marchés financiers française et l'Autoriteit Financiële Markten néerlandaise.

Selon l'exposé des motifs des lois des 30 et 31 juillet 2013, la FSMA pourra faire appel soit aux membres de son propre personnel, soit à des collaborateurs externes pour se présenter comme des clients (potentiels) et vérifier de cette manière comment les règles de conduite sont appliquées dans la pratique. L'exemple de la Financial Services Authority anglaise montre qu'il est généralement fait appel à des prestataires de services externes, mais qu'il n'est néanmoins pas nécessaire d'exclure a priori la pratique du mystery shopping par des collaborateurs de la FSMA. Le recours à des collaborateurs propres peut par exemple être indiqué pour effectuer rapidement une mission de mystery shopping ponctuelle.

3 Consumer Market Study on the consumers' experiences with bank account switching with reference to the Common Principles on Bank Account Switching,
http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/switching_bank_accounts_report_en.pdf.

4 COM/2013/0266 final - 2013/0139 (COD).

La technique du mystery shopping pourra être utilisée par la FSMA tant pour examiner une pratique déterminée et approcher plusieurs entreprises du secteur, que pour récolter davantage d'informations concernant les pratiques d'une entreprise bien ciblée. Lorsque le mystery shopping permet de conclure à l'existence d'indices de non-respect de certaines règles, il peut mener soit à la conduite d'actions générales relevant de la stratégie de contrôle, soit à la mise en œuvre d'actions ou de mesures (ou d'un examen plus approfondi) à l'égard d'une ou plusieurs personnes ou entreprises sous contrôle. Dans des circonstances spécifiques, il est possible que le mystery shopping livre d'emblée un résultat probant (par exemple dans le cas d'un e-mail démontrant l'existence d'une offre irrégulière de services d'investissement). Pour autant qu'il n'ait pas été question d'une provocation de l'infraction, ce résultat peut alors donner lieu à la prise d'une mesure concrète. Toutefois, en règle générale, les résultats du mystery shopping ne suffiront pas en soi pour justifier l'adoption d'une mesure concrète ou l'imposition d'une sanction. Ainsi, un rapport de synthèse établi en vue de reproduire, de manière résumée, les résultats de mystery shoppers externes (ce qui peut s'avérer indiqué pour préserver la vie privée des employés contactés), ne présentera généralement pas à lui seul une force probante suffisante pour justifier une mesure ou une sanction. Il n'en reste pas moins qu'un tel rapport pourra être utile et qu'il pourra donner lieu, notamment, à un examen concret plus approfondi ou à des actions relevant plutôt de la stratégie de contrôle.⁵

Dans le même but, la FSMA pourra demander aux services de médiation externes de lui fournir des données sur la nature des plaintes les plus fréquentes et sur la suite qui leur a été réservée par ces services. Elle pourra aussi demander aux établissements financiers de lui donner accès aux parties de leurs sites web qui sont réservées à leurs clients (sans pouvoir accéder aux données des clients).

4 La commercialisation des produits financiers

Par le biais de la loi du 2 juillet 2010, le Parlement a conféré à la FSMA le pouvoir d'arrêter des règlements qui peuvent prévoir une interdiction ou des conditions restrictives concernant la négociation de produits d'investissement de détail, ou qui sont susceptibles de favoriser la transparence de la tarification et des frais administratifs de tels produits. La FSMA peut faire usage de ce pouvoir sur avis du conseil de surveillance et du Conseil de la Consommation et doit, à cet égard, tenir compte des intérêts des consommateurs de services financiers.

⁵ DOC 53 2872/001.

C'est dans ce cadre que, le 20 juin 2011, la FSMA a appelé le secteur financier à ne pas commercialiser auprès des investisseurs de détail des produits structurés qui sont considérés comme particulièrement complexes. L'approche de l'institution, qui prend appui sur les leçons à tirer de la crise financière, est une approche axée sur l'avenir et établie dans un but préventif. Elle entend ainsi intervenir non seulement au niveau de la transparence et des règles de conduite, mais également dans le processus de production même.

Il est à noter que, dans d'autres pays aussi, des initiatives ayant trait aux produits structurés ont également été prises : au Royaume-Uni⁶, en France⁷, en Italie⁸, aux États-Unis⁹ et au Danemark¹⁰.

Les distributeurs qui adhèrent à ce moratoire volontaire de la FSMA s'engagent à ne pas commercialiser, pendant la durée de ce moratoire, des produits structurés qui ne satisfont pas aux critères établis par l'autorité de contrôle. Ces distributeurs sont inscrits sur une liste tenue par la FSMA. Selon cette dernière, le moratoire volontaire reste d'application jusqu'à l'instauration de nouvelles règles concernant la commercialisation de produits structurés auprès des investisseurs de détail. C'est, en quelque sorte, la première étape d'un processus visant à rendre l'offre de produits plus simple et plus transparente.

Quelques semaines plus tard, la FSMA a organisé une consultation ouverte sur un nouveau régime visant à encadrer la commercialisation de produits structurés destinés aux investisseurs de détail. Cette consultation visait notamment à recueillir des commentaires sur les critères appliqués par la FSMA pour qualifier un produit structuré de 'particulièrement complexe' ou non. Elle a également posé la question de savoir si un règlement devait, dans le prolongement du moratoire, se concentrer uniquement sur la complexité des produits structurés, ou si le risque lié à de tels produits pouvait également constituer un angle d'approche. La FSMA a, par ailleurs, demandé si le règlement devait porter sur d'autres produits qui ne sont pas structurés, mais qui sont complexes et/ou risqués.

Avec les lois des 30 et 31 juillet 2013, la FSMA est habilitée, dans l'intérêt des utilisateurs non professionnels de produits et services financiers, à interdire ou à subordonner à des conditions restrictives la commercialisation de produits financiers

6 FSA, "Discussion Paper 11/1 Product Intervention".

7 Position de l'AMF du 15 octobre 2010 concernant la commercialisation des instruments financiers complexes.

8 Consob, notice n° 9019104 du 2 mars 2009 concernant "the intermediary's duty of correct and transparent conduct in the distribution of illiquid financial products".

9 "Investor alert" de la SEC et de la FINRA du 2 juin 2011 concernant les produits structurés avec protection du capital.

10 "Executive order n° 345 dd. 15 April 2011 on risk-labelling of investment products".

ou de certaines catégories de produits financiers. Mais aussi favoriser, en prévoyant la mention obligatoire d'un label ou de toute autre façon, la transparence de tels produits ou des risques, des prix, des rémunérations et des frais liés à ceux-ci. Ainsi la commercialisation de produits financiers sur le territoire belge serait subordonnée, pour autant que la réglementation européenne le permette, à l'apposition sur les produits d'un label indiquant leur degré de risque et/ou leur caractère approprié, et ce d'une manière qui soit très standardisée et qui permette ainsi d'opérer des comparaisons.

A cet égard, les lois des 30 et 31 juillet 2013 habilite le gouvernement à déterminer la manière dont les risques liés à certains produits financiers ou à certaines catégories de produits financiers doivent être présentés pour les besoins des parties intéressées.

5 Les règles de marché

Ces lois apportent également plusieurs améliorations sur le plan des règles visant à réfréner les abus de marché et à accroître la transparence des marchés. Elles tiennent compte à cet égard aussi bien des initiatives prises au niveau européen que des événements observés sur les marchés financiers.

C'est la raison pour laquelle elles prévoient les mesures nécessaires à la mise en œuvre du règlement (UE) n° 236/2012 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 sur la vente à découvert et certains aspects des contrats d'échange sur risque de crédit. Les lois prévoient la désignation de la FSMA comme autorité compétente chargée d'assurer le contrôle du respect du règlement.

Elles élargissent en outre, à l'instar du système français, la faculté pour la FSMA d'imposer, dans des circonstances de marché exceptionnelles, des mesures temporaires portant sur la négociation d'instruments financiers.

L'application de l'interdiction de manipulation de marché est quant à elle étendue aux manipulations opérées au moyen de produits dérivés ou d'instruments dits *credit default swaps*, à savoir des instruments financiers qui portent sur le risque de crédit de l'émetteur d'instruments financiers cotés (ou d'une entreprise liée à cet émetteur). Ces instruments financiers ont, en effet, joué un rôle important lors des événements récents qui ont marqué les marchés financiers. Il doit dès lors être interdit de commettre des délits d'initié ou des manipulations de marché en utilisant ce type d'instruments financiers.

Par ailleurs, suite au récent scandale provoqué par les (tentatives de) manipulations du Libor et/ou de l'Euribor, la loi précise que la manipulation de tels indices de référence est elle aussi passible de sanctions administratives et pénales (sur la base des propositions de textes que la Commission européenne a publiées à ce sujet le 25 juillet 2012).

6 L'application des règles de conduite

Le développement de nouveaux produits financiers et produits d'assurance est un processus en évolution constante. Le rôle de l'intermédiaire qui propose ces produits n'en est que plus important, surtout en ce qui concerne l'évaluation du caractère adéquat du produit au regard des objectifs d'investissement du client.

Les règles de conduite dites "MiFID", qui s'appliquent actuellement aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement, y compris à leurs agents, comprennent aussi bien des règles générales que des règles très précises. Les règles de conduite générales imposent l'obligation d'agir d'une manière honnête, équitable et professionnelle servant au mieux les intérêts des clients, et de ne fournir aux clients que des informations correctes, claires et non trompeuses. Les règles de conduite plus spécifiques portent notamment sur la transparence des rémunérations perçues par les établissements de crédit et les entreprises d'investissement dans le cadre de la fourniture de services d'investissement (*inducements*), sur les obligations d'information à respecter à l'égard de la clientèle, sur l'obligation de ne recommander au client qu'un service d'investissement ou un instrument financier ou de ne lui fournir qu'un service de gestion de portefeuille qui soient adéquats au regard de ses connaissances et de son expérience, de sa situation financière et de ses objectifs d'investissement (*suitability*) et sur l'obligation d'avertir le client si une transaction n'est pas appropriée au regard de son expérience et de ses connaissances (*appropriateness*).

À l'heure actuelle, les courtiers en services bancaires et en services d'investissement sont eux aussi soumis (tout comme les agents) à l'obligation générale, d'une part, d'agir d'une manière honnête, équitable et professionnelle servant au mieux les intérêts de leurs clients et, d'autre part, de fournir des informations correctes, claires et non trompeuses. Mais, contrairement aux agents en services bancaires et en services d'investissement, les courtiers ne sont pas encore soumis aux règles de conduite MiFID plus spécifiques. Les lois des 30 et 31 juillet 2013 soumettent ces courtiers, à partir du 1er janvier 2014, aux dites règles de conduite plus spécifiques.

Par ailleurs, les entreprises d'assurances et les intermédiaires d'assurances sont certes déjà soumis à des règles détaillées en ce qui concerne le contenu des contrats et certaines informations pré-contractuelles à fournir au preneur d'assurance, mais, à

l'heure actuelle, des concepts tels que *suitability* ou *appropriateness* et des règles relatives à la transparence des frais ne sont pas encore, pour ce secteur, ancrés en tant que tels dans la législation. La pratique montre toutefois qu'il n'est pas rare que des assurances représentant un placement soient présentées comme alternative aux fonds d'investissement, de sorte qu'il est clair que des produits strictement financiers et des produits d'assurance peuvent servir les mêmes objectifs d'investissement.

C'est la raison pour laquelle la loi du 2 juillet 2010 a introduit dans la loi organique de la FSMA une disposition spécifique (l'article 28ter) qui habilite le Roi à étendre l'application des règles de conduite MiFID aux entreprises et intermédiaires d'assurances, en tenant compte de l'état d'avancement de la législation européenne.

Les lois des 30 et 31 juillet 2013 accomplissent un pas supplémentaire sur la voie de l'instauration d'un level playing field (environnement dans lequel toutes les entreprises d'un marché donné sont traitées de la même manière par le contexte réglementaire) entre les banques et les entreprises et intermédiaires d'assurances.

7 La connaissance essentielle des produits

Dans le même souci d'assurer la protection des clients et d'accroître la cohérence transversale de la législation, les lois des 30 et 31 juillet 2013 instaurent une exigence de connaissance essentielle des produits dans le chef de toute personne en contact avec le public. Une protection efficace des clients exige, en effet, que les personnes qui sont en contact avec ces derniers connaissent et comprennent elles-mêmes les caractéristiques essentielles des produits qu'elles proposent, de manière à pouvoir fournir, sur demande, des explications concrètes à leur sujet. Cette exigence, si elle paraît évidente, ne ressort pas explicitement telle quelle de la législation actuelle. Ainsi, il est par exemple possible qu'un client auquel est fourni un conseil en investissement se voie proposer des instruments financiers adaptés à sa situation et remettre les documents requis (la règle de conduite MiFID prévue en la matière étant de ce fait respectée), sans toutefois que la personne en contact avec ce client ne connaisse et ne comprenne l'instrument financier de manière suffisante pour pouvoir expliquer s'il s'agit de parts d'un organisme de placement collectif ou d'un titre de créance et pour pouvoir exposer les principales conséquences de cette distinction pour le client (par exemple, le risque de contrepartie dans le cas d'un titre de créance).

À cela s'ajoute que, dans l'état actuel de la législation, les règles de conduite MiFID précitées ne s'appliquent qu'à la fourniture de services d'investissement, de sorte qu'elles ne permettent pas une approche transversale. Or, il est important pour le client que son interlocuteur (commercial) puisse remplir la fonction d'une personne

de confiance capable d'expliquer les caractéristiques essentielles du produit, qu'il s'agisse, par exemple, d'un instrument financier, d'un compte à terme ou d'une assurance vie de la "branche 21" ou de la "branche 23".

Il est par ailleurs capital que l'exigence relative à la connaissance essentielle des produits soit respectée indépendamment de la qualité de l'interlocuteur du client, que celui-ci soit en effet courtier ou agent (indépendant) ou employé de l'établissement de crédit, de l'entreprise d'investissement ou de l'entreprise d'assurances. Un tel level playing field est essentiel pour assurer une protection efficace du client, mais également pour rétablir la confiance dans le secteur financier.

La connaissance requise des produits porte sur les caractéristiques essentielles du produit concerné. Le revenu fixe ou non, le risque de perte de la mise mais également la nature juridique du produit (qui peut notamment influencer l'évaluation du risque de contrepartie) sont autant d'aspects importants à pouvoir expliquer. A l'inverse, cela ne signifie pas que la personne en contact avec le client doit connaître et pouvoir reproduire tous les détails d'un prospectus.

8 Règles de conduite spécifiques aux comptes d'épargne

Les nouvelles lois précitées instaurent également des règles de conduite en ce qui concerne les comptes d'épargne en vue de préserver la confiance des épargnants dans ce type de produits.

La première règle vise à s'assurer que les établissements de crédit qui présentent un de leurs comptes d'épargne comme bénéficiant de l'exonération du précompte mobilier, répondent effectivement à toutes les conditions requises à cet effet.

Les nouvelles lois permettent par ailleurs au gouvernement d'édicter de nouvelles règles de conduite applicables à l'offre de comptes d'épargne, toujours dans l'optique de promouvoir le traitement honnête, équitable et professionnel des épargnants. Ces règles viseront plus spécifiquement à favoriser la transparence et la comparabilité des comptes d'épargne commercialisés en Belgique

En effet, ce produit, d'apparence simple, s'est complexifié au fil des années en raison d'une offre de plus en plus étendue et diversifiée, aux conditions de rémunération parfois opaques, ou à tout le moins dont l'impact financier réel est souvent difficilement compréhensible pour les épargnants. L'opacité des conditions de rémunération de ce type de produit a notamment été dénoncée par des études récentes menées au niveau international, entre autres, par l'Autorité de la concurrence du Royaume-Uni, l'Office of Fair Trading.

L'on constate également une disparité grandissante des règles de calcul et de paiement des intérêts et des primes de fidélité appliquées par les différents établissements de crédit, ce qui ne facilite pas la comparaison des conditions de rémunération offertes par ces établissements.

Il est donc apparu utile que des dispositions soient prises pour accroître la transparence et la comparabilité des comptes d'épargne, ce qui pourra être fait, notamment, par le biais d'une réglementation visant à limiter le nombre et le type de conditions auxquelles certains établissements de crédit soumettent l'offre de leurs comptes d'épargne, ou par la mise en place d'outils permettant aux épargnants de choisir le compte d'épargne le plus adapté à leur situation personnelle.

Les innovations pratiques en la matière sont les suivantes :

- Le nombre de comptes d'épargne réglementés par marque bancaire sera limité à 6 maximum.
- Il est interdit de lier des conditions à un compte d'épargne : les banques ne peuvent par exemple plus proposer de taux d'intérêt plus généreux pour les versements d'argent frais. Elles peuvent par contre encore offrir un meilleur taux si le solde du compte dépasse un certain seuil.
- Les primes de fidélité acquises seront payées à 4 échéances fixes (01/01, 01/04, 01/07 & 01/10).
- Tout client pourra transférer du capital (500 euros minimum par transfert) jusqu'à trois fois par an entre ses comptes propres (il doit s'agir de comptes d'épargne) au sein de la même banque ou marque bancaire sans risque de perdre ses primes de fidélité.
- À partir du 1er janvier 2014, les banques seront moins libres d'adapter leur taux à la baisse si elles viennent tout juste de les augmenter. Elles devront maintenir une hausse des taux pendant au moins trois mois, sauf en cas de baisse du taux directeur de la Banque Centrale Européenne.
- Chaque banque mettra à disposition une fiche d'informations claire par compte d'épargne.
- La FSMA, a lancé, le 1er février 2013, un site internet gratuit: www.wikifin.be. Les épargnants peuvent y comparer les différents comptes bancaires.

- Les banques seront obligées de mettre un calculateur de taux à la disposition de leurs clients pour les aider à évaluer à quel moment un retrait est le moins dommageable pour la prime de fidélité.

9 Conclusions

Au total, une loi certes technique mais indispensable pour lutter contre la complexité des produits financiers, le manque d'information et, souvent, la volonté de privilégier les intérêts de la banque sur ceux des clients. Qu'il convient de saluer à sa juste valeur quand, au plus fort de l'été, la régulation financière apparaît plus souvent comme un désert qu'une oasis.

Bernard Bayot
Août 2013