Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Commission fédérale de la Consommation (CFC)

CH-3003 Berne, CFC

E-Mail
patrizia.bickel@finma.ch

Référence : ACF / voj
Votre référence :
Notre référence : teb
Berne, le 1er juillet 2024

Prise de position de la CFC sur la circulaire : « Règles de comportement selon la LSFin et l'OSFin »

Madame,

Cette législation vise à protéger les clients des prestataires de services financiers et à créer des conditions comparables pour la fourniture de tels services, en fixant des exigences relatives à la fourniture fidèle, diligente et transparente de services financiers et en réglementant l'offre d'instruments financiers (art. 1 LSFin).

Elle contient des règles de surveillance régissant les relations entre les prestataires de services financiers et leurs clients qui, contrairement au droit privé, sont appliquées de manière contraignante et d'office. Cette législation remplit par là une importante fonction de référence en ce qui concerne les déficits d'exécution dans le droit privé de la protection des investisseurs.

La clientèle visée par ces textes légaux sont les investisseurs dits « finaux », parmi lesquels on trouvera des consommateurs. La Commission fédérale de la consommation salue dès lors de façon générale la démarches de la FINMA qui, ayant identifié un besoin d'agir au niveau de la mise en œuvre de la protection conférée par la législation, a publié dans une circulaire sa pratique sur des questions centrales d'interprétation.

La FINMA est en effet l'autorité d'exécution primaire de la LSFin. Dans la mesure où la loi contient de nombreuses notions sujettes à interprétation, il s'avère non seulement approprié, mais également nécessaire que la FINMA, dans ce rôle d'autorité d'exécution, interprète les dispositions de la LSFin sur la base du canon méthodologique général. Le niveau de réglementation de la circulaire apparait par conséquent approprié.

Commission fédérale de la consommation
Jean-Marc Vögele
Secrétariat
Palais fédérale est, CH-3003 Berne
Tel.: +41 58 462 20 46, Fax: +41 58 462 43 70
jean-marc.voegele@bfk.admin.ch
www.konsum.admin.ch

La circulaire se concentre sur un objectif central de la loi, à savoir l'instauration de la transparence de la part des prestataires de services financiers vis-à-vis des clients. Cette orientation doit être saluée. D'autant plus que, selon le rapport explicatif, la FINMA a identifié, lors de ses contrôles sur place, de nombreuses insuffisances dans la mise en œuvre des exigences de transparence. A cela s'ajoutent des interprétations différentes des nouvelles règles selon les établissements (p. 8).

L'information du consommateur jouant un rôle central dans la politique de consommation, la Commission fédérale de la consommation a choisi de s'exprimer dans la présente prise de position sur les prescriptions de transparence en relation avec les conflits d'intérêts (1) ainsi que s'agissant des rétrocessions (2). Ces deux points relevés dans la circulaire revêtent une importance particulière dans le cadre des conditions générales.

1. La transparence sur les conflits d'intérêts

L'art. 25 de la LSFin exige que les prestataires de services financiers évitent les conflits d'intérêts. Il est important d'avoir à l'esprit que l'information seule ne suffit pas à tout justifier, en particulier elle ne permet pas d'éluder les règles sur les conflits d'intérêts. Ce point mérite d'être souligné, car les prestataires de services financiers tendent à révéler dans les conditions générales les atteintes aux intérêts des clients et espèrent par-là « guérir » un manquement à leurs obligations.

Le rapport explicatif accompagnant la circulaire précise à cet égard (p. 16) que les prestataires de services financiers sont tenus, lors de la fourniture de prestations, d'agir dans l'intérêt de leur clientèle. Ils doivent éviter autant que possible les conflits d'intérêts en prenant des mesures organisationnelles (art. 25 al. 1 LSFin). Si les conflits d'intérêts ne peuvent être évités, il faut exclure les désavantages qui pourraient en résulter pour les clients (art. 25 al. 1 LSFin). Si un désavantage ne peut être exclu, il doit être communiqué aux clients (art. 25 al. 2 LSFin). Les conflits d'intérêts peuvent en particulier se présenter lorsque l'établissement offre ses propres produits financiers (1.1). Les conditions générales font souvent état des désavantages induits par de tels conflits (1.2)

1.1. L'offre de ses propres produits

Lorsque l'établissement offre ses propres produits financiers, les conflits d'intérêts ne peuvent pas être évités : l'établissement perçoit non seulement un honoraire pour le service financier fourni, mais en plus des rémunérations en tant qu'émetteur de produit (rapport explicatif, p. 16). Il est donc payé deux fois. Il incombe dès lors à l'établissement de veiller à ce que les clients ne soient pas désavantagés malgré le conflit d'intérêts existant. De surcroît, un désavantage systématique est en soi inadmissible selon l'art. 25 LSFin. Dans le rapport explicatif, la FINMA mentionne à titre d'exemple de désavantage systématique le fait de privilégier de manière ciblée ses propres instruments financiers pour atteindre certains quotas cibles (p. 17). Ce n'est que lorsqu'un tel désavantage systématique est exclu que l'on peut offrir ses propres produits, à condition toutefois d'informer la clientèle sur l'existence de ce conflit d'intérêts. La circulaire précise à cet égard :

D. Conflits d'intérêts

(art. 8 al. 2 let. b et c en lien avec les art. 25 LSFin, 10 et 24 à 28 OSFin)

[23] Il convient en particulier d'attirer l'attention de la clientèle sur les conflits d'intérêts découlant de la prise en considération des propres instruments financiers du prestataire de services financiers. [24] Si le prestataire de services financiers prend uniquement en considération ses propres instruments financiers dans ses solutions de placement, il doit le signaler à sa clientèle et l'informer des risques y relatifs.

[25] Lorsque ces prestataires informent leur clientèle de la prise en compte d'instruments financiers tiers, ils prennent des mesures adéquates pour éviter les conflits d'intérêts corrélatifs, notamment en

sélectionnant les instruments financiers au moyen d'un processus fondé sur les critères objectifs en usage dans la branche.

On notera cependant que la circulaire elle-même reste assez vague. Le fait que les clients doivent être rendus attentifs aux conflits d'intérêts résultant de la prise en compte de leurs propres instruments financiers (Cm. 23) découle déjà de l'OSFin (art. 10, al. 1, en relation avec l'art. 25 al. 2 LSFin). Il en va de même pour le cas où les prestataires de services financiers ne prennent en compte que leurs propres produits (Cm. 24). Les conditions existantes sont néanmoins concrétisées dans la mesure où les prestataires de services financiers doivent, en cas d'offre d'instruments financiers propres et étrangers, mettre en œuvre un processus de sélection sur la base de critères objectifs et usuels dans la branche (Cm. 25). Il restera à voir comment les prestataires remplissent leur devoir d'information en vue des exigences de la circulaire. La FINMA devra rester vigilante et, le cas échéant, formuler encore plus clairement ses attentes, compte tenu du fait que l'information sur les conflits d'intérêts sera, pour la plupart, publié sous forme de conditions générales.

1.2. L'interdiction de désavantage systématiques dans les conditions générales

Lorsque la loi ordonne d'éviter les conflits d'intérêts, elle tient compte du principe selon lequel les prestataires de services financiers sont tenus de protéger les intérêts des clients. Les désavantager de manière systématique est interdite. Tel est le cas lorsque le prestataire de services financiers investit dans des produits qui optimisent son rendement et réduisent celui des clients.

Les prestataires de services financiers ont toutefois manifestement pris l'habitude d'inscrire les désavantages pour les clients dans les conditions générales, sur le modèle du « Do bad and speak about it - and all will be well !! » Dans un article paru récemment dans une revue juridique (Tobias Aggteleky, Ein Wendepunkt in der Geltendmachung von Anlageschäden, Recht 2024, p. 83-101, p. 94), on peut ainsi trouver la clause suivante de Swiss Life Asset Management SA (traduite librement de l'allemand):

« Le client se déclare expressément d'accord avec le fait que le gestionnaire de fortune [Swiss Life Asset Management SA], bien qu'il ait la possibilité d'investir dans des catégories de parts de fonds pour investisseurs qualifiés qui ne prévoient pas de ristournes, puisse néanmoins investir dans des catégories de parts de fonds du même fonds pour investisseurs non qualifiés qui prévoient des ristournes. Les ristournes ne profitent pas au gestionnaire de fortune, mais à Swiss Life SA. Le client est conscient que cet investissement est lié à des frais plus élevés pour le client, qui réduisent son rendement ».

Cette clause semble viser des investisseurs qualifiés. Mais si même ce type d'investisseurs sont frappés par des clauses pareilles, on doit s'inquiéter encore plus pour les consommateurs. Les prestataires de services financiers doivent en premier lieu défendre les intérêts de leurs clients. C'est là que réside le cœur de leur relation avec la clientèle. Si les prestataires de services financiers peuvent contourner leur obligation centrale dans les conditions générales en révélant le manquement à leur obligation de préserver les intérêts, le droit des services financiers est touché dans ses valeurs fondamentales. La LSFin l'interdit en ne permettant pas de désavantager systématiquement les clients.

La FINMA devrait donc clairement indiquer dans sa circulaire que le fait de désavantager systématiquement la clientèle ou le non-respect ouvert de l'obligation pour les prestataires de services financiers de préserver les intérêts de celle-ci est interdite sur la base de l'art. 25 al. 2 LSFin. Le désavantage ne saurait « disparaître » parce qu'il figure dans des conditions générales.

2. Les rétrocessions (Cm. 26-30)

En 2006 déjà, le Tribunal fédéral a jugé en appliquant le droit des obligations que, dans les relations de gestions de fortune, les rétrocessions appartenaient aux clientes et clients. Le prestataire de services financiers qui exécute pour le compte du client des transactions boursières ne peut donc pas, au-delà des honoraires perçues auprès du client, recevoir des rémunérations supplémentaires (rétrocessions) de la part des émetteurs ou promoteurs des produits financiers qui font objet de la transaction.

Depuis lors, chaque étape supplémentaire de la mise en œuvre de cette règle fondamentale du droit du mandat (cf. l'art. 400 CO selon lequel le mandataire est tenu de (..) restituer au mandant tout ce qu'il a reçu de sa gestion à quelque titre que ce soit) a dû être contestée par les clients devant la Haute Cour.

L'art. 26 de la LSFin adresse la problématique des rétrocessions. Il fixe des règles impératives qui s'appliquent d'office. La circulaire précise certains points relatifs à l'application de cette disposition légale, s'agissant des contours de l'information dans les contrats-types (2.1), de son application pour les transactions et les relations dites « execution only » (2.2), du respect du devoir d'information pour une renonciation valable à la rétrocession (2.3) et du caractère gratuit de l'information sur les rétrocessions (2.4). On notera dès lors qu'à travers la réglementation sur les rétrocessions, la circulaire procède à une concrétisation appropriée de l'art. 26 LSFin.

2.1. Les contours de l'information dans les contrats-types (Cm. 26)

L'art. 26 LSFin ne considère l'acceptation de rétrocessions comme licite que si les clients en ont été expressément informés au préalable par le prestataire de services financiers et que ceux-ci ont renoncé à leur remise (art. 26 al. 1 let. a). L' « information explicite » signifie - notamment au regard de l'objectif de protection des investisseurs - qu'il faut s'assurer que les clients ont effectivement connaissance du fait que leur prestataire de services financiers prélève des rétrocessions pour lui-même.

Il est notoire que les contrats types (ou conditions générales) sont problématiques s'agissant de l'information suffisante des clients. Cela s'est confirmé dans le cadre des contrôles sur place de la FINMA. Selon le rapport explicatif (p. 18), la renonciation préalable de la clientèle est souvent conçue comme une renonciation pro forma figurant en petits caractères.

Le circulaire adresse cette problématique. Elle précise que dans le cas où les informations concernant les rémunérations (rétrocessions) figurent dans les conditions générales, ces informations doivent être visuellement mises en évidence, afin que la clientèle puisse facilement en prendre connaissance. Si la documentation contractuelle renvoie, pour l'information sur les rétrocessions, à un document distinct ou à un site web, il doit être remis, respectivement rendu accessible, à la clientèle. S'agissant du site, l'emplacement exact de l'information sur Internet doit être indiqué. Les exigences ne sont pas satisfaites si l'établissement se contente par exemple d'un renvoi général à un site, sur lequel la clientèle doit elle-même chercher l'information.

Lorsque l'Autorité de surveillance exige que les clients aient un accès facile aux conditions générales et que les clauses de rétrocession soient mises en évidence de manière visuelle, elle remplit le mandat du législateur en tant qu'autorité d'exécution et en respectant son mandat de concrétisation de la loi. Cette précision doit donc être saluée.

2.2. L'art. 26 LSFin applicable aux opérations dites « execution only » (Cm. 27-29)

Selon l'art. 26 LSFin les prestataires de services financiers peuvent accepter de la part de tiers des rémunérations liées à la fourniture de services financiers seulement s'ils ont informé expressément au préalable les clients de cette rémunération et si ceux-ci ont renoncé, ou si la rémunération est entièrement transférée aux clients.

Le texte de la loi est clair : Les règles concernant les rétrocessions s'appliquent à tous les services financiers. Cela ressort d'ailleurs aussi du message concernant la LSFin (FF 2015 8164) : « Les dispositions de l'art. 26 s'appliquent quel que soit le type de service financier fourni. Il s'agit entre autres de rémunérations consenties dans le cadre d'un mandat de gestion de fortune, du conseil en placement ou de la simple exécution de transactions sur instruments financiers. »).

Cependant, un certain nombre de prestataires de services financiers continue à maintenir que dans les relations de simple compte/dépôt dites « execution only », c'est le prestataire de service qui a droit aux rétrocessions, comme le relève la jurisprudence actuelle.

Il est vrai qu'en droit privé, la question des rétrocessions dans les relations dites « execution only » est controversée. Un nombre croissant de tribunaux cantonaux suit une approche favorable aux investisseurs et applique les règles sur les rétrocessions aux relations de simple compte/dépôt (« execution only »). Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte (TF 4A_496/2023 du 24 février 2024, consid. 4.2). Cependant, bien que la FINMA doive tenir compte des développements sur le plan du droit privé, elle est tenue d'appliquer la LSFin. C'est avec raison qu'elle souligne dans le rapport explicatif que « selon l'art. 26 LSFin, cette obligation [de restituer les rétrocessions] s'applique à tous les services financiers … c'est-à-dire non seulement à la gestion de fortune et au conseil en placement fondé sur un portefeuille, mais aussi au conseil en placement lié à des transactions et aux relations execution only. »

Il est grand temps que la FINMA clarifie dans une circulaire ce que dit le texte de la loi et ce qui ressort de la volonté du législateur historique de la LSFin.

2.3. La validité de la renonciation soumise au respect du devoir d'information (Cm. 27-29)

Dans le cas où le montant effectif des rétrocessions ne peut pas être déterminé avant la fourniture du service financier, la circulaire exige que le prestataire financier informe le client sur la fourchette des rémunérations concernant les différentes classes de produits.

Dans le cas de la gestion de fortune et du conseil en placement, elle exige qu'il informe sur les fourchettes d'indemnisation en fonction de la valeur du portefeuille et de la stratégie de placement convenue.

La circulaire procède donc en deux temps : Pour tous les services financiers, il convient d'informer sur l'éventail des indemnisations concernant les différentes classes de produits. Cela est particulièrement important pour le conseil en investissement basé sur des transactions et les relations dites « execution only ». En effet, seuls ces derniers sont soumis à cette obligation d'information. On aurait pu ici aller plus loin et exiger une information précise sur le contrat effectivement obtenu, car dans ces cas, le prestataire de services financiers sait à l'avance quels instruments financiers seront acquis.

Pour la gestion de fortune et le conseil en placement, il faut en outre informer sur les marges de fluctuation sur la base de la valeur du portefeuille et de la stratégie de placement convenue. Le fait que l'on doive fixer les fourchettes non seulement sur la base de la valeur du portefeuille (par exemple 2% de la valeur totale), mais aussi sur la base de la stratégie de placement, est justifié. En effet, selon les produits, la fourchette diffère considérablement. Les actions et les obligations ne génèrent souvent pas ou peu de rétrocessions, alors qu'elles sont nettement plus élevées pour les produits structurés ou les placements collectifs de capitaux. En l'indiquant, les clients peuvent beaucoup mieux estimer quels paiements sont liés à quels instruments financiers.

Même dans le cas du conseil en placement basé sur un portefeuille, il est en principe possible d'indiquer le montant exact des rétrocessions, car il s'agit toujours seulement d'un produit financier spécifique. La FINMA n'exploite donc pas pleinement la marge de manœuvre offerte par le devoir d'information. Mais les prestataires de services financiers doivent tout de même s'en tenir au standard minimum. En outre, la FINMA mentionne expressément dans le rapport explicatif que les prestataires de services financiers peuvent également indiquer les rétrocessions effectivement retenues comme alternative aux fourchettes. Il est possible qu'avec le temps, cela s'établisse comme norme dans le secteur.

2.4. Le devoir d'informer gratuitement sur les rétrocessions retenues (Cm. 30)

Conformément à l'art. 26 al. 2 LSFin, les prestataires de services financiers communiquent, sur demande de la clientèle, le montant effectif des rétrocessions perçues. La circulaire précise que le prestataire de services financiers informe en principe gratuitement la clientèle sur les montants effectivement

perçus. Pour préciser la gratuité « de principe », le rapport explicatif souligne qu'un renseignement annuel doit se faire gratuitement, tandis qu'un forfait raisonnable, tout au plus pour couvrir les frais impliqués, peut être exigée en cas de demandes répétées et de travail important (p. 18).

Les renseignements sur les rétrocessions reçues sont d'une importance capitale. C''est le seul moyen pour les clients de contrôler si les informations sur les rétrocessions sont réellement exactes.

Il ressort du rapport explicatif que les prestataires de services financiers exigent parfois des frais pour les renseignements sur les rétrocessions (p. 18). Si les prestataires de services financiers peuvent entraver le droit à la reddition de comptes des clients au moyen de forfaits ou d'autres obstacles, le droit à la reddition de comptes est privé d'effet. Il est donc conforme à la mise en œuvre cohérente de la loi que la structure des coûts du droit à l'information soit conçue de manière à ce que les clients puissent effectivement faire valoir ce droit.

En appliquant le principe de la gratuité de la reddition des comptes, la FINMA remplit le mandat assigné par le législateur dans la LSFin. Elle reste également dans les limites de sa compétence de mise en œuvre lorsqu'elle pose le principe de la gratuité, tout en autorisant des exceptions.

Conclusion

Pour toutes ces raisons, la Commission fédérale de la consommation se prononce favorablement sur la consultation.

Pour la Commission fédérale de la Consommation

Prof. Dr. Anne-Christine Fornage
Présidente

Prof. Melinda Lohmann
Vice-présidente