

Conformité

Sécuriser la relation client : jusqu'où aller ? *

La sécurisation de la relation client repose essentiellement sur deux axes : une approche renouvelée de la connaissance du client et l'impératif de formalisation de cette relation. Elle est complexe à organiser car elle implique deux régulateurs, la Commission bancaire et l'AMF, et se réfère aussi bien à des dispositions réglementaires qu'à des normes professionnelles.



Serge Durox
Avocat associé
Ernst & Young Société d'avocats

■ Le sujet de la conformité de la relation client soulève des enjeux critiques pour les établissements bancaires et financiers. Parmi ceux-ci, la conformité de la production et de la distribution devient un enjeu concurrentiel occupant une place de choix dans l'actualité. Sur le plan national, nous pouvons mentionner le rapport élaboré sous les auspices de Jacques Delmas-Marsalet, entièrement consacré à la commercialisation des produits financiers et auquel devrait être donné des suites législatives. Ainsi, un projet de loi est en cours d'examen concernant le développement de l'épargne salariale. On peut également relever que la FBF et l'AFEI ont élaboré des projets de code de bonne conduite portant notamment sur le règlement des différends entre les producteurs et les distributeurs.

Sur le plan international, on se référera aux travaux continus du Comité de Bâle sur ce thème. Notons également la

prochaine transposition en France de la directive sur les marchés d'instruments financiers (MIF) dont de nombreux volets traitent de la relation client.

Le cadre juridique

À titre liminaire, il convient de garder à l'esprit les missions respectivement confiées par le législateur à l'AMF et à la Commission bancaire. Ces dernières permettent de mieux comprendre la vision adoptée par chacune de ces deux autorités. En effet, la Commission bancaire a pour principale mission de veiller au respect des normes professionnelles par les établissements assujettis alors que l'AMF veille à la protection de l'épargne publique et, par voie de conséquence, s'intéresse de très près à la relation client. Pour autant, la Commission bancaire ne se désintéresse pas de la relation client. Observons d'ailleurs que le risque de non-conformité est uniquement défini par la Commission bancaire comme étant "*le risque de sanction judiciaire, administrative ou disciplinaire, de perte financière significative ou d'atteinte à la réputation qui naît du non-respect de dispositions propres aux activités bancaires et financières, qu'elles soient de nature législatives*

ou réglementaires, ou qu'il s'agisse de normes professionnelles et déontologiques". Cette définition semble avoir emporté l'adhésion de l'AMF.

Le champ des dispositions propres aux activités bancaires et financières

Dans le cadre de l'évolution législative et réglementaire, deux tendances peuvent être identifiées : l'émergence d'un droit de la consommation bancaire et l'instauration de la primauté de l'intérêt du client. La loi Scrivener marque sans doute l'origine du droit consumériste. Elle instaure l'offre préalable écrite et a introduit des techniques qui ont connu un succès certain. Plus récemment, la loi MURCEF oblige à la formalisation de la convention de comptes de dépôt, à la transparence en matière de tarifs et met en place un médiateur bancaire. Par ces deux lois propres aux activités bancaires et financières, la Commission bancaire est naturellement intéressée par la relation client. S'agissant des services d'investissement, la loi MAF, qui a introduit la directive sur les services d'investissement de 1993, a notamment transposé les règles de bonne conduite pensées au niveau de

*Cet article reprend le thème de l'intervention délivrée par Serge Durox lors de la conférence co-organisée par Revue Banque et Ernst & Young, "Conformité : quelles évolutions dans la banque ?", le 15 novembre 2006.

l'OICV. La prochaine transposition de la directive MIF renforcera les règles concernant la relation client.

Concernant les normes professionnelles et déontologiques, le juriste est mal à l'aise pour les appréhender. Dans la charte MURCEF, développée par la FBF, les codes de bonne conduite homologués par arrêté ministériel ne sont sans doute pas des normes opposables par les clients aux banques. Ce sont des règles professionnelles. Le client ne peut en arguer dans une relation contractuelle. Par ailleurs, les usages bancaires ne sont pas opposables au client tant qu'il n'y a pas adhéré. Rappelons que certains usages ont été considérés comme illégaux par la jurisprudence. À titre d'exemple, celle-ci a mis fin à la pratique des dates de valeur lorsqu'il s'agissait de remises en espèces. Elle a aussi revisité les pratiques et usages bancaires en matière de calcul du TEG en écartant la référence des 364 jours pour établir la référence de calcul à 365 jours. La portée des normes et usages professionnels est variable et, sans doute, discutable.

Concernant les normes internes, mentionnons le cas particulier des organes centraux qui sont dotés de pouvoirs normatifs à l'égard de leurs réseaux. Beaucoup d'instructions émises par ces organes en matière de conformité épousent ce caractère quasi-réglementaire. Il existe le cas particulier du réseau des Caisses d'Épargne où un article précise que l'organe central est responsable de la définition des produits et services offerts au client, et de la coordination de la politique commerciale.

La controverse

“Les dispositions propres aux activités bancaires et financières” constituent-elles le seul étalon de la conformité? La variété des réponses apportées dépend du sens accordé à la notion de conformité. Il est certain que la conformité juridique de la relation client dépasse largement le champ des “dispositions propres aux activités bancaires et financières”. Peut-on raisonnablement faire l'impasse sur le droit commun des personnes et des biens? Et ignorer notamment toutes les questions relatives à la capacité juridique des clients ou encore s'agissant de la banque de détail le droit des régimes matrimo-

niaux ou le droit des successions? De même, il serait sans doute hasardeux de ne pas considérer le droit commun des contrats. Il en va sans doute de même de la fiscalité des produits présentés à la clientèle ou encore du droit spécial relatif à la distribution de produits d'assurance. Enfin, le droit pénal devrait clairement être intégré dans le processus de conformité. Prenons l'exemple du délit de publicité trompeuse ou l'interprétation faite par les instances judiciaires et extrajudiciaires des règles applicables à la profession. Par ailleurs, et bien que non visé par la définition du risque de non-conformité, le droit positif issu de la jurisprudence ne saurait être écarté.

“Dans le cadre de l'évolution législative et réglementaire, deux tendances peuvent être identifiées : l'émergence d'un droit de la consommation bancaire et l'instauration de la primauté de l'intérêt du client.”

On aura compris que le corpus de règles nationales pertinent pour encadrer la relation client est particulièrement dense. Il convient d'ajouter à celui-ci les lois étrangères si l'établissement a développé des activités internationales. En effet, toutes ces règles relatives à la relation client sont généralement impératives sur le territoire considéré. Elles conduisent à écarter la loi du contrat afin de protéger le contractant. L'exercice doit ainsi porter sur les deux plans, national et international.

Le processus de sécurisation de la relation client

La sécurisation de la relation client ne relève pas uniquement du domaine juridique, même si la forte contribution des ressources juridiques semble indispensable, étant donné la technicité du domaine. Et ce, en particulier dans le cadre de la procédure d'approbation des

RB

REVUE BANQUE ÉDITION

La banque à découvert

PETIT ALPHABET DE LA BANQUE TELLE QU'ON NE LA VOIT PAS

Préface de Jean-Paul Bethéze

Valérie OHANNESSIAN

RB
REVUE
BANQUE
ÉDITION

LA BANQUE À DÉCOUVERT

PETIT ALPHABET DE LA BANQUE

TELLE QU'ON NE LA VOIT PAS

La banque est aujourd'hui au cœur des revendications consuméristes et du discours politique. Tour à tour remède et repoussoir, elle apparaît un jour revêtue de superpouvoirs et dénoncée le lendemain comme la cause de tous les maux. Mais la connaît-on vraiment?

En racontant la banque à travers les enjeux actuels de la société et les thématiques de la campagne électorale (pouvoir d'achat, emploi, jeunes, diversité...), ce livre fait découvrir la banque telle qu'on ne la voit pas toujours. Loin des idées reçues et du jargon technique, ces courts chapitres donnent à chacun des clés pour mieux comprendre la banque, dans une approche délibérément positive, familière et rationnelle. Pour découvrir la banque de A à Z, sous un autre jour.

Valérie Ohannessian est directrice du groupe de presse “Revue Banque” et directrice à la Fédération bancaire française (FBF).

Renseignements/commandes :

Tél. : 01 48 00 54 09 ; Fax : 01 47 70 31 67
Email : librairie@revue-banque.fr

Cet ouvrage est également disponible à La Librairie de la banque et de la finance, 18, rue La Fayette, 75009 Paris, de 9 h à 18 h du lundi au jeudi, et de 9 h à 17 h le vendredi.

nouveaux produits. Par ailleurs, comment aborder trans-métier une problématique relation client éminemment complexe? Deux thèmes semblent s'imposer. Le premier est celui d'une approche renouvelée de la connaissance du client; le second tient à l'impératif de formalisation de cette relation client.

“Faut-il alors renforcer le droit, déjà extrêmement riche? Ou faut-il renforcer la bonne application du droit?”

Une approche renouvelée. Trop d'établissements se bornent à un simple relevé statique de l'identité de leurs clients. Trop souvent, ils ne s'enquerraient pas de leurs surfaces patrimoniales, de leurs compétences et de leurs expériences en matière financière alors que cela est exigé par la réglementation professionnelle. Faut-il alors renforcer le droit, déjà extrêmement riche? Ou faut-il renforcer la bonne application du droit? À cet égard, le droit français impose implicitement aux établissements de catégoriser leurs clients notamment en fonction de leurs connaissances. On notera d'ailleurs que la jurisprudence établit une distinction entre le client averti et le client profane, ceci pour mesurer l'étendue des devoirs d'information et de conseil: étant averti, le client peut se dispenser d'informations et de conseils. La directive MIF prend un autre angle, en créant de nouvelles catégories: les éligibles, regroupant des investisseurs dits “qualifiés”, les professionnels et enfin, les clients de détail. Le sujet est singulièrement compliqué puisque l'ensemble de ces catégories ne renvoie pas à des statuts figés. Les clients pourront opter pour telle ou telle classification. D'ailleurs, cette option reflète une autre dimension de la jurisprudence: la compétence s'apprécie in concreto.

La formalisation de la relation client. Cette formalisation doit se faire tant à l'étape contractuelle que précontractuelle. Ce n'est pas un sujet relatif uniquement à la banque de détail. Nous

avons vu foisonner, dans les salles de marchés, les *term sheets* précontractuels décrivant les caractéristiques financières d'une transaction; les termes financiers sont conclus au téléphone par deux opérateurs généralement peu sensibilisés aux aspects réglementaires. Il convient de reconstruire le contrat a posteriori. Les processus de *term sheet* et de préconfirmation sont donc essentiels pour s'accorder sur l'objet du contrat. Nous pouvons également mentionner les brochures commerciales et les prospectus réglementés. En tout état de cause, dans le cadre d'une réclamation ou d'un différend client, c'est la preuve de la remise effective des documents pertinents qui s'avère décisive.

La problématique de la preuve

Il s'agit, avant tout, de rassembler des preuves dans le cadre de différends, qu'ils soient judiciaires ou extra-judiciaires, afin de mesurer la probabilité de succès d'une réclamation ou d'une action. En effet, les tribunaux ne sont pas là pour sanctionner à tout prix les établissements. Il n'existe pas de présomption de faute. En revanche, les tribunaux condamnent le défaut de preuve de délivrance du conseil par l'établissement. La connaissance du client et la formalisation de la relation avec ce dernier doivent s'appuyer sur un système et des modalités de conservation et d'archivage sécurisés et accessibles par les collaborateurs pertinents.

Les ressources informatiques devraient être fortement mises à contribution qu'il s'agisse de bases de données évolutives ou des programmes d'aide à la décision.

Le risque de réputation

Le Comité de Bâle a une vision extensive des risques de non-conformité. La définition du risque de réputation par cette autorité renvoie à une publicité défavorable, justifiée ou non. Les exemples foisonnent. Citons l'intervention de Citigroup sur le marché secondaire des titres gouvernementaux; cette intervention ne semblait violer aucune règle. Pensons à Benefic; La Banque postale a subi une vague médiatique négative. Elle s'est retrouvée dans une situation étrange, au mois de septembre dernier, quand la Cour de cassa-

tion l'a mise hors de cause pour avoir délivré l'information due aux investisseurs, dans la notice visée par l'AMF, et dont elle pouvait apporter la preuve de la remise. Il n'en reste pas moins que le risque d'atteinte à la réputation a été consommé.

Que penser, par exemple, d'une banque française qui commercerait avec un pays sous embargo des États-Unis? N'y aurait-il pas une violation d'une certaine opinion publique internationale? Que penser d'une banque française qui délocaliserait un de ses centres d'appels téléphoniques dans un pays où l'emploi salarié des adolescents de moins de 16 ans est permis? Le risque de réputation, en l'absence de toute défaillance juridique, entre-t-il dans le périmètre de la conformité? Le secteur industriel peut, peut-être, fournir un éclairage intéressant. Que l'on songe à l'industrie agroalimentaire ou au secteur pétrolier. Les entreprises ternies par l'opprobre de l'opinion publique semblent avoir développé une double stratégie: tout d'abord, la non-admission de responsabilité puis, la coopération. Cette dernière peut

“La connaissance du client et la formalisation de la relation avec ce dernier doivent s'appuyer sur un système et des modalités de conservation et d'archivage sécurisés.”

prendre plusieurs formes telles que le paiement d'amendes, le versement de dommages et intérêts, ou encore la remise en état. Dans ces situations, il s'agit essentiellement d'un exercice de communication et il est vrai que l'élément juridique peut être intégré. ●