

Loi sur la sécurité financière

Les apports de la réforme du démarchage bancaire et financier



**OLIVIER
BERTIN-MOUROT**
Avocat à la Cour
Clifford Chance

La réforme du démarchage bancaire et financier devrait enfin être votée dans le cadre de la loi dite Sécurité financière. Elle exclut de son champ les investisseurs qualifiés et les grandes sociétés commerciales, mais elle accroît la protection des investisseurs qui en ont vraiment besoin.



BRUNO FATIER
Avocat à la Cour
Clifford Chance

ON COMMENÇAIT par ne plus y croire tant elle avait été maintes fois annoncée, puis chaque fois reportée sine die. Cette fois-ci, la réforme du démarchage bancaire et financier devrait enfin être votée, avant l'été, sous la forme du Titre II de la loi dite Sécurité financière dont le projet a été présenté au Conseil des ministres le 5 février 2003.

Pour en finir avec le flou actuel qui, en définitive, nuit à tout le monde (prestataires dans le doute, investisseurs mal protégés, autorités de régulation obligées de «distordre» les textes, tribunaux limités par le principe d'interprétation stricte de textes sanctionnés pénalement), les prestataires de services et produits bancaires et financiers sont parvenus à un accord avec les autorités de régulation bancaire et financière sur un projet de réforme réaliste qui protégera certes moins de catégories d'investisseurs, en excluant notamment du champ d'application du démarchage les investisseurs qualifiés et les grandes sociétés commerciales, mais mieux les investisseurs qui en ont vraiment besoin. Pour le reste, la réforme intègre dans les textes les interprétations prônées par les autori-

tés de régulation bancaire et financière et rend globalement plus flexibles les règles de nomination des démarcheurs.

Le «démarchage bancaire et financier» vise à unifier les trois régimes actuellement applicables que sont le démarchage en vue de conclure des opérations de banque (art. L 341-1 à L 341-6 du Code monétaire et financier – CMF), le démarchage concernant les valeurs mobilières (art. L 342-1 à L 342-21 du CMF), ainsi que le démarchage concernant les opérations sur le marché à terme (art. L 343-1 à L 343-6 du CMF).

La réforme souhaite remplacer ces trois régimes par un régime unique reposant sur une défi-

inition également unifiée. Celle-ci inclut, sauf exceptions, et à condition que le but de la sollicitation soit de fournir des produits ou services bancaires et financiers, «toute prise de contact non sollicitée, par quelque moyen que ce soit, avec une personne physique ou une personne morale déterminée», ainsi que «quelle que soit la personne à l'initiative de la démarche, le fait de se rendre au domicile des personnes, sur leur lieu de travail ou dans des lieux non destinés à la commercialisation de produits, instruments et services financiers».

MOINS D'INVESTISSEURS PROTÉGÉS APRÈS LA RÉFORME...

Les auteurs de la réforme ont estimé que les investisseurs qualifiés, définis par le décret n° 98-880 du 1^{er} octobre 1998 relatif à l'appel public à l'épargne (banques, entreprises d'investissement, etc.), n'avaient en définitive pas besoin d'être protégés par la réglementation du démarchage bancaire et financier. Surtout, l'obligation de respecter les règles du démarchage lorsque le public visé est composé d'investisseurs qualifiés constitue

un frein à l'activité.

Quant aux «grandes» sociétés commerciales, elles auraient pu opter pour le statut d'investisseurs qualifiés, mais ne l'ont pas fait, faute d'intérêt. C'est la raison pour laquelle les auteurs de la réforme les excluent explicitement du bénéfice des règles du démarchage (un décret précisera ultérieurement les seuils à dépasser pour les besoins de cette exclusion), qu'elles le veuillent ou non.

Par ailleurs, lors de prises de contact dans les locaux professionnels d'une personne morale, effectuées à la demande de cette dernière, il n'y aura pas démarchage, indépendamment de la taille de la personne morale démarchée et de son statut ou non d'investisseur qualifié.

Enfin, les salariés qui se verront proposer la souscription à des plans d'actionnariat salarié, dans le cadre des dispositifs d'épargne salariale prévus par le Code du travail, ne bénéficieront pas des règles du démarchage bancaire et financier. Les auteurs de la réforme ont ainsi considéré que le cadre de l'épargne salariale était suffisamment protecteur pour ne pas exiger d'une entreprise qu'elle applique également les règles du démarchage, sous réserve toutefois que l'entreprise en question ne confie pas la promotion du plan à des personnes à qui la réforme interdit l'activité de

“ Le cadre de l'épargne salariale est suffisamment protecteur pour ne pas exiger d'une entreprise qu'elle applique également les règles du démarchage. ”

démarchage. Certes, la COB admet déjà cette dérogation, mais seulement au cas par cas et sans base juridique ni jurisprudence établies en la matière.

... MAIS DES INVESTISSEURS

Assouplissement des contraintes relatives à la nomination des démarcheurs

- L'envoi massif de documents nominatifs n'obligera pas les personnes participant à un tel envoi d'être formellement mandatées (contrairement aux véritables démarcheurs), pourvu que ces personnes n'aient pas des contacts personnalisés avec les démarchés qui permettraient d'influencer leur choix.
- Une personne morale comme une personne physique pourra être mandatée pour poursuivre des activités de démarchage.
- Un démarcheur pourra être nommé pour un mandat de deux ans (renouvelable), au lieu d'une année actuellement.
- Un nombre illimité de mandats de démarcheur pourra être cumulé par une seule personne.
- La réforme n'interdit pas à un conseiller en investissements financiers de faire du démarchage à la fois pour son compte et pour le compte d'autrui (sous réserve cependant, selon nous, du respect des obligations déontologiques que la réforme impose par ailleurs aux conseillers en investissements).
- L'écoulement d'un délai d'un mois ne sera plus nécessaire pour délivrer la carte de démarcheur (dont la présentation sera toujours nécessaire en cas de «porte à porte»).

MIEUX PROTÉGÉS

D'une part, la réforme étend le champ de la protection des règles du démarchage :

- à toute prise de contact non sollicitée, quel que soit le moyen utilisé (par exemple la *spamming* sur internet), à la différence de la réglementation actuelle qui, sauf en ce qui concerne le marché à terme, se réfère encore au téléphone et au courrier comme seules techniques de sollicitation à distance susceptibles de déclencher les règles du démarchage ;
- dès le premier acte de démarchage, dans la mesure où les auteurs de la réforme abandonnent le critère de l'habitude (qui était rempli dès le second acte de démarchage) comme condition d'application des règles du démarchage ;

et non pas seulement les offres de prêt ou la réception de dépôts) ;

- au démarchage ayant pour but la

fourniture ou conclusion de toute opération sur instruments financiers (et non pas seulement sur des valeurs mobilières), de tout service d'investissement ou connexe (ce qui est nouveau), ainsi que de toute opération de banque ou connexe

(et non pas seulement les offres de prêt ou la réception de dépôts) ;

- aux sollicitations faites par les conseillers en investissements financiers que la réforme organise en une profession réglementée soumise également aux règles du démarchage.

LES PRODUITS RISQUÉS

D'autre part, le régime de protection du démarchage s'étoffera, puisque la réforme ajoute à la liste – reconduite par la réforme – des principaux produits pour lesquels l'activité de démarchage est déjà interdite (dont les fonds communs de créance et les fonds communs d'intervention sur les marchés à terme), les produits «dont le risque maximum n'est pas connu au moment de la souscription, ou pour lesquels le risque de perte est supérieur au montant de l'apport financier initial». Les produits aux résultats aléatoires tels que les swaps et les futures seront donc concernés par cette nouvelle interdiction qui constituera un des éléments majeurs de la protection de l'investisseur, mais en même temps un frein à l'utilisation de ces produits. Notons en outre que la réforme interdit également le démarchage pour des produits qui

ne sont pas admis aux négociations sur les marchés réglementés européens ou les marchés étrangers reconnus, à l'exception des parts ou actions d'Opcvm.

- Par ailleurs, la réforme améliore l'obligation d'information des démarcheurs, qui ne consistera plus essentiellement en la remise d'un document d'information, mais comprendra également une obligation de s'informer sur le démarché et d'informer ce dernier sur l'identité des acteurs en présence (le démarché lui-même mais aussi le prestataire mandant), sur l'offre contractuelle, ainsi que sur un droit de rétractation que la réforme accorde par ailleurs au démarché.

- La réforme accorde au démarché un délai de rétractation de 14 jours qui, dans certains cas, fera place à un délai de réflexion de 48 heures (en matière d'offre d'instruments financiers par exemple), ou à tout autre délai prévu par un texte spécifique.

- Les prestataires auront, de leur côté, l'obligation de souscrire une assurance couvrant la responsabilité civile professionnelle des démarcheurs. Cette obligation se combinera avec la responsabilité de commettant (prévue par la réglementation actuelle du démarchage financier et étendue à tout démarchage bancaire et financier par la réforme) des prestataires pour l'activité des démarcheurs qu'ils ont mandatés.

- Le projet interdit aux démarcheurs de signer au nom du prestataire le contrat portant sur le service ou produit pour la fourniture duquel le démarchage a été pratiqué.

- Il institue un fichier informatique librement consultable par le public et géré conjointement entre toutes les autorités compétentes pour «enregistrer» les démarcheurs, ce qui tranchera avec le système actuel quelque peu obsolète de «déclaration» auprès du procureur de la république et facilitera le contrôle des démarcheurs.

Enfin, outre l'exemple précité de l'épargne salariale, la réforme intègre également dans les textes, la dérogation admise par la COB en 1972 selon laquelle il n'est pas nécessaire, pour un prestataire habilité, de respecter les règles du démarchage lorsque le produit ou service financier est offert à une personne qui a déjà un compte titres, pourvu que le produit ou service en question ne sorte pas du cadre de ce qui est habituellement proposé au titulaire d'un compte de dépôt de titres. La réforme étend cette dérogation à toute opération proposée à un client existant, et précise que ce sont la natu-

“ Les tribunaux veilleront désormais avec plus d'assurance, au bon respect desdites règles sous peine d'infliger aux contrevenants des sanctions pénales et civiles. ”

re de l'opération, les instruments financiers proposés, les risques ou les montants en cause qui détermineront si ce qui est offert déclenche ou non les règles du démarchage.

VERS UNE CLARIFICATION DES PRATIQUES

Même si elle impose un certain formalisme concernant le mandat de nomination d'un démarcheur (qui doit mentionner «*la nature des produits et services qui en sont l'objet et les conditions dans lesquelles l'activité de démarchage peut être exercée*»), la réforme va globalement dans le sens d'un assouplissement des contraintes relatives à la nomination des démarcheurs (*encadré*).

Au moment où nous rédigeons cet article (18 mars 2003), le projet de loi présenté au Conseil des ministres au mois de février dernier était revu par le Sénat qui n'avait pas alors remis en cause l'interdiction du démarchage

pour des produits risqués, mais souhaitait au contraire étendre le champ d'application des règles du démarchage aux services financiers fournis par les sociétés du secteur de la grande distribution. Quelle que soit l'orientation des choix parlementaires, il nous semble important que le projet ne perde pas, au travers d'amendements votés à la dernière minute, une cohérence et une clarté générales acquises grâce à un long processus de maturation.

Après l'adoption de la réforme, les prestataires de services bancaires et financiers n'auront plus l'excuse de la confusion ou de l'obsolescence des textes pour ne pas appliquer les règles du démarchage, puisqu'ils auront contribué dans une grande mesure à ladite réforme. Les tribunaux, qui ne pouvaient pleinement suivre les interprétations trop souples des autorités

de régulation bancaire et financière, veilleront désormais avec plus d'assurance, au bon respect desdites règles sous peine d'infliger aux contrevenants des sanctions pénales et civiles. Les autorités de régulation bancaire et financière devraient, grâce à la réforme, rompre avec l'habitude qu'elles avaient prise de «distordre» les textes au nom de la protection de l'investisseur. Quant à la «veuve de Carpentras», espérons qu'après la réforme, les règles du démarchage bancaire et financier remplissent leur rôle essentiel qui est sa réelle protection. ■