

OPCVM

SÉCURISER LE DISCOURS COMMERCIAL



Serge Durox

Avocat Associé



Ophra Derly

Avocat

Ersnt & Young
société
d'avocats

Dans le secteur de la gestion collective, la conformité de la documentation commerciale a fait l'objet d'une forte actualité au travers de différentes affaires de ventes inadaptées. Le règlement AMF, en transposant la directive MIF en France, devrait reprendre à son compte les principes communautaires régissant l'information publicitaire dans ce domaine.

Dans un marché à forte croissance, particulièrement concentré, comme l'est le secteur de la gestion collective en France, le "discours" commercial est un enjeu concurrentiel essentiel. Dans cet environnement, la conformité de la documentation commerciale fait l'objet d'une forte actualité et il apparaît nécessaire de trouver le juste équilibre entre la protection des épargnants et le développement de l'industrie.

DES VENTES INADAPTÉES

Consciente des risques, l'Autorité des marchés financiers (AMF) a très tôt encadré l'information publicitaire relative aux parts et actions d'OPCVM, qui se substitue encore trop souvent à une documentation précontractuelle souvent complexe.

Cette réglementation s'est pourtant révélée insuffisante au regard de certaines pratiques de distribution qui ont conduit à des "ventes inadaptées" et donné lieu à des actions judiciaires largement médiatisées, dont l'issue de certaines a été surprenante.

UNE CLARIFICATION DES MESSAGES COMMERCIAUX

Les dérives observées n'étant pas propres à l'Hexagone, la directive MIF 2004/39/CE a notamment pour objectif d'harmoniser la nature et le contenu de l'information destinée aux clients. À ce titre, elle prône une clarification des messages commerciaux. Ainsi, le règlement général AMF qui sera l'instrument principal de sa transposition en France, devrait prochainement être modifié pour reprendre à son compte les principes repris dans la directive régissant l'information publicitaire (encadré 1). Reste une question majeure qui est celle du champ d'application de ces nouvelles dispositions. En effet, les acteurs de la gestion collective ne sont pas couverts par la directive MIF. Seules les parts et actions d'OPCVM sont directement visées dans la définition des instruments financiers. Ce point devrait prochainement être tranché par l'AMF.

Parallèlement, et sur les recommandations du rapport Delmas-Marsalet, ce dispositif réglementaire devrait être complété pour les sociétés de gestion de portefeuille par un code de bonne conduite professionnel relatif à la distribution des OPCVM, qui

est en cours d'élaboration au sein de l'AFG-ASFFI. Ce code devrait, comme le préconise le rapport précité, éclairer les professionnels sur les informations devant figurer dans tout document commercial portant sur des parts ou actions d'OPCVM.

On peut s'interroger sur l'intérêt de cette inflation de textes alors qu'il existe déjà dans l'arsenal législatif et réglementaire français des dispositions similaires [1] dont le non-respect est sanctionné pénalement en cas de messages trompeurs [2]. Il nous semble que cette tendance à la "surréglementation" a des visées plus politiques que juridiques.

UN OUTIL DE SÉCURISATION DE LEUR POLITIQUE COMMERCIALE

Afin que cette augmentation prévisible des contraintes réglementaires ne soit pas uniquement appréhendée comme un risque judiciaire ou disciplinaire supplémentaire par les acteurs de la gestion collective, ces derniers doivent y voir un outil de sécurisation de leur politique commerciale.

Cette démarche devrait nécessiter la mise en place ou le renforcement, et au moins l'actualisation, des procédures internes actuelles afin d'assurer aux clients une information appropriée. En pratique, ces procédures auront pour objet :

- de définir le processus d'élaboration de la documentation commerciale : départements impliqués, liste des informations à indiquer selon le type de documents émis, la nature du produit et la cible visée, identifi-

[1] Article L. 214-12 du Code monétaire et financier et articles L. 322-66 et L. 411-50 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers
[2] Notamment articles L. 121-1 et L. 213-1 du Code de la consommation.

Principes régissant l'information publicitaire

- Être "correcte, claire et non trompeuse" et être identifiable en tant que telle.
- Identifier de façon précise et complète le prestataire de services d'investissement.
- Indiquer correctement et de façon bien visible les risques éventuels correspondants aux avantages potentiels du produits.
- Être compréhensible pour un membre moyen du groupe auquel elle s'adresse.
- Préciser les conditions des communications basées sur des simulations passées ou futures.

cation des sources d'informations à utiliser, etc. ;

– de formaliser la procédure de validation de cette documentation (circuit de validation, formalisation de l'approbation, etc.) et de règlement des éventuels désaccords entre les différents départements concernés. Au-delà de l'organisation interne, et dans la mesure où la diffusion de l'information commerciale peut-être "externalisée" à des réseaux de distribution, les sociétés de gestion de portefeuille ne peuvent pas, par ailleurs, faire l'impasse sur une politique contractuelle fixant les rôles et responsabilités attribués aux distributeurs dans l'élaboration et la diffusion de la documentation publicitaire. Ce dernier point, qui relevait jusqu'à présent du seul domaine de la liberté contractuelle, devait être encadré par la loi [3] afin de permettre aux investisseurs d'identifier les obligations respectives des acteurs de la distribution, mais le projet a été retiré faute de temps pour statuer avant la trêve parlementaire pré-électorale. Il restera au futur gouvernement à reprendre le dossier...

LA PERSONNALISATION DES SERVICES ET PRODUITS

En fixant les bases d'une plus grande transparence de l'information commerciale, ces évolutions réglementaires devraient participer à la fourniture de services ou de produits financiers mieux adaptés au regard des objectifs et de la situation financière des clients, ce qui n'est que le reflet d'une tendance de fond visant à la personnalisation des services et produits.

Toutefois, il convient de garder à l'esprit qu'outre la qualité intrinsèque de la documentation commerciale ou précontractuelle élaborée, la gestion du risque impose également leur documentation et leur conservation. À cet égard, "l'affaire Bénéfic" donne un éclairage tout à fait intéressant. En effet, les juges du fond avaient condamné La Poste pour avoir manqué à son obligation de conseil, aux motifs qu'elle n'aurait pas mis en garde ces clients sur le risque de perte de capital induite par le fonctionnement du fonds. Saisie de ces affaires, la Cour de cassation a cassé les jugements rendus par les tribunaux d'ins-

tance statuant en premier et dernier ressort, constatant que le document publicitaire remis aux investisseurs faisait expressément mention des risques [4].

En l'occurrence, c'est la preuve de la remise du document publicitaire qui s'est avérée décisive pour écarter la responsabilité de l'établissement distributeur. Ce constat met en évidence la nécessité d'élaborer des procédures intégrant la préconstitution de la preuve dans le cadre des relations clients. Toutefois, la bonne gestion de la réputation d'un établissement financier ne peut se borner à son traitement juridique. En effet, l'image d'un établissement peut-être médiatiquement mise à mal quand bien même une issue judiciaire, souvent trop lointaine, serait favorable. ■

[3] Articles 19 et 29 du projet de loi en faveur des consommateurs du 14 novembre 2006... projet retiré !

[4] Arrêts de la Cour de cassation, chambre commerciale, en date du 19 septembre 2006.

Club
BANQUE

Partenaire officiel :



Mardi 20 mars 2007

Bâle II : entre homologation et utilisation effective

Président de séance : Marie-Laure Delarue, associée, Ernst & Young

Actualité réglementaire

Sylvie Mathérat, directeur de la surveillance, Commission bancaire

Une nouvelle fonction dans la banque : la certification des modèles de crédit

Didier Blanchard, responsable de la certification des modèles de crédit, BNP Paribas

La préparation de l'homologation pour une banque de taille moyenne

Christophe Fauconnier, responsable organisation, direction projets et risques groupe, Banque Accord

Bâle II et les opérations de croissance externe : quelques points d'attention

Marie-Laure Delarue, associée, Ernst & Young

Mardi 20 mars 2007
à 18h00Auditorium de la FBF
18, rue La Fayette
75009 ParisInscriptions et
renseignements :Magali Marchal
Tél. : 01 48 00 54 04
Fax : 01 48 24 12 97
marchal@revue-banque.fr