

La protection de la clientèle : un nouvel enjeu pour l'ACPR et le contrôle du secteur financier

Par Olivier FLICHE

Ingénieur général des Mines, directeur du Contrôle des pratiques commerciales (ACPR)

Veiller à la stabilité du secteur financier, c'est protéger les clients des institutions financières et, plus généralement, les citoyens et leur environnement économique. Protéger les clients des institutions financières, c'est, en maintenant la confiance dans le système financier, contribuer à la stabilité de celui-ci. La crise financière de 2007 a montré que le contrôle du secteur financier ne pouvait plus faire abstraction des pratiques commerciales. Depuis lors, le cadre international, européen et français destiné à réglementer ces pratiques et à protéger la clientèle du secteur financier se construit à marche forcée. Forte de son expérience de contrôle des banques et des assurances, l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR) a vocation à accompagner la mise en place en France.

La création, en mars 2010, de l'Autorité de contrôle prudentiel (aujourd'hui Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, ACPR) issue de la fusion des autorités de contrôle et d'agrément des banques, d'une part, et des assurances, d'autre part, a été marquée par l'introduction d'une nouvelle mission, le contrôle des pratiques commerciales.

Dans les discours prononcés à cette occasion, l'ambition était claire : il s'agissait, en étroite coopération avec l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) et en coordination avec la DGC-CRF (direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes), de « développer de véritables politiques et un savoir-faire français en matière de contrôle des pratiques de commercialisation », de faire de l'ACPR « un véritable gendarme de la commercialisation des produits des banques et des assurances. » ⁽¹⁾.

Cette initiative française est loin d'être isolée. Elle s'inscrit dans un contexte plus général où les pratiques commerciales du secteur financier font l'objet d'une attention croissante un peu partout dans le monde. Ainsi, un an plus tard, en février 2011, le G20 des ministres chargés des Finances demande à l'OCDE de dégager des principes de protection des consommateurs du secteur financier. Cette demande figure dans une liste ⁽²⁾ de mesures destinées à compléter la réforme du secteur financier, à côté du renforcement du contrôle des

banques, de travaux sur la prévention des risques systémiques et sur le *shadow banking*, etc.

C'est là que réside la véritable nouveauté, dans le lien qui est fait entre stabilité du secteur financier et protection des clients de celui-ci. Ce lien nouveau, cette prise de conscience des enjeux liés à la protection de la clientèle est l'une des conséquences de la crise des *subprimes* de 2007 et de la crise économique mondiale qui s'en est ensuivie.

La crise a révélé le lien existant entre la réglementation du secteur financier et la protection de la clientèle de celui-ci

Les règles protégeant les clients (et plus particulièrement les « consommateurs ») dans le secteur financier existaient pourtant bien avant la crise financière et la création de l'ACPR.

(1) Communiqué de presse relatif à l'installation de l'ACP, 9 mars 2010.

(2) Communiqué - Meeting of Finance Ministers and Central Bank Governors, Paris, 18-19 février 2011.

En premier lieu, parce que le consommateur de produits financiers ⁽³⁾ est un consommateur au sens générique de ce terme. À ce titre, il ne dispose pas toujours de l'information suffisante pour pouvoir contracter, sur un pied d'égalité, avec un professionnel. Cette asymétrie d'information justifie, dans le secteur financier comme dans beaucoup d'autres, l'énoncé de règles, générales ou spécifiques au secteur, destinées à rétablir l'équilibre. En France, ces règles se retrouvent pour une bonne part dans le Code de la consommation, mais aussi, pour ce qui est propre à certaines activités ou certains produits, dans le Code des assurances et dans le Code monétaire et financier.

En deuxième lieu, le contrôle (dit prudentiel) de la situation financière des institutions financières s'exerce dans un objectif, plus ou moins explicite, de protection de leurs clients puisqu'il les protège contre le risque de faillite ⁽⁴⁾. Cette protection est toutefois indirecte : axée sur la solidité financière des organismes, elle est incomplète en ce qu'elle ne couvre pas tous les aspects de l'intérêt des clients, et surtout en ce qu'elle porte uniquement sur les risques pris en charge par



Photo © Pascal Lebrun/CIT'IMAGES

« C'est ce dernier point que la crise des subprimes a mis en lumière en montrant les conséquences sociales et économiques de deux mauvaises pratiques commerciales appliquées à grande échelle : la commercialisation de crédits immobiliers auprès d'une population qui n'avait pas la solvabilité suffisante pour rembourser leur emprunt conformément à leur engagement et la titrisation de ces crédits et leur vente en tant que produits financiers à faible risque. » Bâtiment en vente à New York, mars 2011.

les institutions contrôlées, mais pas sur ceux qui sont laissés, voire transférés, à la charge des clients de ces institutions.

C'est ce dernier point que la crise des *subprimes* a mis en lumière en montrant les conséquences sociales et économiques de deux mauvaises pratiques commerciales appliquées à grande échelle : la commercialisation de crédits immobiliers auprès d'une population qui n'avait pas la solvabilité suffisante pour rembourser leur emprunt conformément à leur engagement et la titrisation de ces crédits et leur vente en tant que produits financiers à faible risque à des contreparties mal informées. Les acteurs du secteur financier au cœur du scandale des *subprimes* ont créé le risque, puis l'ont transféré : ils ne l'ont pas conservé par devers eux. Dans de telles conditions, le contrôle traditionnel du secteur financier s'est révélé inadapté.

Parmi les dommages causés par cette crise, la perte de confiance du public dans le système financier n'a pas été le moindre. C'est cette perte de confiance que les règles spécifiques de protection de la clientèle ont pour vocation de prévenir, dans un cadre réglementaire en cours de redéfinition aux niveaux international et européen.

L'OCDE a posé les principes de cette nouvelle approche

« S'ils n'ont pas l'assurance, dans la mesure du raisonnable, que leurs intérêts seront protégés, les consommateurs n'auront pas la confiance nécessaire pour participer à l'économie financière ». C'est en ces termes ⁽⁵⁾ que l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) présentait en octobre 2011 les 10 principes de protection de la clientèle qu'elle avait établis à la demande du G20.

Sans entrer dans le détail de ces 10 principes, nous soulignons ici ceux qui apparaissent propres au secteur financier.

L'OCDE affirme d'emblée que la protection des consommateurs usagers du secteur financier doit faire l'objet d'un cadre juridique et réglementaire spécifique, adaptable aux évolutions du secteur, qui s'impose aux prestataires de services financiers et permette de sanctionner les abus (principe 1). Des autorités de contrôle dotées des compétences nécessaires pour remplir leur mission doivent être explicitement chargées de veiller à la protection financière de ces consommateurs (principe 2). C'est affirmer que les modes de régulation classiques des abus (à savoir le juge, le médiateur ou l'autorité administrative à compétence générale) ne suffisent pas dans le domaine des services financiers, en raison à la

³⁾ Dans cet article, nous utilisons l'expression « produit financier » au sens très large de produit ou de service fourni par les acteurs du secteur financier, le secteur financier étant pris lui-même au sens large, en incluant les organismes d'assurance.

⁽⁴⁾ C'est historiquement la première protection dont ont bénéficié les clients du secteur financier, avant le développement de règles destinées à les protéger dans leurs relations contractuelles avec un professionnel.

⁽⁵⁾ Opening Remarks by Angel Gurría, OECD Secretary-General - OECD Conference Centre, 14th October 2011.

fois de la technicité du secteur et des enjeux économiques qui lui sont attachés.

En second lieu, quand l'OCDE aborde la relation entre un professionnel du secteur financier et son client (une relation caractérisée par une asymétrie d'information d'autant plus grande que les produits se complexifient), elle propose, à côté de solutions relativement classiques (amélioration de l'information précontractuelle et transparence, promotion de l'éducation financière), des idées qui visent à rééquilibrer plus radicalement cette relation en obligeant le professionnel à intégrer dans ses propres objectifs le meilleur intérêt de ses clients. C'est ce que le principe 6 relatif au « comportement responsable des prestataires de services financiers » énonce de la façon suivante : « Les prestataires de services financiers et leurs agents agréés doivent avoir comme objectif fondamental d'agir au mieux des intérêts de leurs clients. »

Cette dernière idée est également au cœur des réflexions européennes depuis plusieurs années. Elle est à l'origine des développements actuels, très rapides, de la réglementation européenne du secteur financier dans les trois domaines des services d'investissement, de la banque et de l'assurance.

La protection de la clientèle du secteur financier : une construction européenne

À vrai dire, la question que tentent de résoudre les différents projets européens récemment adoptés ou en cours de discussion n'est pas simple : il s'agit de s'assurer que les professionnels du secteur financier agissent effectivement au mieux des intérêts de leurs clients.

La première réponse a consisté à exiger du professionnel des règles de gouvernance interne destinées à identifier, à prévenir ou à gérer les conflits potentiels entre ses intérêts et ceux de ses clients et à l'obliger à une certaine transparence (en particulier, sur sa rémunération) en cas de conflit identifié. Il apparaît aujourd'hui, après seulement quelques années, que les exigences formulées manquent d'efficacité. Les travaux en cours visent donc à agir plus directement sur la principale source de conflits d'intérêts, à savoir la rémunération des commerciaux et les effets que celle-ci peut avoir sur leur prise en compte effective des intérêts du client.

Parallèlement, la réflexion a porté sur la façon dont le professionnel identifiait les besoins et les caractéristiques financières du client (ressources, charges, patrimoine, endettement) et dont il lui apportait, en fonction de ce diagnostic, la solution adaptée à ses objectifs et à ses intérêts. Entamée initialement dans le domaine des services d'investissement, la réflexion s'est étendue au crédit et à l'assurance et, en s'adaptant à ces différents marchés, elle a abouti à des solutions légèrement différentes. En particulier, un débat persiste autour de la portée des obligations d'explication ou de conseil qui pèsent sur le professionnel lors de la vente (obligations susceptibles de varier en fonction de la complexité du produit ou du service vendu), du degré d'indépendance du commercial vis-à-vis de ses différents « fournisseurs » et de l'étendue de la gamme de produits qu'il propose.

À cet égard, il est intéressant d'observer comment le cadre juridique européen de la protection de la clientèle du secteur financier (motivé, nous l'avons rappelé, par des considérations propres à ce secteur) se développe selon une logique relativement différente de la logique juridique française traditionnelle. Ainsi, par exemple, en France, dans le domaine de l'assurance, les dispositions du Code civil relatives au consentement et au contrat ont conduit le juge à identifier de longue date dans sa jurisprudence un « devoir de conseil », qui incombe au professionnel afin que le client puisse être considéré comme parfaitement éclairé. À l'inverse, les réflexions européennes et les catégorisations effectuées par type de produit et de service conduisent à envisager des cas où le professionnel peut vendre certains produits financiers sans apporter de conseil d'aucune sorte, ni d'explication personnalisée.

Dans ce dernier cas, l'objectif de prise en compte des intérêts des clients par le professionnel ne semble pas atteint par la réglementation européenne. Pour combler cette lacune, un nouveau concept tend à se développer mettant l'obligation de prise en compte de l'intérêt du client non plus à la charge du « distributeur » de produits financiers, mais à celle du « producteur ».

L'idée, connue sous le nom de « gouvernance produit » (*product and oversight governance*), est la suivante : il incombe au producteur de concevoir ses produits de manière à ce que ceux-ci répondent aux besoins et aux intérêts des cibles de marché qu'il aura préalablement identifiées. Dans cette hypothèse, il suffit ensuite de s'assurer que les produits ainsi conçus sont effectivement proposés à la cible de clientèle visée.

La « gouvernance produit » apparaît comme une première barrière contre le risque de mauvaise commercialisation ou de *mis-selling*. Il n'est toutefois pas souhaitable que cette approche un peu mécanique et nécessairement standardisée se substitue à l'obligation de délivrer un conseil ou des explications personnalisées au client du secteur financier. Il est plus pertinent d'y voir un complément à cette obligation.

La « gouvernance produit » oblige par ailleurs à distinguer clairement les responsabilités des producteurs de celles des distributeurs en tenant compte de la réalité des chaînes de production et de distribution des produits financiers. C'est ce qui fait aujourd'hui la principale difficulté de sa mise en œuvre.

On ne peut évoquer les travaux européens sans mentionner les avancées récentes faites en matière d'information précontractuelle. Ce sujet est certes plus classique. Il a été largement traité par les réglementations nationales, avant la montée en puissance de la réglementation européenne. L'approche adoptée à l'échelon européen vise avant tout à simplifier et à standardiser une information souvent trop profuse et complexe pour pouvoir être analysée facilement par le consommateur.

Avec l'adoption de la fiche d'information européenne standardisée sur les prêts immobiliers, l'institution d'un document d'information tarifaire sur les services rattachés à un compte

de paiement et le document clé d'information pour les produits d'investissement (y compris l'assurance-vie), les principaux champs du secteur financier seront bientôt couverts.

Une fois traitées les questions relatives à la conception des produits, à l'information précontractuelle et à l'acte de vente, les prochains chantiers porteront logiquement sur l'exécution des contrats, un domaine dans lequel les réflexions restent relativement modestes à ce stade.

L'évolution du cadre réglementaire évoquée ici est loin d'être totalement stabilisée. L'articulation intelligente et efficace entre les différents concepts qu'elle fait émerger prendra probablement plusieurs années. Elle justifiera peut-être des « repentirs », des corrections à des réglementations à peine adoptées. Ce sont là les contreparties de la richesse et de la fécondité du mouvement engagé au niveau européen pour renforcer la protection de la clientèle du secteur financier.

L'ACPR met son expérience du contrôle au service de la protection de la clientèle

L'ACPR, quant à elle, s'efforce d'anticiper sur les évolutions rapides de la réglementation européenne en matière de protection de la clientèle, tout en mettant en œuvre, dans le cadre de sa mission actuelle de contrôle des pratiques commerciales, les techniques de contrôle et les modes d'action propres à une autorité administrative.

Dotée d'une direction dédiée à cette mission, elle dispose d'équipes spécialisées de contrôle sur pièces et sur place, qui peuvent vérifier la conformité aux règles existantes des pratiques non seulement des établissements bancaires et des organismes d'assurance, mais également des intermédiaires exerçant dans ces deux secteurs. Elle exerce en outre une veille sur ces marchés, sur les contrats commercialisés et sur leur publicité afin de cibler au mieux son action, dans un champ réglementaire très vaste où les acteurs sont nombreux. À ce titre, et sans exercer pour autant d'activité de médiation, elle répond également aux demandes d'information et aux réclamations formulées par la clientèle des secteurs de la banque et de l'assurance.

Dans le domaine de l'épargne, elle coordonne ses actions avec l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) au sein d'un pôle commun institué par la loi en 2010.

Enfin, sa participation aux travaux des Autorités européennes de supervision (l'EBA, dans le domaine de la banque, et l'EIOPA, pour l'assurance) ainsi que dans les instances inter-

nationales lui permettent de peser dans l'évolution à venir de la protection de la clientèle du secteur financier.

Les possibilités d'action de l'ACPR sont variées.

Face à un organisme contrôlé, elle dispose des moyens déjà largement éprouvés dans le cadre de ses missions historiques de contrôle prudentiel : en premier lieu, le rapport de contrôle, dont la procédure contradictoire et le suivi permettent d'obtenir une correction de la plupart des manquements détectés ; en second lieu, la mesure de police administrative, qui est plus coercitive, et, enfin, la sanction pour les manquements les plus graves.

Lorsqu'elle souhaite avoir une action plus générale sur le marché, l'ACPR dispose d'un outil privilégié, la recommandation. Outil de « droit souple » destiné à tirer parti des bonnes et des mauvaises pratiques constatées au cours des contrôles, la recommandation a pour objet de modifier ou d'orienter le comportement des professionnels en les aidant à identifier de manière plus opérationnelle ce qui est attendu de la mise en œuvre de la réglementation protectrice de la clientèle. En cela, elle s'avère être un instrument préventif complémentaire de l'approche répressive.

En définitive, au regard des normes européennes en cours d'élaboration, il ne manque à l'ACPR qu'un seul moyen d'intervention (dont il lui faudra se doter dans les années à venir, au moins pour les produits d'épargne) : la possibilité d'interdire une catégorie définie de produits financiers dès lors que celle-ci constituerait une menace grave pour les consommateurs.

Conclusion

La réglementation destinée à protéger la clientèle du secteur financier s'est considérablement structurée au cours des dernières années et son contrôle, tout au moins dans l'Union européenne, est devenu un élément important du dispositif général de contrôle du secteur financier. À cet égard, en confiant cette mission à l'ACPR dès 2010, la France fait figure de précurseur.

Le chantier reste toutefois inachevé. Et, déjà, le développement de nouvelles formes de « finance » en dehors du cadre classique de la réglementation financière, telles que le financement participatif (qui met directement en relation des prêteurs et des emprunteurs) ou les « monnaies virtuelles », pose la question de l'extension et de l'adaptation de ces principes nouveaux à des situations dans lesquelles le professionnel traditionnel du secteur financier tend à disparaître au profit de nouveaux acteurs.