

24 février 2012

Réglementation sur la production et la distribution de produits financiers

(« Document de position FINMA Règles applicables à la distribution »)

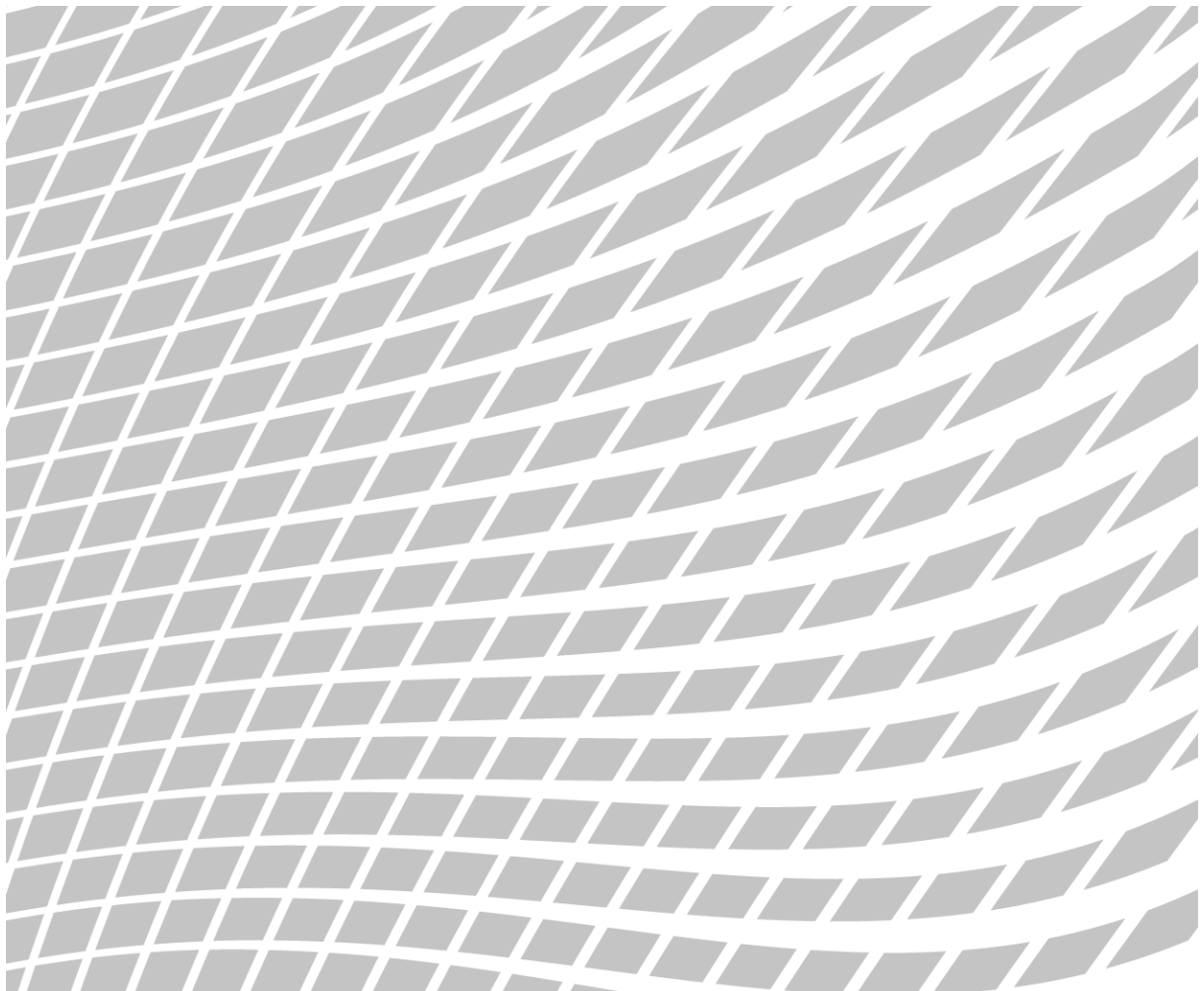


Table des matières

Éléments essentiels	4
1 Situation de départ.....	7
2 Règles régissant les produits financiers.....	8
2.1 Problème : devoir d'information sur les produits financiers insuffisant	8
2.2 Obligation d'établir un prospectus pour tous les produits financiers standardisés .	10
2.3 Descriptif pour les produits financiers composés.....	11
2.4 Règles uniformes pour une meilleure protection de la clientèle privée	11
3 Règles de conduite et d'organisation plus strictes pour les prestataires de services financiers.....	12
3.1 Problème : prescriptions insuffisantes sur la conduite à suivre par les prestataires de services financiers.....	12
3.2 Indications sur le statut d'autorisation et le champ d'activité du prestataire de services financiers.....	14
3.3 Communication du service et des intérêts du prestataire de services financiers ...	15
3.4 Renseignements sur les caractéristiques, les risques et les coûts des produits....	15
3.5 Mise à disposition de la documentation du produit	16
3.6 Vérification du caractère approprié des produits financiers	16
3.7 Vérification de l'adéquation des placements lors du conseil et de la gestion de portefeuilles	17
3.8 Restriction des services <i>execution only</i> pour les clients privés	18
3.9 Documentation du service fourni.....	18
4 Extension de la surveillance.....	19
4.1 Problème : saisie incomplète des prestataires de services financiers selon le droit de la surveillance.....	19
4.2 Introduction d'une surveillance de tous les gestionnaires de portefeuilles	20

4.3	Contrôle de la qualité pour tous les conseillers à la clientèle et distributeurs de produits.....	20
4.4	Protection des clients pour les offres de prestataires de services financiers de l'étranger.....	21
5	Application des droits	22
6	Orientation aux normes internationales.....	22
7	Création d'une « loi sur les services financiers »	23
7.1	« Loi sur les services financiers » régissant produits, conduite et compétences des prestataires de services financiers	23
7.2	Surveillance des gestionnaires de portefeuilles en adaptant la loi sur les bourses.....	23
7.3	Adaptation des lois sur les marchés financiers existants et du code des obligations	24

Éléments essentiels

Dans son document de discussion d'octobre 2010, traitant de la réglementation sur la production et la distribution de produits financiers aux clients privés (« Rapport FINMA Distribution de produits financiers »), la FINMA notait que le droit en vigueur ne garantit **pas une protection suffisante de la clientèle**. Voici les mesures préconisées pour y remédier :

Règles régissant les produits financiers

1. Améliorer la protection des clients sur le marché financier suisse exige d'introduire, pour tous les produits financiers standardisés proposés en Suisse, l'obligation d'établir un prospectus selon une structure définie, avec toutes les données pertinentes sur le producteur et sur le produit.
2. Avant d'acquérir des produits financiers composés, les clients doivent obtenir un descriptif de produit synthétique et succinct, présentant les caractéristiques essentielles de chaque produit ainsi que les risques et les coûts. Afin de garantir la comparabilité entre les différents types de produits, le législateur est appelé à établir des prescriptions concernant la forme matérielle de ce document.
3. L'obligation d'établir un prospectus et de présenter un descriptif de produit vise en premier lieu les produits destinés aux clients privés.

Règles de conduite et d'organisation plus strictes pour les prestataires de services financiers

4. Avant d'exécuter une transaction financière, les prestataires de services financiers sont tenus d'informer les clients sur leur propre champ d'activité et leur statut en matière d'autorisation.
5. Les prestataires de services financiers doivent préciser le contenu de leurs services concrets aux clients. Ils ne peuvent se dire indépendants que s'ils agissent sans obtenir de primes de la part de tiers lorsqu'ils fournissent leurs services à leur clientèle.
6. Avant de fournir le service concerné, les prestataires de services financiers doivent renseigner le client sur les caractéristiques, les risques et les coûts du type de transaction envisagé.
7. Il incombe aux prestataires de services financiers de remettre la documentation du produit. Ils doivent offrir notamment un descriptif de produit aux clients privés intéressés par des produits financiers composés. Il ne sera remis de prospectus que sur demande. Lors de tout contact avec les clients, il convient en outre de séparer physiquement le matériel publicitaire des documents exigés selon le droit de la surveillance.
8. Il doit être imposé aux prestataires de services financiers de se renseigner sur les connaissances et l'expérience de leurs clients en relation avec le type de produit recherché ou le service à fournir. Lorsqu'une transaction leur semble inappropriée, les prestataires de services financiers doivent mettre en garde le client.
9. Avant de donner un conseil personnel, les prestataires de services financiers doivent évaluer si la transaction est adéquate pour le client. Dans cette optique, ils doivent s'enquérir de son expérience et de ses connaissances, de ses objectifs d'investissement et de sa situation

financière. Avant d'accepter un mandat de gestion de portefeuilles, ils doivent également s'assurer que le client a compris la portée de cette attribution et que la stratégie d'investissement retenue est bien celle qui lui convient.

10. Les prestataires de services financiers ne sont autorisés à effectuer, sans en vérifier le caractère approprié, des transactions sur produits financiers pour un client privé que si celui-ci les mandate en ce sens et que les produits en question ont le caractère de produits financiers simples. Ceux-ci sont faciles à comprendre, n'engagent pas le client au-delà du prix d'acquisition et peuvent habituellement être vendus sur le marché ou restitués au producteur.
11. Il incombe aux prestataires de services financiers de documenter l'étendue et l'objet du service convenu. Ils doivent également rendre compte, de manière transparente, des services fournis.

Extension de la surveillance

12. Tous les gestionnaires de portefeuilles non assujettis en vertu du droit en vigueur doivent désormais être soumis à la surveillance. Il doit leur être imposé de respecter les règles de conduite ainsi que de disposer d'une organisation appropriée et de fonds propres en suffisance.
13. Les personnes en contact avec la clientèle doivent, dans le cadre d'un examen, démontrer qu'elles connaissent suffisamment bien les règles de conduite, les principes de la planification financière et les produits distribués. Leurs compétences professionnelles doivent être développées dans des cours réguliers de formation continue. Il faut que les clients puissent vérifier, dans un registre accessible au public, que leur conseiller à la clientèle ou distributeur de produits satisfait aux normes de qualité requises.
14. Les services transfrontières fournis sur le marché suisse ne doivent être admis que si les clients bénéficient de la même protection qu'avec un prestataire de services financiers établi en Suisse. Il convient donc d'étendre aussi à l'étranger les prescriptions suisses concernant la distribution de produits financiers.

Application des droits

15. Il faut améliorer l'application des droits des clients privés vis-à-vis des prestataires.

Création d'une loi sur les services financiers

16. Une nouvelle base légale doit être créée afin que les mesures puissent être mises en œuvre. Pour garantir l'application transsectorielle et conséquente, au point de vente, des prescriptions concernant la conduite et les produits, les dispositions doivent être ancrées dans un nouvel acte législatif (loi sur les services financiers).
17. Les prescriptions concernant l'autorisation et la surveillance des gestionnaires de portefeuilles devront figurer dans la loi sur les bourses suisse.
18. L'introduction de prescriptions transsectorielles concernant la conduite et les produits nécessite d'adapter les lois sur les marchés financiers et le code des obligations. Les actuelles dispositions en matière de documentation et de distribution des produits financiers ne sont appelées à perdurer que si des circonstances spécifiques aux secteurs exigent une réglementation spéciale.

Les **mesures** préconisées **se complètent**. Ainsi, la documentation améliorée d'un produit financier n'est utile que si le fournisseur fait suivre cette information à ses clients. Et un prestataire de services financiers n'est à même de bien conseiller ses clients que s'il est au fait de leur situation patrimoniale et de leurs objectifs d'investissement, expérience et connaissances. Pour que les règles de conduite garantissent une protection complète des clients, il faut en effet qu'elles soient observées par tous les prestataires de services financiers. Les propositions s'entendent donc toujours dans le contexte général de protection des clients et ne doivent pas être prises isolément.

1 Situation de départ

Le droit suisse des marchés financiers entend protéger le bon fonctionnement du marché financier helvétique, mais aussi les clients que sont les créanciers, les investisseurs et les assurés. La garantie d'un flux d'information suffisant entre les acteurs du marché vient soutenir ces deux objectifs. L'efficacité du marché financier et la confiance des acteurs à son égard ne s'obtiennent que si les informations clés sur les produits négociés et les services offerts sont disponibles dans leur intégralité, de manière compréhensible et sans délai, pour l'ensemble des acteurs. La transparence pour tous les acteurs du marché est dès lors une condition indispensable à la réalisation des objectifs ancrés dans le droit en vigueur.

Dans son document de discussion d'octobre 2010, traitant de la réglementation sur la production et la distribution de produits financiers aux clients privés (« Rapport FINMA Distribution de produits financiers »), la FINMA notait que l'accès approprié aux informations clés pour tous les acteurs du marché fait défaut et que le droit en vigueur ne garantit donc pas une protection suffisante de la clientèle. Son rapport soumettait au débat un certain nombre de mesures réglementaires pour remédier aux carences constatées. Dans leur point de vue sur le rapport FINMA Distribution de produits financiers, de nombreux participants à l'audition se sont également prononcés en faveur d'adaptations réglementaires pour améliorer la protection de la clientèle (voir aussi le rapport FINMA de février 2012 sur l'audition).

Dans le présent rapport, la FINMA soumet des propositions concrètes pour une ligne de conduite (*policy*) visant à renforcer la protection des clients dans le droit suisse. Les solutions proposées doivent équilibrer l'asymétrie de l'information entre clients et fournisseurs de produits financiers. Elles doivent aussi créer les conditions permettant à la clientèle suisse de savoir, avant d'acquiescer un produit financier ou de faire appel à un service financier, quels sont les chances et les risques liés à la transaction en question. Les propositions concernent la production et la distribution de produits financiers par les banques, assurances, directions de fonds, gestionnaires de portefeuilles et autres acteurs du marché. Dans ce contexte, sont considérés comme produits financiers tous les produits émis et négociés sur le marché financier suisse. Les explications portent principalement sur les produits financiers présentant les caractéristiques d'un investissement, produits de l'épargne inclus. Par contre, elles ne prennent pas en compte les produits de crédit à la consommation et les produits hypothécaires.

Les propositions avancées pour renforcer la protection de la clientèle suivent trois axes principaux. D'abord, le droit de la surveillance doit spécifier les exigences à l'égard de la documentation des produits financiers (chapitre 2). Ensuite, l'information des clients par les fournisseurs doit être améliorée à travers des règles dites de conduite (chapitre 3). Il s'agit d'une part de l'obligation faite aux prestataires de services financiers d'informer leurs clients sur la prestation offerte et sur leurs propres intérêts et d'autre part, celle de traiter leurs clients avec équité. Enfin, la protection de la clientèle doit être renforcée grâce à la surveillance des gestionnaires de portefeuilles, à de meilleures compétences des conseillers à la clientèle et à une plus forte réglementation des services transfrontières (chapitre 4). Les mesures réglementaires dans ce domaine dépassent les simples dispositions en matière de transparence. Elles garantissent que les clients puissent traiter avec des interlocuteurs compétents et à ce que tout dysfonctionnement ait des conséquences en droit de la surveillance.

Les mesures préconisées se complètent. Ainsi, la documentation améliorée d'un produit financier n'est utile que si le fournisseur fait suivre cette information à ses clients. Il faut également que les clients connaissent les services et intérêts d'un fournisseur afin de pouvoir situer correctement ses déclarations au sujet des différents produits. Un prestataire de services financiers n'est à même de bien conseiller ses clients que s'il est au fait de leur situation patrimoniale et de leurs objectifs d'investissement, expérience et connaissances. Enfin, pour que les règles de conduite garantissent une protection complète des clients, il faut qu'elles soient observées par tous les prestataires de services financiers. Il s'agit en effet de protéger également les clients faisant appel aux services financiers d'un fournisseur étranger. Les explications fournies ci-après s'entendent donc toujours dans le contexte général de protection des clients et ne doivent pas être prises isolément. Cette approche est la seule valable pour compenser suffisamment l'asymétrie manifeste de l'information, sans ingérence amputant les acteurs financiers de leur liberté d'action.

2 Règles régissant les produits financiers

2.1 Problème : devoir d'information sur les produits financiers insuffisant

Pour de nombreux types de produits, les exigences du droit en vigueur qui portent sur la documentation de leurs caractéristiques divergent considérablement. La forme matérielle des prospectus n'est pas réglée pour tous les types de produits et les règles en matière d'information succincte résumant les caractéristiques essentielles et les risques des produits ne sont imposées que dans certains cas (« descriptif de produit »).

Obligations d'établir un prospectus divergentes et incomplètes

En Suisse, les prescriptions concernant les prospectus pour produits financiers sont aussi variées que lacunaires. Il est, par exemple, possible d'offrir au public des actions non cotées d'une société suisse sans avoir à informer les investisseurs visés sur les chances et les risques d'un tel investissement. L'obligation d'établir un prospectus lors de l'émission de titres de participation étrangers est contestée et il existe des exigences divergentes concernant les prospectus pour les produits structurés, les obligations d'emprunts et les placements collectifs. Ces différences sur le plan des exigences réglementaires sont particulièrement gênantes lorsque plusieurs types de produits se rapprochent selon des critères économiques, à l'instar des produits structurés et des placements collectifs. La délimitation entre dérivés simples, produits structurés et obligations d'emprunts à taux variable n'est pas toujours manifeste non plus.

Obligations divergentes d'établir un prospectus à l'exemple des obligations d'emprunts et des produits structurés

En vertu de l'article 1156 du code des obligations, il suffit que les prospectus d'émission pour des obligations d'emprunts non cotés contiennent des indications sommaires sur l'émetteur et sur les produits. Le droit en vigueur n'exige cependant pas que le prospectus spécifie les risques encourus avec l'acquisition de l'emprunt. Pour les emprunts cotés, la documentation destinée aux investisseurs est nettement plus complète. Les dispositions sont encore différentes pour les droits de créances qui, selon l'article 5 de la loi sur les placements collectifs, peuvent être qualifiés de produits structurés. La

délimitation entre les différents types de droits de créances n'est pas toujours claire. A cause de cette variété de prescriptions régissant l'établissement de prospectus, les investisseurs voulant acquérir des droits de créances reçoivent au final différentes informations. Comme les produits deviennent alors plus difficilement comparables, il peut arriver qu'un client évalue mal les conséquences que certaines acquisitions peuvent avoir pour son patrimoine.

Les prescriptions distinctes concernant les prospectus pour produits financiers standardisés font que, pour certains types de produits, les clients obtiennent des informations hétérogènes pour un produit. Dans de nombreux cas, les producteurs sont en outre libres d'utiliser les prospectus en premier lieu à des fins publicitaires ou pour se prémunir contre les droits que les investisseurs pourraient éventuellement faire valoir. En plus, les nuances dans les prescriptions concernant les prospectus engendrent aussi des nuances dans les conditions de la responsabilité pour les émetteurs et les autres personnes impliquées dans l'établissement du prospectus. Enfin, le droit en vigueur ne tient pas suffisamment compte du changement que subissent les produits pendant leur durée de vie.

Absence de réglementation de la documentation de vente

Le but des prospectus est d'informer les investisseurs. Pour beaucoup de clients cependant, ces documents sont trop détaillés et pas assez synthétiques. S'agissant notamment des produits financiers composés, les clients peinent à comprendre les caractéristiques et les perspectives de gain ou de perte en consultant un prospectus au caractère exhaustif. Aussi préfèrent-ils souvent, avant d'acquérir des produits financiers, former leur opinion sur la base non pas du prospectus détaillé, mais de la documentation d'accompagnement fournie par l'émetteur du produit.

Les fournisseurs choisissent cependant des approches très différentes pour cette documentation publicitaire de leurs produits. Le droit suisse ne prévoit aucune norme minimale pour les documents sur les produits financiers que les émetteurs remettent à leurs clients. Cette lacune est non seulement source de malentendus et de fausses attentes de la part des clients, mais elle complique aussi la comparaison entre les produits. Il est en effet rare que les clients puissent, à partir de la documentation de vente, déduire les frais générés par l'acquisition d'un produit financier.

Documentation de vente insuffisante à l'exemple des coûts des produits structurés

La majorité des produits structurés sont créés par les unités de banque d'affaires d'un établissement. Pour les fournisseurs, l'émission de ces produits s'accompagne de toute une série d'incitations financières. D'une part, ils peuvent en général disposer librement des fonds des investisseurs obtenus par l'émission d'un produit et d'autre part, ils peuvent imputer à leurs clients des frais pour la gestion et la distribution des produits. La structuration des produits leur permet également d'engranger des bénéfices. Le prix des produits structurés comportant une part d'options est ainsi calculé régulièrement avec une volatilité s'écartant légèrement des attentes internes. Et enfin, les émetteurs réalisent aussi des revenus en agissant comme teneurs de marché de leurs produits sur le marché secondaire (écart acheteur-vendeur). Outre les producteurs, les simples distributeurs de produits structurés touchent également des rémunérations, imputées directement ou indirectement aux investisseurs.

Selon le droit en vigueur, seule une fraction de ces revenus issus de la production et de la distribution de produits structurés est portée à la connaissance du client. Celui-ci ne sait donc pas avec précision

ce que l'acquisition d'un produit composé lui coûte effectivement. Et il ne voit pas davantage quelles primes (incitations financières) vont de pair avec la production et la distribution de ces produits. Ce manque de transparence s'avère problématique, surtout du fait que pour les émetteurs, les sources de rendement décrites entrent dans le calcul interne de leur résultat et, partant, dans la formation des salaires de leurs employés. Ils sont donc d'autant plus tentés de vouloir vendre aux clients des produits avec la plus grande marge possible.

2.2 Obligation d'établir un prospectus pour tous les produits financiers standardisés

Les lacunes d'information pour les clients décrites ci-dessus peuvent être comblées en introduisant une obligation généralisée d'établir un prospectus pour chaque produit financier standardisé. Sont notamment considérés comme produits financiers standardisés les actions, emprunts ou produits structurés émis en masse. Pour les placements collectifs en revanche, l'obligation d'établir un prospectus est réglementée en détail dans le droit en vigueur. Il n'est aucunement question d'abandonner ces dispositions spécifiques aux fonds, mais bien d'obtenir, à travers la nouvelle obligation d'établir un prospectus, que les clients puissent accéder à des informations comparables pour les produits financiers standardisés pouvant être assimilés à des fonds. Les produits d'assurance ne seront pas non plus touchés par l'obligation d'établir un prospectus. L'information destinée aux clients de ces produits est couverte par la documentation existante, spécifique au domaine des assurances. Quant aux produits d'épargne au sens strict, ils seront également exclus de l'obligation d'établir un prospectus.

Sur le fond, l'obligation d'établir un prospectus doit s'appliquer à tous les produits distribués en Suisse. Peu importe alors que le siège de l'émetteur ou distributeur se trouve en Suisse ou à l'étranger, ou que le produit soit coté ou non à la bourse. Les prospectus doivent être établis selon une structure définie et contenir toutes les données importantes sur le producteur, les tiers impliqués (p. ex. garant) et le produit. Ils doivent aussi clairement renseigner sur les facteurs de risque liés à l'émetteur ou au fournisseur. Il faut déterminer les exigences relatives au prospectus en tenant compte des caractéristiques de certains types de produits, tout en cherchant à instaurer une structure aussi uniforme que possible pour tous les produits financiers standardisés. Dans le cas où un grand nombre de produits semblables provient du même émetteur, il serait possible de couvrir la documentation par un prospectus de base et des documents à part pour les informations spécifiques aux diverses émissions. On vérifiera la conformité des prospectus avec les prescriptions légales, sous une forme appropriée, avant la publication de l'offre.

Il faut assurer le flux d'informations auprès des clients qui ont acquis des produits financiers susceptibles de changer après leur émission. Cette actualisation des données publiées s'impose tout particulièrement pour les produits composés qui font l'objet d'une gestion active et dont la composition ainsi que les risques peuvent fortement varier pendant leur durée de vie.

Élément essentiel 1

Améliorer la protection des clients sur le marché financier suisse exige d'introduire, pour tous les produits financiers standardisés proposés en Suisse, l'obligation d'établir un prospectus selon une structure définie, avec toutes les données pertinentes sur le producteur et sur le produit.

2.3 Descriptif pour les produits financiers composés

Dès lors que des produits financiers composés sont proposés à des clients en Suisse, il doit exister pour chacun d'eux une documentation succincte et facile à comprendre, appelée descriptif de produit. Celle-ci résume les caractéristiques essentielles et les risques de chaque produit et crée de la transparence en affichant les coûts liés à l'acquisition des produits. La clause relative aux risques doit publier en particulier les risques de cours, d'émetteur et de change. Le descriptif de produit doit en outre indiquer clairement le type de produit et les éventuelles restrictions touchant la restitution du produit, par exemple manque de liquidité ou échéances à long terme. Le descriptif de produit doit en outre préciser si le fournisseur du produit est aussi l'émetteur du produit.

Sont considérés comme produits financiers composés tous les produits qui sont constitués de plusieurs éléments. Pour la qualification en tant que produit financier composé, peu importe en revanche que le produit ait été émis de manière standardisée ou à la demande individuelle d'un client. Les produits financiers composés sont donc en particulier des produits structurés ainsi que des produits d'assurance présentant les caractéristiques d'un investissement, comme par exemple les assurances-vie liées à des participations. Pour celles-ci, le descriptif de produit vient se joindre au devoir d'information de l'assureur selon l'article 3 de la loi sur le contrat d'assurance, respectivement l'article 12 du projet de révision totale de la loi sur le contrat d'assurance de septembre 2011. Tandis que le client, grâce au devoir d'information relevant du droit des assurances, est renseigné sur les caractéristiques de l'assurance proprement dite, le descriptif de produit doit l'éclairer sur la manière dont le produit est structuré ainsi que sur les caractéristiques et les risques des éléments qui le composent.

Afin de garantir la comparabilité entre les différents types de produits et entre les produits de différents émetteurs, le législateur est appelé à établir des prescriptions strictes concernant la forme matérielle de ce document, sa structure et sa longueur. Les exigences pour les fonds en valeurs mobilières selon l'article 76 de la loi sur les placements collectifs ou encore le Key Investor Information Document (KIID) pour les fonds européens UCITS pourraient servir de modèles pour une telle documentation.

Élément essentiel 2

Avant d'acquérir des produits financiers composés, les clients doivent obtenir un descriptif de produit synthétique et succinct, présentant les caractéristiques essentielles de chaque produit ainsi que les risques et les coûts. Afin de garantir la comparabilité entre les différents types de produits, le législateur est appelé à établir des prescriptions concernant la forme matérielle de ce document.

2.4 Règles uniformes pour une meilleure protection de la clientèle privée

Le déséquilibre entre prestataires de services financiers et clients est particulièrement prononcé dans le cas des clients privés. En font partie toutes les personnes physiques, quelle que soit leur situation patrimoniale, ainsi que les entreprises sans connaissances spéciales du domaine financier. Par contre, les acteurs du marché tels que les clients institutionnels, les investisseurs soumis à la surveillance, par ex. les banques, les assurances ou les négociants en valeurs mobilières ont, tout comme les entreprises d'une certaine taille, régulièrement la possibilité de se procurer les informations

pertinentes pour une transaction. Cette clientèle professionnelle n'a donc pas forcément besoin d'un prospectus ou un descriptif synthétique des produits.

Les exigences de transparence au niveau du produit décrites plus haut s'appliquent donc, pour l'essentiel, à la clientèle privée. La clientèle professionnelle doit cependant avoir la possibilité, moyennant une option de participation (*opting-in*), de se placer sous la protection des clients privés, tandis que la clientèle privée qui dispose d'une certaine fortune et possède des connaissances suffisantes dans les domaines concernés doit pouvoir, moyennant une option de non-participation (*opting-out*), se libérer de cette protection renforcée.

Les critères d'une pareille segmentation des clients sont à fixer par le législateur, uniformément, pour tous les produits financiers. La segmentation des clients dans le cadre de l'actuelle révision partielle de la loi sur les placements collectifs devrait servir de repère dans cette démarche. Les conditions pour un *opting-in* ou *opting-out* admissible doivent faire l'objet d'une définition réglementaire. L'*opting-out* doit être admis dans les seuls cas où le client possède le patrimoine, l'expérience et les connaissances techniques requis pour justifier qu'il maîtrise les produits financiers concernés et leurs risques.

Élément essentiel 3

L'obligation d'établir un prospectus et de présenter un descriptif de produit vise en premier lieu les produits destinés aux clients privés.

3 Règles de conduite et d'organisation plus strictes pour les prestataires de services financiers

3.1 Problème : prescriptions insuffisantes sur la conduite à suivre par les prestataires de services financiers

Pour les clients, la question de savoir si les prestataires de services financiers agissent toujours et uniquement dans l'intérêt du client, ou si d'autres incitations les motivent pour réaliser une transaction, n'est pas toujours claire. Il manque aussi des prescriptions réglementaires claires concernant la manière dont les prestataires de services financiers doivent renseigner les clients sur les produits financiers et leurs risques.

Manque d'informations sur le prestataire de services financiers

Les prestataires de services financiers ne sont pas systématiquement surveillés par les autorités. Les purs conseillers en investissement et les gestionnaires de portefeuilles externes peuvent exercer leur activité sans autorisation préalable en ce sens. L'étendue de la surveillance varie aussi fortement d'un prestataire de services financiers autorisé à l'autre. Les conditions qui président à l'autorisation d'intermédiaires d'assurances non liés, par exemple, sont bien moindres que celles posées à une banque ou à une assurance. Le droit en vigueur ne tient pas assez compte de ces différences. En vertu de l'article 3 de la loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA), peuvent se dire

assujettis tous les prestataires de services financiers qui, « selon les lois sur les marchés financiers, doivent obtenir une autorisation, une reconnaissance, un agrément ou un enregistrement de l'autorité de surveillance des marchés financiers ». Cette absence de distinction notionnelle entre prestataires soumis à une constante surveillance et unités surveillées de manière ponctuelle prête à malentendu chez les clients. Elle peut notamment faire croire que, sur la base de l'article 3 de la LFINMA, le patrimoine et les intérêts des clients bénéficient de la même protection chez tous les assujettis.

Publication incomplète du statut d'autorisation à l'exemple des IFDS

En vertu de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA), les personnes qui, à titre professionnel, acceptent ou gardent en dépôt des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers doivent être affiliées à un organisme d'autorégulation (OAR) ou obtenir une autorisation de la FINMA. Les prestataires de services financiers qui optent pour une surveillance directe par la FINMA deviennent des intermédiaires financiers directement soumis (IFDS) et ainsi des assujettis conformément à l'article 3 LFINMA. La FINMA se contente cependant de vérifier si un IFDS observe les devoirs que lui impose la LBA. Il n'existe aucune exigence plus poussée quant à l'organisation ou la capitalisation de ces personnes. Vis-à-vis de leurs clients, les IFDS n'ont pas de devoirs particuliers de renseignement, mise en garde ou conseil. La désignation d'assujettis pour les IFDS ne fournit aucune précision à cet égard et peut susciter de fausses attentes quant à la surveillance réglementaire de ces acteurs du marché.

Connaissance insuffisante du contenu du service et de la motivation du prestataire de services financiers

Les clients ne sont pas toujours suffisamment informés sur le service qu'un prestataire de services financiers leur fournit. En plus, ils pensent généralement qu'un conseiller à la clientèle représente en premier lieu les intérêts du client. Les dispositions réglementaires en place ne corrigent qu'en partie ces attentes erronées. Il n'existe, par exemple, pas d'obligation de révéler les mesures d'incitation internes, qui affectent la relation entre conseillers et clients. Le droit de la surveillance en vigueur ne traite pas non plus en profondeur l'admissibilité et la transparence des rémunérations de tiers. Les droits et devoirs en question, des clients comme des prestataires de services financiers, sont essentiellement définis sur la base des rapports juridiques en droit civil reliant les parties. En conséquence, les clients ne peuvent que difficilement évaluer le degré de transparence dont leur conseiller à la clientèle devrait faire preuve dans une situation concrète.

Information incomplète sur les incitations à l'exemple des rétrocessions et des commissions d'apport (*finder's fees*)

Il manque, au niveau des lois et ordonnances du droit de la surveillance suisse, une réglementation claire et complète de la manière dont les prestataires de services financiers doivent traiter les versements reçus de tiers dans le cadre de leurs opérations pour le compte d'un client. Les devoirs des prestataires sont donc en grande partie définis par le droit civil. Dans son arrêt du 22 mars 2006, la Cour de droit civil du Tribunal fédéral a ainsi statué que les gestionnaires de portefeuilles doivent rendre compte envers leurs clients des rémunérations reçues de tiers et qu'en principe, les montants doivent être reversés aux clients. Le jugement n'a cependant pas fait toute la lumière sur la question des commissions de distribution. Il a fallu attendre l'arrêt du 29 août 2011, dans lequel le Tribunal fédéral précise dans quelles conditions un client peut renoncer préalablement au versement de la

commission. Pour les rémunérations de tiers versées dans un autre cas de figure, la sécurité juridique reste insuffisante même après ce jugement.

Devoirs d'information, de mise en garde et de prise de renseignements divergents et incomplets

Les règles de conduite applicables ne déterminent pas de manière exhaustive la manière dont les prestataires de services financiers doivent informer leurs clients sur les produits financiers concernés avant d'exécuter une transaction. Le devoir d'information imposé aux prestataires de services financiers qui ne sont pas soumis aux règles de conduite de la loi sur les placements collectifs, ni de la loi sur les bourses, ni de la loi sur le contrat d'assurance, est ancré dans les rapports en droit civil entre les prestataires et leurs clients.

Le droit de la surveillance suisse ne connaît pas non plus d'obligation généralisée enjoignant aux prestataires de services financiers de se renseigner sur l'expérience et les connaissances d'un client et de le mettre en garde si une transaction n'est pas appropriée dans son cas. L'article 11 de la loi sur les bourses, par exemple, engage les négociants uniquement à informer sur les risques liés à un type de transaction donné. La disposition n'impose cependant aucune obligation d'avertissement aux prestataires de services financiers qui pensent qu'une transaction n'est pas appropriée pour un client. Les devoirs de mise en garde et de prise de renseignements ancrés dans le droit civil n'amènent pas suffisamment de clarté.

Information insuffisante à l'exemple des assurances-vie liées à des fonds

Les assurances-vie liées à des fonds sont des assurances avec capitalisation. Elles prévoient des prestations en cas de décès ou à l'échéance d'une durée stipulée par contrat. L'assurance investit une partie des primes touchées dans des parts de placements collectifs. Ses prestations dépendent de l'évolution de ces parts de fonds. Dans le cas d'une assurance-vie liée à des fonds, le risque de placement est, à la différence des assurances-vie traditionnelles, supporté par le preneur d'assurance. Comme toutes les assurances-vie, celles liées à des fonds sont, elles aussi, axées sur une fidélisation à long terme de l'assuré.

Sans explication de la part des fournisseurs, les clients privés ne connaissent généralement pas les caractéristiques des assurances-vie liées à des fonds. Les devoirs d'information et de mise en garde imposés à ces mêmes fournisseurs par le droit en vigueur sont cependant insuffisants. Ils n'ont notamment aucune obligation d'informer leurs clients en détail sur les caractéristiques des produits ni de les avertir des éventuels risques liés à un investissement. Les parts de placements collectifs se trouvent comme « emballées » avec un produit d'assurance pour former une offre groupée, il peut arriver que des clients ne bénéficient pas, lors de la distribution de telles offres, des mêmes explications que s'ils voulaient acquérir des parts de fonds identiques de manière isolée.

3.2 Indications sur le statut d'autorisation et le champ d'activité du prestataire de services financiers

Pour pouvoir évaluer un service financier de manière juste et adéquate, il faut que les clients sachent qui le fournit. Les prestataires de services financiers devraient donc être tenus de divulguer, avant de

fournir un service, leur statut en matière d'autorisation et leur champ d'activité. Il leur incombe d'informer le client par écrit s'ils sont assujettis à la surveillance d'une autorité, et pour quelles activités. Ne peuvent alors s'appeler assujettis que les prestataires dont la conduite et l'organisation font l'objet d'une surveillance en cours de la part de l'autorité. Le devoir d'information imposé aux intermédiaires d'assurances, tel que le prévoit la révision totale de la loi sur le contrat d'assurance, peut servir de référence pour fonder le devoir de renseignement spécifique aux établissements. Toutes les indications peuvent être fournies dans une forme standardisée.

Élément essentiel 4

Avant d'exécuter une transaction financière, les prestataires de services financiers sont tenus d'informer les clients de leur propre champ d'activité et de leur statut en matière d'autorisation.

3.3 Communication du service et des intérêts du prestataire de services financiers

Avant de fournir un service, les prestataires de services financiers devraient informer leurs clients sur sa nature, sur les intérêts qu'ils représentent dans ce contexte et sur les coûts générés par l'opération. Surtout lorsque ses services de conseil se rapportent uniquement à ses propres produits, le prestataire de services financiers doit l'indiquer clairement. S'il touche des rémunérations de tiers pour la distribution de certains produits, il doit aussi le porter la connaissance des clients. Il en va de même si des conseillers à la clientèle sont récompensés par l'établissement même pour la distribution de certains produits.

Les prestataires ne doivent pouvoir se dire indépendants que s'ils agissent sans aucune incitation de la part de tiers et ne leur pas non plus liés d'une autre manière, par exemple par des engagements contractuels ou relevant du droit social. Les prestataires de services financiers indépendants doivent prendre en compte une gamme représentative des différents types de produits. Chez les intermédiaires d'assurances, le droit en vigueur distingue déjà entre prestataires liés et non liés. La révision totale de la loi sur le contrat d'assurance devrait maintenir cette classification.

Élément essentiel 5

Les prestataires de services financiers doivent préciser le contenu de leurs services concrets aux clients. Ils ne peuvent se dire indépendants que s'ils agissent sans obtenir de primes de la part de tiers lorsqu'ils fournissent leurs services à leur clientèle.

3.4 Renseignements sur les caractéristiques, les risques et les coûts des produits

Le devoir d'information imposé aux négociants en valeurs mobilières et aux établissements autorisés de placements collectifs devrait également s'appliquer aux autres prestataires de services financiers. Avant de fournir le service concerné, les prestataires de services financiers doivent renseigner le client sur les caractéristiques, les risques et les coûts du type de transaction envisagé. Les exigences relatives à l'information sur les caractéristiques et les risques des produits doivent aller plus loin que les normes d'autorégulation s'appliquant au commerce des valeurs mobilières (voir aussi la brochure Risques particuliers dans le négoce de titres de l'Association suisse des banquiers, 2008). Les informations doivent permettre au client de décider si les produits d'un certain type entrent vraiment en

ligne de compte pour lui et s'il est à même de comprendre et d'évaluer les risques. Elles doivent donc contenir des indications sur les pertes possibles en relation avec le placement, ainsi que sur les coûts engendrés par l'acquisition, par la vente et pendant la durée d'un produit. L'information peut être fournie de manière standardisée, tout en tenant compte cependant de l'expérience et des connaissances du groupe de clients auquel on s'adresse.

Élément essentiel 6

Avant de fournir le service concerné, les prestataires de services financiers doivent renseigner le client sur les caractéristiques, les risques et les coûts du type de transaction envisagé.

3.5 Mise à disposition de la documentation du produit

L'obligation d'établir des prospectus et descriptifs de produit selon le chapitre 2 incombe en premier lieu aux émetteurs des produits. Et s'il existe une documentation synthétique et complète, celle-ci n'est utile pour le client que s'il peut y accéder avant d'acquiescer le produit. Les descriptifs établis pour des produits financiers composés au sens du chapitre 2.3 aident les clients privés à se faire une idée des caractéristiques essentielles et des risques du produit concret. Les prestataires de services financiers devraient donc être tenus de soumettre un descriptif de produit au client au moment même où ils lui offrent un produit. La documentation par prospectus décrite au chapitre 2.2 par contre fournit des données détaillées sur le produit et sur le producteur. Les clients n'ont pas tous besoin d'un dossier aussi complet pour prendre une décision d'achat. Les prestataires de services financiers peuvent alors se limiter à remettre les prospectus aux clients sur demande.

Enfin, les prestataires de services financiers devraient être tenus de distinguer clairement les documents à établir en conformité avec le droit de la surveillance – à savoir les descriptifs de produit, les prospectus ou les conditions générales d'assurance – de ceux qui sont de nature publicitaire. Les plaquettes publicitaires doivent être désignées comme telles et servir uniquement en relation avec la documentation requise et non en lieu et place de celle-ci.

Élément essentiel 7

Il incombe aux prestataires de services financiers de remettre la documentation du produit. Ils doivent offrir notamment un descriptif de produit aux clients privés intéressés par des produits financiers composés. Il ne sera remis de prospectus que sur demande. Lors de tout contact avec les clients, il convient en outre de séparer physiquement le matériel publicitaire des documents exigés selon le droit de la surveillance.

3.6 Vérification du caractère approprié des produits financiers

Les transactions sur produits financiers peuvent être lourdes de conséquences pour le patrimoine du client le cas échéant. Aussi convient-il de lui signaler les caractéristiques et les risques des transactions financières s'il n'est pas en mesure de les évaluer lui-même. Dans cette optique, les prestataires de services financiers doivent au préalable vérifier le caractère approprié des transactions. Ils doivent s'enquérir de l'expérience et des connaissances de leur client et, sur cette base, déterminer si le type de produit en question ou le service à fournir sont appropriés dans son cas.

S'ils en concluent que l'expérience et les connaissances du client dans le domaine concerné ne suffisent pas, ils doivent le mettre en garde contre l'exécution de la transaction. Le client a cependant toute latitude de faire quand même exécuter la transaction.

Lorsqu'un client est catalogué comme investisseur professionnel, le prestataire de services financiers peut en principe supposer qu'il possède suffisamment d'expérience et de connaissances pour apprécier les risques d'une transaction. La vérification du caractère approprié n'a donc généralement lieu que pour les clients privés.

Élément essentiel 8

Il doit être imposé aux prestataires de services financiers de se renseigner sur les connaissances et l'expérience de leurs clients en relation avec le type de produit recherché ou le service à fournir. Lorsqu'une transaction leur semble inappropriée, les prestataires de services financiers doivent mettre en garde le client.

3.7 Vérification de l'adéquation des placements lors du conseil et de la gestion de portefeuilles

Pour pouvoir conseiller un client en vue de l'acquisition d'un produit financier, les prestataires de services financiers doivent être au fait non seulement de son expérience et de ses connaissances, mais aussi de sa situation patrimoniale et de ses objectifs d'investissement. A cette fin, ils devraient être obligés de se renseigner sur ces éléments auprès du client avant de lui donner un conseil personnel. Ils devraient également vérifier si, dans le contexte donné, le produit convient pour le client et correspond à la conscience des risques et propension au risque de ce dernier. La vérification de cette adéquation doit aussi inclure la diversification des risques du portefeuille client. Est réputée conseil personnel toute recommandation donnée à un client en rapport avec une transaction sur un produit financier précis. Un conseil n'est cependant pas personnel s'il est adressé au public plutôt qu'à un investisseur concret. Si les informations fournies aux prestataires de services financiers ne leur permettent pas de vérifier l'adéquation d'un produit financier pour un client, ils doivent lui en faire part et s'abstenir d'émettre un conseil personnel pour un produit concret.

Un prestataire de services financiers qui reprend la gestion de portefeuilles de clients doit également procéder à la vérification de l'adéquation. Celle-ci vise d'une part la gestion de portefeuilles à proprement parler afin d'établir, avant de signer le contrat, si le client comprend ce que ce service englobe et si la stratégie d'investissement choisie est conforme à ses objectifs et à sa situation patrimoniale. D'autre part, le gestionnaire de portefeuille doit aussi vérifier si les différentes transactions sont adéquates pour le client concerné. A la différence du pur conseil, cette décision n'est pas précédée d'un examen approfondi dans le processus de gestion de portefeuilles. Il s'agit plutôt d'approuver sur le fond l'adéquation d'un investissement, dès lors que la décision de placement a été prise en tenant compte de la stratégie d'investissement choisie, des directives d'investissement en vigueur et des placements existants. Les placements dans le portefeuille client doivent faire l'objet d'une surveillance constante.

Élément essentiel 9

Avant de donner un conseil personnel, les prestataires de services financiers doivent évaluer si la transaction est adéquate pour le client. Dans cette optique, ils doivent s'enquérir de son expérience et de ses connaissances, de ses objectifs d'investissement et de sa situation financière. Avant d'accepter un mandat de gestion de portefeuilles, ils doivent également s'assurer que le client a compris la portée de cette attribution et que la stratégie d'investissement retenue est bien celle qui lui convient.

3.8 Restriction des services *execution only* pour les clients privés

Les caractéristiques et risques d'obligations d'emprunts ou d'actions qui sont négociés en bourse sont dans l'ensemble faciles à comprendre pour les clients. Ceux-ci disposent en outre d'assez d'informations sur ces produits financiers pour pouvoir se représenter leurs caractéristiques. Les clients privés sont donc capables de prendre la décision menant à l'acquisition de pareils produits financiers simples sans que le prestataire de services financiers ne doive au préalable vérifier le caractère approprié de la transaction. Lorsqu'un client privé approche un prestataire de services financiers et lui demande d'acquérir un produit financier simple, il est ainsi possible de renoncer à la vérification du caractère approprié selon le chapitre 3.6. Les produits financiers réputés simples sont à consigner comme tels dans un acte législatif de droit de la surveillance.

Les critères clés pour la classification d'un produit financier en tant que produit simple sont (a) la compréhensibilité de son fonctionnement, (b) la possibilité périodique de vendre ou de restituer le produit et (c) le volume d'informations sur le produit qui sont accessibles au public. Il importe également que (d) par l'achat du produit, le client ne contracte pas d'engagement dépassant les coûts d'acquisition. Les produits avec composant dérivé ne sont généralement pas des produits financiers simples.

Élément essentiel 10

Les prestataires de services financiers ne sont autorisés à effectuer, sans en vérifier le caractère approprié, des transactions sur produits financiers pour un client privé que si celui-ci les mandate en ce sens et que les produits en question ont le caractère de produits financiers simples. Ceux-ci sont faciles à comprendre, n'engagent pas le client au-delà du prix d'acquisition et peuvent habituellement être vendus sur le marché ou restitués au producteur.

3.9 Documentation du service fourni

Il faut exiger des prestataires de services financiers qu'ils documentent l'objet du service. Cela permet d'éviter les incertitudes ultérieures quant à l'étendue des prestations dues. La documentation doit consigner les paramètres clés du service financier convenu ainsi que la structure de rémunération. Pour des services de conseil ou mandats de gestion de portefeuilles, elle doit également décrire les divers groupes de produits. A documenter également, la convention cadre passée par écrit avec le client et enfin les résultats des vérifications quant au caractère approprié et à l'adéquation selon les chapitres 3.6 et 3.7 ainsi que les données essentielles des services effectivement fournis.

Élément essentiel 11

Il incombe aux prestataires de services financiers de documenter l'étendue et l'objet du service convenu. Ils doivent également rendre compte, de manière transparente, des services fournis.

4 Extension de la surveillance

4.1 Problème : saisie incomplète des prestataires de services financiers selon le droit de la surveillance

Le droit en vigueur renonce à une surveillance étendue de tous les prestataires de services financiers et ne pose pas d'exigences claires quant aux compétences des personnes appelées à traiter avec les clients. Dans certaines situations, les clients ne sont donc pas assez protégés.

Surveillance lacunaire des gestionnaires de portefeuilles

Dans le cadre de la stratégie d'investissement convenue, les gestionnaires de portefeuilles prennent des décisions et font des choix de façon autonome pour placer les fonds du client. Les clients sont certes avisés ultérieurement des investissements effectués, mais ils ne sont pas associés à la prise de décisions. L'étendue de la réglementation s'appliquant au travail des gestionnaires de portefeuilles varie. Tandis que les acteurs du marché assujettis tels que les banques ou négociants sont, pour l'exécution de mandats de gestion de portefeuilles, soumis à un contrôle relevant du droit de la surveillance, les purs gestionnaires de portefeuilles ne sont en principe pas surveillés. Les clients peuvent ainsi confier le pouvoir de décision sur leur patrimoine à des personnes qui ne font l'objet d'aucune prescription relative à la conduite, à l'organisation ou aux fonds propres et ne prennent conscience d'un éventuel comportement fautif du gestionnaire de portefeuilles qu'au moment où leur patrimoine a déjà subi un dommage considérable. Une fois le préjudice subi, les clients lésés n'ont guère de chances de faire valoir leurs droits vis-à-vis d'un gestionnaire de portefeuilles non soumis à la surveillance.

Manque de contrôle des compétences des personnes en contact avec les clients

Dans la phase précédant les transactions sur produits financiers, les clients ont besoin d'un suivi compétent et adéquat. L'actuel droit de la surveillance ne formule pas d'exigences claires de compétences et de degré de formation pour toutes les personnes. Seuls les intermédiaires d'assurances font l'objet de prescriptions explicites et doivent justifier de compétences professionnelles suffisantes. La suite logique de cette lacune est que certains clients sont suivis par des personnes qui ne possèdent pas les qualifications requises et ne connaissent pas les règles de conduite à observer dans les contacts avec la clientèle. Il arrive régulièrement que les clients ne soient pas avisés du manque de savoir-faire de leurs interlocuteurs.

Protection insuffisante lors de services financiers transfrontières

Lorsque les services financiers sont fournis en Suisse depuis l'étranger, le droit en vigueur ne garantit pas la même protection aux clients que lorsque le service est fourni par un prestataire national. En particulier les prestataires sans présence physique en Suisse sont, même pour les activités qui nécessitent en principe une autorisation en Suisse, dispensés de satisfaire aux dispositions du droit de la surveillance. Ils peuvent dès lors démarcher activement la clientèle suisse, indépendamment de leur statut d'autorisation, pour lui proposer des services bancaires ou des produits financiers. Très souvent, les clients n'ont pas conscience de cette disparité dans la protection en relation avec des prestataires suisses ou étrangers et ils ne perçoivent donc pas les risques supplémentaires qu'entraîne la souscription à des services provenant de l'étranger.

4.2 Introduction d'une surveillance de tous les gestionnaires de portefeuilles

Les pouvoirs de décision étendus des gestionnaires de portefeuilles appellent à une protection particulière des clients touchés. Même les gestionnaires de portefeuilles qui n'étaient jusqu'alors pas surveillés doivent être soumis à l'obligation d'obtenir une autorisation et à une surveillance suivie. Ce contrôle par les autorités doit garantir que les gestionnaires de portefeuilles observent les règles de conduite décrites au chapitre 3 et soient liés par une organisation appropriée. Par ailleurs, les personnes en charge de l'administration et de la direction des affaires doivent avoir bonne réputation, offrir la garantie d'une activité irréprochable et posséder les qualifications techniques requises. Enfin, les gestionnaires de portefeuilles doivent comptabiliser suffisamment de fonds propres.

Élément essentiel 12

Tous les gestionnaires de portefeuilles non assujettis en vertu du droit en vigueur doivent désormais être soumis à la surveillance. Il doit leur être imposé de respecter les règles de conduite ainsi que de disposer d'une organisation appropriée et de fonds propres en suffisance.

4.3 Contrôle de la qualité pour tous les conseillers à la clientèle et distributeurs de produits

Les connaissances et compétences des personnes qui sont en contact avec les clients avant les transactions financières sont essentielles pour la qualité des services fournis. Outre une extension de la surveillance aux établissements qui fournissent des services financiers, les normes de qualité doivent donc aussi être garanties pour toutes les personnes chargées de traiter avec les clients. Par souci de voir les conseillers à la clientèle et distributeurs de produits remplir les conditions minimales pour offrir une assistance professionnelle à leurs clients, ceux-ci doivent passer un examen et démontrer qu'ils connaissent les règles de conduite vis-à-vis des clients. L'examen doit également établir que les conseillers à la clientèle maîtrisent les principes de la planification financière et en savent assez sur les produits qu'ils distribuent. Il peut être organisé par la FINMA ou par un tiers. En suivant des cours de formation continue, les conseillers à la clientèle doivent en outre continuer de développer leur savoir.

Seules les personnes qui passent l'examen avec succès et peuvent justifier d'avoir réussi les cours de formation continue exigés peuvent ensuite figurer dans un registre des conseillers à la clientèle

accessible au public. Sur la base des entrées dans le registre, les clients peuvent décider si leur interlocuteur remplit les conditions nécessaires pour les soutenir de manière compétente dans l'exécution de transactions financières.

Le régime de registre et d'examen décrit doit s'appliquer à toutes les personnes physiques en contact avec les clients. L'examen s'impose également pour les conseillers à la clientèle employés à titre fixe ou sur la base de mandats par des établissements assujettis de services financiers. Les établissements doivent s'engager à recourir exclusivement à des conseillers à la clientèle et distributeurs de produits enregistrés. L'introduction des nouvelles normes de qualité ne libère cependant pas les établissements assujettis de veiller à dûment former leurs employés aux tâches spécifiques qu'ils doivent remplir. La surveillance en place appliquée aux intermédiaires d'assurances et aux distributeurs de placements collectifs devrait être intégrée au contrôle de la qualité pour toutes les personnes en contact avec la clientèle.

Élément essentiel 13

Les personnes en contact avec la clientèle doivent, dans le cadre d'un examen, démontrer qu'elles connaissent suffisamment bien les règles de conduite, les principes de la planification financière et les produits distribués. Leurs compétences professionnelles doivent être développées dans des cours réguliers de formation continue. Il faut que les clients puissent vérifier, dans un registre accessible au public, que leur conseiller à la clientèle ou distributeur de produits satisfait aux normes de qualité requises.

4.4 Protection des clients pour les offres de prestataires de services financiers de l'étranger

Lorsque des prestataires ayant leur siège à l'étranger fournissent à des clients suisses des services nécessitant une autorisation en Suisse, ils devraient être soumis à des règles comparables à celles imposées aux prestataires suisses. Cela signifie que, premièrement, les prestataires de services financiers étrangers doivent être agréés dans l'Etat de leur siège pour l'activité en question et assujettis à une surveillance appropriée. L'autorité de surveillance étrangère compétente et la FINMA devraient conclure une déclaration d'intention mutuelle en ce sens (Memorandum of Understanding). Si le prestataire destine ses services financiers à des clients privés, il faut en outre veiller à ce que ceux-ci aient pleinement accès au prestataire de services financiers. Pour cela, le prestataire étranger doit posséder une succursale ou filiale en Suisse, à moins qu'une surveillance efficace depuis la Suisse et l'application de la législation par le client puissent être garanties de manière équivalente à travers d'autres mesures. Deuxièmement, le respect des règles de conduite doit être imposé aux prestataires de services financiers. Troisièmement, les employés des prestataires de services financiers de l'étranger doivent également remplir les normes de qualité décrites au chapitre 4.3.

Toute exigence en vigueur allant plus loin que ces conditions doit être maintenue. Restent notamment inchangées les prescriptions régissant la distribution de placements collectifs étrangers et les dispositions relatives aux entreprises d'assurance étrangères qui déploient leur activité en Suisse.

Élément essentiel 14

Les services transfrontières fournis sur le marché suisse ne doivent être admis que si les clients bénéficient de la même protection qu'avec un prestataire de services financiers établi en Suisse. Il convient donc d'étendre aussi à l'étranger les prescriptions suisses concernant la distribution de produits financiers.

5 Application des droits

Un différend entre client et prestataire de services financiers porté devant un tribunal entraîne des coûts importants et une grande incertitude. Les clients privés renoncent donc souvent à faire valoir leurs droits juridiquement reconnus face aux prestataires de services financiers. L'appréciation en droit civil des accords passés entre les prestataires de services financiers et leurs clients n'incombe pas à la FINMA. Le présent document de position n'aborde donc pas les mesures de procédure civile particulières visant à améliorer la protection des clients. Du point de vue de la FINMA, les mesures relevant du droit civil complètent cependant judicieusement l'instrumentaire du droit de la surveillance pour l'application des règles proposées sur le plan des produits et de la conduite. Dès lors, les moyens à disposition pour faire valoir les droits des clients privés face aux prestataires de services financiers doivent être améliorés.

Élément essentiel 15

Il faut améliorer l'application des droits des clients privés vis-à-vis des prestataires de services financiers.

6 Orientation aux normes internationales

Les mesures proposées sont en accord avec les exigences internationales en matière de réglementation de la production et distribution de produits financiers. Elles tiennent notamment compte des principes régissant la divulgation au point de vente (Point of Sale Disclosure) de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (International Organization of Securities Commissions IOSCO) publiés en février 2011. Dans les grandes lignes, elles correspondent également aux obligations fixées dans les cadres réglementaires européens sur les obligations d'établir un prospectus et les règles de conduite. L'introduction d'une obligation d'établir un prospectus pour des produits financiers standardisés est donc conforme aux obligations d'établir un prospectus formulées dans la directive européenne sur les prospectus. Les dispositions demandées quant à la conduite des prestataires de services financiers vis-à-vis de leurs clients s'orientent aux règles de conduite selon la directive européenne concernant les marchés d'instruments financiers (MiFID). Enfin, l'extension de la surveillance aux gestionnaires de portefeuilles externes, les exigences de qualité requises des conseillers à la clientèle et la saisie des services transfrontières selon le droit de la surveillance suivent également les axes internationaux.

Le rapprochement du droit suisse aux normes internationales est favorable pour les clients comme pour les prestataires. Protection renforcée et situation de départ claire sont les avantages pour les clients, tandis que les prestataires de services financiers n'ont plus besoin de distinguer entre clients suisses et étrangers, notamment européens, et peuvent appliquer des normes uniformes dans la distribution des produits financiers. Au final, une meilleure qualité des services financiers suisses bénéficie aussi à la réputation de la place financière suisse à l'étranger et évite que la Suisse ne devienne un pôle d'attraction pour les prestataires de services financiers non réglementés et mal formés.

7 Création d'une « loi sur les services financiers »

7.1 « Loi sur les services financiers » régissant produits, conduite et compétences des prestataires de services financiers

Les explications précédentes montrent comment, selon la FINMA, améliorer la protection des clients dans le droit suisse sur les marchés financiers. Pour que les mesures demandées en relation avec les produits, la conduite et la surveillance puissent être mises en pratique de manière complète et cohérente, il faut adapter les fondements réglementaires au niveau de la loi.

Les lois sur les marchés financiers en vigueur fixent les règles pour les différents secteurs du marché financier suisse. Les prescriptions concernant les produits et la conduite sont donc traitées dans différents actes législatifs. Cela crée une certaine confusion quant au champ d'application de ces dispositions et comporte le risque que certains produits ou acteurs du marché soient insuffisamment, voire pas du tout réglementés. Les nouvelles prescriptions pour augmenter la transparence au niveau du produit et améliorer les règles de conduite ne doivent donc pas être intégrées aux lois existants sur les marchés financiers, mais plutôt être consignées dans un acte législatif intersectoriel, telle une loi sur les services financiers. Cette loi devrait également couvrir les prescriptions relatives au contrôle de la qualité relevant de la surveillance appliqué à tous les conseillers à la clientèle et veiller à ce que les clients faisant appel aux services d'un prestataire étranger bénéficient de la même protection que pour des offres nationales.

Élément essentiel 16

Une nouvelle base légale doit être créée afin que les mesures puissent être mises en œuvre. Pour garantir l'application transsectorielle et conséquente, au point de vente, des prescriptions concernant la conduite et les produits, les dispositions doivent être ancrées dans un nouvel acte législatif (loi sur les services financiers).

7.2 Surveillance des gestionnaires de portefeuilles en adaptant la loi sur les bourses

L'extension de la surveillance à l'ensemble des gestionnaires de portefeuilles nécessite également une nouvelle base légale. Les actuelles conditions d'octroi des autorisations et les prescriptions relatives à l'organisation ou aux fonds propres des acteurs du marché sont ancrées dans les lois sur

les marchés financiers propres aux secteurs. Ce système doit être maintenu lors de l'introduction d'une surveillance étendue aux gestionnaires de portefeuilles qui n'étaient pas encore assujettis. Pour gérer le patrimoine de leurs clients, les gestionnaires de portefeuilles effectuent régulièrement des transactions pour le commerce de titres. Certains aspects de leur travail sont étroitement liés aux activités des négociants en valeurs mobilières. Les conditions pour l'octroi d'autorisations aux gestionnaires de portefeuilles et les exigences d'organisation, de capital minimum et de garantie doivent dès lors être ancrées dans la loi sur les bourses suisse. Grâce à cette approche, il est également assuré que la nouvelle surveillance des gestionnaires de portefeuilles s'accorde avec les prescriptions en vigueur pour les négociants en valeurs mobilières.

Élément essentiel 17

Les prescriptions concernant l'autorisation et la surveillance des gestionnaires de portefeuilles devront figurer dans la loi sur les bourses suisse.

7.3 Adaptation des lois sur les marchés financiers existants et du code des obligations

L'introduction de prescriptions intersectorielles pour la documentation des produits financiers et la conduite des prestataires suisses ou étrangers nécessite d'adapter les lois sur les marchés financiers en vigueur. L'idée fondamentale est de regrouper toutes les dispositions intersectorielles dans une nouvelle loi sur les services financiers. Les lois sur les marchés financiers conserveraient alors uniquement les prescriptions en matière de conduite régissant des particularités propres au secteur concerné. Les règles appliquées à l'activité transfrontalière des prestataires de services financiers devraient en principe aussi être reprises dans la nouvelle loi sur les services financiers.

Concernant les prospectus, les prescriptions sont d'une part ancrées dans les lois sur les marchés financiers et les exigences concernant les actions et les obligations d'emprunts d'autre part dans le code des obligations. L'introduction de prescriptions concernant les prospectus pour produits financiers standardisés dans le cadre d'une loi sur les services financiers aboutirait à une adaptation de l'actuel droit en matière de prospectus. Les dispositions en vigueur devraient être retirées des lois sur les marchés financiers et du code des obligations. Cette adaptation ne toucherait pas les exigences de documentation pour les placements collectifs et les produits d'assurance.

Élément essentiel 18

L'introduction de prescriptions transsectorielles concernant la conduite et les produits nécessite d'adapter les lois sur les marchés financiers et le code des obligations. Les actuelles dispositions en matière de documentation et de distribution des produits financiers ne sont appelées à perdurer que si des circonstances spécifiques aux secteurs exigent une réglementation spéciale.