



Relations entre les intermédiaires financiers et les apporteurs d'affaires

CONFERENCE Luxembourg
11 juin 2018

Maître Alain LORANG
Avocat à la Cour, Luxembourg

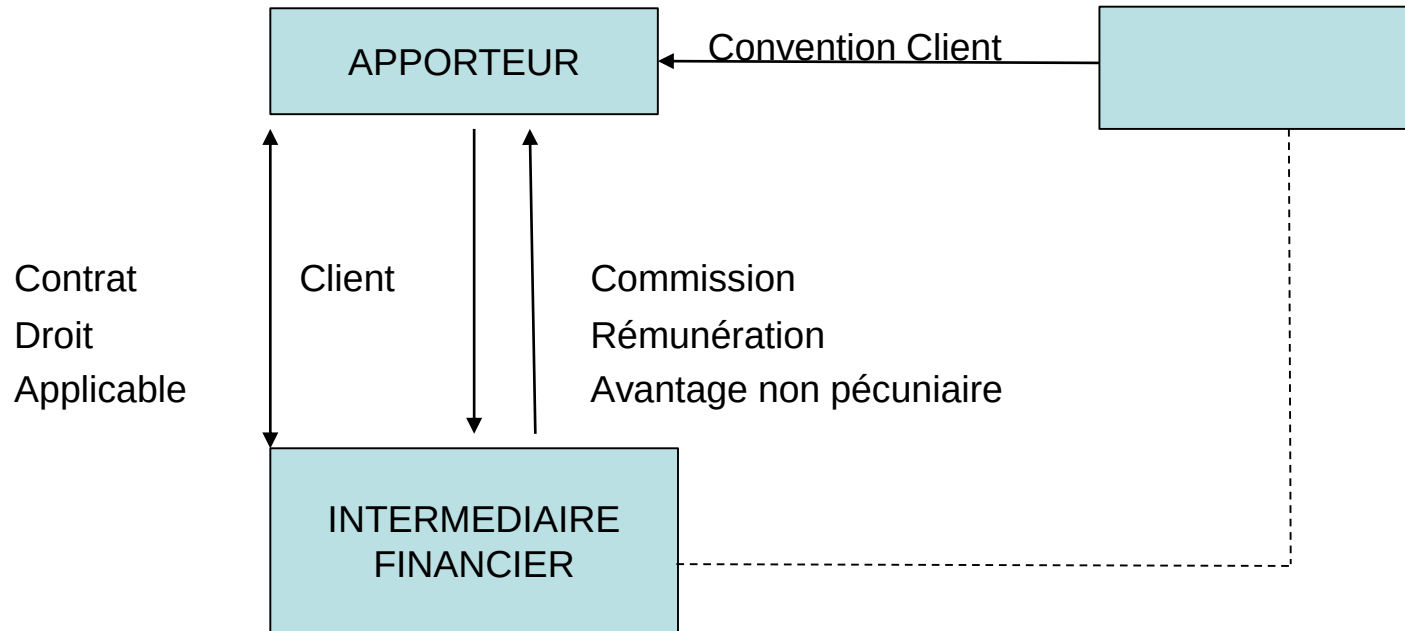


Définitions

- Intermédiaire financier: personne physique ou morale s'interposant entre les agents économiques pour faire se rencontrer l'offre et la demande de capitaux ou assurant la conservation ou la gestion des titres qui leur sont confiés par des tiers.
- Entreprise d'investissement: toute personne morale dont l'occupation ou l'activité habituelle consiste à fournir un ou plusieurs services d'investissement à des tiers et/ou à exercer une ou plusieurs activités d'investissement à titre professionnel (article 4 § 1 Directive 2014/65 du 15/05/2014).

Au Luxembourg, il s'agit des personnes visées à la partie 1^{ère}, chapitre 2, section 2, sous section 1^{ère} de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier (article 1^{er}, 16, Loi sur les marchés d'instruments financiers).

- Les entreprises d'investissement font partie des intermédiaires financiers.
- Apporteurs d'affaires (notion non définie dans la directive MIFID 2): il s'agit de professionnels qui présentent à l'intermédiaire financier des clients sans pour autant faire nécessairement des actes d'intermédiation.
 - Rémunération: tout versement pécuniaire ou autre forme d'avantage économique convenu et lié à la prestation d'intermédiation.



- Relation Apporteur / Intermédiaire
- Relation Apporteur / Client
- Relation Intermédiaire / Client

Enjeux du débat

- Les commissions peuvent représenter jusqu'à 80% de la rémunération des intermédiaires financiers (CGPI, etc...)
- MIFID reconnaît le rôle de l'intermédiaire et fixe les paramètres de sa rémunération.

Droit applicable aux relations contractuelles

- *Directive 2004/65 UE du Parlement Européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/95/CE et la directive 2011/61/UE.*
- Directive déléguée UE 2017/593 de la Commission du 7 avril 2016 complétant la directive 2014/65/UE du Parlement Européen et du Conseil en ce qui concerne la sauvegarde des instruments financiers et des fonds des clients, les obligations applicables en matière de gouvernance des produits et les règles régissant l'octroi ou la perception de droit de commission ou de tout autre avantage pécuniaire ou non pécuniaire.
- Directive sur l'intermédiation en assurance 2 dite « IDD » adoptée le 20 janvier 2016 et publiée au journal officiel de l'UE le 2 février 2016.

Transposable avant le 23 février 2018.

- Loi luxembourgeoise votée le 15 mai 2018 sur la transposition de MIFID II.

- Les idées force des nouvelles règles en matière de rémunération des intermédiaires financiers (MIFID II)

Rappel : les commissions versées aux conseils peuvent constituer l'essentiel de leur rémunération.

Les idées force de la réglementation communautaire sont :

1) L'évitement du conflit d'intérêt (loi luxembourgeoise)

Article 99 (article 37-2)

« Les établissements de crédit, les entreprises d'investissement doivent prendre toute mesure appropriée pour détecter et éviter ou gérer les conflits d'intérêts, y compris ceux découlant de la perception d'incitations en provenance de tiers ou de la structure de rémunérations et d'autres structures incitatives propres à l'établissement de crédit ou à l'entreprise d'investissement. »

Article 99.2 (article 37-2 (2)).

« Lorsque les dispositions organisationnelles ou administratives prises par un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement conformément à l'article 37-1 § 2, pour empêcher que des conflits d'intérêts ne portent atteinte aux intérêts de ses clients ne suffisent pas à assurer, avec une certitude raisonnable, que les risques de porter atteinte aux intérêts des clients seront évités, l'établissement de crédit ou l'entreprise d'investissements informe clairement ceux-ci, avant d'agir pour leur compte, de la nature générale et, le cas échéant, de la source de ces conflits d'intérêts, ainsi que des mesures prises pour atténuer ces risques. »

2) La garantie de la transparence de la rémunération vis-à-vis du client

Article 100 alinéa 3

« Les établissements de crédit et les entreprises d'investissement communiquent en temps utile aux clients ou aux clients potentiels des informations appropriées sur [...] tous les coûts et frais liés »

3) *« Les informations sur tous les coûts et frais liés incluent des informations relatives aux services d'investissement et aux services auxiliaires, y compris le coût des conseils, s'il y a lieu, le coût des instruments financiers recommandés aux clients ou commercialisés auprès du client et la manière dont le client peut s'en acquitter, ce qui comprend également tout paiement par des tiers. »*

4) La limitation stricte du périmètre légal du droit à percevoir des incitations;

5) Un régime juridique différencié entre le conseiller à titre indépendant et non indépendant.

L' établissement de crédit a obligation d'indiquer aux clients *« si les conseils sont fournis de manière indépendante »*.

- Rémunération de l'apporteur d'affaires

Non prévue par les textes puisque l'apporteur, stricto sensu, ne fournit pas une prestation pour le client: un apport n'est pas considéré comme une prestation.

La rémunération ne peut se faire de façon récurrente

- Pas de commission sur la performance d'un portefeuille

La rémunération ne peut se faire au détriment du client

- Pas de prélèvement sur les avoirs du client

Loi Luxembourgeoise de transposition.

« Les investisseurs peuvent s'appuyer sur des conseils objectifs et indépendants lorsqu'ils le souhaitent, et la structure des honoraires et rémunérations des conseillers ne doit pas y faire obstacle » (exposé des motifs de la loi).

L'article 11 de la directive 2017/593 dispose que pour qu'une entreprise d'investissement soit en droit de verser ou de percevoir un droit, une commission ou un avantage non pécuniaire en lien avec la prestation d'un service d'investissement ou d'un service auxiliaire il est nécessaire que deux conditions cumulatives soient réunies:

- cette transmission doit avoir pour but d'améliorer la qualité du service concerné et
 - elle doit servir au mieux l'intérêt des clients.
-
- Aux termes de l'article 12 de la même directive, les entreprises d'investissement fournissant des conseils en investissement indépendants et des services de gestion de portefeuille n'ont pas le droit de percevoir de droits, commissions ou avantages pécuniaires fournis par des tiers et doivent les rembourser aux clients,
 - il existe une exception à ce principe: ces entreprises ne sont pas tenues de refuser les avantages non pécuniaires mineurs.

- Qu'en est-il pour les intermédiaires d'assurance et de réassurance?

- Selon la directive 2016/97 les intermédiaires d'assurance et de réassurance ne sont pas tenus aux mêmes obligations que les entreprises d'investissement: il n'existe pas d'obligation de rétrocession des avantages perçus.
- Cependant, ces intermédiaires voient leurs obligations renforcées dans un objectif de protection du client:
 - article 17 de la directive: les distributeurs de produits d'assurances agissent toujours de manière honnête, impartiale et professionnelle, et ce, au mieux des intérêts de leurs clients. De plus, il existe une interdiction aux distributeurs d'assurance « *d'encourager son personnel à recommander un produit d'assurance particulier à un client alors qu'il pourrait proposer un autre produit d'assurance qui correspondrait mieux aux besoins du client* »
 - article 19: obligation pour les intermédiaires d'assurance de fournir des informations concernant la nature de leur rémunération, le montant des honoraires effectivement perçus ainsi qu'une éventuelle participation dans le capital d'une entreprise d'assurance.

L'intermédiaire d'assurance :

- fonde ses conseils sur une analyse impartiale et personnalisée
- doit fournir aux clients la nature de la rémunération reçue en relation avec le contrat d'assurance,

Il facture ses prestations :

- Sur la base d'honoraires : c'est-à-dire une rémunération payée directement par le client ou
- Sur la base d'une commission de toute nature (rémunération incluse dans la prime d'assurance) ou
- Sur la base de tout type de rémunération, y compris tout avantage économique proposé ou à faire en rapport avec le contrat d'assurance.

En principe, la réglementation financière MIFID II ne s'applique pas aux rémunérations ou avantages proposés ou offerts en rapport avec le contrat d'assurance (réglementation spécifique et distincte).

Exemple : assurance-vie. On se réfèrera à la réglementation sur les assurances et aux directives en matière d'assurance dans la mesure où il s'agit de la commercialisation d'un contrat d'assurance.

Ainsi, un intermédiaire agissant en tant que courtier dans le cadre d'un contrat d'assurance vie n'intervient pas en qualité de conseiller en investissement (TGI Paris 18/12/2014).

Néanmoins,

« La qualité de conseiller en investissement financier doit être retenue dès lors que les souscriptrices s'étaient adressé au courtier en vue d'effectuer un placement financier et non d'assurer ses biens ou sa personne, et que cela figurait dans les lettres de mission remises préalablement à la souscription des contrats d'assurance vie ». (TGI Valence 19/10/2017).

Dans quelle mesure les apporteurs d'affaires doivent-ils effectuer des contrôles de due diligence sur les clients qu'ils apportent aux intermédiaires financiers ?

- Il n'y a pas d'apport de clientèle, si celle-ci n'est pas accompagnée, ne respecte pas les règles de compliance.
 - Ces règles sont déterminantes et obligatoires pour permettre l'acceptation du client.
 - Lors de l'entrée en relation, l'apporteur d'affaires devra être à même de fournir à l'intermédiaire financier un dossier de compliance.
- Sinon, il n'est pas un apporteur d'affaires et ne peut prétendre à une rémunération.

Ces personnes qui sont soumises à une obligation de moyen quant aux renseignements fournis appliquent des mesures de vigilance ou de conservation des documents et sont soumises à des obligations de surveillance. (article 3.3 loi du 17/07/2008).

Les professionnels peuvent recourir à des tiers tels que définis par la loi pour les obligations de contrôle à condition que l'obtention des informations et des documents, tels que déterminés par la législation, § 3, loi du 06/07/2008 soient assurés.

Toutefois, la responsabilité finale dans l'exécution de ses obligations continue d'incomber aux professionnels qui recourent à des tiers.

Article 3.3.1. (2)

Conclusion : quel que soit son statut, la responsabilité finale pèse toujours sur l'intermédiaire financier qui ne peut se reposer sur le dossier de l'apporteur d'affaires pour s'exonérer de sa responsabilité légale.

L'intermédiaire financier peut-il se reposer sur le dossier de compliance de l'apporteur d'affaires, pour le considérer comme juridiquement probant et suffisant par rapport à ses obligations de diligence ?

Rappel des éléments qui doivent être fournis.

Les professionnels sont obligés d'appliquer des mesures de vigilance à l'égard de leur clientèle lorsqu'ils nouent une relation d'affaire (loi du 12/11/2004 – article 3 alinéa 1a), il y a possibilité d'exécution des mesures de vigilance par des tiers.

Soit les établissements de crédit et les établissements financiers visés à l'article 2 de la loi du 12/11/2004 ainsi que les réviseurs d'entreprises, les notaires et les avocats.

Egalement, les établissements de crédit ou les établissements financiers, au sens de l'article 3 de la directive 2005/60/CE, d'autres Etats membres énumérés à l'article 2 § 1. 3a à c de la directive.

Comment évaluer la valeur juridique des informations données par l'apporteur d'affaires?

Celles-ci n'exonèrent pas l'intermédiaire financier de sa responsabilité finale, mais elles constituent des éléments de fait qui ont leur place par rapport à ses obligations de contrôle.

- Véracité des données communiquées par le client;
- Identification du bénéficiaire effectif d'une structure;
- Objet sur la nature envisagée de la relation d'affaires;
- Origine des fonds;
- Cohérence par rapport au profil du client, de ses activités commerciales présentes et passées, etc...

Les informations font partie du dossier d'analyse des risques que doit tenir le professionnel.

Que peut apporter spécifiquement comme information originale l'apporteur d'affaires?

Que peuvent apporter ces informations par rapport à celles déjà apportées par le client?

Les informations fournies par le client sont souvent objectives et n'engagent que lui-même ou le crédit qu'on lui donne, quels que soient les supports utilisés.

Exemple : attestation de conformité fiscale ou déclaration diverse sur l'origine des fonds, les activités, la consistance patrimoniale, etc...

Ces déclarations n'ont, par elles-mêmes, aucune force probante. Ce sont des éléments d'appréciation qui doivent être recoupés, confirmés par d'autres éléments.

En cas d'inexactitude, elles ne constituent pas des faux intellectuels (les déclarations sont mensongères mais non punissables en l'absence de force probatoire).

Apporteur d'affaires rémunéré/ éléments contractuels

Dans la mesure où l'apporteur d'affaires est rémunéré en fonction des renseignements qu'il apporte, l'établissement financier est fondé à considérer l'information sérieuse.

Il y a convention synallagmatique entre parties, portant sur la fourniture d'un dossier de renseignements sur le client.

L'intermédiaire financier est fondé à penser que les renseignements donnés par son apporteur sont exacts.

Si tel n'est pas le cas, et à défaut pour l'apporteur d'apporter la preuve qu'il a pu, lui-même, être abusé, il y aurait inexécution fautive de ses obligations contractuelles .

Appréciation

L'intervention de l'apporteur d'affaires dans la procédure de due diligence n'est pas obligatoire, ne dispense pas l'intermédiaire financier de l'accomplir, mais constitue un élément utile d'appréciation pour le dossier.

Ceci dans l'optique des obligations professionnelles vis-à-vis des autorités luxembourgeoises.

Vis-à-vis de poursuites intentées par une autorité étrangère, qui viserait l'intermédiaire financier comme co-auteur, complice d'une fraude, d'une opération de blanchiment, etc... le principe de la poursuite pénale étant toujours d'une intention dolosive et d'une connaissance des faits délictueux, le fait d'avoir un dossier complet d'introduction bancaire rédigé par un tiers peut fournir à l'intermédiaire un moyen d'exonération, en tout cas dans le cadre de la mise en relation.

Il fait sens de faire participer l'apporteur d'affaires au dossier de compliance parce que c'est sa vocation. Si ce dossier est bien conçu, cela peut avoir une réelle utilité pour l'intermédiaire financier pour démontrer qu'il accomplit une compliance sérieuse et avoir un moyen de justification sur un dossier qui prendrait une connotation pénale.

Par ailleurs, cela justifie une rémunération à l'apporteur d'affaires.

Principe de la rémunération de l'apporteur d'affaires et éléments contractuels.

Essai de synthèse.

1. Distinguer entre intermédiation financière / assurance
2. Intermédiation financière : distinguer conseil dépendant et indépendant.
3. La rémunération doit être fondée sur une prestation. Elle ne sera pas payée sur les avoirs du client par l'établissement financier.
Pour respecter la législation, elle s'inscrit dans une relation entre mandant et mandataire, entre l'intermédiaire financier et son apporteur, qui effectue des prestations facilitant l'établissement d'une relation entre l'intermédiaire et le client.
4. Elle évitera de créer un conflit d'intérêt.
5. Elle ne sera pas payée sur les avoirs du client par l'établissement financier, ce qui a pour conséquence de respecter la législation actuelle et d'officialiser la relation de mandant à mandataire, entre l'intermédiaire financier et son apporteur.
6. Dans le domaine de l'assurance, l'intermédiaire financier face à un apporteur professionnel de l'assurance veille surtout aux obligations relatives à la transparence de la rémunération vis-à-vis du client: la rémunération peut éventuellement être mise à la charge du client et doit être fondée sur une prestation.