

9 novembre 2017

CONVENTION-TYPE AFG-AMAFI DE FOURNITURE DE PRESTATIONS DE RECHERCHE

- COMMENTAIRES -

MISE EN GARDE

à l'attention des utilisateurs de la Convention-type AFG-AMAFI – Fourniture de prestations de recherche

L'attention des utilisateurs est attirée sur le fait que la Convention-type (AFG-AMAFI / 17-68a) à laquelle se rapporte la présente note d'observations ne constitue qu'un modèle mis à la disposition des adhérents des Associations. Il appartient à ceux-ci de le modifier en fonction de leur situation et de leurs préoccupations propres et de s'assurer que les schémas qu'ils mettent ainsi en place restent conformes à la loi.

L'objectif de la présente note est de faciliter la bonne compréhension par les utilisateurs de l'objectif et de la portée des clauses de la Convention-type.

Contexte général

Afin de s'adapter à la nouvelle réglementation des marchés financiers et au renforcement du dispositif de prévention et de contrôle des conflits d'intérêts et des incitations qui impose désormais la rémunération des services et matériels de recherche, les Parties organisent leur relation commerciale au moyen de la présente Convention. Ce document de référence vise à normaliser l'engagement contractuel entre un fournisseur et son client dans un cadre conforme aux exigences de MiFID 2 en matière de financement de la recherche.

Le régime des incitations liées à la recherche issu de MiFID 2 s'applique notamment aux entreprises d'investissement dans le cadre de leurs activités de gestion de portefeuille sous mandat ou de conseil en investissement indépendant. Pour autant, la Convention a été établie de façon à encadrer les relations entre tout fournisseur de recherche et tout client, quels que soient leur statut et leur situation géographique.

Convention

1. Définitions

Les définitions de « Conditions Générales d'Utilisation » et de « Site Internet » sont à compléter par le Fournisseur selon les caractéristiques qui lui sont propres.

Les définitions d'« Avantages Non Monétaires Mineurs » et de « Période d'essai gratuite » sont à insérer par les Parties pour une Convention incluant la période d'essai gratuite.

2. Objet de la convention

2.1. Les Parties à la Convention et les Prestations

Le « Fournisseur » désigne la Partie à la Convention qui fournit des Prestations, et qui peut être toute personne morale établie ou non au sein d'un Etat membre de l'Union européenne, qui fournit des « Prestations ». Ces Prestations peuvent être rendues seules ou en complément d'autres services d'investissement (au sens de MIF 2), notamment celui de réception-transmission d'ordres ou d'exécution d'ordres pour compte de tiers.

Le « Client » acquéreur de ces Prestations désigne la Partie à la Convention qui acquiert des Prestations, et qui peut être toute personne morale établie ou non au sein d'un Etat membre de l'Union européenne.

Au titre notamment de ses activités de gestion de portefeuille sous mandat et de conseil en investissement indépendant, le Client établi dans l'Union européenne est assujéti aux dispositions de l'Article 24 de la directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE (« MiFID 2 »), et des Articles 12 et 13 de la directive déléguée (UE) 2017/593 de la Commission du 7 avril 2016 complétant la directive 2014/65/UE (« DD MiFID 2 »).

Toutefois, cette Convention peut être utilisée par tout fournisseur de recherche et tout client, quels que soient leur statut et leur situation géographique. Par exemple, un Client établi dans l'Union européenne peut recourir à la Convention pour recevoir des services et matériel de recherche dans le cadre de son activité de gestion collective.

Il doit cependant être rappelé que, lorsque le Client est soumis aux dispositions de MIF 2 en matière de recherche, il doit pouvoir classer juridiquement les Prestations qu'il reçoit selon la catégorisation suivante afin d'en déterminer les modalités de financement :

- les « Travaux de recherche » mentionnées à l'Article 13 de la DD MiFID 2, qui peuvent être financés par les portefeuilles qu'il gère au moyen d'un compte de frais de recherche (RPA) ;
- les avantages substantiels qui ne constituent pas des « Travaux de recherche », qui peuvent donc être uniquement financés par les fonds propres du Client ;
- les avantages non monétaires mineurs (ANMM) définis à l'Article 12.3 de la DD MiFID 2, qui par essence ne donnent pas lieu à une rémunération du Fournisseur.

Cette classification n'est pas reprise dans les Annexes, qui catégorisent différemment les Prestations en fonction de la catégorisation propre au Fournisseur (secteur couvert, accès aux documents et aux analystes, *corporate access*, etc.)

2.2. Les Conditions Générales d'Utilisation

La Convention est spécifique à la fourniture des Prestations définies ci-dessus. Cependant, dans le cas (l'Article 2.2 est facultatif) où la Convention s'insère dans le cadre d'une relation préexistante et donc plus large entre les Parties, qui a donné lieu à l'établissement d'un ou plusieurs documents de nature contractuelle, il est prévu que les Prestations sont également soumises aux dispositions contractuelles issues de ce ou de ces documents, englobés sous le terme « Conditions Générales d'Utilisation », qu'il convient donc dans ce cas de nommer précisément dans la définition de ce terme à l'Article 1. Enfin, il est prévu qu'en cas de contradiction entre une clause de la Convention et une disposition des Conditions Générales d'Utilisation, c'est la clause de la Convention qui l'emporte.

3. Obligations du Fournisseur

3.1. Il y a lieu de préciser lorsque le Fournisseur a la qualité de Prestataire de Services d'Investissement.

3.2. Cf. *supra* 2.1

3.3. Les Personnes Autorisées

Les « Personnes Autorisées » sont les personnes désignées par le Client comme étant celles habilitées à recevoir des Prestations au sein de son entité.

L'identification des Personnes Autorisées par le Client peut être soit une liste nominative de personnes physiques, soit une liste précisant les départements, services et/ou fonctions habilités à recevoir les Prestations.

La communication par le Client de la liste des Personnes Autorisées et de toute modification de cette liste répond à des impératifs de souplesse et de flexibilité dans le but d'en informer rapidement et facilement le Fournisseur.

3.4. Informations sur la consommation des Prestations

Cette clause est optionnelle.

L'information sur la consommation des Prestations par le Client n'est possible que lorsque celles-ci lui sont fournies directement par le Fournisseur, dans les conditions prévues par les Parties. Cela exclut les situations dans lesquelles le Client a accès à la Prestation au moyen d'une tierce personne.

Les Parties peuvent convenir d'ores et déjà dans la Convention que le Fournisseur communique au Client un relevé des Prestations ou, alternativement, prévoir la possibilité d'en convenir ultérieurement, si le Client en fait la demande au Fournisseur (c'est la 1^{ère} option prévue dans cet Article). La fréquence peut d'ores et déjà être précisée. Ensuite, les Parties ont la possibilité, si elles le souhaitent, de convenir d'un format pour le relevé des Prestations (c'est la 2^{ème} option). Enfin, si les Parties souhaitent d'ores et déjà convenir d'un format dans la Convention et joindre ce format par voie d'annexe, elles peuvent l'insérer dans une Annexe 4 (c'est la 3^{ème} option de cet Article).

3.5. Accès aux Prestations via un site Internet

En tant que de besoin, la gestion des identifiants et des mots de passe par le Fournisseur permet la différenciation des Prestations accessibles en fonction des différentes Personnes Autorisées.

4. Obligations du Client

4.1. Il y a lieu de préciser lorsque le Client a la qualité de Prestataire de Services d'Investissement.

4.2. Pas de commentaire particulier

4.3. Cf. *supra* 3.3

4.4. Utilisation du site Internet du Fournisseur par les Personnes Autorisées

Les comportements suivants constituent notamment une utilisation non appropriée par le Client du système informatique de son Fournisseur :

- L'accès sans droit au système, non autorisé par le Fournisseur ou par le droit national ;
- L'atteinte à l'intégrité des données informatiques, en les effaçant, détériorant, altérant, en les supprimant ou les rendant inaccessibles ;
- L'atteinte à l'intégrité du système de façon à en perturber ou interrompre le fonctionnement.

La Directive 2013/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 août 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information sanctionne pénalement les cas non mineurs des infractions ci-dessus.

4.5. Qualification de la Prestation par le Client

Cette obligation ne s'impose qu'aux Clients établis dans l'Union européenne dans le cadre de leur activité de gestion de portefeuille sous mandat et de conseil en investissement indépendant.

La responsabilité d'analyser la nature et la conformité de la Prestation incombe au Client, qui ne doit pas se prévaloir de la qualification avancée par le Fournisseur.

Ainsi, s'agissant de la distinction entre les avantages non monétaires mineurs et les autres catégories de Prestations, l'ESMA précise dans son document de questions-réponses sur les sujets relatifs à la protection des investisseurs (ESMA35-43-349, question 7.6) : *"The assessment of whether material is substantive or not (and therefore can be viewed as a minor non-monetary benefit) should only be linked to its content and not to the qualification given/alleged by the provider nor its provenance within the third party provider"*.

D'autre part, concernant la qualification d'une Prestation comme « travaux de recherche », le Guide Financement de la recherche par les Prestataires de Services d'Investissement dans le cadre de MiFID II publié en juillet 2017 par l'AMF rappelle à la question 2.1 de la Fiche n°2 : *« Il appartient à un établissement consommateur de recherche de mener sa propre analyse de tout document ou service afin d'apprécier et de justifier que ces derniers constituent ou non une recherche au sens de la directive déléguée »*.

En fonction de l'appréciation faite par le Client, les trois situations suivantes sont possibles :

- Si la Prestation constitue des « travaux de recherche », le Client est soumis au régime MIF 2 des incitations liées à la recherche de l'Article 13 de la DD MiFID 2 ;
- Si la Prestation constitue un avantage substantiel autre que des « travaux de recherche », le Client est soumis au régime MIF 2 des incitations de l'Article 12 de la DD MiFID 2 ;
- Si la Prestation correspond à un ANMM, le Client peut l'accepter en l'état.

5. Processus de revue

5.1. Pas de commentaire particulier

6. Rémunération

de 6.1 à 6.2 Evaluation de la rémunération

D'après le dispositif MIF 2, un client – au titre de ses activités de gestion de portefeuille sous mandat et de conseil en investissement indépendant – doit préalablement à l'acquisition de prestations de recherche, pour une période donnée (année n), définir le montant total versé à ses fournisseurs au cours de cette période et la liste de ceux-ci (Article 13.2 de la DD MiFID 2). Il en résulte logiquement qu'*ex ante*, un client doit convenir avec chacun de ses fournisseurs de la rémunération qui lui sera attribuée, ce que confirme l'ESMA dans son document de questions-réponses à la question 7.10 : *"In ESMA's view, a firm should have a clear methodology to establish what they expect to pay providers for research before they receive and consume services. One way of doing it is for a firm to set measureable ex ante criteria as to how it will value the types, level and quality of service. This can provide the basis for agreements with each service provider on the level of payment expected for the anticipated provision of services"*.

Pour autant, rien n'interdit à un client d'ajuster pour cette même période le paiement à la hausse ou à la baisse en fonction de l'évaluation de la qualité de la prestation rendue par le fournisseur, comme l'ESMA le clarifie dans la même question : *"At the end of the period, based on actual services received, the firm may adjust the payment made to the research firm in a proportionate and predictable manner based on those criteria. The total amount of payments should still be aligned with the budgeted amount of research and be justifiable in terms of the benefit for the client"*.

Ce sont ces principes, qui peuvent être mis en œuvre pour tout client, qui sont reflétés aux Articles 6.1 et 6.2.

L'ajustement du montant est discuté entre le Client et le Fournisseur au moins annuellement dans le cadre du Processus de revue. Ce Processus permet aux Parties de confronter leurs opinions sur la valeur ajoutée des Prestations.

7. Facturation et paiement

de 7.1 à 7.2 Pas de commentaire particulier

8. Durée et résiliation

8.1. Pas de commentaire particulier

8.2. L'Article 8.2 prévoit une résiliation de plein droit en cas de non respect par l'un des Parties de ses obligations contractuelles ou de toute disposition réglementaire applicable, cette résiliation prenant effet, sans mise en demeure, dès réception d'une LRAR de notification.

Alternativement, les Parties peuvent préférer une disposition plus « progressive » qui donne à la Partie défaillante la possibilité de remédier à l'inexécution qui lui est reprochée. Dans ce cas, la disposition suivante pourrait être utilisée :

« En cas de non-respect par l'une des Parties (la « Partie Défaillante ») de ses obligations contractuelles aux termes des présentes ou de toute disposition réglementaire applicable, l'autre Partie peut adresser à la Partie défaillante, dans la forme prévue à l'Article 10, une mise en demeure d'avoir à remédier à l'inexécution de ses engagements dans un délai de [nombre de jours à compléter] calendaires, faute de quoi la Convention sera automatiquement résiliée. Dans ce cas, la résiliation de la Convention prend effet le [x^e] jour suivant la réception, par la Partie défaillante, d'une LRAR la mettant en demeure de remédier à l'inexécution de ses engagements, si celle-ci est restée sans effet. Pour les besoins du présent Article, la réception de la LRAR précitée s'entend comme sa date de première présentation. La résiliation de la Convention n'emporte pas l'extinction des droits et obligations des Parties qui restent en vigueur jusqu'à la date de résiliation ».

8.3. Période d'essai gratuite

L'Article 8.3 de la Convention permet d'organiser les conditions dans lesquelles un Fournisseur peut mettre en place une période d'essai gratuite avec un Client soumis aux dispositions des Articles 12 et 13 de la DD MiFID 2. Cette option s'insère uniquement lorsque, à l'initiative du Fournisseur, celui-ci souhaite proposer une période d'essai gratuite. En effet, en aucun cas, la fourniture de « travaux de recherche » au titre de la Convention ne peut être conditionnée par le Client à l'existence d'une période d'essai.

La Convention est ainsi organisée qu'elle permet de contractualiser à la fois la période d'essai gratuite, puis la relation commerciale qui peut éventuellement en découler.

Pour rappel, s'agissant des « travaux de recherche », dans son Guide Financement de la recherche par les Prestataires de Services d'Investissement dans le cadre de MiFID II (Fiche n°6 question 8), l'AMF autorise la mise en place d'une période d'essai gratuite afin de « *permettre à l'établissement consommateur de recherche d'apprécier et d'évaluer la pertinence et la qualité de l'offre de recherche* ».

Pour que des « travaux de recherche » ne soient pas considérés comme des incitations et puissent être fournis gratuitement (sans contrepartie aucune, monétaire ou non) par le Fournisseur au titre d'une période d'essai, celle-ci doit répondre à des conditions établies par l'AMF dans son Guide.

Les conditions applicables aux périodes d'essai gratuites de « travaux de recherche » définies par l'AMF s'appliquent à l'ensemble des Prestations couvertes par la Convention.

La référence aux Articles 2, 3 et 4 de la Convention permet de répondre aux conditions 1 et 2 fixées par le Guide de l'AMF.

La période d'essai gratuite ne peut excéder trois mois, conformément à la condition 3 du Guide de l'AMF.

Au cours de la période d'essai gratuite, le Fournisseur ne doit percevoir aucune contrepartie (monétaire ou non) ne peut excéder trois mois, conformément à la condition 4 du Guide de l'AMF.

La période d'essai gratuite n'est pas reconductible dans les douze mois suivant la fin de l'essai, conformément à la condition 6 du Guide de l'AMF.

9. Modifications

de 9.1 à 9.2 Pas de commentaire particulier

10. Notification

de 10.1 à 10.3 Pas de commentaire particulier

11. Obligations de confidentialité

de 11.1 à 11.2 Pas de commentaire particulier

12. Protection des données

de 12.1 à 12.7 Pas de commentaire particulier

13. Propriété intellectuelle

de 13.1 à 13.5 Pas de commentaire particulier

14. Loi applicable et tribunaux compétents

de 14.1 à 14.2 Pas de commentaire particulier

15. Divers

de 15.1 à 15.4 Pas de commentaire particulier

