



Crise du Covid-19 : contrats à distance portant sur des services d'investissement et la distribution d'assurances

Les entreprises financières optent davantage pour la prestation de services à distance	2
Prestation de services à distance : des obligations supplémentaires s'ajoutent aux obligations existantes	4
Points d'attention spécifiques pendant la crise du Covid-19.....	5
Les procédures, nouvelles ou adaptées, confèrent toujours une place centrale au client	5
Une réévaluation des produits ou de leur mode de distribution peut être requise.....	6
L'entreprise financière doit fournir au client des informations correctes, claires, objectives et complètes.....	7
Le client consent à la fourniture d'informations par voie digitale.....	8
Le client reçoit les informations en temps utile.....	8
Les contrats à distance sont parfois assortis d'un droit de rétractation.....	10
Droit de rétractation fondé sur le Code de droit économique	10
Exceptions	11
Dispositions spécifiques pour les assurances.....	12
Des règles spécifiques en matière de charge de la preuve s'appliquent en cas de contrats à distance	13
Un droit de résiliation spécifique s'applique aux contrats à distance	13
La conservation des données requiert une attention particulière	13
Enregistrement des conversations téléphoniques.....	13
Utilisation du mode de signature adéquat.....	13
Les plaintes doivent toujours être traitées avec diligence.....	14

Les entreprises financières optent davantage pour la prestation de services à distance

La pandémie de Covid-19 exige de nombreux efforts de la part de chacun. Le secteur financier n'est pas épargné. La FSMA présume que, durant la période de confinement imposée par la crise sanitaire, les entreprises financières proposeront davantage de services d'investissement et d'assurance à distance. Certaines d'entre elles travaillaient déjà à distance avant le 18 mars en offrant par exemple leurs produits de manière digitale ou par l'intermédiaire d'un call center. D'autres, qui avaient jusqu'alors l'habitude de rencontrer leurs clients en face-à-face, ont depuis commencé à fournir des services financiers à distance.

Bien consciente des difficultés auxquelles les entreprises financières sont confrontées mais soucieuse de protéger les consommateurs, la FSMA souhaite attirer l'attention du secteur sur un certain nombre (non exhaustif) de points importants concernant la fourniture de services d'investissement et d'assurance à distance.

La présente communication est plus spécifiquement adressée aux entreprises qui proposent des services d'investissement et d'assurance¹ à distance et qui sont soumises au contrôle de la FSMA. Elles seront ici également désignées par le terme « entreprises financières ». Les entités visées sont plus précisément :

- les établissements de crédit,
- les entreprises d'investissement,
- les entreprises d'assurance,
- les intermédiaires en services bancaires et en services d'investissement,
- les intermédiaires d'assurance,
- les intermédiaires d'assurance à titre accessoire² et
- les sociétés de gestion d'OPC et d'OPCA pour la fourniture des services d'investissement.

La présente communication concerne les contrats à distance portant sur des services financiers³, et plus particulièrement sur les services d'investissement⁴ (et services auxiliaires) et sur les activités de distribution d'assurances⁵ (qu'il s'agisse de produits d'investissement fondés sur l'assurance⁶ ou d'autres assurances).

¹ Selon leur statut et donc leur secteur d'activité.

² A moins que ceux-ci ne soient exclus du champ d'application de la partie 6 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances (ci-après la « Loi Assurances ») : voir à ce sujet l'article 258 de la Loi Assurances.

³ L'article 2, 40°, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers (ci-après la « Loi Surveillance Secteur Financier ») précise qu'il s'agit de services ayant trait à un ou plusieurs produits financiers. L'article 2, 39°, de cette même loi définit les « produits financiers » comme étant les produits d'épargne, d'investissement ou d'assurance.

⁴ Pour savoir ce qu'il faut entendre par « services d'investissement », voir l'article 2, 1°, de la loi du 25 octobre 2016 relative à l'accès à l'activité de prestation de services d'investissement et au statut et au contrôle des sociétés de gestion de portefeuille et de conseil en investissement.

⁵ Pour savoir ce qu'il faut entendre par « distribution d'assurances », voir l'article 5, 46°, de la Loi Assurances.

⁶ Voir à ce sujet l'article 16°/1 de la Loi Assurances. Aux fins de cette dernière, tous les produits d'assurance qui constituent des assurances d'épargne ou des assurances d'investissement sont assimilés à des produits d'investissement fondés sur l'assurance, à l'exception des régimes de retraite professionnelle officiellement reconnus qui relèvent du champ d'application de la Directive 2016/2341 ou de la Directive 2009/138/CE.

Le contrat à distance se caractérise par l'absence à tout moment de présence physique simultanée de l'entreprise financière et du consommateur jusqu'à, et y compris à, la conclusion du contrat. Le processus de distribution tout entier (négociation, offre et conclusion du contrat) fait exclusivement appel à une ou plusieurs techniques de communication à distance, telles qu'Internet, les e-mails, le téléphone, les SMS, le fax, la poste, etc.⁷ La pandémie de Covid-19 force de nombreuses entreprises financières à ne plus travailler que de cette manière.

Qu'est-ce qu'un contrat à distance ?

Par **contrat à distance**⁸, il faut entendre « *tout contrat conclu entre l'entreprise et le consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance, sans la présence physique simultanée de l'entreprise et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu* »⁹. Par ailleurs, les **services financiers** sont « *tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements* »¹⁰.

Il est question de contrats à distance lorsque l'entreprise financière propose des contrats à distance dans le cadre d'un « système organisé »¹¹, ce dont il convient de juger en fonction de la situation factuelle. Si une entreprise financière qui travaille d'habitude exclusivement avec des contacts en face-à-face se retrouve, du fait de la crise du Covid-19, inopinément contrainte de fournir des services financiers à distance et qu'elle s'organise en ce sens, il est fort probable que le système mis en place soit « organisé ».¹²

⁷ Il y a bien contrat à distance si le consommateur se rend dans l'entreprise uniquement pour collecter des informations puis négocie et conclut ensuite le contrat à distance. N'est en revanche pas considéré comme étant à distance un contrat conclu par le consommateur en la présence physique d'un intermédiaire agissant au nom et/ou pour le compte d'une autre entreprise financière.

⁸ Définition donnée par l'article I.8, 15°, du Code de droit économique (ci-après le « CDE »).

⁹ L'on entend ici par « consommateur » toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale (article I.1, 2°, du CDE). Le CDE établit une distinction entre la notion d'*entreprise* et celle de *prestataire*. Toute entreprise financière relevant du champ d'application de la présente communication peut être considérée comme une entreprise au sens du CDE. Un intermédiaire ne peut en revanche pas être considéré comme un prestataire au sens du CDE. Voir également l'article I.8, 20° et 39°, du CDE.

¹⁰ Article I.8, 18°, du CDE.

¹¹ Il n'est par exemple pas question de « système organisé » de vente ou de prestation de services à distance lorsqu'une entreprise ne conclut qu'occasionnellement des contrats par téléphone ou e-mail à la suite de contacts sporadiques émanant de ses clients.

¹² Voir également à ce sujet le considérant 18 de la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE. Ce considérant précise que « *en faisant référence à un système de prestations de services organisé par le fournisseur de services financiers, la présente directive vise à exclure de son champ d'application les prestations de services effectuées sur une base strictement occasionnelle et en dehors d'une structure commerciale dont le but est de conclure des contrats à distance* ».

Prestation de services à distance : des obligations supplémentaires s'ajoutent aux obligations existantes

Dans l'exercice de son contrôle, la FSMA s'efforce de trouver un juste équilibre entre le respect des règles légales de protection des consommateurs et les difficultés rencontrées par les entreprises soumises à son contrôle dans les circonstances exceptionnelles et inhabituelles liées au Covid-19.

Vu la multiplicité de réglementations applicables aux contrats à distance relatifs à des services financiers et eu égard au caractère imprévisible du confinement provoqué par la pandémie, la FSMA comprend que les entreprises financières habituées à ne travailler qu'au travers de rencontres en face-à-face aient éprouvé des difficultés à se reconvertir d'un jour à l'autre dans la prestation de services financiers à distance.

Les principales réglementations sur lesquelles votre (nouvelle) organisation doit s'appuyer sont évoquées ci-dessous.

Lorsque des services d'investissement et d'assurance sont fournis à distance, la législation applicable à ces services financiers¹³ continue de s'appliquer. Il en va ainsi¹⁴ :

- des règles de conduite imposées par la directive MIFID II ou IDD (ci-après les « règles de conduite »),
- du livre VI du CDE dans la mesure où des services financiers sont commercialisés auprès de consommateurs, notamment les dispositions relatives aux pratiques commerciales déloyales.

Des dispositions visant spécifiquement la vente à distance sont prévues au livre VI du CDE, notamment en son Titre 3, Chapitre 2, Section 2 « *Contrats à distance portant sur des services financiers* » et Section 3 « *Dispositions communes au présent chapitre* ». ¹⁵ La Loi Assurances organise également un régime particulier en matière de vente à distance d'assurances.¹⁶

¹³ La réglementation financière applicable aux produits financiers, telle que les règles applicables aux publicités, autres documents et avis diffusés dans le cadre de la commercialisation à titre professionnel de produits financiers auprès de clients de détail (découlant par exemple de l'arrêté royal du 25 avril 2014 imposant certaines obligations en matière d'information lors de la commercialisation de produits financiers auprès des clients de détail) continue bien entendu également de s'appliquer.

¹⁴ Comme précisé plus haut, cette liste n'est pas exhaustive. La loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces s'applique par exemple elle aussi à la vente à distance. Cette réglementation ne sera pas traitée plus avant dans la présente communication étant donné, notamment, que la FSMA n'a pas pour compétence de veiller au respect de ladite réglementation par certaines entreprises financières.

¹⁵ Articles VI.54 à VI.63 inclus du CDE.

¹⁶ Voir à ce sujet l'article 57, § 5, de la Loi Assurances. En ce qui concerne les contrats d'assurance conclus à distance, l'article 57, § 5, de la Loi Assurances doit être lu en combinaison avec les dispositions des articles VI.54 et suivants du CDE. Les deux régimes transposent la directive européenne relative aux services financiers à distance. Dans la mesure où l'article 57, § 5, de la Loi Assurances contient des dispositions particulières relatives notamment au droit de résiliation (portant par exemple sur le délai dans lequel il peut s'exercer et le moment où ce délai commence à courir), ces dispositions priment sur le régime général des services financiers à distance organisé par le livre VI du CDE. Voir également l'article 296, § 3, de la Loi Assurances régissant la fourniture de la déclaration d'adéquation lorsque le contrat est conclu en utilisant un moyen de communication à distance qui ne permet pas la transmission préalable de la déclaration d'adéquation.

Ces réglementations ont pour objectif de protéger le consommateur. En ces temps difficiles, certains principes revêtent une importance toute particulière. Il est par exemple essentiel de :

- fournir des informations claires et complètes au client achetant un produit financier par téléphone ;
- protéger les clients sans accès à Internet (comme certains clients plus âgés) ;
- veiller à la cybersécurité de l'entreprise et d'être attentif à d'éventuelles fraudes par Internet ;
- de protéger les intérêts du client alors que les marchés financiers connaissent des turbulences ;
- etc.

De plus, certaines règles de conduite peuvent acquérir une dimension particulière lorsque des services financiers sont fournis à distance. La fourniture de services à distance peut faire naître des conflits d'intérêts propres à cette activité. Ainsi :

- L'entreprise financière pourrait diriger le client vers des produits plus avantageux pour elle en les présentant d'une certaine façon dans le processus digital.
- L'entreprise financière pourrait faciliter l'achat de certains produits en mettant en place un processus à distance simple d'utilisation, mais faire en sorte que le client ait moins facilement accès à un processus similaire lorsqu'il veut revendre le produit.¹⁷

Dans cette crise du Covid-19, la FSMA attend des entreprises financières qu'elles prêtent une attention particulière à certains aspects de l'application des règles de conduite. La présente communication vise à préciser ces attentes.

La FSMA prend également une part active, entre autres, aux travaux menés par l'Autorité européenne des marchés financiers (l'ESMA) et par l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (l'EIOPA). Elle soutient les efforts qu'elles mènent pour clarifier la manière dont les règles de conduite et celles en matière de *reporting* doivent être appliquées dans les circonstances actuelles.

L'ESMA et l'EIOPA ont déjà publié plusieurs documents à ce sujet. Des liens vers ces publications sont disponibles sur le site web de la FSMA, à la rubrique « [COVID-19 – Documents d'information à l'attention des entités sous contrôle de la FSMA](#) ». Cette liste de liens est constamment mise à jour en fonction de l'évolution de la pandémie de Covid-19 et des mesures prises.

Points d'attention spécifiques pendant la crise du Covid-19

Les procédures, nouvelles ou adaptées, confèrent toujours une place centrale au client

Plusieurs situations peuvent se présenter :

- Les entreprises qui travaillaient déjà à distance avant la crise du Covid-19 (au moyen de processus digitaux par exemple) disposent déjà de procédures en la matière. Les circonstances ne se prêtent

¹⁷ Ce problème ne se pose bien entendu pas lorsque la réglementation impose une certaine manière de procéder.

bien évidemment pas à leur assouplissement. Pour les clients existants, déjà habitués au processus digitaux, peu de nouveaux problèmes devraient normalement surgir. Il se pourrait en revanche que les procédures en vigueur doivent être adaptées pour les nouveaux clients. La question pourrait ainsi se poser de savoir comment identifier les nouveaux clients et comment obtenir leur consentement préalable en vue de travailler à distance. L'entreprise financière devra, le cas échéant, élaborer des procédures alternatives à cette fin.

- Les entreprises qui travaillaient auparavant exclusivement par le biais de contacts face-à-face avec le client et qui ont commencé à fournir des services d'investissement et d'assurance à distance du fait de la pandémie devront élaborer des procédures alternatives pour tenir compte de ce changement. La FSMA est consciente que cela ne sera pas chose facile car il leur faudra en peu de temps combiner différentes réglementations. Lorsqu'elle contrôlera ces procédures alternatives, la FSMA vérifiera avant tout si l'entreprise financière n'a jamais perdu de vue l'intérêt du client en les élaborant. Il conviendra ce faisant que l'entreprise soit en particulier attentive aux clients auxquels cette méthode d'interaction poserait des difficultés, tels que ceux qui n'ont pas de connexion Internet.

Les procédures qui auront été spécifiquement conçues pour pouvoir fournir des services financiers à distance pendant la crise sanitaire devront, une fois celle-ci passée, faire l'objet d'un nouvel examen approfondi. En effet, les entreprises financières pourront alors fournir des services financiers aux consommateurs par des voies à nouveau plus diverses, telles que des rencontres en face-à-face ou un nouveau processus digital.

La FSMA attend par ailleurs des services de contrôle interne de l'entreprise qu'ils interviennent activement afin d'encadrer les adaptations apportées aux procédures habituelles ou les procédures alternatives afin de vérifier que ces procédures permettent d'assurer le respect des règles de conduite.

Si les contrôles de première et deuxième lignes mis en place pour veiller au respect des règles de conduite s'avèrent toujours possibles à distance, il faut qu'ils soient poursuivis. Si tel n'est pas toujours le cas, l'entreprise financière devra ici aussi réfléchir à la manière dont elle pourrait garantir que les intérêts du client continuent de primer pendant la crise du Covid-19. Si nécessaire, il conviendra qu'elle élabore des mesures alternatives à cette fin.

Une réévaluation des produits ou de leur mode de distribution peut être requise

Les entreprises financières qui conçoivent des produits et sont à ce titre soumises à la réglementation relative au processus de validation des produits, doivent examiner s'il ne conviendrait pas de réévaluer leurs produits en raison de la crise du Covid-19.

Les distributeurs d'assurances n'ayant pas la qualité de concepteur de produits doivent vérifier s'ils ne devraient pas adapter leurs dispositifs de distribution des produits en raison de la crise du Covid-19.

Quelques exemples :

- Le fait qu'un produit déterminé soit tout à coup distribué à distance peut avoir un impact sur le client. Si ce nouveau mode de distribution risque de causer un préjudice au client, des actions correctrices doivent être entreprises.
- La crise du Covid-19 entraîne notamment une augmentation du nombre d'hospitalisations, d'annulations de vacances, etc. Quels sont les risques d'assurance couverts par le contrat que le client a souscrit auprès d'une entreprise d'assurance et quels sont ceux qui ne le sont pas ? Le marché cible doit-il être adapté ?

- Les actifs sous-jacents d'une assurance de la branche 23 doivent être surveillés.
- La crise a un impact sur le risque de crédit encouru par les émetteurs de titres de créance et sur la volatilité des actifs financiers. Ces aspects, qui déterminent fortement le profil de risque et de rendement d'un produit structuré, doivent être suivis de très près, afin de s'assurer que le produit répond aux besoins du marché cible. Le cas échéant, des actions correctrices peuvent s'avérer nécessaires sur le plan de la conception ou de la stratégie de distribution.

L'entreprise financière doit fournir au client des informations correctes, claires, objectives et complètes

Toute entreprise financière est tenue, tant en vertu de la législation financière¹⁸ qu'en vertu du CDE¹⁹, de fournir des informations au client. Toutes les informations fournies par l'entreprise financière doivent être correctes, claires et non trompeuses.²⁰ Etant donné qu'il s'agit de contrats à distance, il convient de fournir des informations non seulement sur le fournisseur ou l'intermédiaire, sur les caractéristiques du service financier ainsi que sur les procédures extrajudiciaires possibles en cas de litiges, mais également, de manière explicite, sur le droit de rétractation ou l'inexistence de ce droit.²¹

Dans un processus de vente à distance, la fourniture d'informations peut parfois s'avérer plus difficile. Citons par exemple le cas de la vente d'un produit financier par téléphone. Il sera moins aisé, pour l'entreprise, de remettre les informations précontractuelles au client et il sera moins évident, pour le client, de poser des questions supplémentaires ou de demander un délai de réflexion.

Il est dès lors encore plus important dans ce type de situation que l'entreprise financière fournisse des informations très claires, objectives et complètes au client, par exemple en communiquant également de sa propre initiative des renseignements sur les exclusions importantes prévues par une assurance.

En cas de vente à distance par téléphone, les informations à fournir en vertu du CDE sont certes plus limitées²², mais dans cette situation aussi, l'entreprise doit confirmer ces informations sur un support papier ou sur un autre support durable²³.

¹⁸ Pour les assurances, voir notamment les articles 280 à 284, 286, 295, 296 et 296/2 de la Loi Assurances ; pour les services d'investissement, voir l'article 27bis, §§ 2 à 5, de la Loi Surveillance Secteur Financier et le Règlement délégué (UE) 2017/565 de la Commission du 25 avril 2016 (ci-après le « Règlement délégué 2017/565 »).

¹⁹ Voir notamment les articles VI.55, VI.56 et VI.57 du CDE.

²⁰ Pour les assurances, voir l'article 279, § 2, de la Loi Assurances ; pour les services d'investissement, voir l'article 27bis, § 1^{er}, de la Loi Surveillance Secteur Financier.

²¹ Article VI.55, § 1^{er}, du CDE.

²² Voir l'article VI.56 du CDE.

²³ Voir l'article VI.57, §§ 1^{er} et 2, du CDE.

Le client consent à la fourniture d'informations par voie digitale

Tant la législation financière que le CDE exigent souvent que certaines informations soient fournies sur un support durable.^{24, 25} Dans le cas de contrats à distance portant sur des services financiers, la confirmation des informations minimales et des conditions contractuelles sur un support papier ou sur un autre support durable est obligatoire.²⁶

La fourniture d'informations sur un support autre que le papier ou au moyen d'un site web est parfois subordonnée à des conditions supplémentaires, telles que le consentement préalable et formel du client.²⁷

Si l'entreprise financière opère (exceptionnellement ou non) à distance en raison de la crise du Covid-19, il est donc important qu'elle recueille, au début du processus, le consentement formel du client quant à la communication des informations sur un support durable autre que le papier et qu'elle demande aussi au client de confirmer ce consentement. Si, par exemple, ce consentement a été donné par téléphone, l'entreprise peut demander au client de le confirmer immédiatement par e-mail ou, si cela n'est pas possible, par SMS ou tout autre message électronique ou, si cela n'est pas possible non plus, éventuellement plus tard sur papier. Cette confirmation devra, dans ce cas, être conservée.

Le client reçoit les informations en temps utile

L'entreprise financière devrait attirer l'attention du client de manière explicite sur les informations importantes, telles que sa propre identité, les principales caractéristiques et les principaux risques du produit ou service financier et son coût total, ainsi que l'existence ou non d'un droit de rétractation et la possibilité d'un règlement extrajudiciaire des litiges.

La FSMA estime également que la personne qui vend ou fournit des conseils sur un produit d'assurance ou d'investissement doit fournir ces informations le plus rapidement possible lors de son contact avec le client (par exemple, en envoyant un e-mail pendant la conversation téléphonique) et que le client doit disposer de suffisamment de temps pour prendre connaissance des informations avant d'être lié

²⁴ Pour la notion de support durable, voir l'article 5, 19°/3, de la Loi Assurances, l'article 2, 60°, de la Loi Surveillance Secteur Financier, l'article 4.7 du Règlement (UE) n° 1286/2014 du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 sur les documents d'informations clés relatifs aux produits d'investissement packagés de détail et fondés sur l'assurance (ci-après le "Règlement PRIIPs"), l'article I.1, 15°, du CDE, l'article 2, 5°, de l'arrêté royal du 12 novembre 2012 relatif aux organismes de placement collectif qui répondent aux conditions de la directive 2009/65/CE (ci-après l'« AR OPCVM ») et l'article 2, § 1^{er}, 7°, de l'arrêté royal du 25 février 2017 relatif à certains organismes de placement collectif alternatifs publics et à leurs sociétés de gestion, et portant des dispositions diverses (ci-après l'« AR OPCA »).

²⁵ Pour les assurances, voir notamment les articles 280 à 284, 295, 296, § 3, et 296/2 de la Loi Assurances ; pour le KID (document d'informations clés), voir l'article 14 du Règlement PRIIPs ; pour les services d'investissement, voir notamment l'article 27, § 4, de la Loi Surveillance Secteur Financier et les articles 45 à 47, 49, 53, 58 à 60, 63, 66 et 76 du Règlement délégué 2017/565 ; pour le CDE, voir l'article VI.57, § 1^{er}, du CDE ; pour le prospectus et le KIID des OPC publics à nombre variable de parts, voir, s'agissant des OPCVM, l'article 33, § 1^{er}, de l'AR OPCVM et, s'agissant des OPCA, l'article 25, § 1^{er}, de l'AR OPCA.

²⁶ Article VI. 57, § 1^{er}, du CDE.

²⁷ Pour les assurances, voir notamment l'article 285 de la Loi Assurances ; pour les services d'investissement, voir l'article 3 du Règlement délégué 2017/565 ; pour le KID, voir l'article 14 du Règlement PRIIPs ; pour les OPC publics à nombre variable de parts, voir l'article 38 du règlement (UE) n° 583/2010 de la Commission du 1^{er} juillet 2010 mettant en œuvre la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les informations clés pour l'investisseur et les conditions à remplir lors de la fourniture des informations clés pour l'investisseur ou du prospectus sur un support durable autre que le papier ou au moyen d'un site web.

par un contrat ou une offre portant sur ce produit.^{28, 29} Il est clair, par exemple, qu'une décision concernant une assurance obligatoire demandera moins de temps qu'une décision à prendre au sujet d'un produit d'investissement plutôt complexe. Si nécessaire, l'entreprise financière devrait donc interrompre le processus un certain temps afin de donner au client davantage de temps pour réfléchir à l'offre.

Il existe, par dérogation à la règle générale, des situations dans lesquelles les informations précontractuelles peuvent également être fournies au client immédiatement après la conclusion du contrat à distance. Cette possibilité est généralement liée à des conditions spécifiques et parfois limitée à la vente par téléphone.

Ces exceptions doivent, selon la FSMA, être interprétées de manière stricte :

- Possibilité prévue par le CDE de fournir les informations précontractuelles, dans le cadre de contrats à distance portant sur des services financiers, immédiatement après la conclusion du contrat³⁰ : cela ne s'applique que si le contrat a été conclu, à la demande du consommateur, en utilisant une technique de communication à distance ne permettant pas de transmettre les conditions contractuelles et les informations précontractuelles³¹ sur un support papier ou sur un autre support durable.³²
- Possibilité, en cas de vente par téléphone, de fournir les informations précontractuelles liées à la distribution d'assurances (y compris l'IPID) immédiatement après la conclusion du contrat³³ : le distributeur de produits d'assurance doit, dans ce cas, fournir les informations précontractuelles (y compris l'IPID) conformément au Livre VI du CDE. En outre, même si le client a choisi d'obtenir les informations sur un support durable autre que le papier, les informations précontractuelles doivent lui être fournies sur papier ou sur un autre support durable immédiatement après la conclusion du contrat d'assurance, selon les modalités prévues à l'article 285, §§ 1^{er} et 2, de la Loi Assurances.
- Possibilité de fournir la déclaration d'adéquation immédiatement après la conclusion du contrat : cela ne vaut que si certaines conditions spécifiques sont remplies. Pour les services d'investissement, certaines conditions s'appliquent également à la fourniture à distance d'informations sur les coûts et frais.³⁴

²⁸ Pour les PRIIPs, l'article 17 du Règlement délégué (UE) 2017/653 du 8 mars 2017 précise les éléments à prendre en compte pour respecter les délais de fourniture du KID.

²⁹ Pour les OPC publics à nombre variable de parts, le KIID doit être fourni en temps utile avant la souscription proposée : voir, s'agissant des OPCVM, l'article 32, § 1^{er}, de l'AR OPCVM et, s'agissant des OPCA, l'article 24, § 1^{er}, de l'AR OPCA.

³⁰ Article VI.57, § 2, du CDE.

³¹ Visées à l'article VI.55, § 1^{er}, et à l'article VI.57, § 1^{er}, du CDE.

³² Voir également l'article VI.58, § 1^{er}, du CDE : dans ce cas, le délai de rétractation ne prendra cours que lorsque le consommateur aura reçu les informations. Voir également l'article VI.56 du CDE : en cas de communication par téléphonie vocale, les obligations d'information peuvent être réduites moyennant le respect de certaines conditions, dont l'accord formel du consommateur.

³³ Voir l'article 285, § 7, de la Loi Assurances.

³⁴ Voir l'article 296, § 3, de la Loi Assurances pour les produits d'investissement fondés sur l'assurance, ainsi que l'article 27ter, § 7, alinéa 3, de la Loi Surveillance Secteur Financier et la Q&A 28 figurant dans la section 9 des *Q&As on MiFID II and MiFIR investor protection and intermediaries topics*.

- Moyennant le respect de conditions très spécifiques et cumulatives, le KID³⁵ peut également être fourni au client immédiatement après la conclusion de la transaction. En revanche, il n'est pas possible de fournir le KIID des OPC publics à nombre variable de parts à une date postérieure à la transaction et ce, quelle que soit la manière dont s'effectuent les contacts avec le client.

Les contrats à distance sont parfois assortis d'un droit de rétractation

Droit de rétractation fondé sur le Code de droit économique

Si un consommateur conclut un contrat à distance portant sur un service financier, il dispose en principe d'un délai d'au moins 14 jours calendrier pour se rétracter de ce contrat.³⁶ Ce droit s'exerce gratuitement³⁷ et sans indication de motif.

Le délai de rétractation prend cours :

- soit le jour de la conclusion du contrat à distance ;
- soit le jour où le consommateur reçoit les informations précontractuelles³⁸ et les conditions contractuelles^{39, 40}.

La notification du consommateur est effectuée à temps si elle est envoyée par écrit ou sur un support durable (disponible et accessible pour le destinataire) avant l'expiration du délai.⁴¹

³⁵ Article 13.1. du Règlement PRIIPs : « Une personne qui donne des conseils au sujet d'un produit d'investissement packagé de détail et fondé sur l'assurance ou qui le vend fournit aux investisseurs de détail le document d'informations clés en temps utile avant que ces investisseurs ne soient liés par un contrat ou une offre éventuelle portant sur le produit d'investissement packagé de détail et fondé sur l'assurance. »

Article 13.3. du Règlement PRIIPs : « Par dérogation au paragraphe 1 [...], une personne qui vend un produit d'investissement packagé de détail et fondé sur l'assurance peut fournir le document d'informations clés à l'investisseur de détail après la conclusion de la transaction, sans retard injustifié, si toutes les conditions suivantes sont remplies :

- a) l'investisseur de détail choisit, de sa propre initiative, de contacter la personne qui vend un produit d'investissement packagé de détail et fondé sur l'assurance et de conclure la transaction par un moyen de communication à distance ;
- b) la fourniture du document d'informations clés conformément au paragraphe 1 du présent article n'est pas possible ;
- c) la personne qui fournit des conseils au sujet du produit d'investissement packagé de détail et fondé sur l'assurance ou qui le vend a informé l'investisseur de détail du fait qu'il n'était pas possible de fournir le document d'informations clés et a clairement indiqué que l'investisseur de détail pouvait retarder la transaction afin de recevoir le document d'informations clés et d'en prendre connaissance avant la conclusion de la transaction ;
- d) l'investisseur de détail consent à recevoir le document d'informations clés sans retard injustifié après la conclusion de la transaction plutôt que de retarder la transaction pour recevoir le document au préalable. »

³⁶ Article VI.58, § 1^{er}, du CDE.

³⁷ L'article VI.58, § 1^{er}, du CDE, utilise l'expression « sans pénalités ».

³⁸ En vertu de l'article VI.55 du CDE.

³⁹ En vertu de l'article VI.57 du CDE.

⁴⁰ Si cette dernière date est postérieure à celle visée au premier tiret, voir également la possibilité de communiquer, à certaines conditions, les informations plus tard en vertu de l'article VI.57 du CDE.

⁴¹ Article VI.58, § 1^{er}, alinéa 3, du CDE.

Les contrats adjoints sont eux aussi résiliés en cas de rétractation.⁴²

L'entreprise doit faire savoir s'il existe ou non un droit de rétractation. Cette information fait partie des informations précontractuelles à communiquer.⁴³

Pendant le délai de rétractation, l'exécution du contrat ne peut commencer qu'après l'accord du consommateur.⁴⁴ Lorsque le consommateur exerce le droit de rétractation, il ne peut être tenu qu'au paiement, dans les meilleurs délais, du service financier effectivement fourni par le fournisseur.

Le montant à payer ne peut :

- excéder un montant proportionnel à l'importance du service déjà fourni par rapport à l'ensemble des prestations prévues par le contrat à distance ;
- en aucun cas être si élevé qu'il puisse être interprété comme une pénalité⁴⁵.

Le fournisseur ne peut exiger ce paiement que s'il peut prouver que le consommateur a été dûment informé du montant dû. Il ne peut en aucun cas exiger le paiement s'il a commencé à exécuter le contrat avant l'expiration du délai de rétractation, sans demande préalable du consommateur⁴⁶.

Exceptions

Le droit de rétractation ne s'applique pas :⁴⁷

- aux services financiers dont le prix dépend des fluctuations du marché financier sur lesquelles le fournisseur n'a aucune influence et qui sont susceptibles de se produire pendant le délai de rétractation. Cela vaut notamment pour les services liés aux opérations de change, aux instruments du marché monétaire, aux titres négociables, aux parts d'organismes de placement collectif, aux contrats financiers à terme (« futures »), y compris les instruments équivalents donnant lieu à un règlement en espèces, aux contrats à terme sur taux d'intérêt (« FRA »), aux contrats d'échange (« swaps ») sur taux d'intérêt ou sur devises et aux contrats d'échange sur des flux liés à des actions ou à des indices d'actions (« equity swaps »), ainsi qu'aux options visant à acheter ou à vendre les instruments visés ci-dessus, y compris les instruments équivalents donnant lieu à un règlement en espèces, en particulier les options sur devises et sur taux d'intérêt ;
- aux contrats exécutés intégralement par les deux parties, à la demande expresse du consommateur, avant que ce dernier n'exerce son droit de rétractation (...).⁴⁸

⁴² Article VI.58, § 3 : « Si un autre contrat relatif à des services financiers prestés par un fournisseur ou un tiers sur la base d'un accord entre le tiers et l'entreprise a été adjoint à un contrat à distance portant sur un service financier donné, ce contrat additionnel est résilié, sans pénalité, si le consommateur exerce son droit de rétractation visé au paragraphe 1^{er}. »

⁴³ Article VI.55, § 1^{er}, 3^o, a), du CDE.

⁴⁴ Article VI.59, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du CDE.

⁴⁵ Article VI.59, § 1^{er}, alinéa 2, du CDE.

⁴⁶ Article VI.59, § 2, du CDE.

⁴⁷ Article VI.58, § 2, du CDE.

⁴⁸ La troisième exception concerne les contrats de crédit hypothécaire, qui ne tombent pas dans le champ d'application de la présente communication.

Dispositions spécifiques pour les assurances

Les assurances sont soumises à un régime particulier prévu par la Loi Assurances.⁴⁹ Toute assurance à distance est conclue quand l'assureur reçoit l'acceptation du preneur d'assurance. Dans le cas des assurances sur la vie, le délai imparti pour résilier l'assurance est de 30 jours calendrier.⁵⁰

Le délai dans lequel peut s'exercer le droit de résiliation pour une assurance commence à courir :

- à compter du jour de la conclusion du contrat d'assurance, sauf pour les contrats d'assurance sur la vie, pour lesquels le délai commence à courir au moment où le preneur d'assurance est informé par l'assureur que le contrat d'assurance a été conclu ;
- à compter du jour où le preneur d'assurance reçoit les conditions contractuelles et toutes autres informations complémentaires, si ce dernier jour est postérieur à celui visé au premier tiret.

La résiliation émanant du preneur d'assurance prend effet au moment de la notification, celle émanant de l'assureur huit jours après sa notification.

Le droit de résiliation ne s'applique pas :

- aux polices d'assurance de voyage ou de bagages ou aux polices d'assurance similaires à court terme d'une durée inférieure à un mois ;
- aux contrats d'assurance sur la vie qui sont liés à un fonds d'investissement.

L'exception selon laquelle le droit de rétractation ne vaut pas pour les contrats qui ont été exécutés intégralement par les deux parties, à la demande expresse du consommateur, avant que ce dernier n'ait exercé son droit de rétractation, est en principe applicable aux contrats d'assurance. Dans de nombreux cas, il sera difficile pour les assureurs de se prévaloir de cette exception. Par exemple, le seul fait pour un consommateur d'introduire auprès de l'assureur une demande d'indemnisation du sinistre couvert par le contrat pendant la période d'exercice du droit de rétractation ne suffit en principe pas pour considérer que le consommateur est privé de son droit de rétractation.

⁴⁹ Voir à ce sujet l'article 57, § 5, de la Loi Assurances.

⁵⁰ Il s'agit d'une exception à la règle selon laquelle le délai de rétractation est de 14 jours. L'exposé des motifs de la loi du 24 août 2005 (*Doc. parl.* 2004-2005, doc 51, 1776/001, 43) indique que pour avoir une vision complète du régime juridique applicable aux contrats conclus à distance, il faut lire la loi sur le contrat d'assurance terrestre (à présent l'article 57, § 5, de la Loi Assurances) en combinaison avec la L.P.C.C. (à présent l'article VI.58 du CDE). Etant donné que la législation sur les assurances est considérée comme une *lex specialis*, l'article 57, § 5, de la Loi Assurances prévaut sur l'article VI.58 du CDE.

Ce délai de rétractation de 30 jours pour les assurances sur la vie découle également de la directive sur les services financiers à distance. L'article 6, paragraphe 1, de cette directive est libellé comme suit : « *Les États membres veillent à ce que le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours calendrier pour se rétracter, sans pénalité et sans indication de motif. Toutefois, ce délai est porté à trente jours calendrier pour les contrats à distance ayant pour objet les assurances sur la vie couvertes par la directive 90/619/CEE et les opérations portant sur les retraites individuelles.* »

Des règles spécifiques en matière de charge de la preuve s'appliquent en cas de contrats à distance

S'agissant des contrats à distance portant sur des services financiers, le CDE prévoit qu'il incombe à l'entreprise financière de fournir la preuve qu'elle a satisfait aux obligations concernant l'information du consommateur, le respect des délais, le consentement du consommateur à la conclusion du contrat et, le cas échéant, à son exécution pendant le délai de rétractation.^{51, 52}

Un droit de résiliation spécifique s'applique aux contrats à distance

Le consommateur dispose d'un droit de résiliation légal, par exemple s'il n'a pas été correctement informé sur le service financier ou sur le droit de rétractation (ou son inexistence), si l'entreprise concernée n'a pas fourni les informations minimales requises lors d'un contact téléphonique ou si ces informations minimales et les conditions contractuelles n'ont pas été confirmées par écrit ou sur un support durable.⁵³

La conservation des données requiert une attention particulière

Les entreprises financières doivent être particulièrement attentives à la conservation des données dans le cas d'un contrat à distance portant sur des services financiers, par exemple pour pouvoir apporter la preuve que certains documents d'information ont effectivement été fournis.

Enregistrement des conversations téléphoniques

Concernant l'enregistrement des conversations téléphoniques, l'ESMA a publié, dans le cadre de la crise du Covid-19, des clarifications⁵⁴ auxquelles la FSMA a fait écho dans le communiqué suivant : <https://www.fsma.be/fr/news/covid-19-clarifications-relatives-lapplication-des-regles-prevues-par-la-directive-mifid-ii>.

Utilisation du mode de signature adéquat⁵⁵

Dans le cadre du droit de la preuve, un écrit est parfois requis. Seule une signature électronique qualifiée est en principe assimilée à une signature manuscrite.⁵⁶ La FSMA comprend parfaitement que les entreprises financières et les clients aient dû s'organiser, dès le début de la crise du Covid-19, pour adopter ce mode de signature. Dans le cadre d'une procédure judiciaire, il appartient toutefois aux cours et tribunaux de se prononcer sur la valeur probante d'autres formes de signature, telles qu'une signature scannée ou une signature apposée avec un code PIN.

⁵¹ Article VI.62 du CDE.

⁵² Voir également l'article VI.63 du CDE : « *Les clauses et conditions, ou les combinaisons de clauses et conditions qui ont pour objet de mettre à la charge du consommateur la preuve du respect de tout ou partie des obligations, visées dans la [section 2 du titre 3 du livre VI du CDE], incombant au fournisseur sont interdites et nulles. Toute clause par laquelle le consommateur renonce au bénéfice des droits qui lui sont conférés par [cette] section est réputée non écrite. Toute clause déclarant applicable au contrat la loi d'un État tiers à l'Union européenne est interdite et nulle en ce qui concerne les matières régies par la [section 2] lorsque, en l'absence de cette clause, la loi d'un État membre de l'Union européenne serait applicable et que cette loi procurerait une protection plus élevée au consommateur dans lesdites matières.* »

⁵³ Article VI.60, § 2, du CDE.

⁵⁴ ESMA35-43-2348, 20 mars 2020.

⁵⁵ La FSMA tient à souligner une nouvelle fois que la réglementation anti-blanchiment n'est pas traitée dans la présente communication.

⁵⁶ Par exemple, la signature électronique effectuée au moyen d'une eID belge.

Les plaintes doivent toujours être traitées avec diligence

En cette période, le nombre de plaintes pourrait également se trouver en augmentation en raison des inquiétudes que la crise du Covid-19 génère. La qualité et la célérité du traitement de ces plaintes constituent un défi pour les entreprises, et constituera un point d'attention pour la FSMA lors de contrôles futurs.
