



FSMA_2018_10 du 19/07/2018

Précisions relatives aux activités autorisées et à certaines obligations organisationnelles pour les courtiers en services bancaires et en services d'investissement

Champ d'application:

Courtiers en services bancaires et en services d'investissement

Résumé/Objectifs:

Ce document reprend certaines obligations organisationnelles et de gouvernance en utilisant une structure pédagogique et n'a pas pour vocation de constituer une analyse juridique exhaustive des obligations qui découlent de MiFID II, et notamment des règles de conduite.

Structure:

I.	Definitions et remarques préliminaires	2
II.	Activités autorisées	4
III.	Organisation interne	6
IV	dispositif de surveillance et gestion des risques	11
	A. Surveillance de la direction effective	11
	B. L'identification, la mesure, la gestion, le suivi et le reporting interne des risques	12
V.	Les différentes politiques internes	13
	La politique de gestion des risques	13
	La politique et le registre des conflits d'intérêt	16
	La politique de rémunération	18
	La politique d'enregistrement des communications	20

I. DEFINITIONS ET REMARQUES PRÉLIMINAIRES

La loi du 21 novembre 2017 relative aux infrastructures des marchés d'instruments financiers et portant transposition de la Directive 2014/65/UE (la directive MiFID II¹) apporte notamment des modifications à la loi du 22 mars 2006 relative à l'intermédiation en services bancaires et en services d'investissement et à la distribution d'instruments financiers.

Plus précisément, l'article 11 de cette loi rend applicable par analogie aux courtiers en services bancaires et en services d'investissement plusieurs règles de la loi du 25 octobre 2016 relatives 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.

Ainsi, les courtiers en services bancaires et en services d'investissement sont tenus de respecter de nouvelles obligations organisationnelles et de gouvernance. Ces nouvelles obligations portent notamment sur leur structure de gestion et la séparation des fonctions au sein de cette structure de gestion, leur politique de rémunération et de gestion des conflits d'intérêts, l'enregistrement des conversations téléphoniques et des communications électroniques, *etc.*

Le règlement délégué de l'UE² précise quant à lui la substance de ces obligations.

Ce document a pour but d'une part, de rappeler les activités autorisées pour un courtier en services bancaires et en services d'investissement et d'autre part, de préciser certaines de ces nouvelles obligations organisationnelles et de gouvernance sans prétendre couvrir l'ensemble des obligations organisationnelles et des règles de conduite qui découlent de la directive MIFID II. Les autres règles de conduite visées aux articles 27 à 28 de la loi du 2 août 2002, en ce compris les règles concernant la gouvernance des produits ne sont ainsi pas abordées dans ce document.

Il va de soi que, outre les règles mentionnées dans ce document, les courtiers en services bancaires et en services d'investissement restent tenus de satisfaire à l'ensemble des dispositions de la loi du 22 mars 2006 et notamment aux conditions d'inscription prévues aux articles 8, 9 et 11 de cette loi ainsi qu'aux dispositions spécifiques visant à protéger les épargnants et les investisseurs reprises au Chapitre III de cette loi.

¹ 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.

² Règlement délégué (UE) 2017/565 de la Commission du 25 avril 2016 complétant la directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences organisationnelles et les conditions d'exercice applicables aux entreprises d'investissement et la définition de certains termes aux fins de ladite directive

Pour les besoins de ce document, il y a lieu d'entendre par:

La « **directive MiFID II** » : 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 ;

Le « **règlement délégué de l'UE** » : le règlement délégué (UE) 2017/565 de la Commission du 25 avril 2016 complétant la directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences organisationnelles et les conditions d'exercice applicables aux entreprises d'investissement et la définition de certains termes aux fins de ladite directive ;

La « **loi du 22 mars 2006** » : la loi du 22 mars 2006 relative à l'intermédiation en services bancaires et en services d'investissement et à la distribution d'instruments financiers;

Les « **courtiers bancaires** » : les courtiers en services bancaires et en services d'investissements au sens de la loi du 22 mars 2006 ;

La « **loi du 25 octobre 2016** » : 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 ;

La « **direction effective** » : on entend par direction effective les administrateurs exécutifs ou les gérants, ainsi que les personnes qui, sans être administrateur ou gérant, exercent au plus haut niveau une influence directe et déterminante sur la direction de tout ou partie des activités de la société. Il s'agit d'une question de fait qui doit être examinée au cas par cas.

Pour des raisons de lisibilité, les références légales en bas de page renvoient directement aux dispositions de la loi du 25 octobre 2016.

Attention : ces obligations sont en vigueur depuis le 3 janvier 2018.

II. ACTIVITÉS AUTORISÉES

Les services qui peuvent être offerts par les courtiers bancaires sont déterminés par la loi du 22 mars 2006. Les articles 11, § 1^{er}, al. 2, 1^o et 12, § 1^{er}, 3^o, al. 1^{er} de cette même loi précisent que ces services sont limités à :

- la réception et la transmission d'ordres portant sur des valeurs mobilières et des parts d'organismes de placement collectif, en ce compris la mise en rapport de deux ou plusieurs investisseurs permettant ainsi la réalisation, entre ces investisseurs, d'une opération, et ce pour le compte d'entreprises réglementées;
- **le conseil en investissement pour le compte d'entreprises réglementées et portant uniquement sur des valeurs mobilières et des parts d'organismes de placement collectif.**

Il y a lieu d'entendre par " valeurs mobilières " : les catégories de titres négociables sur le marché des capitaux (à l'exception des instruments de paiement), telles que :

- a) les actions de sociétés et autres titres équivalents à des actions de sociétés, de sociétés de type partnership ou d'autres entités, ainsi que les certificats représentatifs d'actions;
- b) les obligations et les autres titres de créance, y compris les certificats concernant de tels titres;
- c) toute autre valeur donnant le droit d'acquérir ou de vendre de telles valeurs ou donnant lieu à un règlement en espèces, fixé par référence à des valeurs mobilières, à une monnaie, à un taux d'intérêt ou rendement, aux matières premières ou à d'autres indices ou mesures³;

A contrario, les courtiers bancaires ne sont pas autorisés à offrir des services d'investissement, dont les services de conseils en investissement, pour compte propre⁴.

Le *conseil en investissement* est défini comme « la fourniture de recommandations personnalisées à un client, soit à sa demande soit à l'initiative de l'entreprise d'investissement, en ce qui concerne une ou plusieurs transactions portant sur des instruments financiers⁵».

Comment faut-il distinguer la fourniture de conseils d'investissement *pour compte propre* et la fourniture de conseils d'investissement *pour compte de tiers* ?

La loi n'autorise pas les courtiers bancaires à fournir des recommandations personnalisées à un client fondées sur l'analyse personnelle du courtier bancaire à propos de telle ou telle valeur mobilière ou

³ Article 2, alinéa 1er, 31^o, de la loi du 2 août 2002.

⁴ La dérogation prévue à l'article 12, § 1, 3^o, alinéa 3 de la loi du 22 mars 2006, qui prévoit que le courtier en services bancaires et en services d'investissement peut, par dérogation à l'alinéa 1^{er}, offrir pour son propre compte des services de conseil en investissement, n'est pas encore entrée en vigueur. Cet alinéa a été inséré par l'article 120 de l'arrêté royal du 27 avril 2007 visant à transposer la Directive européenne concernant les marchés d'instruments financiers (modifié par l'article 145 de la loi du 25 octobre 2016), lequel n'entrera en vigueur qu'à une date fixée par le Roi, ce qui n'a pas encore été fait.

⁵ Art. 2, 9^o de la loi du 25 octobre 2016.

part d'organisme de placement collectif. Le courtier bancaire doit se limiter, lorsqu'il fournit des recommandations, à communiquer les informations reçues des entreprises avec lesquelles il collabore et qui sont issues de l'analyse réalisée par ces entreprises.

En effet, le courtier ne peut fournir de service qui pourrait être qualifié de « conseil en investissement pour compte propre », car il exercerait une activité qui lui est interdite par la loi⁶.

Le courtier bancaire peut offrir un service de conseil en investissement pour le compte d'une entreprise réglementée. Dans ce cadre, il réalise le test d'adéquation conformément à l'article 27ter de la loi du 2 août 2002. Pour ce faire, il peut utiliser les documents établis par l'entreprise réglementée pour le compte de laquelle il offre ce service (p.ex. le questionnaire pour collecter les informations des clients par rapport à leurs connaissances, expérience, situation financière et objectifs d'investissement) ainsi que, le cas échéant, son système informatique. Par contre, le courtier bancaire ne peut pas utiliser l'information recueillie dans le cadre de la réalisation du test d'adéquation pour proposer au client d'autres instruments financiers que ceux recommandés par l'entreprise réglementée, auquel cas il se place dans la situation citée au paragraphe précédent.

Enfin, si le courtier intervient dans la définition de l'allocation stratégique du patrimoine de son client qui consiste notamment à investir une partie de ce patrimoine dans un portefeuille d'instruments financiers, ou dans l'analyse d'un portefeuille existant, il veille tout particulièrement à rester suffisamment général dans cette définition ou dans cette analyse afin d'éviter le risque que son activité soit qualifiée de conseil en investissement pour compte propre.

⁶ Art. 12, § 1^{er}, 3^o de la loi du 22 mars 2006.

III. ORGANISATION INTERNE

Le principe général est que les courtiers bancaires doivent disposer d'un dispositif solide et adéquat d'organisation d'entreprise en vue de garantir une gestion efficace, saine et prudente de leur entreprise et de promouvoir l'intégrité du marché et les intérêts des clients⁷.

Le courtier bancaire doit pouvoir démontrer à la FSMA qu'il dispose d'une structure de gestion adéquate fondée notamment sur une séparation adéquate des fonctions et un dispositif d'attribution des responsabilités qui est bien défini, transparent et cohérent⁸.

En outre, les courtiers bancaires conservent par écrit les politiques et procédures qu'ils sont tenus d'appliquer⁹.

Ces responsabilités incombent à l'organe légal d'administration¹⁰ qui a l'obligation légale de définir, d'approuver et de superviser les dispositifs d'organisations imposés aux courtiers bancaires¹¹.

Afin de respecter les obligations ci-dessus, la FSMA suggère, comme 'best practice', de **décrire et de documenter les principales informations relatives au courtier bancaire** dans un **Document de synthèse** approuvé par l'organe légal d'administration.

⁷ Art. 25, §1^{er}, alinéa 1^{er} de la loi du 25 octobre 2016.

⁸ Art. 25, §1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o de la loi du 25 octobre 2016.

⁹ Article 72, §3 du règlement délégué de l'UE juncto Art. 25, §1^{er} et § 2 et 26, §5, alinéa 1^{er} de la loi du 25 octobre 2016.

¹⁰ L'organe légal d'administration varie selon le type de société. Il s'agit par exemple du Conseil d'administration pour les Sociétés Anonymes (art. 517 et suivants du Code des sociétés) ou encore du/des gérant(s) pour les SPRL (art. 255 et suivants du Code des sociétés).

¹¹ Art. 25/1, §1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o de la loi du 25 octobre 2016

Best practice : Document de synthèse

Que contient ce document ? Afin d'aider les courtiers bancaires à satisfaire aux exigences légales, la FSMA recommande le contenu suivant :

Chapitres du document de synthèse	Précision sur le contenu
1. La structure de l'actionariat	<p>Attention ! L'article 22 de la loi du 25 octobre 2016 s'applique dorénavant par analogie aux courtiers bancaires. Cela implique qu'il faut déclarer à la FSMA l'identité des personnes physiques ou morales qui, directement ou indirectement, agissant seules ou de concert avec d'autres, détiennent dans le capital du courtier bancaire une participation qualifiée. La communication doit comporter l'indication des quotités de capital et des droits de vote détenus par ces personnes.</p> <p>Par conséquent, il convient de se reporter aux documents suivants qui s'appliquent mutatis mutandis aux courtiers bancaires pour ce qui concerne cette obligation de déclaration à la FSMA, à l'exception de la modalité de transmission par eCorporate :</p> <p>Communication aux personnes ayant l'intention d'acquérir, d'accroître, de réduire ou de céder une participation qualifiée dans le capital des entreprises réglementées</p> <p>Circulaire aux organismes financiers concernant les acquisitions, accroissements, réductions et cessions de participations qualifiées</p>
2. Le descriptif des activités et la stratégie de développement du courtier	
3. L'organigramme de la société	
4. Les pouvoirs et responsabilités de l'organe légal d'administration	<p><i>Notamment :</i></p> <p><u>La responsabilité globale</u></p> <p>« L'organe légal d'administration assume la responsabilité globale [du courtier en services bancaires et en services d'investissement]. A cette fin, l'organe légal d'administration définit, approuve et supervise, notamment :</p> <p>1° la stratégie et les objectifs de l'établissement; 2° la politique en matière de risques ;</p>

	<p>3° les dispositifs d'organisation [du courtier en services bancaires et en services d'investissement] visés à l'article 25 ; (...) ¹²»</p> <p><u>Les évaluations périodiques obligatoires :</u></p> <p>« L'organe légal d'administration évalue périodiquement, et au moins une fois par an, l'efficacité des dispositifs d'organisation de l'établissement visés aux articles [25, §1er, 1°, 3°, 6° et 10° et §2 et 25/1, §1er, alinéas 1er et 2 et §3 de la loi du 25 octobre 2016] [...], ainsi que les dispositions d'organisation spécifiques visées aux articles [26, §§ 2 et 5 de la même loi] et leur conformité aux obligations légales et réglementaires. Il veille à ce que les personnes chargées de la direction effective de la société, le cas échéant le comité de direction, prennent les mesures nécessaires pour remédier aux éventuels manquements¹³. »</p> <p>L'organe légal d'administration est également tenu de contrôler et d'évaluer périodiquement la pertinence et la mise en oeuvre des objectifs stratégiques de l'entreprise et l'adéquation des politiques relatives à la fourniture de services aux clients et de prendre les mesures appropriées pour remédier à toute déficience¹⁴.</p> <p>« L'organe légal d'administration supervise le processus de publication et de communication requis par ou en vertu de la présente loi¹⁵. »</p> <p>« L'organe légal d'administration veille à l'intégrité des systèmes de comptabilité et de déclaration d'information financière, en ce compris les dispositifs de contrôle opérationnel et financier. Il évalue le fonctionnement du contrôle interne au moins une fois par an et s'assure que ce contrôle procure un degré de certitude raisonnable quant à la fiabilité du processus de reporting financier, de manière à ce que les comptes annuels et l'information financière soient conformes à la réglementation comptable en vigueur¹⁶. »</p> <p>« [Les courtiers en services bancaires et services d'investissement] évaluent et examinent périodiquement, au moins chaque année, la politique en matière de conflits d'intérêts mise en place conformément aux paragraphes 1 à 4 et prennent toutes les mesures appropriées pour remédier à d'éventuelles défaillances¹⁷. (...) »</p>
5. Les pouvoirs et responsabilités de la	<i>Notamment :</i>

¹² Art. 25/1, §1^{er}, alinéa 1^{er} de la loi du 25 octobre 2016.

¹³ Art. 34, §1, alinéa 1^{er} de la loi du 25 octobre 2016.

¹⁴ Art. 34, §1^{er}, alinéa 2 de la loi du 25 octobre 2016.

¹⁵ Art. 34, §7 de la loi du 25 octobre 2016.

¹⁶ Art. 34, §6 de la loi du 25 octobre 2016.

¹⁷ Art. 34, § 5 du règlement délégué de l'UE juncto art. 25, § 1, alinéa 1^{er}, 3° et 26, §2 de la loi du 25 octobre 2016.

<p>direction effective de la société¹⁸ ainsi que les responsabilités individuelles particulières de chaque dirigeant effectif.</p>	<p>Minimum 2 dirigeants effectifs (personnes physiques)¹⁹.</p> <p>« Les [courtiers en services bancaires et en services d'investissement] doivent disposer d'un dispositif solide et adéquat d'organisation d'entreprise dont des mesures de surveillance, en vue de garantir une gestion efficace, saine et prudente [du courtier en services bancaires et en services d'investissement] et de promouvoir l'intégrité du marché et les intérêts des clients, reposant notamment sur :</p> <p>1° une structure de gestion adéquate (...) prévoyant, au sein de la société, une séparation adéquate des fonctions et un dispositif d'attribution des responsabilités qui est bien défini, transparent et cohérent;²⁰(...) »</p> <p>« L'organe de direction [du courtier en services bancaires et en services d'investissement] approuve, (...), la politique de rémunération [du courtier en services bancaires et en services d'investissement]. <u>Les instances dirigeantes</u> [du courtier en services bancaires et en services d'investissement] assument la responsabilité de la mise en oeuvre quotidienne de la politique de rémunération et du suivi des risques de conformité associés à cette politique²¹. »</p> <p>« Le président de l'organe légal d'administration dans sa fonction de surveillance ne peut pas être dirigeant effectif de la société de gestion de portefeuille et de conseil en investissement, sauf lorsqu'une telle situation est justifiée par la société de gestion de portefeuille et de conseil en investissement et approuvée par la FSMA en fonction de la taille et du profil de risque de la société²². »</p>
<p>6. L'organisation de la surveillance de la direction effective</p>	<p>Voir « Dispositif de surveillance et gestion des risques » <i>infra</i>.</p>
<p>7. Le système de reporting interne</p>	<p>« Les [courtiers en services bancaires et en services d'investissement] doivent disposer d'un dispositif solide et adéquat d'organisation d'entreprise (...), reposant notamment sur :</p> <p>(...)3° des procédures efficaces d'identification, de mesure, de gestion, de suivi et de reporting interne des risques importants auxquels [le courtier en</p>

¹⁸ Dans le cas d'une SPRL, SCRL, SC ou SNC, il se peut qu'il y ait identité parfaite entre les membres de la direction effective et les membres de l'organe légale d'administration. Dans ce cas, la distinction entre les deux n'a plus lieu d'être, sauf pour la fonction de surveillance, voir « Dispositif de surveillance et gestion des risques » ci-dessous.

¹⁹ Art. 23, § 2 de la loi du 25 octobre 2016.

²⁰ Art. 25, §1^{er}, alinéa 1^{er}, 1° de la loi du 25 octobre 2016.

²¹ Art. 27, §3 du règlement délégué de l'UE juncto art. 25, § 1, 6° de la loi du 25 octobre 2016 et art. 27, §4 de la loi du 2 août 2002.

²² Article 25/1, §3 de la loi du 25 octobre 2016.

	<p>services bancaires et en services d'investissement] est susceptible d'être exposée, y compris la prévention des conflits d'intérêts²³; »</p> <p><i>Voir « Dispositif de surveillance et gestion des risques » infra pour les aspects relatifs à la gestion des risques.</i></p>
<p>8. Les diverses politiques, procédures et documentations annexées au Document de synthèse</p>	<p><i>Au minimum :</i></p> <p>Annexe A : politique de gestion des risques²⁴ ;</p> <p>Annexe B1 : politique de gestion des conflits d'intérêts²⁵;</p> <p>Annexe B2 : registre des conflits d'intérêts²⁶;</p> <p>Annexe C : politique de rémunération²⁷ ;</p> <p>Annexe D : politique d'enregistrement et notamment d'enregistrement des conversations téléphoniques et des communications électroniques²⁸ ;</p> <p><i>Voir infra pour le contenu de ces annexes.</i></p> <p><i>A ces annexes, il est recommandé d'ajouter les procédures relatives aux autres règles de conduite visées aux articles 27 à 28 de la loi du 2 août 2002..</i></p>

²³ Art. 25, § 1er, alinéa 1^{er}, 3° de la loi du 25 octobre 2016.

²⁴ Art. 25, §1er, alinéa 1er 3° de la loi du 25 octobre 2016

²⁵ Art. 34 du règlement délégué de l'UE juncto art. 25, § 1er, alinéa 1^{er}, 3° et 26, §2 de la loi du 25 octobre 2016.

²⁶ Art. 35 du règlement délégué de l'UE juncto art. 26, §5 de la loi du 25 octobre 2016.

²⁷ Article 27 du règlement délégué de l'UE juncto art. 25, § 1er, alinéa 1^{er}, 6° de la loi du 25 octobre 2016 et article 27, §4 de la loi du 2 août 2002.

²⁸ Art. 26, § 5 de la loi du 25 octobre 2016 et art. 76 du règlement délégué de l'UE.

IV DISPOSITIF DE SURVEILLANCE ET DE GESTION DES RISQUES

A. Surveillance de la direction effective

La loi prévoit que les courtiers bancaires disposent d'une « structure de gestion adéquate basée, au plus haut niveau, sur une distinction claire entre :

- a) la direction effective de la société d'une part, et
- b) la surveillance de cette direction d'autre part²⁹.

La loi exige donc une surveillance des dirigeants effectifs.

Qui est en charge de cette surveillance? L'organe légal d'administration. En effet, l'article 34, §2 de la loi du 25 octobre 2016 précise que « **l'organe légal d'administration exerce un contrôle effectif sur les personnes chargées de la direction effective de la société**, le cas échéant le comité de direction, et assure la surveillance des décisions prises par ces personnes ».

Dans le cadre de cette mission, chaque membre de l'organe légal d'administration doit faire preuve d'une honnêteté, d'une intégrité et d'une indépendance d'esprit qui lui permettent d'évaluer et de remettre effectivement en question, si nécessaire, les décisions des personnes chargées de la direction effective de la société et d'assurer la supervision et le suivi effectifs des décisions prises en matière de gestion.

En outre, les membres de l'organe légal d'administration doivent disposer d'un accès adéquat aux informations et documents nécessaires pour superviser et suivre les décisions prises en matière de gestion de la société.

Enfin, on note que le président de l'organe légal d'administration dans sa fonction de surveillance ne peut pas être dirigeant effectif du courtier, sauf lorsqu'une telle situation est justifiée par le courtier bancaire et approuvée par la FSMA en fonction de la taille et du profil de risque de la société³⁰.

La société Anonyme

Dans une société anonyme, est toujours considéré comme membre de la direction effective³¹ :

- l'administrateur délégué ;
- le membre du comité de direction (si celui-ci existe).

Dans le cas d'une société anonyme, conformément à l'article 34, §2 de la loi du 25 octobre 2016 repris ci-dessus, le conseil d'administration assure la surveillance de la direction effective.

²⁹ Article 25, §1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o la loi du 25 octobre 2016.

³⁰ Art. 25/1, §3 de la loi du 25 octobre 2016

³¹ Cela n'exclut pas par ailleurs que d'autres personnes soient considérées comme faisant partie de la direction effective.

La SPRL

Dans la SPRL, les gérants sont toujours considérés comme dirigeants effectifs³².

Le(s) gérant(s) est/sont donc toujours à la fois dirigeants effectifs et membres de l'organe légal d'administration.

A cet égard, à titre d'exemple et sans exclure d'autres formes d'organisation, la surveillance de la direction effective peut reposer sur le dispositif de répartition des tâches suivant:

Un des gérants de la SPRL a comme responsabilité uniquement :

- I. la surveillance de la direction effective (c'est-à-dire de/des autre(s) gérant(s))
- II. *et éventuellement* : l'identification, la mesure, la gestion, le suivi et reporting interne des risques (voir « La politique de gestion des risques » *infra*).

Toutes les autres fonctions liées à la direction effective de l'activité règlementée sont confiées à l'/aux autre(s) gérant(s).

L'objectif poursuivi est de rendre aussi effective que possible la surveillance de la direction effective et des décisions prises par cette direction effective.

Le gérant en charge de la surveillance reste, en tant que dirigeant effectif et pour les éventuelles autres activités qu'il exercerait en cette qualité, sous la surveillance des autres dirigeants effectifs.

Cette répartition des tâches doit être documentée de manière exhaustive et conservée par écrit.

B. L'identification, la mesure, la gestion, le suivi et le reporting interne des risques

Contrairement à ce que le législateur prévoit pour les entreprises d'investissement, les courtiers bancaires ne sont pas soumis à l'obligation d'avoir des fonctions de contrôle permanentes et indépendantes (compliance, gestion des risques et audit interne)

La loi³³ prévoit par contre que le courtier doit s'organiser pour identifier, mesurer, gérer et suivre les risques importants auxquels il est susceptible d'être exposés, y compris pour ce qui concerne les conflits d'intérêts (Voir « La politique de gestion des risques » *infra*).

³² Cela n'exclut pas par ailleurs que d'autres personnes soient considérées comme faisant partie de la direction effective.

³³ Article 25, §1^{er}, alinéa 1^{er}, 3° de la loi du 25 octobre 2016.

V. LES DIFFÉRENTES POLITIQUES INTERNES

Remarque générale concernant les politiques internes :

L'organe légal d'administration a l'obligation légale³⁴ d'évaluer périodiquement, et au moins une fois par an, l'efficacité et la conformité aux obligations légales et réglementaires des politiques internes listées ci-dessous. Il veille à ce que les personnes chargées de la direction effective de la société prennent les mesures nécessaires pour remédier aux éventuels manquements.

▪ La politique de gestion des risques

Les courtiers bancaires disposent de **procédures efficaces d'identification, de mesure, de gestion, de suivi et de reporting interne des risques importants** auxquels ils sont susceptibles d'être exposés³⁵.

A. Identification et mesure des risques

Dans un premier temps, il est donc demandé aux courtiers bancaires **d'identifier clairement par écrit³⁶ les différents risques** auxquels ils peuvent être exposés et de **les mesurer**. Il est recommandé de rassembler tous les éléments liés à la gestion des risques dans un seul document (Annexe A au Document de synthèse, voir *supra*).

L'identification et la mesure des risques est un exercice auquel se prête chaque courtier bancaire et qui dépend du type d'activité, de la taille et de l'organisation du courtier bancaire en concerné.

Quels risques ? Le courtier bancaire devrait **au minimum** identifier et mesurer les risques appartenant aux catégories suivantes :

Catégorie de risques	Exemples
Risques opérationnels	<i>Par exemple</i> : systèmes informatiques, perte de documents, erreurs humaines, fraudes, outsourcing, etc.
Risques de <i>compliance</i>	<i>Par exemple</i> : suivi de l'évolution législative liée à la mise en conformité avec MiFID II et la loi AML et notamment la mise en œuvre d'une approche fondée sur les risques prévue par cette loi ³⁷ , risques liés à la non-conformité au cadre légal et réglementaire tel

³⁴ Art. 34, §1er de la loi du 25 octobre 2016

³⁵ Art. 25 §1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o de la loi du 25 octobre 2016, en gras par nos soins.

³⁶ Art. 72, § 3 du règlement délégué de l'UE juncto article 26, §5 de la loi du 25 octobre 2016.

³⁷ 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

	que la loi du 22 mars 2006, le manque de conformité aux exigences du règlement GDPR, etc.
Risques lié à la responsabilité civile du courtier bancaire	<i>Par exemple</i> : un employé du courtier bancaire commet une erreur lors d'une réception/transmission d'ordre, fournit un conseil en investissement pour compte propre, etc.

B. Suivi et gestion des risques

Ensuite, pour chaque risque qu'il a identifié et mesuré, le courtier bancaire décrit les mesures adéquates mises en place afin **de suivre** ces risques ainsi que les procédures et personnes responsables pour **gérer** ces risques s'ils venaient à se matérialiser.

Exemple concret

- ✓ Face au risque de compliance, la société A confie la responsabilité au dirigeant effectif M. Durant de veiller en continu à l'évolution du cadre législatif et réglementaire. Mr Durant identifie les différents « chantiers » à venir (GDPR, MiFID II, loi anti-blanchiment du 18 septembre 2017, etc.) et soumet le plan d'action à l'organe légal d'administration. Par ailleurs, l'organe légal d'administration s'assure au moins une fois par an que l'ensemble des procédures et politiques internes sont conformes à la législation en vigueur et que la société dispose des ressources humaines et financières nécessaires pour répondre en temps utile aux modifications législatives futures.
- ✓ Face aux risques de réputation, la société A a confié à M. Durant la responsabilité du traitement et du suivi des plaintes des clients et d'en faire rapport à l'organe légal d'administration.
- ✓ Face aux risques opérationnels, des mécanismes d'identification des fraudes et des erreurs sont mis en place afin de vérifier que les procédures internes sont bien respectées.

C. Reporting des risques

Le courtier bancaire met en place des méthodes et procédures permettant de s'assurer que le reporting des risques est organisé adéquatement. En ce sens, l'organe légal d'administration et les dirigeants effectifs restent informés des risques potentiels et de ceux qui se sont matérialisés.

D. Exhaustivité et proportionnalité

Les dispositifs organisationnels liés à la politique des risques doivent avoir un **caractère exhaustif** et être appropriés à la nature, à l'échelle et à la complexité des risques inhérents au modèle d'entreprise et aux activités du courtier³⁸.

³⁸ Article 25, §2 de la loi du 25 octobre 2016.

Attention : Cet exercice d'identification et de réponse aux différents risques est d'autant plus important que la loi impose aux membres de l'organe légal d'administration du courtier bancaire de disposer collectivement « des compétences et de l'expérience nécessaires à la compréhension des activités du courtier, **y compris des principaux risques auxquels il est exposé³⁹** ».

Best practice : la politique de gestion des risques peut être attachée comme **Annexe A au Document de synthèse.**

³⁹ Article 23, §1er, alinéa 3 de la loi du 25 octobre 2016.

▪ La politique de gestion des conflits d'intérêts et le registre des conflits d'intérêt

L'activité de courtier bancaire se caractérise par le concours de nombreux intérêts qui peuvent être divergents et conflictuels. Différentes relations peuvent mettre en concurrence des intérêts divergents comme les intérêts des clients, les propres intérêts des courtiers bancaires et ceux de leurs collaborateurs. Ceci exige un encadrement interne adéquat afin de préserver les intérêts des clients/investisseurs.

Les courtiers bancaires doivent prendre des mesures organisationnelles et administratives visant à empêcher que des conflits d'intérêts ne lèsent les intérêts de leurs clients⁴⁰. Ils doivent se doter d'une politique interne efficace pour détecter, éviter et gérer les conflits d'intérêts et atténuer autant que possible l'impact potentiel de ces risques.

Dans ce cadre, la FSMA s'attend à ce que la politique interne des courtiers bancaires contienne un inventaire des situations pouvant donner lieu à des conflits d'intérêts. Ces situations peuvent être très variées : il peut s'agir du mode de rémunération des collaborateurs, des relations que ceux-ci entretiennent avec un client, du cumul de tâches en interne par un même collaborateur, etc. Cela vise également le risque de conflits d'intérêts entre différentes activités, réglementées ou non, exercées par les courtiers bancaires.

La liste des conflits d'intérêts potentiels doit faire l'objet d'une mise à jour régulière et être développée en fonction de la structure du courtier bancaire, des activités qu'ils exercent et des personnes concernées. La liste devrait faire référence à des situations effectivement rencontrées sur le terrain.

La liste ci-dessous énumère des critères minimaux à prendre en compte pour la détection des potentiels conflits d'intérêts⁴¹ :

- le courtier bancaire ou toute autre personne liée directement ou indirectement au courtier bancaire est susceptible de réaliser un **gain financier** ou d'éviter une **perte financière** aux dépens du client ;
- le courtier bancaire ou toute autre personne liée directement ou indirectement au courtier bancaire a un intérêt dans le résultat d'un service fourni au client ou d'une transaction réalisée pour le compte de celui-ci qui **diffère de l'intérêt du client** dans ce résultat;
- le courtier bancaire ou toute autre personne liée directement ou indirectement au courtier bancaire est incitée, pour des raisons financières ou autres, à **privilégier les intérêts d'un autre client** ou d'un groupe de clients par rapport à ceux du client concerné ;
- le fait d'avoir la **même activité professionnelle** que son client ;
- le courtier bancaire ou toute autre personne liée directement ou indirectement au courtier bancaire reçoit ou percevra d'une personne autre que le client une **incitation** en relation avec

⁴⁰ Art. 26, §2 de la loi du 25 octobre 2016.

⁴¹ Art. 33 du règlement délégué UE juncto art. 25, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^e et 26, §2 de la loi du 25 octobre 2016 et art. 27, §4 de la loi du 2 août 2002.

le service fourni au client, sous la forme de services ou avantages monétaires ou non monétaires.

Pour chaque conflit d'intérêts listé, il convient de préciser les mesures organisationnelles à adopter en vue de gérer ce conflit d'intérêts et de préciser les circonstances dans lesquelles il y a lieu de prévenir le client de la survenance de ce conflit d'intérêts⁴².

Ces mesures de gestion des conflits d'intérêts peuvent être⁴³, à titre d'exemple : veiller à l'indépendance des personnes concernées notamment par l'interdiction du cumul de certaines fonctions, éviter d'établir un lien direct entre la rémunération des collaborateurs et les revenus générés par l'activité, confier à des personnes distinctes les responsabilités de surveillance et l'activité opérationnelle, l'adoption de mesures visant à interdire ou à limiter l'exercice par une personne d'une influence inappropriée, etc.

La politique en matière de conflits d'intérêts prévoit des procédures visant à informer les clients dans les situations où les mesures visant à empêcher la survenance d'un conflit d'intérêts ne suffisent pas à garantir avec certitude que ce risque sera évité. Les clients devront être informés avant toute intervention du courtier bancaire afin de leur permettre de prendre leur décision en toute connaissance de cause.

Il est, par ailleurs, important que tous les collaborateurs maîtrisent la notion de « conflit d'intérêts » afin qu'ils soient à même d'identifier ces conflits et de les communiquer à leur hiérarchie.

Les courtiers bancaires sont également tenus de tenir un registre consignait les types de services fournis pour lesquels un conflit d'intérêts comportant un risque d'atteinte aux intérêts d'un ou de plusieurs clients s'est produit ou, est susceptible de se produire. Ce registre, distinct de la liste répertoriant les conflits d'intérêts potentiels, est actualisé régulièrement. Un registre bien tenu constitue un instrument important pour la gestion des conflits d'intérêts. La direction effective reçoit, à intervalle fréquent et au moins une fois par an, des rapports écrits sur les situations de conflits d'intérêts précitées⁴⁴.

Best practice : la politique de gestion des conflits d'intérêt peut être attachée comme **Annexe B1 au Document de synthèse** et le registre des conflits d'intérêt peut être attachée comme **Annexe B2 au Document de synthèse**.

⁴² Art. 34, §4 du règlement délégué de l'UE juncto art. 26, § 2 de la loi du 25 octobre 2016 et art. 27, §4 de la loi du 2 août 2002.

⁴³ Art. 34, §3 du règlement délégué de l'UE juncto art. 26, § 2 de la loi du 25 octobre 2016 et art. 27, §4 de la loi du 2 août 2002..

⁴⁴ Art. 35, alinéa 2 du règlement délégué de l'UE juncto art. 26, §5, alinéa 1^{er} de la loi du 25 octobre 2016.

▪ La politique de rémunération

Les courtiers bancaire adoptent et mettent en œuvre des politiques et pratiques de rémunération en tenant compte du risque qui peut survenir en matière de conformité aux règles de conduite⁴⁵ et de conflits d'intérêts.⁴⁶

Dans l'établissement de ces politiques, les courtiers bancaires veillent à ne pas créer des incitations qui pourraient encourager les personnes concernées⁴⁷ à privilégier des gains à court termes ou leurs propres intérêts au détriment des intérêts de leurs clients.

Dans l'élaboration de ces politiques, les courtiers bancaires gardent à l'esprit la protection de l'intérêt des clients et tiennent compte de différents facteurs comme, notamment, les fonctions exercées par les personnes concernées, le type de produits offerts, les méthodes de distribution (avec ou sans conseil d'investissement, en direct, par email ou par téléphone).

Il est également important de veiller à un équilibre adéquat entre la partie variable de la rémunération et sa partie fixe⁴⁸. Une rémunération exclusivement variable risque de voir la personne concernée privilégier des gains à court termes au détriment de l'intérêt du client.

Cette partie variable de la rémunération repose également sur des critères qui permettent de faire converger les intérêts des clients et ceux des personnes concernées. Pour cela, le recours à des critères qualitatifs⁴⁹ est recommandé. Ces critères qualitatifs incluent, par exemple, la qualité du service offert à la clientèle, la conformité aux procédures internes et aux exigences réglementaires, le traitement équitable des clients et leur degré de satisfaction.

⁴⁵ Voyez les articles 27 à 28 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers.

⁴⁶ Art. 25, §1, alinéa 1^{er}, 6° de la loi du 25 octobre 2016.

⁴⁷ Il faut entendre par « personnes concernées » les personnes susceptibles d'avoir une influence significative sur le service fourni ou sur le comportement de l'entreprise, y compris le personnel en contact direct avec les clients, les équipes commerciales, les supérieurs hiérarchiques considérés comme pouvant exercer une pression sur les équipes commerciales, etc.

⁴⁸ Art. 27, §4 du règlement délégué UE juncto art. 25, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 6°, et art. 26, §2de la loi du 25 octobre 2016 et art. 27, §4 de la loi du 2 août 2002. .

⁴⁹ Les critères qualitatifs complètent les critères quantitatifs qui sont principalement des données chiffrées ou financières comme par exemple le volume des ventes réalisées, le nombre de nouveaux clients, etc.

Exemples de bonnes pratiques⁵⁰:

- les éléments du calcul de la rémunération variable des personnes concernées sont les mêmes pour tous les produits vendus ;
- la rémunération variable peut être versée au terme de l'investissement ou peut être reportée afin de garantir que la vente du produit prenne effectivement en considération le bénéfice effectif final pour le client (la rémunération variable pourrait ainsi être adaptée en fonction du bénéfice réalisé).

Exemples de mauvaises pratiques⁵¹ :

- le versement d'une commission anormalement élevée qui encourage la vente d'un produit spécifique. Cela inciterait la vente d'un produit sans vérification qu'il est bien adapté au profil du client.
- une rémunération variable calculée exclusivement sur la base de critères quantitatifs comme le volume des ventes ou le rendement final du produit.

Best practice : la politique de rémunération peut être attachée comme **Annexe C au Document de synthèse**.

⁵⁰ Cfr. ESMA Guidelines on remuneration policies and practices du 13 octobre 2013.

⁵¹ Ibidem.

▪ La politique d'enregistrement des communications

D'une manière générale, les courtiers bancaires conservent un enregistrement de tout service d'investissement fourni et de toute transaction effectuée afin de permettre à la FSMA d'exercer ses compétences de contrôle et, en particulier de vérifier si les courtiers respectent leurs obligations à l'égard de leurs clients ou clients potentiels, et concernant l'intégrité du marché⁵². L'annexe I au règlement délégué reprend les différentes exigences d'enregistrement selon la nature de l'activité exercée.

Les courtiers bancaires apportent à la FSMA, à sa demande, la démonstration des politiques et procédures d'enregistrement et de la supervision par la direction de l'application des règles d'enregistrement⁵³.

Ces enregistrements incluent l'enregistrement des conversations téléphoniques et des communications électroniques en rapport, au moins, avec les transactions conclues dans le cadre de la prestation de services relatifs aux ordres de clients qui concernent la réception et la transmission d'ordres de clients.

A cette fin, les courtiers bancaires se dotent d'un système d'enregistrement et de conservation des communications telles que les conversations téléphoniques, les courriers, les télécopies, les réunions, les emails, les SMS, les chats, *etc.*

Les conversations et communications visées sont toutes les conversations et communications avec les clients, avec des tiers et les communications internes qui sont en rapport avec les services d'investissement de réception et transmission d'ordres fournis, ce qui incluent également celles qui sont destinées à la proposition de services d'investissement même si ces conversations et communications ne donnent pas lieu à la conclusion d'une transaction ou à la fourniture effective d'un service d'investissement (Cela vise, par exemple, toute discussion portant sur le prix, les offres, demandes de devis, *etc.*).

Une conversation téléphonique liée à la fourniture d'un conseil en investissement n'est donc pas soumise, en tant que telle, à l'obligation d'enregistrement. Néanmoins, si le courtier bancaire fournit des services de conseils en investissement pour compte d'une entreprise réglementée, il devra:

- soit mettre en place une organisation interne de nature à opérer une séparation stricte des fonctions liés, d'une part, à la prestation du service de conseil en investissement et, d'autre part, à la réception d'ordres de clients;
- soit enregistrer l'ensemble des conversations susceptibles d'inclure à la fois la fourniture d'un conseil et la passation d'un ordre. Tel est le cas, a fortiori, lorsque le service de réception et de transmission d'ordres ainsi que le service de conseil en investissement sont délivrés par le biais d'un canal de communication téléphonique unique.

Les courtiers bancaires tiennent un registre, régulièrement mis à jour, des personnes qui disposent d'appareils mis à leur disposition ou d'appareils privés dont l'utilisation a été approuvée.⁵⁴ Il

⁵² Art. 26, §5 de la loi du 25 octobre 2016.

⁵³ Art. 76, §7 du règlement délégué de l'UE juncto art. 26, § 5 de la loi du 25 octobre 2016.

⁵⁴ Art. 76, §4 du règlement délégué UE juncto art. 26, § 5 de la loi du 25 octobre 2016.

conviendra également de s'assurer que les conversations et communications faites au moyen d'appareils privés puissent être enregistrées. Les courtiers bancaires veilleront à mettre en place un système qui permet de s'assurer qu'aucun employé n'envoie ou ne reçoive des communications téléphoniques ou électroniques au moyen d'équipements privés ne pouvant faire l'objet d'enregistrement.

Les enregistrements sont conservés sur un support durable qui permet le stockage d'informations de telle façon qu'elle puissent être consultées ultérieurement par la FSMA⁵⁵. Ils sont conservés pendant une durée de cinq ans⁵⁶.

Best practice : la politique d'enregistrement des communications peut être attachée comme **Annexe D au Document de synthèse**.

⁵⁵ Art. 72 du règlement délégué UE juncto art. 26, § 5 de la loi du 25 octobre 2016.

⁵⁶ La durée de conservation peut aller jusqu'à sept ans sur demande expresse de la FSMA (Art. 26, §5 de la loi du 26 octobre 2016).