



# Devoir de diligence Constatations et positions dégagées à l'issue de plusieurs inspections

Août 2014

## Table des matières

1	Introduction.....	3
2	Objet des inspections et des travaux effectués .....	3
3	Qualification des constats .....	5
4	Statistiques .....	6
5	Constatations et positions de la FSMA concernant le devoir de diligence.....	7
5.1	La collecte, la cohérence et la mise à jour des informations des clients.....	8
5.1.1	Cadre de référence .....	8
5.1.2	Constatations et positions.....	10
5.2	L'évaluation du caractère adéquat et du caractère approprié des transactions.....	15
5.2.1	Cadre de référence .....	15
5.2.2	Constatations et positions.....	16
5.3	La sélection, l'approbation et la commercialisation des produits .....	22
5.3.1	Cadre de référence .....	22
5.3.2	Constatations et positions.....	22
5.4	Les informations fournies aux clients concernant le devoir de diligence.....	23
5.4.1	Cadre de référence .....	23
5.4.2	Constatations et positions.....	23
5.5	L'évaluation et le monitoring de la politique et des procédures relatives au devoir de diligence.....	24
5.5.1	Cadre de référence .....	24
5.5.2	Constatations.....	24
5.6	La conservation des données dans le cadre du devoir de diligence .....	25
5.6.1	Cadre de référence .....	25
5.6.2	Constatations.....	25
5.7	La formation du personnel.....	26
5.7.1	Constatations.....	26

## 1 Introduction

L'article 45 de la loi du 2 août 2002<sup>1</sup> confie à la FSMA la mission de contrôler le respect des règles de conduite visées aux articles 26, 27, 28 et 28*bis* de cette loi. Le Corps central d'inspection de la FSMA assure l'exercice de ce contrôle.

A partir du mois de mai 2013, la FSMA a effectué une série d'inspections auprès de plusieurs établissements de crédit et entreprises d'investissement afin de s'assurer de la bonne application des règles de conduite relatives au devoir de diligence.

La présente note donne un aperçu des principales constatations et positions que la FSMA entend communiquer au secteur à l'issue de ces inspections.

## 2 Objet des inspections et des travaux effectués

Les inspections menées par la FSMA dès le mois de mai 2013 avaient pour but de vérifier si les banques et les entreprises d'investissement se conformaient bien aux règles de conduite concernant le devoir de diligence. La FSMA s'est adressée à tous les types de banques : les banques d'affaires, les banques disposant d'un vaste réseau *retail* et les banques en ligne. Outre les banques belges, plusieurs succursales d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement de droit étranger ont été incluses dans le périmètre d'inspection. La FSMA a principalement mis l'accent sur les clients de détail dans les segments '*retail banking*'. Dans un certain nombre de cas, le département de gestion de portefeuille a également été audité.

La FSMA a effectué ses travaux en se basant sur le programme d'audit qu'elle a publié sur son site web. Les aspects suivants ont été examinés :

- la collecte, la cohérence et la mise à jour des informations des clients ;
- l'évaluation du caractère adéquat et/ou du caractère approprié des transactions (en fonction du modèle de diligence de l'entreprise) ;
- les informations fournies aux clients concernant le devoir de diligence ;
- l'évaluation et le monitoring de la politique et des procédures relatives au devoir de diligence.

La FSMA a également analysé, dans la mesure où ils ont un impact sur le respect du devoir de diligence, les rémunérations et les objectifs commerciaux, ainsi que le processus de sélection, d'approbation et de commercialisation des produits.

---

<sup>1</sup> Loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers.

Vu l'importance du thème et des constats opérés, la FSMA a décidé de poursuivre ce cycle d'inspections au cours du second semestre 2014. Elle fera, dans ce cadre, également usage de la technique du *mystery shopping*, en recourant aux services d'un partenaire externe. Celui-ci, agissant sous la responsabilité de la FSMA, enverra dans les agences de diverses entreprises réglementées un certain nombre de *shoppers* préalablement sélectionnés qui effectueront leur mission en suivant un scénario préétabli. La FSMA confrontera ensuite les entreprises réglementées concernées aux constatations dégagées à l'issue de cet exercice.

Dans la pratique, les inspections que la FSMA effectue elle-même se déroulent en plusieurs phases. Celles-ci sont décrites ci-dessous.

#### Phase 1 : analyse de la politique et des procédures liées au modèle de diligence

Cette phase a lieu principalement au siège central de l'entreprise et consiste à analyser les éléments suivants :

- les informations que la FSMA a demandées dans sa lettre de mission envoyée lors de la mise en route de l'inspection ;
- la politique et les procédures liées au modèle de diligence de l'entreprise ;
- les contrôles concernant le modèle de diligence qui ont été effectués par les services de contrôle interne de l'entreprise (première ligne, compliance et audit interne).

#### Phase 2 : visites dans le réseau commercial, s'il en existe un

Les visites effectuées dans le réseau d'agences permettent de vérifier si la politique et les procédures relatives au devoir de diligence sont appliquées et si elles donnent lieu à un traitement honnête, équitable et professionnel des clients. Les agences sont sélectionnées sur la base des données fournies par l'entreprise et selon des critères établis par la FSMA. En fonction de la taille de l'entreprise réglementée, 5 à 10 % environ des agences font l'objet d'une visite. La FSMA veille à cet égard à la répartition géographique des agences visitées afin d'effectuer ses inspections dans toutes les provinces et régions.

#### Phase 3 : analyse de dossiers de clients

Cette phase a pour objet de s'assurer que la politique et les procédures relatives au devoir de diligence sont effectivement suivies et que l'entreprise respecte ses obligations en matière de conservation des données.

Les dossiers sont sélectionnés sur la base des données fournies par l'entreprise et selon des critères établis par la FSMA.

Ces analyses débouchent sur la rédaction d'un rapport d'inspection, qui est soumis à l'approbation du comité de direction de la FSMA. S'il comporte des injonctions, ce rapport est remis au responsable de la direction effective et au président de l'organe légal d'administration de l'entreprise réglementée.

S'il s'agit d'une entreprise réglementée dont le contrôle prudentiel relève des compétences de la Banque Nationale, cette dernière reçoit une copie du rapport.

Le commissaire agréé reçoit lui aussi, pour information, une copie de ce rapport.

Dans le cas de succursales d'entreprises réglementées européennes, une copie est également transmise à l'autorité de contrôle du pays d'origine concerné.

En fonction du rapport établi, la FSMA demande à l'entreprise réglementée de lui remettre un plan d'action dont la mise en œuvre fera l'objet d'un suivi périodique par les services de la FSMA.

Cet examen aura plus particulièrement pour objet de vérifier si l'entreprise réglementée a entrepris des actions concrètes afin de donner suite aux mesures adoptées par la FSMA.

### 3 Qualification des constats

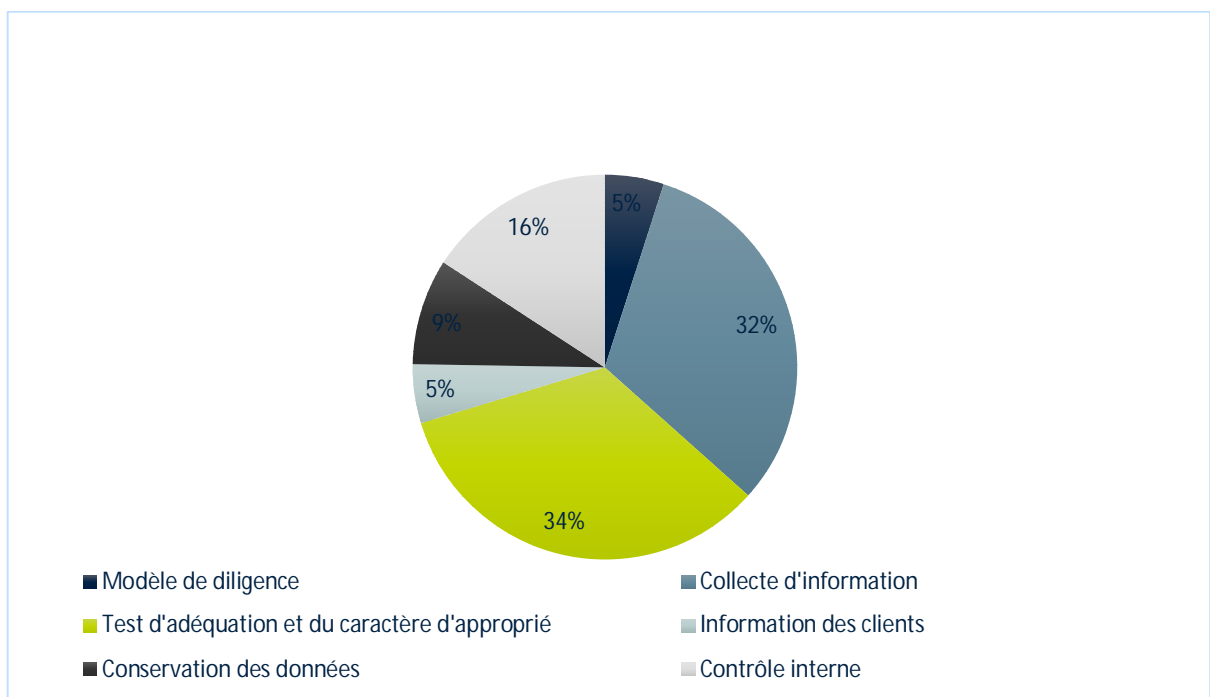
Pour chaque infraction, manquement ou faiblesse qu'elle a constaté au cours des différentes inspections, la FSMA a expliqué sa position et adopté une mesure relevant de l'une des catégories suivantes :

- une "injonction" est une mesure par laquelle la FSMA enjoint à la direction effective de l'entreprise réglementée, en application de l'article 36 et/ou de l'article 36bis de la loi du 2 août 2002, d'entreprendre des actions correctrices dans un délai déterminé par la FSMA. Cette mesure résulte du constat d'une infraction aux règles de conduite MiFID et à toute réglementation y afférente, ou d'une défaillance dans l'organisation de l'entreprise réglementée. Ces actions correctrices devront être validées par la FSMA et feront l'objet d'un suivi spécifique par ses services ;
- une "recommandation" est formulée en cas de manquements constatés au niveau du contrôle interne. Dans ce cas, la FSMA attend de l'entreprise réglementée qu'elle établisse un plan d'action exposant en détail les mesures à prendre pour remédier à ces manquements et qu'elle désigne une personne responsable de la mise en œuvre de ce plan d'action. La FSMA vérifiera la pertinence des mesures envisagées et pourra réévaluer leur efficacité ;

- un "point d'attention" est un élément sur lequel la FSMA entend attirer l'attention du management sans pour autant demander à l'entreprise réglementée de mettre en place un plan d'action à court terme. Ces points d'attention pourront être réévalués dans le cadre d'une inspection ultérieure au cours de laquelle la FSMA appréciera la pertinence des mesures prises par l'entreprise réglementée.

## 4 Statistiques

A ce jour, la FSMA a opéré 115 constats ayant donné lieu à l'adoption d'une mesure. Dans 62 cas, une injonction a été émise. Le graphique ci-dessous reproduit la répartition des injonctions, en suivant la structure du programme de travail d'audit de la FSMA.



## 5 Constatations et positions de la FSMA concernant le devoir de diligence

Les constatations et positions de la FSMA exposées ci-dessous suivent, dans une large mesure, la structure du programme de travail d'audit publié par la FSMA. Elles sont regroupées sous les thèmes suivants :

- la collecte, la cohérence et la mise à jour des informations des clients ;
- l'évaluation du caractère adéquat et du caractère approprié des transactions ;
- la sélection, l'approbation et la commercialisation des produits ;
- les informations fournies aux clients concernant le devoir de diligence ;
- l'évaluation et le monitoring de la politique et des procédures relatives au devoir de diligence ;
- la conservation des données dans le cadre du devoir de diligence.

Le cadre de référence qui a servi de base aux constats opérés et aux mesures adoptées se compose des textes légaux et réglementaires suivants :

- l'article 27, §§ 1<sup>er</sup> et 4 à 6, de la loi du 2 août 2002 ;
- les articles 15 à 19 de l'arrêté royal du 3 juin 2007 ;
- le règlement de la CBFA du 5 juin 2007 ;
- les articles 21, 41, 42, 64 et 65, ainsi que l'article 66 en ce qui concerne la fourniture de services d'investissement et l'exercice d'activités d'investissement, de la loi du 25 avril 2014<sup>2</sup> ;
- les articles 62 et 62*bis* de la loi du 6 avril 1995.

Toute infraction significative aux dispositions précitées donne en principe lieu à la formulation d'une injonction.

---

<sup>2</sup> Jusqu'au 7 mai 2014, date d'entrée en vigueur de la loi du 25 avril 2014 : les articles 20 et 20*bis* de la loi du 22 mars 1993.

La FSMA a par ailleurs étoffé son cadre de référence en y intégrant, dans une large mesure, les orientations ESMA/2012/387 concernant les exigences d'adéquation de la directive MiFID. Ces orientations ont été établies par l'Autorité européenne des marchés financiers (ESMA) en concertation avec l'ensemble des autorités de contrôle nationales compétentes, au sein de l'Union européenne, pour les matières MiFID. La FSMA s'est engagée vis-à-vis de l'ESMA à appliquer ces orientations dans sa pratique de contrôle. Dans la mesure où elles n'ont pas été transposées en droit belge, ces orientations, si elles ne sont pas respectées, ne donnent pas lieu à la formulation d'une injonction, mais à l'émission d'une recommandation.

## 5.1 La collecte, la cohérence et la mise à jour des informations des clients

### 5.1.1 Cadre de référence

#### 5.1.1.1 Test du caractère adéquat

Les entreprises réglementées qui ont choisi d'appliquer un modèle de diligence basé sur une évaluation du caractère adéquat ('suitability test'), sont tenues de se conformer aux règles relatives à la collecte d'informations sur les clients existants ou potentiels. Elles doivent établir une politique et des procédures qui leur permettent de s'assurer que les transactions qu'elles recommandent dans le cadre d'un conseil en investissement satisfont aux critères suivants :

- elles répondent aux objectifs d'investissement du client ;
- le client est financièrement en mesure de faire face à tout risque lié à l'investissement ;
- le client possède les connaissances et l'expérience nécessaires pour comprendre les risques inhérents à la transaction.

Les informations recueillies sur les connaissances et l'expérience du client doivent être adaptées au type de client, à la nature et à l'étendue du service fourni ainsi qu'à la transaction concernée.

Les entreprises réglementées doivent porter une attention particulière aux aspects suivants :

- l'étendue des informations récoltées ;
- la fiabilité et la cohérence de ces informations ;
- la mise à jour de ces informations.

La collecte d'informations sur des personnes morales et sur des groupes de personnes est soumise à des exigences particulières.



Si une entreprise réglementée n'arrive pas à recueillir suffisamment d'informations sur un client existant ou potentiel, elle n'est pas autorisée à lui fournir un conseil en investissement.

Les entreprises réglementées peuvent se fier aux informations fournies par le client existant ou potentiel, à moins qu'elles ne sachent, ou ne devraient savoir, que les informations dont elles disposent sont manifestement périmées, inexactes ou incomplètes.

Les entreprises réglementées doivent, pour chaque client existant ou potentiel, conserver pendant une période d'au moins 5 ans les informations suivantes :

- les données recueillies sur les connaissances et l'expérience, la situation financière et les objectifs d'investissement du client ;
- les modifications apportées à ces données, notamment celles intervenues dans le profil de risque du client.

#### 5.1.1.2 Test du caractère approprié

Dans le cas de transactions qui ne font pas l'objet d'un conseil en investissement, l'entreprise réglementée doit appliquer la règle l'obligeant à évaluer les connaissances et l'expérience du client (évaluation du caractère approprié ou 'appropriateness test').

Les conditions régissant la collecte et la mise à jour des informations relatives aux connaissances et à l'expérience du client sont identiques à celles qui s'appliquent dans le cadre de l'évaluation du caractère adéquat (cf. point 5.1.1.1).

Si une entreprise réglementée ne parvient pas à recueillir suffisamment d'informations sur un client existant ou potentiel, elle doit l'avertir qu'elle n'est de ce fait pas en mesure de déterminer si le service ou le produit est approprié pour lui. Cet avertissement peut s'effectuer de manière standardisée.

Les entreprises réglementées doivent, pour chaque client existant ou potentiel, conserver pendant une période d'au moins 5 ans les informations suivantes :

- les données recueillies sur les connaissances et l'expérience du client ;
- l'avertissement précité lorsque l'évaluation du caractère approprié ne peut être effectuée, faute d'informations suffisantes.

## 5.1.2 Constatations et positions

### 5.1.2.1 Constatations

Lors de ses inspections, la FSMA a constaté que la collecte d'informations auprès des clients ne satisfaisait pas encore aux exigences prévues par les règles MiFID. Les informations recueillies par l'entreprise sont souvent incomplètes et ne font pas l'objet d'une vérification suffisante quant à leur cohérence.

Les entreprises ont également souvent des difficultés à appliquer les orientations de l'ESMA en ce qui concerne les comptes ayant plusieurs titulaires, les indivisions, les mineurs d'âge et les personnes morales.

Ces constatations ont amené la FSMA à adopter les positions exposées ci-dessous.

### 5.1.2.2 Positions

#### 5.1.2.2.1 Acceptabilité de l'utilisation de questionnaires standardisés lors de la collecte d'informations

L'entreprise doit établir une politique et des procédures qui lui permettent de s'assurer que les transactions qu'elle recommande dans le cadre d'un conseil en investissement satisfont aux critères suivants :

- elles répondent aux objectifs d'investissement du client ;
- le client est financièrement en mesure de faire face à tout risque lié à l'investissement ;
- le client possède les connaissances et l'expérience nécessaires pour comprendre les risques inhérents à la transaction.

Les informations recueillies sur les connaissances et l'expérience du client doivent être adaptées au type de client, à la nature et à l'étendue du service fourni ainsi qu'à la transaction concernée.

L'entreprise peut faire usage d'un questionnaire standardisé pour recueillir les informations nécessaires. Elle peut également recourir à des 'profils standardisés' pour traiter les informations récoltées. L'utilisation de méthodes de traitement standard est utile en soi pour accroître l'efficacité du processus, mais elle n'est pas suffisante pour effectuer le test du caractère adéquat. L'entreprise est en effet tenue de s'assurer que, pour chaque client et pour chaque transaction, il est satisfait à chacun des 3 critères (cf. infra point 5.2.2.2.1).

#### 5.1.2.2.2 Moment de la collecte des informations

L'entreprise doit, dès le début de la prestation de services, recueillir des informations suffisantes pour pouvoir offrir au client un conseil en investissement adéquat. Cela ne veut pas dire qu'elle doit préalablement vérifier, pour toutes les propositions d'investissement susceptibles d'entrer en ligne de compte, si celles-ci seront adéquates pour le client. Il est acceptable que l'entreprise demande, avant la transaction, des informations plus détaillées, par exemple sur les connaissances et l'expérience du client concernant le produit d'investissement proposé ou sur la durée pendant laquelle il souhaite conserver ce produit, et qu'elle prenne ces informations en considération pour évaluer le caractère adéquat du produit en question.

#### 5.1.2.2.3 Collecte d'informations sur les connaissances et l'expérience

##### 5.1.2.2.3.1 Granularité de la collecte d'informations sur les connaissances et l'expérience

La collecte d'informations doit être suffisante pour pouvoir déterminer, pour chacun des produits faisant partie de la gamme offerte par l'entreprise, si le client en a une connaissance et une expérience suffisantes pour être en mesure d'estimer les risques et le rendement potentiel de ces produits. Les produits peuvent, à cet effet, être catégorisés en types pertinents, pour autant que l'entreprise puisse démontrer que la connaissance de l'un des produits d'un type déterminé permet raisonnablement de conclure à l'existence de la connaissance des autres produits de ce type. Les produits auxquels ne s'applique pas ce raisonnement doivent être catégorisés en types distincts.

Il est de bonne pratique de tenir compte, dans cette catégorisation, des éléments suivants :

- les principaux facteurs qui déterminent le risque lié au produit ;
- les principaux facteurs qui déterminent le rendement du produit ;
- la structure juridique du produit ;
- la protection de capital ou la garantie de capital dont le produit est assorti ;
- la présence d'un effet de levier ;
- la liquidité du produit ;
- la détermination du prix du produit ;
- la structure des coûts du produit ;
- la fiscalité du produit.

La politique de l'entreprise doit contenir des règles justifiant la catégorisation opérée. L'entreprise doit examiner avant chaque transaction si le client possède des connaissances et une expérience suffisantes concernant le produit d'investissement proposé. Elle n'est pas obligée de demander cette information au début de la prestation de services pour tous les produits de la gamme qu'elle offre.

#### 5.1.2.2.3.2 Evaluation obligatoire des connaissances et de l'expérience

L'entreprise ne peut déduire de la présence d'un produit d'investissement dans le portefeuille du client que ce dernier possède les connaissances nécessaires en la matière. L'entreprise doit évaluer ces connaissances pour chaque produit séparément.

En ce qui concerne les clients qui avaient déjà effectué une série de transactions portant sur un type de produit déterminé avant l'entrée en vigueur des règles de conduite MiFID, soit avant 2007, un régime transitoire avait été mis en place. Il permettait à l'entreprise de présumer, aux fins uniquement du test du caractère approprié, que ces clients disposaient des connaissances et de l'expérience nécessaires. Cette exception était strictement limitée au régime transitoire.

Il ne suffit pas, pour évaluer les connaissances du client, de lui demander de répondre par oui ou non à la question cherchant à déterminer s'il connaît le produit.

Si l'entreprise fournit des conseils en investissement, elle doit s'assurer que le client comprend suffisamment les caractéristiques essentielles du produit d'investissement (parmi lesquelles le risque qu'il comporte et le rendement qu'il peut procurer) pour prendre ses décisions d'investissement en connaissance de cause. Si elle constate que tel est le cas, l'entreprise peut enregistrer la réponse du client comme étant 'oui'.

Les connaissances du client doivent être constatées dans les faits. Une simple signature du client sous l'enregistrement des réponses ne suffit pas pour démontrer que l'évaluation de ses connaissances a eu lieu.

Il est de bonne pratique de conserver une documentation solide des vérifications factuelles qui étayent la réponse enregistrée.

Si l'entreprise fournit un service de gestion de portefeuille, elle doit s'assurer que le client comprend suffisamment les caractéristiques essentielles du produit d'investissement pour suivre la situation de son portefeuille et en appréhender les risques.

L'entreprise peut aider le client à acquérir les connaissances nécessaires sur les produits d'investissement. Elle doit veiller, à cet égard, à ne pouvoir conclure à la présence de ces connaissances que si elle s'est assurée que le client comprend suffisamment les caractéristiques essentielles du produit (parmi lesquelles le risque qu'il comporte et le rendement qu'il peut procurer) pour prendre ses décisions d'investissement en connaissance de cause. La simple communication d'informations sur un produit d'investissement ne suffit pas pour conclure que le client connaît le produit.

L'entreprise ne peut organiser la collecte des informations de manière telle que seule l'augmentation des connaissances puisse être enregistrée. En effet, l'entreprise ou, dans le cas d'une auto-évaluation, le client peut s'être trompé(e) lors de l'estimation des connaissances. L'entreprise doit organiser la collecte des informations de façon à ce qu'elle donne une image correcte des connaissances du client.

Il ne suffit pas, pour évaluer l'expérience du client, de lui demander de répondre par oui ou non à la question visant à établir s'il a déjà fait l'expérience d'un produit d'investissement.

L'entreprise doit évaluer l'expérience du client sur la base des éléments suivants :

- la nature, le volume et la fréquence des transactions du client, et
- l'étendue de la période durant laquelle celles-ci ont été effectuées.

Si le client doit toujours posséder les connaissances et l'expérience nécessaires, il ne peut en revanche jamais acquérir l'expérience de produits d'investissement qu'il n'a pas encore en portefeuille. Une manière acceptable d'acquérir l'expérience de nouveaux produits d'investissement est de se constituer progressivement une position en portefeuille. Lors de la fourniture d'un service de gestion de portefeuille ou d'un conseil en investissement, l'entreprise doit en outre vérifier si l'opération répond aux objectifs d'investissement du client et dans quelle mesure le client dispose d'une assise financière suffisante pour supporter les risques liés à l'investissement. La constitution d'une telle position doit aller de pair avec un accompagnement adéquat du client.

#### 5.1.2.2.4 Collecte d'informations sur les objectifs d'investissement

##### 5.1.2.2.4.1 Auto-évaluation de l'appétit au risque

Pour autant que l'entreprise se soit assurée que le client comprend correctement les notions de 'risque' et de 'rendement', ainsi que le rapport entre les deux, rien n'empêche que le client évalue lui-même son appétit au risque. L'appétit au risque du client fait partie de ses objectifs d'investissement.

L'entreprise doit, à cet égard, veiller à la cohérence des données. Si les données sont potentiellement contradictoires, comme tel sera le cas si, par exemple, le client affiche à la fois un faible appétit au risque et des objectifs d'investissement ambitieux, l'entreprise doit attirer l'attention du client sur ces contradictions et tenter de clarifier celles-ci.

#### 5.1.2.2.4.2 Horizon de placement

L'entreprise doit tenir compte de l'information communiquée par le client en ce qui concerne la durée pendant laquelle il souhaite conserver l'investissement. Cette information fait partie des renseignements concernant les objectifs d'investissement du client et peut être recueillie au début de la relation d'affaires - auquel cas elle porte généralement sur l'ensemble du portefeuille - et/ou lors d'une transaction particulière.

#### 5.1.2.2.5 Fréquence de la mise à jour des données

Lorsque l'entreprise entretient une relation d'affaires régulière avec un client, ce qui est le cas lorsqu'il s'agit d'un conseil en investissement structurel, il est de bonne pratique de mettre à jour les données du client à intervalles réguliers, de même que chaque fois que l'entreprise est informée de changements ayant une incidence substantielle sur le profil de risque du client qui a été établi sur la base des données récoltées. L'entreprise doit à cet égard mener une politique cohérente.

Si l'entreprise a pris des mesures raisonnables pour mettre à jour les données, mais que le client ne fournit pas de nouvelles informations, l'entreprise peut présumer que le profil est inchangé, à moins qu'elle ne sache, ou ne devrait savoir, que les informations dont elle dispose sont manifestement périmées, inexactes ou incomplètes.

#### 5.1.2.2.6 Collecte d'informations via Internet

Certaines entreprises, pour effectuer le test du caractère adéquat, récoltent des informations via Internet. Comme elles n'ont pas de contact 'face-to-face' avec leurs clients, elles doivent mettre en place une organisation adéquate pour recueillir des informations fiables concernant la situation financière, les connaissances et l'expérience ainsi que les objectifs d'investissement de leurs clients. En tant que banques en ligne, elles doivent faire preuve d'une vigilance particulière en ce qui concerne les aspects suivants :

- elles doivent veiller à ce que les questions qu'elles posent soient claires et non ambiguës. Le client ne peut en effet poser de questions supplémentaires pour obtenir des éclaircissements ;
- elles doivent veiller à poser suffisamment de questions pour obtenir une image précise du client. L'entreprise ne peut en effet pas davantage poser de questions supplémentaires au client ;

- elles sont entièrement tributaires de l'auto-évaluation effectuée par le client, tant lors du remplissage initial du questionnaire que lors de toute modification ultérieure éventuellement apportée par le client. Elles doivent prendre des mesures pour vérifier, dans la mesure du possible, les données communiquées d'un œil critique.

Les banques en ligne doivent porter une attention particulière au contrôle des données de clients car elles sont, plus encore que les autres entreprises, tributaires des données communiquées par le client. Les données relatives aux transactions déjà effectuées par les clients peuvent contenir des informations importantes sur la véracité des connaissances et de l'expérience indiquées par le client. Si un client, par exemple, subit systématiquement des pertes sur des transactions effectuées dans un instrument financier déterminé, mais indique malgré tout qu'il a une connaissance de cet instrument, la banque ne peut pas considérer que les informations du client sont correctes et elle doit entreprendre une action pour contrôler leur véracité.

## 5.2 L'évaluation du caractère adéquat et du caractère approprié des transactions

### 5.2.1 Cadre de référence

#### 5.2.1.1 Test du caractère adéquat

Dans le cas des transactions faisant l'objet d'un conseil en investissement, l'entreprise réglementée doit, à chaque transaction, vérifier si celle-ci est adéquate pour le client. Elle procède à cette vérification sur la base des informations qu'elle a recueillies au sujet du client (cf. point 5.1).

Les entreprises réglementées doivent également pouvoir retrouver *a posteriori* les raisons qui ont motivé un investissement. En ce qui concerne les transactions pour lesquelles elles fournissent des conseils en investissement, elles doivent dès lors conserver pendant une période de 5 ans les informations suivantes :

- toutes les données légalement prévues concernant la transaction ;
- le fait que le client a bénéficié d'un conseil en investissement ;
- l'instrument financier qui lui a été conseillé ;
- les types d'instruments financiers que l'entreprise juge adéquats pour chaque profil d'investissement et les motifs de ce choix.

### 5.2.1.2 Test du caractère approprié

Dans le cas des transactions pour lesquelles elle ne fournit pas de conseil en investissement, l'entreprise réglementée doit évaluer les connaissances et l'expérience du client. Elle n'est dispensée de cette évaluation que lorsqu'il s'agit de transactions qui sont effectuées à l'initiative du client et qui portent sur un instrument financier non complexe<sup>3</sup>. L'obligation précitée s'applique également lorsque l'entreprise a donné un conseil en investissement négatif, mais que le client souhaite malgré tout faire exécuter la transaction à ses risques et périls.

Cette évaluation s'effectue sur la base des informations spécifiques qui ont été récoltées sur le client existant ou potentiel (cf. point 5.1). Si le résultat de l'évaluation est négatif, l'entreprise avertit le client que la transaction n'est pas appropriée. Cet avertissement peut se faire de manière standardisée.

Les entreprises réglementées doivent, pour chaque client existant ou potentiel, conserver pendant une période d'au moins 5 ans les informations suivantes :

- toutes les données légalement prévues concernant la transaction ;
- l'avertissement susmentionné lorsque le résultat de l'évaluation du caractère approprié est négatif.

## 5.2.2 Constatations et positions

### 5.2.2.1 Constatations

Lors de ses inspections, la FSMA a constaté divers problèmes concernant la réalisation du test du caractère adéquat ou du caractère approprié. Ces constatations sont importantes dans la mesure où une évaluation déficiente du caractère adéquat ou du caractère approprié peut amener les entreprises réglementées à proposer à leurs clients des produits d'investissement qui ne sont pas adéquats pour eux ou à omettre de les avertir que ces produits ne sont pas appropriés dans leur cas.

Ces constatations ont amené la FSMA à adopter les positions exposées ci-dessous.

---

<sup>3</sup> Instrument financier non complexe au sens de l'article 27, § 6, de la loi du 2 août 2002.



## 5.2.2.2 Positions

### 5.2.2.2.1 Utilisation de profils standardisés

Pour des raisons d'efficacité, de nombreuses entreprises réglementées traduisent les informations récoltées dans un profil de risque standardisé. Lors de chaque transaction, elles vérifient si celle-ci est adéquate pour le profil dans lequel l'investisseur a été classé, plutôt que pour l'investisseur lui-même. L'utilisation de méthodes de traitement standard ne les dispense toutefois pas de l'obligation de vérifier, pour chaque client existant ou potentiel et lors de chaque transaction, s'il est satisfait à chacun des 3 critères (objectifs d'investissement, situation financière ainsi que connaissances et expérience). Si les profils ne sont pas suffisamment affinés pour prendre en considération toutes les informations relatives aux clients, un test supplémentaire doit être effectué à chaque transaction afin de vérifier les critères manquants.

Un client peut avoir plusieurs 'profils standardisés' pour des parties distinctes de son portefeuille, s'il a fait part d'objectifs d'investissement différents. La différence de profil ne peut toutefois découler de différences au niveau de sa situation financière, de ses connaissances ou de son expérience : les informations sur ce plan doivent être parallèles pour tous les portefeuilles du même client.

Si l'entreprise constate que les objectifs d'investissement du client tels qu'ils sont exprimés dans son 'profil standardisé' ne correspondent pas à ses objectifs d'investissement réels, elle peut inviter le client à vérifier si les informations fournies sur ses objectifs d'investissement sont encore exactes. Cette vérification peut donner lieu à une adaptation du 'profil standardisé'.

L'entreprise ne peut toutefois inciter son client à adapter ses informations pour faire coïncider son 'profil standardisé' et son portefeuille ou la transaction, si les informations adaptées ne correspondent pas au profil réel du client.

L'entreprise peut se fonder sur les informations fournies par ses clients, à moins qu'elle ne sache, ou ne devrait savoir, que les informations dont elle dispose sont manifestement périmées, inexactes ou incomplètes.

### 5.2.2.2.2 Conseil structurel *versus* conseil 'ad hoc'

En ce qui concerne la fourniture de services liée au conseil en investissement, une distinction doit être opérée entre le conseil en investissement structurel et le conseil en investissement 'ad hoc'.

La différence entre les deux types de service tient au fait que, contrairement au conseil en investissement 'ad hoc', le conseil en investissement structurel suit une approche de portefeuille. Les transactions que l'entreprise conseille à son client visent à amener et à maintenir le portefeuille de ce dernier dans les limites minimales et maximales fixées pour le 'profil standardisé'.

Toutefois, qu'il s'agisse de conseil structurel ou de conseil 'ad hoc', il ne suffit pas que l'entreprise vérifie si l'investissement est en phase avec le 'profil standardisé' qu'elle utilise : elle doit également s'assurer que la transaction est adéquate au regard de la situation particulière du client, tant en ce qui concerne sa capacité financière et ses objectifs d'investissement qu'en ce qui concerne ses connaissances et son expérience.

#### 5.2.2.2.3 Evaluation du caractère adéquat des transactions de vente

Lors de ses inspections, la FSMA a constaté que de nombreuses entreprises n'effectuaient le test du caractère adéquat que pour les transactions d'achat, alors que le client recevait également des conseils sur les transactions de vente. L'évaluation du caractère adéquat doit se faire aussi bien lors des transactions d'achat que lors des transactions de vente. Lors des transactions de vente, l'accent est mis sur les objectifs d'investissement du client, que l'entreprise doit prendre en considération de la même manière que lorsqu'elle vérifie si les transactions d'achat y répondent. Si l'entreprise procède à certains contrôles de concentration ou de diversification pour les transactions d'achat, le client peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle effectue ces contrôles également pour les transactions de vente réalisées dans le même contexte.

#### 5.2.2.2.4 Offre de produits non adéquats à des clients bénéficiant de conseils en investissement

L'entreprise enfreint son obligation de loyauté vis-à-vis de ses clients si elle prend l'initiative de proposer à des clients des produits d'investissement qui ne sont pas adéquats dans leur cas. L'entreprise doit vérifier si la transaction proposée est adéquate avant de porter le produit d'investissement en question à l'attention du client.

Si l'entreprise propose un produit d'investissement de sa propre initiative, constate ensuite que le produit d'investissement n'est pas adéquat et fait alors savoir au client qu'il peut acheter le produit à ses risques et périls, elle agit en contradiction avec les règles de conduite MiFID.

Si l'entreprise prend personnellement contact avec des clients en conseil en investissement pour leur présenter un produit d'investissement particulier, chaque transaction qui s'ensuit est considérée comme ayant été réalisée à l'initiative de l'entreprise. Même si la prise de contact personnelle sur un produit d'investissement ne répond pas en soi à la définition de conseil en investissement, la présomption est grande qu'un conseil en investissement aura néanmoins été fourni pour les transactions réalisées par la suite sur le produit d'investissement en question. Pour respecter son devoir de loyauté, l'entreprise doit dès lors limiter de tels contacts à des clients en conseil en investissement pour lesquels le produit d'investissement en question est adéquat.

La situation est différente si un produit d'investissement a été présenté dans la presse ou si l'entreprise a mené à son sujet une campagne de publicité générale, adressée à un large public. Si le client demande de sa propre initiative un conseil sur ce type de produit et que l'entreprise constate que celui-ci n'est pas adéquat dans son cas, elle peut, à condition de lui communiquer clairement son conseil négatif, attirer l'attention du client sur le fait qu'il peut acheter le produit à ses risques et périls. S'il s'agit d'un produit complexe, elle doit en outre effectuer le test du caractère approprié dont elle communiquera le résultat au client.

#### 5.2.2.2.5 Façon de procéder si un client ignore un conseil en investissement

Il peut arriver que des clients ignorent un conseil négatif et veuillent quand même faire exécuter la transaction.

L'entreprise doit dans ce cas effectuer le test du caractère approprié. Si, dans le cadre de l'évaluation du caractère adéquat de la transaction, elle a déjà donné un avertissement spécifique concernant les connaissances et l'expérience du client, elle ne doit pas effectuer une nouvelle fois ce test.

Cette situation ne peut se présenter que lorsque l'entreprise a fourni des conseils sur un investissement à la demande du client. L'entreprise ne peut en effet émettre, de sa propre initiative, des propositions d'investissement inadéquates.

#### 5.2.2.2.6 Conseil en investissement limité à une catégorie déterminée de produits

Il est acceptable qu'une entreprise ne fournisse des conseils en investissement que pour un seul type ou un nombre limité de types d'instruments financiers. Elle doit dans ce cas veiller à respecter les principes suivants :

- la manière dont l'entreprise se conforme à ses obligations légales relatives au devoir de diligence doit être proportionnée au service fourni. Si une entreprise limite ses conseils aux investissements en actions, elle ne fait pas preuve d'une bonne organisation si elle utilise un questionnaire standardisé qui porte sur différentes classes d'actifs et conduit à un profil standardisé qui est normalement utilisé dans un contexte où des conseils sont fournis pour différentes classes d'actifs ;
- l'entreprise doit attirer l'attention de ses clients sur les limites de sa prestation de services. Si, par exemple, elle fournit des conseils uniquement sur les investissements en actions, elle doit avertir les clients manifestant un faible appétit au risque que les actions ne sont pas, ou ne sont que dans une mesure limitée, adéquates pour eux.

#### 5.2.2.2.7 Evaluation du caractère adéquat des fonds d'épargne-pension

Les fonds d'épargne-pension sont des OPC qui ne bénéficient pas d'un passeport européen. Dans la définition d'instrument financier donnée à l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 2 août 2002, ils tombent sous le 1<sup>o</sup>, point c). Cela signifie qu'une entreprise qui fournit des conseils portant sur des fonds d'épargne-pension, doit effectuer le test du caractère adéquat.

Les fonds d'épargne-pension présentent les particularités suivantes :

- les pouvoirs publics encouragent les placements effectués dans des fonds d'épargne-pension en octroyant des avantages fiscaux dont l'investisseur pourra bénéficier s'il conserve son placement pendant au moins 10 ans ; les fonds d'épargne-pension sont donc par définition assortis d'un horizon de placement à long terme ;
- chaque fonds d'épargne-pension a l'obligation légale de placer une partie de ses actifs dans des actions ;
- le montant qui peut être investi chaque année dans un fonds d'épargne-pension en bénéficiant de l'avantage fiscal est relativement limité ;
- les investisseurs qui ont fait usage de l'avantage fiscal lié à l'épargne-pension sont taxés à leur soixantième anniversaire sur la base d'un rendement fictif de 4,75 %.

Ces particularités font que les profils standardisés utilisés par de nombreuses entreprises ne conviennent pas vraiment pour effectuer un test du caractère adéquat dans le cas de fonds d'épargne-pension. Le fait que ces instruments n'aient pas leur place dans l'outil d'évaluation standard de l'entreprise ne dispense toutefois pas celle-ci de son obligation d'évaluation.

Eu égard aux particularités des fonds d'épargne-pension, cette évaluation se concentrera sur la question de savoir si le client comprend - et veillera le cas échéant à ce qu'il comprenne - correctement les éléments suivants :

- le lien entre le risque et le rendement, ainsi que l'impact de l'horizon de placement sur ce point ;

- les aspects fiscaux liés au produit.

Cette évaluation ne devrait en principe être effectuée qu'une seule fois, à moins que l'entreprise réglementée n'ait connaissance de changements intervenus dans la situation du client. Elle doit, à cet égard, tenir compte de l'âge du client.

#### 5.2.2.2.8 Limitation de l'évaluation du caractère approprié aux instruments financiers complexes

Une entreprise peut, aux fins de l'évaluation du caractère approprié, ne récolter les informations requises que dans le cas de transactions portant sur des instruments financiers complexes, si les conditions suivantes sont remplies :

- elle doit disposer d'un système permettant de distinguer clairement les instruments financiers complexes des instruments financiers non complexes. La FSMA a en effet souvent constaté que des produits financiers étaient qualifiés, de manière erronée, de produits non complexes ;
- elle doit disposer d'une politique et de procédures garantissant qu'aucune transaction portant sur des instruments financiers non complexes ne sera réalisée à l'initiative de l'entreprise. Cela l'obligerait en effet à effectuer le test du caractère approprié. Elle doit surveiller le respect de cette politique et de ces procédures.

Si la transaction est effectuée sur la base d'une promotion ou d'une offre d'instruments financiers ayant un caractère général et s'adressant au public ou à un groupe ou une catégorie plus large de clients existants ou potentiels, le service est considéré comme fourni à l'initiative du client. Pour que le service soit considéré comme fourni à l'initiative de l'entreprise, il faut qu'il y ait eu une communication personnalisée transmise au client par ou au nom de l'entreprise en vue de l'inviter à s'intéresser à un instrument financier ou à une transaction spécifique.

#### 5.2.2.2.9 Prestation de services à domicile

Les entreprises dont les collaborateurs se rendent au domicile de clients en vue de leur adresser des conseils ou recommandations en matière d'investissements et sont susceptibles de recevoir, à cette occasion, des ordres d'achat ou de vente, doivent veiller à ce que ces opérations soient encadrées par des procédures permettant de respecter les dispositions légales relatives au devoir de diligence et fassent l'objet de contrôles appropriés.

Cette prestation de services oblige également l'entreprise à respecter, le cas échéant, les règles relatives aux 'contrats hors établissements'<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Voir le Livre VI, Titre 3, Chapitre 3, du Code de droit économique.

## 5.3 La sélection, l’approbation et la commercialisation des produits

### 5.3.1 Cadre de référence

Lors de ses inspections effectuées en 2011 et 2012 sur le thème des “conflits d’intérêts”, la FSMA avait précisé sa position concernant le “product approval process”. Elle avait ensuite exposé cette position dans une note distincte, publiée sur son site web<sup>5</sup>. Dans la mesure où le processus de sélection des instruments de placement revêt une importance cruciale pour le respect du devoir de diligence, la FSMA a une nouvelle fois analysé ce processus, sous l’angle de ce devoir, dans le cadre de ce deuxième cycle d’inspections.

La FSMA attend des entreprises réglementées qu’elles déterminent, pour procéder à l’évaluation du caractère adéquat et approprié des transactions, quelles classes de produits sont adéquates ou appropriées pour tels ou tels clients, compte tenu de leurs connaissances et de leur expérience et, dans le cas de l’évaluation du caractère adéquat, de leur situation financière et de leurs objectifs d’investissement.

### 5.3.2 Constatations et positions

#### 5.3.2.1 Constatations

Lors de ses inspections, la FSMA a constaté que la plupart des entreprises réglementées disposaient bien d’une procédure à suivre pour sélectionner les produits destinés à leurs clients. Ces procédures sont toutefois souvent insuffisantes et ne sont pas toujours appliquées avec le même soin. Le rôle du “gatekeeper” chargé de veiller aux intérêts des clients lors du processus de sélection y est souvent insuffisamment abordé. La FSMA ne peut donc que répéter la position qu’elle avait déjà formulée précédemment et attirer à nouveau l’attention sur celle-ci.

Ces constatations ont en outre amené la FSMA à adopter un certain nombre de positions supplémentaires.

---

<sup>5</sup> Conflits d’intérêts liés aux rémunérations et aux objectifs commerciaux : constatations et positions dégagées à l’issue de plusieurs inspections, <http://www.fsma.be/fr/Supervision/MiFID.aspx>.

### 5.3.2.2 Positions

#### 5.3.2.2.1 Commercialisation de produits engendrant des pertes pour la majorité des clients

L'entreprise doit toujours agir d'une manière honnête, équitable et professionnelle qui serve au mieux les intérêts de ses clients. Elle doit monitorer les produits qu'elle développe ou sélectionne en vue de les vendre à ses clients, pendant toute la durée de vie de ces produits. S'il ressort de ce monitoring que la majorité des transactions de clients portant sur un certain type de produits engendrent des pertes permanentes auprès de clients, la FSMA attend de l'entreprise qu'elle prenne les mesures nécessaires pour évaluer la commercialisation de ces produits d'un œil critique, l'adapter et, si nécessaire, y mettre fin.

## 5.4 Les informations fournies aux clients concernant le devoir de diligence

### 5.4.1 Cadre de référence

Les entreprises réglementées doivent informer leurs clients, de manière claire et simple, que le test du caractère adéquat a pour objectif de permettre à l'entreprise d'agir au mieux des intérêts du client. Elles doivent préciser que c'est à elles seules qu'incombe la responsabilité de la collecte des informations et de l'évaluation du caractère adéquat des transactions.

### 5.4.2 Constatations et positions

#### 5.4.2.1 Constatations

Lors de ses inspections, la FSMA a régulièrement constaté que le client ne savait pas au juste si ses opérations avaient lieu ou non dans le cadre d'un conseil en investissement. Vu l'impact de cet aspect sur les responsabilités des deux parties, pareille situation n'est pas souhaitable.

Elle a également constaté que les entreprises réglementées utilisaient parfois des disclaimers qui ne sont pas suffisamment clairs ou qui ne sont pas conformes aux exigences légales.

Ces constatations ont amené la FSMA à adopter les positions exposées ci-dessous.

#### 5.4.2.2 Positions

##### 5.4.2.2.1 Information sur le résultat de l'évaluation du caractère adéquat

L'entreprise doit indiquer au client si sa transaction a eu lieu ou non dans le cadre d'un conseil. Il ne peut, en d'autres termes, y avoir de confusion dans l'esprit du client quant à la nature du service qui lui a été fourni par l'entreprise.

L'entreprise doit faire savoir au client si une transaction envisagée est adéquate ou non dans son cas. Les règles MiFID ne précisent toutefois pas le degré de détail de l'information que l'entreprise doit donner sur le résultat du test. Les règles générales relatives à la communication d'informations au client sont dans ce cas applicables : ces informations doivent être correctes, claires et non trompeuses.

## 5.5 L'évaluation et le monitoring de la politique et des procédures relatives au devoir de diligence

### 5.5.1 Cadre de référence

Les entreprises réglementées doivent réexaminer régulièrement leur politique et leurs procédures relatives au devoir de diligence et procéder à ce réexamen chaque fois que se produit une modification substantielle affectant leur capacité à continuer à appliquer les modalités définies. Elles doivent en outre surveiller l'efficacité de leur politique et de leurs procédures afin d'en déceler les lacunes éventuelles et d'y remédier.

Les fonctions de contrôle des entreprises réglementées ont ici chacune un rôle propre à jouer. Un rôle majeur est dévolu à la fonction de compliance. Les personnes exerçant cette fonction doivent surveiller le risque de compliance de l'entreprise. Elles doivent également effectuer les tests nécessaires (monitoring), établir des recommandations et faire rapport sur ce plan. Elles fournissent des conseils et participent à l'élaboration de lignes directrices concernant le respect de la réglementation. Elles établissent un plan d'action au moins une fois par an.

### 5.5.2 Constatations

Les constatations de la FSMA portent principalement sur l'efficacité du contrôle de première ligne et du contrôle de deuxième ligne.

Le contrôle de première ligne est en général présent. Dans un certain nombre de cas, la FSMA a constaté que cette fonction de contrôle interne ne disposait pas de moyens suffisants et que les procédures de contrôle interne n'étaient pas assez efficaces. Il s'est parfois avéré que les contrôles n'étaient pas suffisamment pertinents. Un problème important réside par ailleurs dans le fait que ces contrôles ne sont pas, ou pas suffisamment, documentés.

En ce qui concerne le contrôle de deuxième ligne, la FSMA a constaté dans plusieurs cas que la manière dont la fonction de compliance remplissait sa mission de monitoring laissait à désirer, cette fonction se concentrant essentiellement sur sa mission de conseil. Les départements de compliance ne disposent souvent pas d'une méthodologie de contrôle adéquate ni des moyens nécessaires pour accomplir cette tâche à fond.



## 5.6 La conservation des données dans le cadre du devoir de diligence

### 5.6.1 Cadre de référence

Les entreprises réglementées doivent assurer une conservation ordonnée et transparente des données prévues par la réglementation pendant une période d'au moins 5 ans (voire plus longtemps si la réglementation l'impose). Les dispositifs d'enregistrement des données doivent être conçus de manière à permettre de retrouver *a posteriori* les raisons qui ont motivé un investissement et de détecter toute faille dans la mise en œuvre du devoir de diligence.

Les données conservées doivent être facilement accessibles aux personnes concernées au sein de l'entreprise et à la FSMA. Il doit être possible de vérifier aisément toutes corrections ou autres modifications apportées, ou l'état des données antérieur à ces corrections ou modifications. Il ne doit pas être possible de manipuler ou d'altérer les données de quelque façon que ce soit.

En ce qui concerne le devoir de diligence, l'entreprise doit notamment conserver les données suivantes :

- les données recueillies sur les connaissances et l'expérience, la situation financière et les objectifs d'investissement des clients ;
- toute modification apportée à ces données et, en particulier, toute évolution des données de clients ;
- l'avertissement donné lorsque le test du caractère approprié ne peut être effectué par manque d'informations ;
- toutes les données légalement prévues concernant la transaction ;
- le fait que le client a bénéficié d'un conseil en investissement ;
- l'instrument financier qui lui a été conseillé ;
- les types d'instruments financiers que l'entreprise juge adéquats pour chaque profil d'investissement et les motifs de ce choix.

### 5.6.2 Constatations

Concernant la tenue à jour des données, la FSMA a régulièrement constaté que les entreprises réglementées n'étaient pas suffisamment organisées pour se conformer à leurs obligations légales.

Ainsi, plusieurs entreprises n'ont pas été en mesure de fournir tous les documents de référence demandés qui portaient sur une sélection de clients ou de transactions.

## 5.7 La formation du personnel

### 5.7.1 Cadre de référence

Les entreprises réglementées doivent employer des collaborateurs qui disposent des qualifications, des connaissances et de l'expertise requises pour exercer les responsabilités qui leur sont confiées. Les collaborateurs qui sont impliqués dans les aspects importants des processus liés au devoir de diligence doivent avoir un niveau de connaissances et d'expérience approprié.

### 5.7.2 Constatations

Pour pouvoir répondre aux exigences liées au devoir de diligence, il est important que les collaborateurs des réseaux commerciaux connaissent les caractéristiques essentielles et les risques des produits qu'ils proposent.

- La FSMA a régulièrement constaté que les connaissances des collaborateurs étaient trop limitées pour pouvoir répondre à cette exigence. Les points faibles sont souvent liés aux connaissances concernant :
  - la structure des coûts liés aux produits d'investissement ;
  - la différence entre le concept de capital protégé et celui de capital garanti ;
  - la différence entre les produits complexes et les produits non complexes ;
  - les exigences liées au test du caractère adéquat de la transaction ;
  - les exigences liées au test du caractère approprié de la transaction ;
  - la collecte des informations devant permettre d'effectuer le test du caractère adéquat pour les mineurs d'âge, les couples ou les personnes morales ;
  - les particularités des produits d'investissement dans le cadre de l'épargne-pension.

