

Le devoir de conseil et de diligence

Apports de la directive IDD

Conférence IFE - Bruxelles
27 février 2018

Marc GOUDEN

Avocat associé

Barreaux de Bruxelles et de Luxembourg



INTRODUCTION

Introduction

Volonté de maintenir les acquis AssurMiFID

- Proposition de **rassembler l'ensemble des textes épars** dans la seule loi du 4 avril 2014 relative aux assurances (LRA)
 - **Abrogation** des règles de conduite applicables en assurances figurant dans la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier
 - **Abrogation** des règles de conduite applicables en assurances figurant dans les arrêtés royaux du 21 février 2014 (AR N1 et AR N2)
- Nécessité de **renforcer les règles IDD** pour les aligner sur les standards AssurMiFID
 - **Impact de IDD réduit** pour les acteurs actifs sur le marché belge
 - **Champ d'application** de certaines règles IDD aura **vocation à être élargi** en droit belge
 - Utilisation de la **clause de flexibilité** IDD
 - Application de certaines règles IDD réservées aux seuls IBIPs **à l'ensemble des catégories de contrats d'assurance**

Introduction

Bases de l'analyse:

- Actuellement **pas encore de projet de loi** officiellement déposé
 - Existence de **deux avant-projets de textes de transposition** soumis à la consultation par la FSMA
 - Consultation **achevée**
 - Existence d'un **avis de la Commission des assurances**
 - Avis C/2017/7 du 14 décembre 2017
 - Avis rendu sur la base d'un **avant-projet de loi non publié**
- Notre analyse est **basée sur ces avant-projets et avis**
 - Textes **non définitifs et appelés peut-être à changer**
 - **Prudence est de rigueur** même si ces textes ne seront probablement pas modifiés substantiellement
 - **Disparités observées** toutefois entre les avant-projets de textes de transposition et l'avant-projet de loi tel que commenté par la Commission des assurances

LE DEVOIR DE CONSEIL

Régime applicable selon IDD

Le devoir de conseil – Régime IDD

Notion de conseil – Article 2, § 1, point 15, IDD

- « La fourniture de **recommandations personnalisées** à un client, à sa demande ou à l'initiative du distributeur des produits d'assurance, au sujet d'un ou de plusieurs contrats d'assurance »
 - Définition **pratiquement inchangée** par rapport à la définition belge actuelle
 - Article 5, 47°, LRA : « La fourniture de recommandations personnalisées à un client, soit à sa demande, soit à l'initiative de l'intermédiaire d'assurances en ce qui concerne un ou plusieurs contrat(s) d'assurance »

Obligations générales en cas de souscription (avec ou sans conseil) sous IDD – Article 20, §§ 1 et 2, IDD

- Préciser les **besoins et exigences** du client
 - **Traduire** les informations reçues des clients en exigences et besoins concrets
- S'assurer que le contrat proposé est **cohérent avec ces besoins et exigences**

Le devoir de conseil – Régime IDD

Obligations générales en cas de souscription précédée d'un conseil sous IDD – Article 20, § 3, alinéa 3, IDD

- Règle générale pour tout *distributeur* : fournir au client une recommandation personnalisée **expliquant pourquoi un produit particulier correspondrait le mieux à ses exigences et à ses besoins**
- Si analyse **impartiale et personnalisée** fournie par un *intermédiaire* : fonder l'analyse sur un **nombre suffisant de contrats** disponibles sur le marché afin de pouvoir recommander celui qui sera le plus adapté aux besoins du client
 - **Obligation de faire au cas par cas** cette analyse au regard d'un nombre suffisant de contrat ?
 - Possibilité pour l'intermédiaire de **procéder régulièrement à une comparaison des produits pour en identifier les caractéristiques** et être à même de conseiller ses clients le moment venu ?
 - Ne **semble pas interdit** car non réglé par IDD

Le devoir de conseil – Régime IDD

Option ouverte aux États membres quant à l'obligation de fourniture de conseil – Articles 22, § 2, alinéa 3, et 29, § 3, alinéa 3, IDD

- Faculté pour les États membres de **rendre obligatoire la fourniture de conseils** pour la distribution de certains type de contrats d'assurance ou pour tout contrat d'assurance

Option ouverte aux États membres en cas de distribution d'IBIPs – Article 29, § 3, alinéa 4, IDD

- Si analyse **indépendante** fournie par un *intermédiaire* : faculté d'exiger en outre le respect de **deux obligations supplémentaires**
 - **Évaluer un nombre suffisamment important** de contrats d'assurance disponibles sur le marché et pas uniquement ceux des entreprises avec lesquelles l'intermédiaire a des liens étroits
 - Veiller à ce que ces contrats soient **suffisamment variés quant à leur nature et aux fournisseurs des produits**

LE DEVOIR DE CONSEIL

Probable régime belge

Le devoir de conseil – Régime belge

Absence d'obligation de conseil

- **Faculté** initialement offerte par l'article 22, § 2, alinéa 3, IDD
- **Option non levée** par le législateur belge
 - Lever cette option ne serait **pas compatible avec un régime d'exécution only** [voy. *infra*]
 - Lever cette option irait **à l'encontre du level playing field** avec le secteur bancaire
 - **Règlementation MiFID II** n'impose pas que des conseils soient fournis dans tous les cas
 - Remarque: Option toutefois levée par d'autres États membres comme le **Grand-Duché de Luxembourg**
 - En ce qui concerne les **distributeurs d'assurance en général**
 - Applicable également **pour un distributeur d'assurances belge** actif sur le marché luxembourgeois via LPS ou libre établissement

Le devoir de conseil – Régime belge

Corollaire : un renforcement de l'indépendance et de l'impartialité des courtiers

- Indépendance du courtier prônée **quel que soit le type de contrat d'assurance distribué**
 - Vue comme un **gage de qualité**
 - Vue comme la **raison première** pour laquelle les clients s'adressent à un courtier

- **Réunion des concepts** de *conseil fondé sur un analyse impartiale et personnalisée* et de *conseil fourni de manière indépendante*
 - Concepts qui **coexistent sous IDD**
 - Conseil fondé sur une analyse impartiale et personnalisé : **tout contrat d'assurance**
 - Conseil fourni de manière indépendante : **uniquement les IBIPs**

 - Objectif : imposer **pour tous les produits d'assurance** le standard prévu pour les IBIPs

Le devoir de conseil – Régime belge

Quid en pratique pour le courtier ?

- **Hypothèse 1** : Annoncer au client qu'il fournit des conseils mais que le choix des produits **se limite à ceux proposés par les entreprises d'assurances avec lesquelles il travaille habituellement**
- **Hypothèse 2** : Annoncer au client qu'il fournit des conseils impartiaux et **s'afficher comme un conseiller totalement indépendant**
 - Conséquence 1 : obligation d'analyser un **nombre suffisamment important de contrats d'assurance** disponibles sur le marché outre ceux proposés par « ses » entreprises d'assurances
 - Conséquence 2 : obligation de veiller à ce que ces contrats soient **suffisamment variés** quant à leur nature et quant aux entreprises d'assurances qui les offrent
- **En tout état de cause** : obligation d'**informer le client** sur la méthode de conseil et de **fournir des précisions** quant à l'indépendance de l'intermédiaire par rapport aux entreprises d'assurances dont il distribue les produits

LE DEVOIR DE DILIGENCE

Régime applicable selon IDD

Le devoir de diligence – Régime IDD

Terminologie

- Devoir de diligence renvoie à l'obligation d'**évaluer l'adéquation ou le caractère approprié du contrat pour le client**
 - Notions **connues** en Belgique depuis Twin Peaks II

Champ d'application limité à la distribution d'IBIPs

- Renvoi à la notion de **produit d'investissement fondé sur l'assurance** au sens du règlement PRIIPs

Distinction selon que l'intermédiaire ou l'entreprise d'assurances fournit ou non un conseil

- Fourniture d'un conseil : **test du caractère adéquat** ou *suitability test*
- Pas de fourniture de conseil : **test du caractère approprié** ou *appropriateness test*

Le devoir de diligence – Régime IDD

Test du caractère adéquat – Article 30, § 1, IDD

- Se procurer des **informations additionnelles** au-delà des simples exigences et besoins
 - Niveau d'information **adapté au type spécifique de contrat envisagé**
 - Recommander au client **un contrat adéquat** par rapport à son profil sur la base de toutes ces informations

- **Contenu** des informations – **Articles 9 et 17 du règlement délégué (UE) 2017/2359** du 21 septembre 2017 (RD)
 - **Connaissances et expérience** dans le domaine d'investissement dont relève le contrat d'assurance envisagé:
 - Types de services, de transactions, de produits d'investissement fondés sur l'assurance ou d'instruments financiers qui sont familiers au client
 - Nature, nombre, valeur et fréquence des transactions du client sur des produits d'investissement fondés sur l'assurance ou des instruments financiers et la période durant laquelle ces transactions ont été effectuées
 - Niveau d'éducation et profession ou, si elle est pertinente, ancienne profession du client

Le devoir de diligence – Régime IDD

Test du caractère adéquat – Article 30, § 1, IDD (suite)

- **Contenu** des informations (suite)
 - **Situation financière**, y compris la capacité à subir des pertes:
 - Source et importance des revenus réguliers du client
 - Actifs du client, y compris les actifs liquides
 - Investissements du client
 - Biens immobiliers du client
 - Engagements financiers réguliers du client
 - **Objectifs d'investissement**, y compris la tolérance au risque:
 - Durée pendant laquelle le client souhaite conserver l'investissement
 - Préférences en matière de prise de risques
 - Profil de risque du client
 - But de l'investissement

- **Si conseil de changer d'actifs / de stratégie d'investissement:**
 - Obtenir les informations sur les actifs existants
 - Procéder à une analyse coûts/avantages

Le devoir de diligence – Régime IDD

Test du caractère adéquat – Article 30, § 1, IDD (suite)

- Veiller à la **fiabilité de l'information recueillie** – Article 10 RD
 - Informer le client de l'**importance de fournir des informations exactes et actualisées**
 - Vérifier que tous les outils utilisés pour l'évaluation de l'adéquation soient **adaptés aux fins recherchées et conçus pour être utilisés avec les clients**
 - Vérifier que les question posées **soient susceptibles d'être comprises** par les clients
 - Garantir la **cohérence des information sur les clients**
 - Examiner les informations communiquées contiennent des **inexactitudes manifestes**

-> Distributeurs peuvent **se fier aux informations reçues** des clients, **sauf si** savent ou devraient savoir que manifestement périmées, erronées ou incomplètes
- Ne laisser régner **aucune ambiguïté ni confusion quant aux responsabilités** qui incombent à l'entreprise et/ou à l'intermédiaire d'assurances dans le processus – **Article 11 RD**

Le devoir de diligence – Régime IDD

Test du caractère adéquat – Article 30, § 1, IDD (suite)

- **Conseil donné** -> Fournir une **déclaration d'adéquation au client** – **Article 14 RD**
 - Grandes lignes des **conseils donnés**
 - **Informations** montrant en quoi la recommandation formulée est adaptée et en quoi elle correspond aux informations recueillies
 - Informer si réévaluation périodique est nécessaire

- Si informations requises non obtenues : **abstention de fournir au client un conseil** sur les contrats d'assurance concernés

- Si aucun contrat d'assurance n'est adéquat : **abstention de formuler une recommandation**
 - *Quid* si le client **souhaite néanmoins souscrire** ?
 - Question **non réglée** par IDD
 - Possibilité de **sortir du contexte de fourniture d'un conseil** pour passer au simple test du caractère approprié ?

Le devoir de diligence – Régime IDD

Test du caractère adéquat – Article 30, § 1, IDD (suite)

- Possibilité pour l'entreprise ou l'intermédiaire d'assurances de procéder à une **évaluation périodique de l'adéquation**
 - Nécessité d'en **informer le client**
 - Au moins **une fois par an**
 - Faire figurer dans le **rapport périodique** au client une déclaration mise à jour sur la manière dont l'investissement fondé sur l'assurance répond aux préférences, aux objectifs et aux autres caractéristiques du client

Le devoir de diligence – Régime IDD

Test du caractère approprié – Article 30, § 2, IDD

- Se procurer des **informations additionnelles** au-delà des simples exigences et besoins
 - Informations **plus limitées que dans le cadre d'un test du caractère adéquat**
 - **Connaissances et expérience** relatives au domaine d'investissement concerné [voy. *supra*]
 - Recommander au client **un contrat approprié** par rapport à ces informations recueillies
- Si aucun contrat d'assurance n'est approprié ou si client ne fournit pas les informations demandées : **avertissement du client** (peut être fourni sous une forme standardisée)

Le devoir de diligence – Régime IDD

Option ouverte aux États membres sur l'instauration d'un régime d'*execution only* – Article 30, § 3, IDD

- Possibilité d'**exemption d'un test du caractère adéquat** lorsque le distributeur ne fournit pas de conseil
 - Sans préjudice d'une **identification préalable des exigences et besoins**
- Conditions **cumulatives**
 - Si l'intermédiaire ou l'entreprise d'assurances agit **sur initiative du client** et non dans le cadre d'une démarche de prospection active
 - Si le client **a été averti** du fait que l'intermédiaire ou l'entreprise d'assurances est exempté du test du caractère approprié
 - Si l'intermédiaire ou l'entreprise d'assurances se **conforme à ses obligations en matière de conflits d'intérêts**
 - S'il s'agit de **produits d'investissement « non complexes »**
 - Notion définie par l'**article 16 RD** avec critères d'identification

LE DEVOIR DE DILIGENCE

Probable régime belge

Le devoir de diligence – Régime belge

Champ d'application limité à la distribution d'IBIPs

- **Sensiblement identique** à AssurMiFID (« assurances d'épargne ou d'investissement »)

Applicabilité directe des dispositions contenue dans le RD

- Éventuellement envisagé d'intégrer en droit belge les dispositions du RD via l'habilitation donnée au Roi pour préciser plus avant comment les intermédiaires et entreprises d'assurances doivent se conformer aux règles en la matière

Le devoir de diligence – Régime belge

Choix d'opter pour l'instauration d'un régime d'*execution only* ?

- **Option d'abord levée** dans les avant-projets de textes de transposition de la FSMA
- **Option ensuite visiblement non levée** dans l'avant-projet de loi
 - Commission des assurances s'est prononcée sur un **avant-projet de loi qui n'a pas été rendu public**
 - **Avis C/2017/7, point A.2** : « Les représentants des entreprises d'assurances regrettent que le texte ne fasse pas usage de la possibilité expressément prévue par la directive d'autoriser les actes d'*execution only*. [...] Les représentants des consommateurs soutiennent l'avant-projet de loi sur ce point dans la mesure où il n'envisage pas de créer de possibilité de distribution d'assurance vie en *execution only* »

... Affaire à suivre

Le devoir de diligence – Régime belge

Concrètement : recommandations de la FSMA dans la cadre d'AssurMiFID applicables par analogie

- Devoir de diligence sous AssurMiFID **similaire voire identique**
- **Rapports d'inspection** AssurMiFID de la FSMA du 21 août 2017
 - Constatations utiles en ce qui concerne la **pratique observée sur le devoir de diligence** et les problèmes remarqués
 - **Deux rapports** d'inspection rendus : entreprises d'assurances d'une part et courtiers d'autre part

CONCLUSIONS

Conclusions

- **Acteurs belges déjà très bien préparés** à IDD vu le précédent AssurMIFiD
- Devoir de diligence quasiment inchangé
- **Apports IDD au niveau du conseil** et surtout du conseil indépendant

MERCI POUR VOTRE ATTENTION



FINE ART IN LEGAL PRACTICE



BRUXELLES - BRUSSEL

Chaussée de la Hulpe 181 / 9
Terhulpesteenweg 181 / 9
B - 1170 Bruxelles / Brussel
T +32 2 250 39 80
F +32 2 250 39 81

LIÈGE

Boulevard Frère-Orban 34/32
B - 4000 Liège
T +32 4 220 52 00
F +32 4 223 42 39

MONS

Rue Notre-Dame Débonnaire 16
B - 7000 Mons
T +32 65 400 410
F +32 65 348 969

LUXEMBOURG

Boulevard Grande-Duchesse Charlotte 30
L - 1330 Luxembourg
T +352 266 886
F +352 266 88 700

LONDON

59A Star Street
London W2 1QQ Great Britain
T +44 789 5072 544

PARIS

Avenue d'Eylau 35
F - 75116 Paris
T +33 1 53 70 05 80
F +33 1 49 54 04 55

