CIRCULAIRE DE LA FSMA 2012_2 DU 16 AVRIL 2014

5 Devoir de diligence

5.1 Généralités

Les prestataires de services doivent veiller à ce que les contrats d'assurance qu'ils proposent répondent aux exigences et besoins de leurs clients. Le présent chapitre précise la portée de la notion de "conseil" (point 5.2), avant d'aborder les différents aspects liés au devoir de diligence, à savoir : la récolte d'informations (point 5.3), l'évaluation du caractère approprié ou adéquat d'une assurance d'épargne ou d'investissement au regard des informations ainsi récoltées (point 5.4) et la conservation des données (point 5.5). Dans le cadre de l'exécution de sa mission, la FSMA tiendra compte, mutatis mutandis, de l'interprétation donnée par l'ESMA aux concepts MiFID liés au devoir de diligence³².

5.2 Notion de 'conseil'

Art. 1er, 22° et 23°, loi du 27 mars 1995 tels que modifiés par les art. 1er, 3° et 4°, AR modifiant la loi du 27 mars 1995

Art. 1er, 12° et 13°, AR N1

Art. 1er, 13° et 14°, AR N2

L'AR modifiant la loi du 27 mars 1995 ainsi que les AR N1 et N2 définissent la notion de "conseil" comme suit : il s'agit de la fourniture de recommandations personnalisées à un client, soit à sa demande, soit à l'initiative du prestataire de services, en ce qui concerne une ou plusieurs transactions portant sur un ou plusieurs contrat(s) d'assurance.

Une "recommandation personnalisée" est une recommandation qui est présentée comme adaptée à cette personne, ou est fondée sur l'examen de la situation propre à cette personne, et qui est relative à une transaction relative à un ou plusieurs contrat(s) d'assurance déterminé(s). Une recommandation n'est pas réputée personnalisée si elle est exclusivement diffusée par des canaux de distribution³³ ou destinée au public. Pour que cette exemption puisse être invoquée, il est généralement admis qu'il ne faut pas seulement que la recommandation ait été diffusée par des canaux de distribution (par exemple, internet), il faut aussi que, via ces canaux de distribution, elle s'adresse au public en général.

La question de savoir si un conseil est fourni ou non est une question de fait. Même si le prestataire de services indique qu'il ne fournit pas de conseil, ou même si le client dit qu'il ne souhaite pas être conseillé, le prestataire de services devra respecter les exigences applicables en cas de fourniture d'un conseil si dans les faits il s'avère que le service qu'il fournit au client répond à la définition de conseil.

Dans ce cadre, un élément important à prendre en compte pour évaluer si un conseil est fourni est d'apprécier si le contexte³⁴ ou les éléments factuels³⁵ entourant la fourniture du service peuvent raisonnablement conduire un tiers à considérer qu'un conseil lui est fourni.

En pratique, compte tenu des éléments suivants, la FSMA est d'avis que le nombre de cas où des contrats d'assurance seront proposés aux clients sans qu'un conseil ne soit fourni risque vraisemblablement d'être limité :

- en effet, d'une part, les prestataires de services doivent veiller à ce que les contrats proposés répondent aux exigences et aux besoins de leurs clients ; et,
- d'autre part, dans la grande majorité des cas, le prestataire de services sera en contact direct, face à face, avec le client.