

Projet d'instruction sur le programme d'activité et les obligations d'information et de notification de passeport des prestataires de services d'investissement

Consultation de l'AMF

Observations de l'AMAFI

1. A l'occasion de la transposition de la Directive n° 2011/61/UE sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs, l'AMF a décidé d'actualiser certaines de ses instructions.

Elle a ainsi mis en consultation un projet d'instruction concernant les prestataires de services d'investissement (PSI) n'ayant pas la qualité de société de gestion de portefeuille (le Projet d'instruction), qui se compose de trois parties consacrées à la procédure d'agrément, au contenu du programme d'activité des PSI et à la procédure d'obtention du passeport européen¹.

Ce Projet d'instruction est élaboré sur le modèle de l'Instruction AMF n° 2008-03 relative aux procédures d'agrément et au programme d'activité des sociétés de gestion et des PSI exerçant le service de gestion de portefeuille pour le compte de tiers ou de conseil en investissement.

2. L'objectif est de réunir en un document unique l'ensemble des démarches devant être réalisées par un PSI dans le cadre de la procédure d'agrément et de préciser ainsi de façon détaillée le contenu du programme d'activité que le PSI doit fournir à cette occasion. Pour ce faire, l'AMF modifie deux instructions existantes, dédiées respectivement aux sociétés de gestion de portefeuille et aux PSI n'ayant pas une telle qualité, à savoir l'Instruction AMF n° 2008-03 mentionnée ci-dessus et l'Instruction AMF n° 2008-01 intitulée « *Les prestataires de services d'investissement autres que les sociétés de gestion de portefeuille* ».

3. Après avoir examiné attentivement le Projet d'instruction mis en consultation, l'AMAFI attire tout particulièrement l'attention de l'AMF sur la nécessité de conserver en l'état les dispositions de l'Instruction AMF n° 2008-01 (I). L'Association présente également quelques autres observations de fond (II) et des remarques de forme (III).

Incidentement, l'AMAFI a évidemment considéré que les nouvelles dispositions relatives au contenu du programme d'activité ne s'appliquent qu'à toute nouvelle demande ou modification d'un programme existant.

¹ Les dispositions relatives aux obligations d'information, annoncées dans le titre de l'instruction, sont incluses dans l'une de ces parties (*v. infra § 19*).

I. Sur la nécessité de conserver l’Instruction AMF n° 2008-01

4. Si l’Association soutient sans réserve la démarche de l’AMF, qui contribue à une meilleure lisibilité pour les nouveaux entrants comme pour les PSI déjà agréés souhaitant modifier leur programme d’activité, elle estime néanmoins nécessaire que soit conservée l’Instruction n° 2008-01, qui dans le Projet d’instruction mis en consultation semble destinée à disparaître.

En effet, cette instruction contient des dispositions essentielles pour les PSI car elle explicite certaines notions essentielles du Règlement général de l’AMF (RG AMF) relatives à l’organisation de la fonction conformité, à la définition des transactions personnelles, à la vérification de l’identité et de la capacité juridique du client et à la catégorisation des clients.

5. De ce fait, l’Instruction n° 2008-01 a un objet qui diffère fondamentalement de celui du Projet d’instruction. La première pose certaines obligations sans lien avec la procédure d’agrément mais essentielles pour la mise en œuvre des aspects du RG AMF rappelés précédemment. Le second fournit uniquement des informations sur les conditions dans lesquelles l’AMF appréciera les éléments du programme d’activité qu’elle doit approuver.

La démarche de l’AMF qui consiste à reprendre dans la future instruction, certaines des dispositions de l’Instruction n° 2008-01, n’est donc pas satisfaisante. Par exemple, il est approprié d’inclure dans le Projet d’instruction l’obligation de préciser si la fonction de conformité est externalisée, les conditions de mise en œuvre de cette possibilité d’externalisation découlant par ailleurs de l’instruction 2008-01 mais n’ayant pas leur place ici.

6. En conséquence, l’AMAFI estime nécessaire de conserver en l’état l’Instruction n° 2008-01, et de mettre en place une articulation adéquate entre ce texte, qui pose des obligations, et la future instruction de l’AMF qui précise les informations à fournir dans certaines situations.

II. Observations de fond

➤ Sur l’inclusion dans une instruction de l’AMF de dispositions relatives au contenu du programme d’activité des PSI

7. Plusieurs dispositions du Projet d’instruction concernent la trame du programme d’activité des entités souhaitant être agréées en tant que PSI. Or, lorsqu’un PSI envisage de fournir un service d’investissement autre que les services de gestion de portefeuille pour compte de tiers et de conseil en investissement, le rôle de l’AMF se limite à un simple examen du programme d’activité du PSI. L’AMF transmet alors ses observations à l’ACPR, qui est la seule autorité compétente pour approuver le programme d’activité.

Dans sa revue du programme d’activité des PSI, l’AMF ne saurait donc adopter une approche similaire à celle qu’elle met en œuvre via l’instruction n° 2008-03 s’agissant des PSI ne fournissant que le service de gestion de portefeuille pour compte de tiers ou de conseil en investissement, pour lesquels elle est seule compétente.

8. L'AMAFI estime ainsi nécessaire que l'AMF indique si cette trame ne concerne que les points du programme d'activité qu'elle examine, indépendamment de la revue réalisée par l'ACPR ou si cette trame a été élaborée en concertation avec l'ACPR qui, pour les services d'investissement autres que la gestion de portefeuille pour compte de tiers et le conseil en investissement, requiert les mêmes informations. Dans la mesure où elle vient compléter certains des éléments prévus dans le dossier type d'agrément disponible sur le site de l'ACPR, un lien entre les deux documents devrait à tout le moins être établi de façon explicite.

➤ **Sur le capital minimum des PSI – Chapitre III (p.9)**

9. Le Projet d'instruction contient un tableau énumérant les montants de capitaux propres dont doit disposer un PSI en fonction des services d'investissement et des services connexes qu'il est autorisé à effectuer. Cette liste est cependant incomplète, en ce qu'il n'est pas indiqué :

- qu'un PSI doit disposer d'un capital libéré au moins égal à 3,8 millions d'euros lorsqu'il exerce l'activité de compensation d'instruments financiers en qualité qu'adhérent d'une chambre de compensation (Règlement CRBF n° 96-15 du 20 décembre 1996, Art. 2, al. 3); et
- qu'un PSI doit disposer d'un capital libéré au moins égal à 1,9 millions d'euros lorsqu'il effectue également des opérations de crédit (Règlement n° 98-05 du 7 décembre 1998, Art. 3).

En conséquence, et dans un souci d'exhaustivité, ces deux seuils devraient être ajoutés dans le tableau susmentionné.

10. Par ailleurs, s'il n'est pas inutile en termes de lisibilité pour les PSI, que l'AMF présente dans son instruction les montants fixés par un règlement CRBF de capitaux propres minimum dont un PSI doit disposer en fonction des services d'investissement et des services connexes qu'il est autorisé à offrir, il faut néanmoins prendre en considération que ces éléments ne relèvent pas formellement de sa compétence.

Or, aujourd'hui sur ce point, il n'existe pas du côté de l'ACPR de tableau récapitulatif aisément accessible, obligeant chacun à rechercher dans chaque texte applicable, le montant de capital exigible pour un type de service d'investissement donné. D'un point de vue de bonne articulation des champs de compétence de chaque autorité, l'AMAFI trouverait donc approprié qu'un tel tableau soit élaboré par l'ACPR, et repris en y faisant référence par l'AMF dans son Projet d'instruction.

➤ **Sur l'obligation du PSI de décrire dans son dossier d'agrément ses moyens techniques, comptables et informatiques – Article 6, 1^{er} alinéa**

11. Le Projet envisage d'imposer aux PSI de décrire dans leur dossier d'agrément leur « matériel informatique, les sources d'information et les logiciels utilisés, ainsi que les procédures et les outils de sécurité informatique » qu'ils ont mis en place, sur le fondement des articles 313-55 et 313-56 du RG AMF.

12. Toutefois, les deux articles visés se situent dans une section du RG AMF consacrée aux règles d'organisation additionnelles applicables aux sociétés de gestion de portefeuille, de sorte qu'ils ne peuvent pas servir de fondement à une disposition contenue dans une instruction s'appliquant uniquement aux PSI autres que les sociétés de gestion de portefeuille.

Faute de base juridique, cette obligation doit donc être supprimée.

➤ **Sur la fiche à transmettre à l'AMF en cas de changement du responsable de la conformité pour les services d'investissement – Article 9-4 et Annexe 2**

13. Le Projet d'instruction envisage d'imposer aux PSI de remettre à l'AMF une fiche lors d'un changement du responsable de la conformité pour les services d'investissement (RCSI). Cette fiche permettrait ainsi de formaliser et d'alléger la procédure de traitement des dossiers de modification des RCSI, qui repose à ce jour uniquement sur un échange de courriers entre les PSI et les services de l'AMF.

Si l'AMAFI n'est pas opposée à cette formalisation, il ne lui apparaît toutefois pas opportun de placer cette obligation dans le Projet d'instruction, qui s'adresse exclusivement à des entités souhaitant obtenir l'agrément pour devenir PSI ou modifiant leur programme d'activité, alors qu'un changement de RCSI concerne des PSI en activité, qui ont déjà été agréés par l'ACP.

Il serait en conséquence souhaitable d'insérer cette fiche dans l'Instruction n° 2008-01, ce qui constitue au demeurant une raison supplémentaire de la maintenir.

14. Par ailleurs, s'agissant du contenu de cette fiche, l'objet de la première colonne, intitulée « *nature* », n'est pas clair quant à ce qui est soumis à une déclaration immédiate (ne serait-ce pas plutôt une déclaration « à » l'AMF plutôt que « de » l'AMF ?) ou à une autorisation préalable de l'AMF.

Il conviendrait donc que des précisions soient apportées en ce qui concerne la procédure que doit respecter le PSI lors d'un changement de RCSI, et d'indiquer clairement quelles sont les situations requérant une simple déclaration à l'AMF et celles pour lesquelles il est nécessaire d'obtenir une autorisation préalable de l'Autorité.

➤ **Sur l'autorité destinataire de la demande d'un PSI agréé dans un autre Etat membre de fournir des services d'investissement en France en libre prestation de services ou en libre établissement – Articles 12 et 13**

15. Les articles 12 et 13 du Projet d'instruction énoncent que lorsqu'un PSI agréé dans un autre Etat membre de l'Union européenne souhaite fournir des services d'investissement en France, que ce soit par l'établissement d'une succursale ou par le biais de la libre prestation de services (LPS), sa demande est doit préalablement être transmise à l'ACPR, sauf si le PSI souhaite uniquement fournir le service de gestion de portefeuille pour compte de tiers. Dans un tel cas de figure, la demande de LPS devrait d'abord être transmise à l'AMF.

Cependant, cette différence de procédure n'est pas cohérente avec la disposition du Comofi qui y est relative et qui pose comme le principe selon lequel si un PSI agréé dans un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen (EEE) souhaite fournir un service d'investissement en France, « l'AMF est le destinataire des notifications de libre établissement et de libre prestation de services » (Comofi, art. R. 532-17), indépendamment du service d'investissement que le PSI a l'intention de fournir.

Cet article précise également que l'AMF « *informe immédiatement* » l'ACPR de la notification de LPS ou de libre établissement, de sorte que la disposition du Projet d'instruction est erronée en ce qu'elle énonce que l'ACPR est le premier destinataire d'une telle notification.

16. A cet égard, si l'AMF et l'ACPR disposent d'une certaine latitude pour aménager l'organisation pratique du traitement des demandes de fourniture de services en France par des établissements agréés pour fournir des services d'investissement dans un Etat de l'EEE, il convient néanmoins de veiller à ce que cette organisation ne crée en aucun cas d'obstacles au déroulement de la procédure d'utilisation du passeport européen en France, telle qu'elle est prévue par le Comofi.

En tout état de cause, une instruction de l'AMF ne peut introduire une mesure qui contredirait des dispositions législatives et réglementaires.

17. L'AMAFI estime donc nécessaire que la rédaction des articles 12 et 13 soit adaptée en conséquence.

III. Observations de forme

18. **L'article 7-2 du Projet d'instruction (p. 21)** s'intitule « *Précisions à apporter dans le cadre de la mise en place d'une externalisation du contrôle à un tiers* ». D'une part, il ne s'agit que de l'externalisation de la fonction de conformité, et non du contrôle de manière générale, et d'autre part cet article, dans ses deux premiers paragraphes, concerne également l'exercice de la fonction de responsable de la conformité par un dirigeant du PSI et la possibilité de délégation en interne de certaines tâches relevant de la conformité.

Il serait donc souhaitable de modifier l'intitulé de cet article pour le mettre en cohérence avec son contenu, en le renommant « *Informations sur l'organisation de la fonction de conformité* ».

En outre, cet article étant inclus dans le chapitre relatif au contenu du programme d'activité des PSI, il est nécessaire de modifier sa rédaction de la façon suivante :

« Le prestataire de services d'investissement indique dans son programme d'activité les éléments suivants relatifs à l'organisation de sa fonction de conformité :

« - ~~si Lorsque le prestataire de services d'investissement n'~~**ayant** pas raisonnablement les moyens économiques de ~~dédier une personne à la fonction de conformité, il a désigné~~ un de ses dirigeants en qualité de responsable de la conformité pour les services d'investissement.

« - ~~si~~ le responsable de la conformité pour les services d'investissement ~~a peut~~, sous sa responsabilité, ~~délegué~~ en interne autant que le justifient la nature, l'importance, la complexité et la diversité des ~~ses~~ activités ~~exercées par le prestataire de services d'investissement~~, l'exécution des tâches de conformité.

« - ~~s'il a~~ Le cas échéant, le prestataire de services d'investissement peut ~~externalisé~~ et les fonctions de conformité à un salarié d'une entité du groupe auquel ~~il appartient le prestataire de~~

~~services d'investissement~~ ou d'une entité relevant du même organe central, ce salarié étant alors titulaire de la carte professionnelle.

« ~~Il peut e~~ Enfin, il doit préciser s'il a choisir d'externaliser certaines des fonctions de contrôle de conformité à un cabinet externe. ~~Dans ce cas, il~~ mais reste néanmoins responsable de ces fonctions. L'AMF évaluera le schéma de délégation proposé, et notamment le plan de contrôle présenté par le cabinet externe ainsi que les compétences de ce dernier en matière d'expérience et de connaissance de la réglementation applicable à la fourniture de services d'investissement. »

19. Les articles 9-1, 9-2 et 9-3 du Projet d'instruction (pp. 27 et 28) sont inclus dans un chapitre consacré au contenu du programme d'activité des PSI, alors qu'ils concernent les obligations d'information des PSI vis-à-vis de l'AMF.

En conséquence, afin d'assurer une certaine cohérence entre, d'une part, l'intitulé des sections du Projet d'instruction et leur contenu, et d'autre part, l'intitulé de l'instruction et ses différentes parties, il conviendrait de déplacer ces articles dans un nouveau titre consacré aux obligations d'information des PSI vis-à-vis de l'AMF.

20. Le dernier paragraphe de l'article 13 du Projet d'instruction (p. 37) énonce que toute succursale en France d'un PSI agréé dans un autre Etat membre de l'UE, fournissant le service de gestion de portefeuille pour compte de tiers, est tenue de remettre annuellement à l'AMF une « *fiche de renseignements annuels conforme au modèle prévu à l'annexe 2 de la présente instruction* ». Cette référence à l'annexe 2 du Projet d'instruction est toutefois manifestement erronée car le document contenu dans cette annexe concerne le changement de RCSI.

Cette erreur doit donc être rectifiée. Il en découle que le projet de fiche de renseignements annuels à laquelle l'AMF entend soumettre les succursales établies en France d'un PSI agréé dans un autre Etat membre de l'UE, qui fournissent le service de gestion de portefeuille pour compte de tiers, soit soumis à consultation, préalablement à l'adoption définitive de l'instruction.

➤ **Autres remarques de forme**

L'AMAFI propose les modifications suivantes :

21. Chapitre 1^{er}, p. 3. « Lorsque le programme d'activité porte uniquement sur les services mentionnés aux 4° ou 5° de l'article L. 321-1 du code monétaire et financier (conseil en investissement ou gestion de portefeuille pour compte de tiers), l'Autorité des marchés financiers (AMF) ~~approuve~~ est compétente pour délivrer l'approbation de celui-ci (cf. article L. 532-4 du code monétaire et financier). Quand le programme d'activité ne porte ni sur le conseil en investissement, ni sur la gestion de portefeuille pour compte de tiers, l'AMF transmet ses observations à l'ACPR qui est compétente pour délivrer l'agrément.

« Lorsque le programme d'activité inclut le service de conseil en investissement et/ou de gestion de portefeuille pour le compte de tiers ainsi qu'un autre service d'investissement, l'AMF est compétente pour approuver ~~approuvera~~ le programme d'activité lié au conseil ou à la gestion, et émettra des observations à destination de l'ACPR sur les autres services. »

22. Article 2, 1^{er} al, p. 5. « Au cours de l'instruction du dossier, lorsque le dossier comprend une demande d'exercice du service de conseil en investissement ou de gestion de portefeuille pour compte

de tiers, l'AMF peut effectuer directement auprès du requérant toute demande d'information complémentaire nécessaire **pour l'instruction** ~~à l'examen~~ du programme d'activité. »

23. Article 3, al. 7, p. 7. « L'article R. 532-4 du code monétaire et financier précise que l'ACPR dispose de quatre mois à compter de la date de réception du dossier d'agrément **pour notifier sa décision au requérant** ~~Elle informe~~ **et doit informer** l'AMF de sa ~~sa~~ **cette** décision. »

24. Chapitre II, p. 8 et 9. Outre la modification souhaitée, exposée au § 7, il est proposé de modifier cet alinéa comme suit : «Le contenu du programme d'activité est propre à chaque prestataire. Ce dernier doit suivre la trame **présentée ci-après** et compléter toutes les parties du dossier, en fonction des services d'investissement demandés.

~~« Le prestataire décrit le~~ **Cette trame comprend notamment la description du** périmètre de l'activité que **le prestataire** ~~il~~ entend fournir dans le cadre de l'exercice des services d'investissement demandés, les contrôles associés, ainsi que les dispositifs et moyens mis en place pour se conformer aux règles d'organisation et de bonne conduite mentionnées notamment aux articles L.533-11 et suivants du code monétaire et financier, dans le livre III du règlement général de l'AMF et précisées par la doctrine de l'AMF, ainsi qu'aux obligations professionnelles mentionnées au II de l'article L.621-15 du code monétaire et financier.

« Conformément au règlement CRBF n°96-15 du 20 décembre 1996 relatif au capital minimum des prestataires de services d'investissement, le prestataire ~~devra~~ **doit** indiquer le montant des capitaux propres **dont il dispose, ou entend disposer,** dont le montant minimum pourra varier en fonction du ou des services d'investissement / services connexes requis pour exercer son activité : »

25. Article 4, 1^{er} al., p. 12. « Le dossier comprend une description ~~du programme de~~ l'activité **du prestataire** en lien avec la fourniture du ou des services d'investissement demandés : instruments financiers / stratégies proposés, typologie de clients / contreparties visées, zone géographique ciblée, le cas échéant marchés ou autres lieux d'exécution... ; il doit par ailleurs inclure la description de toute activité développée dans le cadre de la fourniture de services connexes ou autres ~~activités~~ (telles que la compensation). »

26. Note de bas de page 4, p. 12. « Pour l'application des dispositions de l'article 314-6 du règlement général de l'AMF **relatives à la possibilité pour un client non professionnel de demander à être traité comme un client professionnel,** une opération sur des instruments financiers est d'une taille significative dès lors que son montant brut est supérieur à 600 euros. »

27. Article 5, p. 17

« Le dossier comprend un organigramme détaillé, faisant apparaître les responsables des activités exercées, la personne en charge de la gestion des fonds propres du prestataire ainsi que l'organisation hiérarchique de l'entreprise. La structure actionariale doit par ailleurs être indiquée (identité des apporteurs de capitaux et pourcentage détenu par chacun).

« Il indique par ailleurs ~~l'identité du responsable de chaque activité ainsi que~~ [cette information est déjà fournie par le biais de l'organigramme détaillé mentionné ci-dessus] les effectifs affectés à chaque service d'investissement pour les trois exercices à venir (en fonction de la taille de l'entreprise, le dossier pourra inclure l'identité de tous les collaborateurs).

« Il comprend également une description générale des modes de rémunération du personnel en distinguant celles relatives aux dirigeants, aux gérants, aux responsables commerciaux ainsi qu'aux responsables des fonctions de contrôle. Il est notamment précisé le dispositif d'intéressement aux

résultats de la société ou **de rémunération liée** aux performances individuelles ou collectives, s'il y a lieu, avec une description du mode de calcul de la fraction variable.

« Les curriculum vitae des dirigeants, des gérants, du contrôleur des risques (le cas échéant), du responsable du contrôle de conformité sont joints au dossier. »

28. Article 7-2, dernier alinéa, p. 23 « Le prestataire doit ainsi préciser le dispositif mis en place pour ~~contrôler, enregistrer les informations privilégiées~~ **et prévenir** ainsi que leur circulation et leur utilisation. **Ce dispositif comprend notamment la mise en place de listes de surveillance et de listes d'interdiction sur certains instruments financiers.** Le prestataire doit **également** ainsi décrire dans son dossier d'agrément les moyens mis en place afin d'encadrer les transactions personnelles de ses collaborateurs (cf. articles 313-9, 315-15 et suivants du règlement général de l'AMF) ; ~~ce dispositif comprend notamment la mise en place des listes de surveillance et des listes d'interdiction sur certains instruments financiers.~~ »

29. Article 8, p. 24

« **L'article 313-18 du règlement général de l'AMF précise que : « Le prestataire de services d'investissement prend toute mesure raisonnable lui permettant de détecter les situations de conflits d'intérêts se posant lors de la prestation de services d'investissement, de services connexes ou de la gestion d'OPCVM :**

1° Soit entre lui-même, les personnes concernées ou toute personne directement ou indirectement liée au prestataire par une relation de contrôle, d'une part, et ses clients, d'autre part ;

2° Soit entre deux clients.

« ~~Dans le cadre du respect des règles d'organisation,~~ **Ainsi, le** tout prestataire de services d'investissement doit ~~mettre en place et~~ présenter à l'AMF un **le** dispositif **qui** lui permettant de détecter, prévenir et encadrer les situations qui pourraient générer des conflits d'intérêts. Ces situations peuvent concerner plusieurs clients, un client et le prestataire, ou le prestataire et un partenaire (intermédiaire, actionnaire, etc.).

« ~~L'article 313-18 du règlement général de l'AMF précise que : « Le prestataire de services d'investissement prend toute mesure raisonnable lui permettant de détecter les situations de conflits d'intérêts se posant lors de la prestation de services d'investissement, de services connexes ou de la gestion d'OPCVM :~~

~~1° Soit entre lui-même, les personnes concernées ou toute personne directement ou indirectement liée au prestataire par une relation de contrôle, d'une part, et ses clients, d'autre part ;~~

~~2° Soit entre deux clients. »~~

30. Article 9-1, p. 26 « Au plus tard quatre mois après la clôture de l'exercice, le prestataire transmet à l'AMF le Questionnaire Annuel RCSI qui intègre, **le cas échéant**, la Fiche de Renseignements Annuels relative à la gestion de portefeuille pour compte de tiers. La communication de ces statistiques s'effectue, par lien sécurisé, sur l'extranet GeCo. »

31. Article 9-4, 1^{er} alinéa, p. 28 « Les modifications apportées par le prestataire de services d'investissement à son programme d'activité initial tel qu'examiné par les autorités sont communiquées ~~au préalable~~ à l'ACPR qui les transmet à l'AMF dans les cinq jours ouvrés. »