PSA – PSF : CONVERGENCES ET DIVERGENCES

par

Elisabeth Omes*

INTRODUCTION

1. L'idée ayant mené à la création des professionnels du secteur de l'assurance (ci-après les « PSA ») était celle de combler des lacunes existant dans ce secteur et de compléter la liste des PSF surveillés par la CSSF. À première vue, les PSA devraient donc pouvoir être qualifiées de pendant des PSF dans le secteur de l'assurance.

Ceci étant dit, l'introduction des PSA dans la législation luxembourgeoise s'inscrit dans une modification plus générale de la loi du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances (ci-après la « LSA »), effectuée par l'adoption de la loi du 12 juillet 2013[1].

Les PSA sont les professionnels du secteur de l'assurance dont l'activité habituelle consiste à exercer à titre professionnel une ou plusieurs des activités du secteur des assurances visées aux articles 103-7 à 103-13 de la LSA.

La loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier (ci-après la « LSF ») définit les PSF comme étant « l'ensemble formé par :
– les entreprises d'investissement visées à la sous-section I de la section 2 du chapitre 2 de la partie I ;

* Avocat à la Cour, Elvinger, Hoss & Prussen. L'auteur peut être contactée à l'adresse elisabethomes@ehp.lu.

1 Loi du 12 juillet 2013 portant modification de :
– la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances ;
– la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme, *Mémorial A*, 2013, p. 2698.

– les PSF spécialisés visés soit à la sous-section 2 de la section 2 du chapitre 2 de la partie I soit à l'article 13 et ne rentrant pas dans les catégories visées aux premier et troisième tirets de la présente définition ;
– les PSF de support visés à la sous-section 3 de la section 2 du chapitre 2 de la partie I. »[2]

Ainsi, les PSF sont divisés en catégories, elles-mêmes subdivisées en statuts :

– *Les entreprises d'investissement* :
  • les conseillers en investissement ;
  • les courtiers en instruments financiers ;
  • les commissionnaires ;
  • les gérants de fortunes ;
  • les professionnels intervenant pour compte propre ;
  • les teneurs de marché ;
  • les preneurs d'instruments financiers ;
  • les distributeurs de parts d'OPC ;
  • les sociétés d'intermédiation financière ;
  • les entreprises d'investissement exploitant un MTF au Luxembourg.

2 Définition introduite dans la LSF par la loi du 28 avril 2011 portant
  – transposition de la directive 2009/111/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 modifiant les directives 2006/48/CE, 2006/49/CE et 2007/64/CE en ce qui concerne les banques affiliées à des institutions centrales, certains éléments de fonds propres, les grands risques, les dispositions en matière de surveillance et la gestion de crises ;
  – transpositions pour les établissements de crédit de la directive 2009/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil en ce qui concerne certaines obligations de publicité pour les sociétés de taille moyenne et l'obligation d'établir des comptes consolidés ;
  – parachèvement de la transposition de la directive 2009/14/CE du Parlement et du Conseil du 11 mars 2009 modifiant la directive 94/19/CE relative aux systèmes de garantie et le délai de remboursement ;
  – modification de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier ;
  – modification de la loi modifiée du 17 juin 1992 relative aux comptes des établissements de crédit ;
  – modification de la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier ;
  – modification de la loi du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés ;
  – modification de la loi modifiée du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers ;
  – modification de la loi du 11 janvier 2008 relative aux obligations de transparence sur les émetteurs de valeurs mobilières ;
  – modification de la loi du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement, *Mémorial A*, 2011, p. 1267.

– *Les PSF spécialisés* :
  • les agents teneurs de registre ;
  • les dépositaires professionnels d'instruments financiers ;
  • les dépositaires professionnels d'actifs autres que des instruments financiers ;
  • les opérateurs d'un marché réglementé agréé au Luxembourg ;
  • les personnes effectuant des opérations de change-espèces ;
  • le recouvrement de créances ;
  • les professionnels effectuant des opérations de prêt ;
  • les professionnels effectuant du prêt de titres ;
  • les Family Offices ;
  • les administrateurs de fonds communs d'épargne ;
  • les gestionnaires d'OPC non coordonnés ;
  • les domiciliataires ;
  • les professionnels effectuant des services de constitution et de gestion de sociétés ;
  • les PSF agréés sous l'article 13 de la LSF.

– *Les PSF de support* :
  • les agents de communication à la clientèle ;
  • les agents administratifs du secteur financier ;
  • les opérateurs de systèmes informatiques primaires du secteur financier ;
  • les opérateurs de systèmes informatiques secondaires et de réseaux de communication du secteur financier.

Les PSA ne sont pas subdivisés en grandes catégories. La LSA distingue huit statuts différents, à savoir :
– les sociétés de gestion d'entreprises captives d'assurance ;
– les sociétés de gestion d'entreprises d'assurances en run-off ;
– les sociétés de gestion d'entreprises de réassurance ;
– les sociétés de gestion de fonds de pension ;
– les prestataires agréés de services actuariels ;
– les sociétés de gestion de portefeuilles d'assurances ;
– les prestataires agréés de services liés à la gouvernance d'entreprises d'assurance et de réassurance ;
– les régleurs de sinistres.

2. Si les activités des PSA se rattachent toutes de près à la prestation de services pour des entreprises d'assurances, de réassurance ou de fonds de pension surveillés par le Commissariat aux Assurances (ci-après le « CAA »), les

PSF regroupent des professionnels du secteur financier exerçant des activités de nature très variée. Ces activités vont de la gestion de fortunes et de l'exploitation d'un MTF, aux services d'agent administratif du secteur financier et d'opérateur de systèmes, en passant par la domiciliation et les opérations de prêt ou le prêt de titres.

Malgré la diversité des activités, et à quelques différences ponctuelles près, les conditions d'agrément sont globalement les mêmes pour tous les PSF. Si les mêmes dispositions légales s'appliquent à tous les PSF, toutes catégories confondues, leur utilisation ne saurait se faire aveuglément, mais devra tenir compte de la taille du PSF et des risques que ses activités comportent. C'est ainsi que, tout en respectant le cadre légal fixé par la LSF, une certaine proportionnalité, voire flexibilité, s'impose lors de l'application pratique des dispositions légales relatives aux conditions d'agrément.

La même approche de flexibilité a été utilisée par le législateur lors de la création des PSA.

3. Tant la LSA que la LSF contient des dispositions générales applicables à chaque PSA ou PSF, ainsi que des dispositions particulières dont l'applicabilité est fonction de l'agrément sollicité.

Même si le nouveau régime des PSA se veut être calqué sur celui des PSF, il existe néanmoins une série de différences entre les deux catégories de professionnels, qui seront abordées ci-après.

CHAPITRE I. L'OBTENTION, LA PERTE ET LE CUMUL DES AGRÉMENTS DE PSA ET DE PSF

4. La législation actuelle fait intervenir d'une part le Ministre ayant dans ses attributions la CSSF respectivement le CAA (c'est-à-dire actuellement le Ministre des finances), et d'autre part le CAA et la CSSF dans le processus d'agrément.

SECTION I. LE PROCESSUS TENDANT À L'OBTENTION D'UN AGRÉMENT DE PSA ET DE PSF

5. *Bases légales*.- Aux termes de l'article 103-1 de la LSA, « nul ne peut exercer une des activités visées aux articles 103-7 à 103-13 de la loi sans être en possession d'un agrément du Ministre. » Les articles 103-7 à 103-13 auxquels la disposition précitée renvoie s'appliquent aux différentes catégories de PSA nouvellement créés. Le pendant PSF de cette disposition est l'article 14(1) de la LSF qui prévoit que « nul ne peut avoir comme occupation ou activité habituelle à titre professionnel une activité du secteur financier ni une activité connexe ou complémentaire à une activité du secteur financier visée à la sous-section 3 de la section 2 du présent chapitre sans être en possession d'un agrément écrit du Ministre ayant dans ses attributions la CSSF »[3].

L'article 15 (1) de la LSF rajoute que l'agrément est accordé sur demande écrite et après instruction par la CSSF portant sur les conditions exigées par la LSF[4]. Le nouvel article 103-2 1) de la LSA prévoit que la requête en agrément est adressée au Ministre par l'entremise du CAA, accompagnée des pièces justificatives.

6. *Rôle du CAA*.- Le demandeur d'un agrément de PSA doit déposer sa requête au CAA qui en fait l'instruction. Une fois que le dossier est complet et comporte toutes les pièces justifiant que les conditions de la LSA sont remplies, le dossier est transmis au Ministre, par l'entremise du CAA.

Contrairement à ce qui est exposé ci-dessous pour les PSF, le demandeur d'un agrément de PSA n'a pas besoin de redéposer un dossier complet auprès du Ministre. Ici, c'est le CAA qui transmet la demande au Ministre pour que ce dernier prenne une décision sur la demande.

7. *Rôle de la CSSF*.- La pratique applicable dans le secteur financier est en effet différente : la demande d'agrément est transmise à la CSSF de manière informelle avant son dépôt officiel auprès du Ministre par le futur PSF.

Cette manière de procéder permet à la CSSF d'instruire la demande d'agrément sans être liée par les délais d'instruction imposés par la LSF. Pendant la phase d'instruction informelle, la CSSF analyse la demande d'agrément, invite le demandeur à compléter le projet de demande avec les informations

3 Article 14 (1) de la LSF.
4 Article 15 (1) de la LSF.

et documents manquants, et, dans certains cas, va jusqu'à clarifier avec le demandeur quel statut de PSF il y a lieu de demander, au vu des activités prestées ou décrites dans le projet de demande d'agrément. En effet, les activités susceptibles de relever du secteur financier deviennent de plus en plus complexes et leur qualification au regard des différents statuts de PSF actuels n'est pas chose aisée[5].

Une fois que la CSSF est satisfaite de la qualité de la demande d'agrément finalisée conformément à ses commentaires et des documents produits à l'appui de la demande, elle informe le futur PSF qu'il peut procéder au dépôt de la demande officielle auprès du Ministre des finances. C'est à ce moment que le Ministre intervient dans le processus.

8. *Rôle du Ministre des finances.*- À la suite du dépôt de la demande d'agrément auprès du Ministre (que ce soit pour avoir un agrément de PSA ou de PSF), celui-ci doit prendre une décision sur le mérite de la demande. Cette décision devra être motivée en fait et en droit.

La décision du Ministre sera notifiée au demandeur dans les six mois de la réception de la demande, ou, si celle-ci est incomplète, dans les six mois de la réception des renseignements nécessaires à la prise de décision[6].

Comme expliqué ci-avant, lors de la phase d'instruction officielle d'une demande en obtention d'un agrément de PSF, le rôle conféré à la CSSF par la LSF consiste dans l'instruction de la demande d'agrément sur demande du Ministre, afin de lui permettre de prendre une décision sur le mérite de la demande introduite. Or, étant donné qu'en pratique, la CSSF procède à une instruction officieuse en amont du dépôt de la demande officielle, son intervention dans le processus officiel se limite à examiner si la demande officielle est en tous points conforme à la demande finalisée présentée lors de la phase informelle. Si elle est satisfaite de la demande, la CSSF adresse son avis sur demande au Ministre et recommande en principe à celui-ci de délivrer l'autorisation sollicitée.

Le rôle du CAA est différent de celui de la CSSF, en ce que la version finale de la demande en obtention du statut de PSA est transmise au Ministre directement par son entremise, en indiquant que l'agrément peut être donné. Le

5 On peut penser au *crowdfunding* ou à l'établissement de plateformes permettant des transactions sur devises.

6 Article 103-2 LSA, article 15(7) LSF.

demandeur d'un agrément de PSA n'a donc pas besoin de déposer la demande officielle auprès du Ministre. C'est le CAA qui s'en charge.

9. L'article 103-2, 3) de la LSA et son pendant, l'article 15(7) de la LSF imposent au Ministre de statuer sur le mérite d'une demande dans les douze mois par la réception de la demande, faute de quoi l'absence de décision équivaut à une décision de refus. Une décision prise par le Ministre sur la demande d'agrément peut être déférée dans un délai d'un mois sous peine de forclusion au tribunal administratif, statuant comme juge du fond.

À noter que l'existence d'un recours en réformation, par opposition au recours en annulation[7], signifie que la décision initialement prise par le Ministre pourra être réformée et remplacée par le tribunal administratif, respectivement par la Cour administrative en cas d'appel. Ceci est important, étant donné que la décision du juge administratif s'imposera au Ministre et partant à la CSSF et au CAA.

En pratique cependant, et en raison de l'existence de la phase d'instruction informelle, lors de laquelle la CSSF instruit déjà les projets de demandes d'agrément avant leur dépôt au Ministre et redresse certaines erreurs ou décourage le dépôt de demandes insatisfaisantes, le contentieux relatif aux demandes d'agrément ou refus d'agrément est actuellement inexistant.

De même, il est rare que le CAA transmette un dossier au Ministre avec la recommandation de refuser l'agrément.

SECTION II. LES MODIFICATIONS SUSCEPTIBLES D'AFFECTER L'AGRÉMENT INITIAL

10. *Rôle des autorités de surveillance*.- Une fois que l'agrément est délivré par le Ministre, les changements affectant le PSA ou le PSF lui-même ou certains éléments faisant partie intégrante du dossier d'agrément doivent être approuvés par le CAA, respectivement la CSSF.

Dans un souci de simplification administrative, l'agrément préalable dont les PSA et PSF doivent disposer pour modifier leur objet social, leur dénomination sociale ou leur forme juridique sera délivré directement par respectivement le

7 En droit administratif, le recours en annulation est le recours de droit commun, ouvert dans certaines situations définies légalement, à savoir pour incompétence, excès et détournement de pouvoir, violation de la loi ou des formes destinées à protéger les intérêts privés.

CAA et la CSSF et ne requiert pas l'intervention du Ministre[8]. Dans le même ordre d'idées, un agrément de l'autorité de surveillance compétente est requis pour la création et l'acquisition de filiales au Luxembourg et à l'étranger. La création d'agences et de succursales au Luxembourg n'est pas soumise à agrément.

11. Pour les PSF, tout changement dans le chef des personnes qui sont membres des organes d'administration, de gestion et de surveillance, ainsi que les changements dans le chef des actionnaires ou associés, doivent être communiqués au préalable à la CSSF. Le changement du réviseur d'entreprises agréé doit également être autorisé au préalable par la CSSF[9]. Celle-ci peut s'opposer au changement, « si les personnes ne jouissent pas d'une honorabilité professionnelle adéquate et, le cas échéant d'une expérience professionnelle adéquate ou s'il existe des raisons objectives et démontrables d'estimer que le changement envisagé risque de compromettre la gestion saine et prudente du PSF »[10].

L'approbation des dirigeants des PSA est différente. En effet, comme on le verra ci-après, les PSA doivent s'attacher les services d'un dirigeant agréé (au sens de la LSA), et tout agrément de dirigeant doit être délivré par le Ministre, saisi d'une demande par l'entremise du CAA.

12. *Rôle du Ministre*.- Il faut cependant bien faire la distinction entre une extension des activités des entreprises d'investissement telle que décrite ci-dessus et l'obtention d'un nouveau statut par un PSF. En effet, l'agrément demandé par une entité surveillée en vue de l'obtention d'un nouveau statut est à assimiler à un nouvel agrément et relève dès lors de la compétence du Ministre[11]. La CSSF se dit uniquement seule compétente pour l'addition d'activités auxiliaires par les PSF faisant partie des entreprises d'investissement.

8 Article 15 (6) de la LSF : « Un agrément octroyé par la CSSF, après instruction du dossier par elle, est requis avant toute modification de l'objet, la dénomination ou de la forme juridique, ainsi que pour la création ou l'acquisition de filiales au Luxembourg et de filiales et de succursales à l'étranger, sans préjudice de l'application de l'article 33. Un agrément est requis dans le chef de toute entreprise d'investissement avant d'étendre son activité à d'autres services ou activités d'investissement ou à d'autres services auxiliaires non couverts par son agrément ».
Article 103-2, 4) de la LSA : « L'autorisation préalable du Commissariat est requise pour toute modification de l'objet, de la dénomination de la forme juridique, pour la création ou l'acquisition de filiales et pour la création d'agences ou de succursales à l'étranger ».

9 Article 22 (2) de la LSF.

10 Article 19 (4) de la LSF.

11 Question 7. Auprès de qui l'agrément d'un changement de statut ou d'un nouveau statut peut-il être obtenu ? *in* Questions / Réponses relatives à l'obtention d'un agrément en tant que « PSF », publié par la CSSF sur www.cssf.lu.

Ainsi, par exemple, le PSF domiciliataire qui souhaite élargir ses activités à celles prestées par l'agent teneur de registre devra adresser sa demande d'agrément au Ministre. De même, le conseiller en investissement qui souhaite prester des services de gestion discrétionnaire devra adresser sa demande d'agrément au Ministre, et non pas seulement à la CSSF, pour obtenir l'agrément couvert par l'article 24-3 de la LSF.

Tout comme pour les demandes d'agrément initiales, les demandes de changement de statut ou d'extension d'activités sont également précédées d'une phase informelle d'instruction de la demande par la CSSF avant le dépôt officiel de la demande auprès du Ministre.

Dans le silence de la LSA, et en l'absence de pratique en la matière, on peut présumer que la même pratique sera appliquée pour les PSA. Ainsi, si un PSA souhaite étendre ses activités et demander l'agrément d'un autre statut de PSA, il faudra qu'il présente une requête en agrément au Ministre, par l'entremise du CAA.

13. Il découle de ce qui précède que le Ministre est compétent pour la délivrance des agréments initiaux et des modifications subséquentes relatives aux statuts des PSF et aux catégories de PSA. La compétence de la CSSF et du CAA est limitée à l'approbation des changements affectant certaines conditions sur la base desquelles l'agrément initial a été délivré.

SECTION III. LE RETRAIT DE L'AGRÉMENT

14. *Bases légales*.- L'article 103-6 de la LSA traite du retrait de l'agrément et prévoit que l'agrément peut être retiré sur proposition du CAA, si le PSA ne fait pas usage de l'agrément dans un délai de 12 mois de son octroi ou lorsque le PSA y renonce expressément. Par ailleurs, l'agrément peut être retiré si les conditions d'octroi ou d'exercice ne sont plus remplies.

Même si les dispositions sur les PSA se veulent calquées sur celles applicables aux PSF, le législateur n'a pas voulu prévoir la possibilité de pouvoir retirer l'agrément au PSA lorsque celui-ci n'a pas exercé son activité de PSA pendant au moins 6 mois[12]. Ce cas de retrait, applicable aux seuls PSF, est expliqué plus amplement ci-après. Les autres cas de retrait prévus aux paragraphes 3 (l'agrément a été obtenu au moyen de fausses déclarations ou par un autre moyen irrégulier) et 4 (violation grave et systématique de la loi) de l'article 23

12 Projet de loi n°6398, 7, p. 14.

de la LSF sont repris dans le nouveau libellé de l'article 111 de la LSA sur les sanctions que peuvent prendre le Ministre et le CAA.

L'article 23 (1) de la LSF semble plus strict, et prévoit que « l'agrément accordé en vertu de la présente loi est[13] retiré si le PSF ne fait pas usage de l'agrément dans un délai de 12 mois de son octroi ou y renonce expressément ou n'a exercé au cours d'une période continue de six mois aucune des activités pour lesquelles il a obtenu l'agrément ». Cette disposition se rattache à la problématique des agréments dits « dormants », à savoir les agréments dont un PSF ne fait pas usage.

15. *Interprétation de l'article 23(1) de la LSF*.- La circulaire CSSF 11/515[14] a traduit la *ratio legis* de l'article précité et explique qu'il est dorénavant permis de procéder au retrait d'un agrément, si le PSF ne fait pas usage de l'agrément dans les 12 mois de son octroi, y renonce expressément, ou n'a exercé au cours d'une période continue de 6 mois aucune – et non pas certaines seulement – des activités pour lesquelles l'agrément a été octroyé.

La circulaire précitée mentionne encore qu'il est important de noter que le retrait affecte uniquement l'agrément délivré sur la base de la LSF et non pas ceux délivrés sur la base d'autres lois : ainsi, en cas de retrait, les PSF de support, qui exercent des activités autres que celles ayant été couvertes par l'agrément de PSF qui leur a été retiré, peuvent continuer à exercer ces autres activités ne relevant pas du champ d'application de la LSF.

Même si la LSA ne le précise pas, la même solution doit s'appliquer, *mutatis mutandis*, aux PSA, avec la précision que, de par les activités qu'ils prestent, les PSA sont moins exposés à prester d'autres services que ceux pour lesquels ils ont reçu l'agrément, ce qui mène logiquement à la question du cumul des agréments ou statuts.

SECTION IV. LE CUMUL DE STATUTS

16. *Cumul de statuts de PSF ou de PSA*.- Avant d'examiner la problématique du cumul des agréments de PSA et de PSF, il faut relever qu'il est possible de cumuler plusieurs statuts de PSA, respectivement de PSF.

13 Nous soulignons.

14 Circulaire CSSF 11/515 du 14 juin 2011 concernant l'entrée en vigueur de la loi du 28 avril 2011.

En effet, l'article 103 de la LSA définit le PSA comme le professionnel « dont l'activité habituelle consiste à exercer à titre professionnel une ou plusieurs activités du secteur des assurances ». Il est dès lors possible qu'une seule personne puisse cumuler plusieurs statuts de PSA, à condition de remplir toutes les conditions qui sont requises pour leur obtention.

Même si la LSF ne le permet pas explicitement, elle l'envisage implicitement, étant donné que son article 20, qui concerne les assises financières dont les PSF doivent disposer, précise qu'en cas de cumul de plusieurs statuts de PSF, le requérant doit disposer d'un capital social et libéré ou d'avoirs propres correspondant au moins au montant du capital souscrit et libéré ou des avoirs propres le plus élevé requis parmi les différents statuts concernés.

17. Il faut dans ce contexte relever que la rédaction de la LSA est différente de celle de la LSF. En effet, la LSF dispose que certains PSF peuvent exercer de plein droit certaines autres activités de PSF, alors que la LSA prévoit que certains PSA sont dispensés d'un agrément pour exercer certaines autres activités de PSA.

Cela signifie, à notre estime, que pour les PSF, l'autorisation délivrée par le Ministre, mentionnera toutes les activités qu'un PSF peut de plein droit exercer. Par contre, l'autorisation délivrée pour un PSA mentionnera uniquement l'agrément sollicité, sans automatiquement relever les autres activités que le PSA peut encore prester sous la LSA, tout en étant dispensé d'obtenir un agrément pour le faire.

Pour illustrer ce qui précède, on prendra l'exemple du professionnel demandant l'agrément de gérant de fortunes (PSF) et d'un autre professionnel demandant celui société de gestion de portefeuilles d'assurance (PSA).

L'agrément de gérant de fortunes mentionnera que le PSF est autorisé à exercer les activités suivantes : gérant de fortunes, conseiller en investissement, courtier en instruments financiers, commissionnaire et Family Office[15]. L'énumération de ces activités sur l'autorisation délivrée par le Ministre découle du fait que le gérant de fortunes est de plein droit autorisé à les prester.

La situation du PSA semble différente, en ce sens que certains PSA sont dispensés de demander un agrément pour prester certains services. Ainsi, par exemple, aux termes de l'article 103-13 de la LSA, la société de gestion de portefeuille d'assurance est dispensée de l'agrément de régleur de sinistres pour

15 Cette autorisation découle de la loi du 21 décembre 2012 relative à l'activité de Family Office, *Mémorial* A, n°274, 28 décembre 2012, p. 4314.

prester de tels services. Il s'ensuit que l'autorisation délivrée à une telle société de gestion ne mentionnera pas qu'elle est autorisée à prester des services de règlement de sinistres, étant donné qu'elle est dispensée d'un agrément de régleur de sinistre. Il faudra cependant voir comment le CAA et le Ministre interpréteront la LSA sur ce point.

18. *Cumul de statuts de PSF ou PSA avec des activités non réglementées*.- Il n'est pas non plus exclu que les PSF ou PSA exercent également d'autres activités professionnelles, avec, le cas échéant, une autorisation d'établissement couvrant l'exercice de ces activités non PSF ou PSA.

Ainsi par exemple, il est fréquent que les PSF de support exercent également des activités qualifiées de « non PSF », c'est-à-dire pour lesquelles un agrément de PSF n'est pas requis. On peut songer aux services d'archivage ou de destruction de documents pour des clients autres que ceux relevant du secteur financier, respectivement aux services de gardiennage offerts par certains PSF ayant le statut d'agent de communication à la clientèle.

De même, la LSA ne disposant pas que les activités de PSA doivent être exercées de manière exclusive, il n'est pas exclu qu'un PSA puisse exercer des activités non régies par la LSA. Pour illustrer ce propos, on pourrait songer au prestataire agréé de services liés à la gouvernance d'entreprises d'assurance et de réassurance qui offre également des services en relation avec les fonctions d'audit interne, de *compliance* et de gestion des risques à des entreprises autres que les entreprises d'assurance et de réassurance.

19. *Cumul de statuts de PSF et de PSA*.- La création des PSA a généré la question si un PSF peut demander un statut de PSA et vice-versa. D'un point de vue théorique, un tel cumul est possible, étant donné que ni la LSA, ni la LSF ne l'interdit, et qu'il soit possible pour les PSF et les PSA de prester des activités non réglementées. Il faudra cependant que les conditions énoncées dans les deux lois soient remplies. Ainsi, par exemple, il faudra deux dirigeants (condition tirée de la LSF), dont un est dirigeant agréé (condition de la LSA).

Le cumul n'est pas sans poser des difficultés pratiques sur la surveillance commune que la CSSF et le CAA devront faire.

Ceci étant dit, il existe un statut de PSF qui prévoit une certaine surveillance commune, à savoir les sociétés d'intermédiation financière régie par l'article

24-9 de la LSF. D'après la CSSF[16], les sociétés d'intermédiation financière reçoivent un agrément unique du Ministre des finances, après une instruction conjointe du dossier d'agrément faite par la CSSF et le CAA. Après la délivrance de l'agrément, la surveillance est exercée conjointement par les deux autorités de surveillance, en étroite collaboration. Les sociétés d'intermédiation financière bénéficient d'ailleurs du passeport européen au titre de la directive MiFID et de la directive 2002/92/CE sur l'intermédiation en assurance.

20. *Effet sur le passeport*.- Dans ce contexte, il faut relever qu'étant donné que les PSA ne bénéficient pas du système du passeport, ils ne pourront pas « passeporter » ces services, même s'ils cumulent le statut de PSA avec celui de PSF, plus spécialement celui d'entreprise d'investissement.

En effet, sous le système du passeport européen, seules les services et activités d'investissement visés par la directive MiFID sont couverts par ce passeport et sont limitativement énumérés à la Section A, Annexe II de la LSF. Par conséquent si une entreprise d'investissement cumule son statut avec celui d'un PSA, ou d'ailleurs un PSF spécialisé ou PSF de support, les services autres que les services et activités d'investissement ne peuvent pas être « passeportés » dans un autre Etat membre.

CHAPITRE II. LA FORME JURIDIQUE À ADOPTER PAR LES PSA ET LES PSF

21. *Personne physique – personne morale*.- Les LSA et LSF font la distinction entre les PSA/PSF personnes morales et les PSA/PSF personnes physiques. Ainsi, certains agréments peuvent uniquement être accordés à des personnes morales, à l'exclusion des personnes physiques.

Alors que la personne physique désigne « l'être humain, tel qu'il est considéré par le Droit »[17], la personne morale est définie comme un « groupement doté, sous certaines conditions, d'une personnalité juridique plus ou moins

16 Réponse à la question n°37, Questions / Réponses relatives aux statuts de « PSF » Partie II, p. 23.

17 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, v°Personne physique, Presses Universitaires de France, 5e édition, 1996.

complète »[18], ou de « sujet de droit fictif qui, sous l'aptitude commune à être titulaire de droit et d'obligation, est soumis à un régime variable, notamment selon qu'il s'agit d'une personne morale de droit privé ou d'une personne morale de droit public »[19].

L'ensemble des personnes morales inclut en principe donc non seulement les sociétés commerciales, mais également d'autres entités à personnalité juridique, telles que les sociétés civiles[20], les groupements européens d'intérêt économique[21] ou les associations agricoles[22].

22. *Statuts de PSA.*- L'article 103-3 de la LSA dispose que, sans préjudice des dispositions de l'article 103-14 applicables aux PSA d'origine étrangère, pour pouvoir être agréé comme PSA, une personne morale doit être constituée au Grand-Duché de Luxembourg sous l'une des formes prévues par la législation sur les sociétés commerciales ou sous la forme d'un groupement d'intérêt économique ou d'un groupement européen d'intérêt économique. Cette disposition ne signifie pas que le statut de PSA soit uniquement réservé aux personnes morales.

En effet, les catégories de PSA suivantes peuvent être adoptées par des personnes physiques :
– les prestataires agréés de services actuariels[23] ;
– les prestataires agréés de services liés à la gouvernance d'entreprises d'assurance et de réassurance[24] ;
– les régleurs de sinistres[25].

Initialement, il avait été prévu que seules des personnes morales pouvaient adopter le statut de PSA. À la suite d'une opposition formelle du Conseil d'Etat, le législateur a décidé d'ouvrir le statut de certains PSA également aux personnes physiques. En effet, pour le Conseil d'Etat, une exclusion pure

18 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, v°Personne morale, Presses Universitaires de France, 5e édition, 1996.
19 *Ibid.*
20 C.A. 11 mars 1875, *Pas.*, I, p. 63 : « les sociétés civiles constituent des personnes morales ».
21 Article 1er de la loi modifiée du 25 mars 1991 portant diverses mesures d'application du règlement CEE n°2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE), texte coordonné publié au Recueil de législation sur les sociétés et associations, 2010, Service Central de Législation, p.367.
22 Article 1er de l'arrêté grand-ducal modifié du 17 septembre 1945 portant révision de la loi du 27 mars 1900 sur l'organisation des associations agricoles ; texte coordonné publié au Recueil de législation sur les sociétés et associations, 2010, Service Central de Législation, p.36.
23 Article 103-10 LSA.
24 Article 103-12 LSA.
25 Article 103-13 LSA.

et simple des personnes physiques de toute activité de PSA, sans distinction entre les différentes activités visées sur base d'un critère objectif telle que la gestion de fonds de tiers, constituerait une violation du principe constitutionnel de l'égalité devant la loi inscrit à l'article 10bis de la Constitution[26].

23. *Statuts de PSF réservés à certaines formes de personnes morales*.- La situation est plus compliquée pour les PSF. Les dispositions particulières régissant les différents statuts de PSF opèrent également une distinction entre les PSF personnes physiques et les PSF personnes morales, en réservant l'exercice de certaines activités aux personnes morales.

L'article 16 de la LSF, disposition générale traitant de la forme juridique des PSF, est cependant plus restrictif que les dispositions particulières, en prévoyant que l'agrément pour une activité qui implique la gestion de fonds de tiers, peut uniquement être délivré à des personnes morales ayant la forme d'un établissement de droit public ou d'une société commerciale[27].

On peut en conclure que, d'une part, des personnes morales autres que les sociétés commerciales ou établissements de droit public ne sont pas éligibles pour se voir octroyer un agrément de PSF impliquant la gestion de fonds de tiers, nonobstant le fait que les dispositions légales particulières applicables aux différentes catégories de ce type de PSF ne le précisent pas.

D'autre part, les PSF personnes morales dont l'activité n'implique pas la gestion de fonds de tiers ne doivent pas nécessairement adopter la forme d'une société commerciale ou d'un établissement public.

24. En résumé, la forme juridique des PSF est dictée par les principes suivants :
– les PSF dont l'activité implique la gestion de fonds de tiers doivent être des personnes morales et adopter la forme d'un établissement de droit public ou d'une société commerciale ;

26 Projet de loi n°6398, 7, p.11.
27 Article 2 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales : « La loi reconnaît comme sociétés commerciales dotées de la personnalité juridique :
la société en nom collectif ;
la société en commandite simple ;
la société anonyme ;
la société en commandite par actions ;
la société à responsabilité limitée ;
la société coopérative ;
la société européenne (SE).

– les PSF dont l'activité n'implique pas la gestion de fonds de tiers, mais dont la LSF réserve l'exercice des activités aux personnes morales, peuvent adopter une forme juridique autre que celle d'un établissement de droit public ou d'une société commerciale ;
– les PSF dont l'activité n'implique pas la gestion de fonds de tiers et dont la LSF ne réserve pas l'exercice des activités aux personnes morales, peuvent être des personnes physiques ou des personnes morales ayant la possibilité d'adopter une forme juridique autre que celle d'un établissement de droit public ou d'une société commerciale.

Les activités suivantes peuvent être exercées par ce dernier type de PSF[28] :
– les conseillers en investissement[29] ;
– les courtiers en instruments financiers[30] ;
– opérateurs d'un marché réglementé agréé au Luxembourg[31] ;
– les personnes effectuant des opérations de change-espèces[32] ;
– le recouvrement de créances[33] ;
– les administrateurs de fonds communs d'épargne[34] ;
– les domiciliataires[35] ;
– les professionnels effectuant des services de constitution et de gestion de sociétés[36].

25. *Option luxembourgeoise.*- L'article 1er de la directive 93/22/CEE du Conseil relative aux services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières[37] définit l'entreprise d'investissement comme « toute personne morale[38] qui exerce habituellement une profession ou une activité consistant à fournir à des tiers un service d'investissement à titre professionnel ». Le même article rajoute cependant que les Etats membres peuvent inclure dans la notion des entreprises d'investissement des entreprises qui ne sont pas des personnes morales, à condition que certaines conditions relatives à la protection des tiers et à la surveillance prudentielle soient respectées.

28 Pour rappel, il s'agit des PSF qui peuvent être des personnes physiques ou des personnes morales autres que les sociétés commerciales ou les établissements publics.
29 Article 24 de la LSF.
30 Article 24-1 de la LSF.
31 Article 27 de la LSF.
32 Article 28-2 de la LSF.
33 Article 28-3 de la LSF.
34 Article 28-7 de la LSF.
35 Article 28-9 de la LSF.
36 Article 28-9 de la LSF.
37 Directive 93/22/CEE du Conseil du 10 mai 1993 concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières, *J.O.*, 11 juin 1993, L 141, p. 27.
38 Nous soulignons.

À l'époque de la transposition de la directive 93/22/CEE précitée, le texte sur la forme juridique des PSF n'avait pas été modifié, de sorte qu'il est toujours permis aux personnes physiques de demander un des agréments de PSF précités.

26. *Application pratique.*- L'option dont le Luxembourg a fait usage n'a cependant pas connu de grand succès, étant donné qu'à ce jour aucune personne physique n'est enregistrée comme entreprise d'investissement[39].

Parmi les PSF spécialisés, seules deux personnes figurent comme personnes physiques sur la liste des entités surveillées.

Aucune personne physique n'a le statut de PSF de support, étant donné que ce type d'agrément ne peut être délivré qu'à des personnes morales.

27. *Adopter le modèle des PSA ?*- Dans ce contexte, il faut faire état de la possibilité donnée par la législation française aux entreprises d'investissement d'avoir un dirigeant unique. Cette solution est intéressante, en ce sens que l'on pourrait envisager de prévoir que tous les statuts de PSF qui peuvent être délivrés à des personnes physiques pourraient également adopter la forme sociétaire à dirigeant unique, voire de remplacer le statut des PSF personnes physiques (posant d'ailleurs certains problèmes en matière de surveillance prudentielle) par celui de PSF ayant la forme de société anonyme ou de société unipersonnelle à responsabilité limitée à dirigeant unique.

Ce modèle se rapproche de celui adopté par le législateur pour les PSA. En effet, chaque PSA doit s'attacher les services d'un dirigeant agréé répondant aux conditions visées par la LSA. Il serait intéressant d'analyser dans quelle mesure le modèle des PSA pourrait servir de base de réforme de certains statuts de PSF demandant une flexibilité plus grande en matière d'organisation interne et de *corporate governance*.

CHAPITRE III. L'ORGANISATION INTERNE

28. L'organisation interne d'un PSF est une question très importante[40]. En effet, les PSF spécialisés et les PSF de support sont soumis à l'obligation de

39 Ce qui s'explique notamment par le fait qu'actuellement seules des personnes morales peuvent devenir membres de l'AGDL.

40 Question n°15 des Questions / Réponses relatives à l'obtention d'un agrément en tant que « PSF », p. 9.

disposer d'une bonne organisation administrative et comptable, ainsi que des procédures de contrôle interne adéquates. Cette organisation doit être exhaustive et adaptée à la nature, l'échelle et à la complexité des activités.

Les entreprises d'investissement sont soumises à des dispositions plus contraignantes : elles doivent disposer d'un solide dispositif de gouvernance interne, comprenant notamment une structure claire avec un partage de responsabilités bien défini, transparent et cohérent. Il faut également qu'il y ait des processus efficaces de détection, de gestion, de contrôle et de déclaration des risques, des mécanismes adéquats de contrôle interne, ainsi que des mécanismes de contrôle et de sécurité des systèmes informatiques. Les PSA ne sont pas soumis à de telles conditions, mais devront disposer d'un dirigeant agréé répondant à des critères bien définis. Avant d'examiner ces critères propres aux dirigeants, on examinera quelques aspects plus généraux se rattachant à l'organisation interne des PSF et PSA.

SECTION I. LA NOMINATION DES MEMBRES DES ORGANES D'ADMINISTRATION ET DE GESTION

29. *Principes*.- La personne morale exprime sa volonté et agit par l'intermédiaire de ses représentants. Les PSF adoptent majoritairement la forme de la société anonyme ou celle de la société à responsabilité limitée. Les représentants légaux des PSF sont donc principalement les membres du conseil d'administrations pour les premières et les gérants pour les secondes. On peut présumer que les PSA adopteront également majoritairement les mêmes formes.

Il faut faire une distinction entre les organes d'administration d'une part, et les organes de gestion d'autre part. Les organes d'administration des personnes morales sont le conseil d'administration des sociétés anonymes et les gérants ou conseils de gérance des sociétés à responsabilité limitée. Les organes de gestion (ou dirigeants proprement dits) regroupent les personnes en charge de la gestion journalière.

30. *Choix des dirigeants*.- En droit commun des sociétés, « le principe est celui de la liberté dans la nomination des dirigeants »[41]. Ce libre choix est cependant fortement restreint par les dispositions de la LSA et de la LSF applicables aux personnes intervenant dans l'administration et la gestion du PSA, respec-

41 A. Steichen, *Précis de droit des sociétés,* 2e éd., Ed. Saint Paul, 2010, n°207, p. 187.

tivement du PSF. Les nouvelles dispositions légales à l'origine de la création des PSA ont créé le statut de dirigeant agréé. Par conséquent, chaque PSA doit être dirigé par un dirigeant ayant reçu l'agrément pour exercer cette fonction.

Pour chaque catégorie de PSA, la LSA a créé le statut de dirigeant agréé correspondant[42]. Cela signifie q'un dirigeant agréé pour une catégorie déterminée ne peut pas automatiquement être le dirigeant d'une autre catégorie de PSA sans demander l'agrément requis.

Ainsi par exemple le PSA ayant l'agrément de société de gestion d'entreprises de réassurance, doit impérativement s'attacher les services, d'une personne ayant l'agrément de dirigeant de société de gestion d'entreprises de réassurance. Aux termes de l'article 103-16, tout changement de dirigeant doit être communiqué au préalable au CAA.

31. Pour les PSF, tant les membres de l'organe d'administration que les dirigeants en charge de la gestion journalière doivent être approuvés par la CSSF, au regard de certaines conditions légales se rattachant à l'honorabilité et expérience professionnelles[43].

Cette approbation n'est cependant qu'implicite, étant donné que la LSF se limite à imposer au PSF de communiquer au moment de l'agrément et de toute modification subséquente, des renseignements sur les membres des organes d'administration, de gestion et de surveillance au Ministre, (lors de la procédure menant à l'octroi de l'agrément initial) ou à la CSSF (en cas de changement).

Au moment de la procédure d'agrément, il appartient au Ministre de prendre une décision formelle au sujet de l'approbation des membres proposés. En pratique, cette approbation se matérialise par l'octroi de l'agrément sur la base de la demande d'agrément.

En cas de modification affectant la composition des membres d'administration, de gestion ou de surveillance du PSF, la CSSF a cependant la possibilité explicite de s'opposer au changement envisagé, si les personnes proposées ne jouissent pas d'une honorabilité ou expérience professionnelles adéquates, ou s'il existe des raisons objectives et démontrables d'estimer que le changement envisagé risque de compromettre la gestion saine et prudente du PSF[44].

42 Voy. la contribution de C. Shirrer & D. Venkatapen dans le présent ouvrage.
43 Pour être acceptés par la CSSF, les dirigeants proposés par le PSF doivent passer le « fit and proper test », tel qu'expliqué ci-après.
44 Article 19 (4) de la LSF.

SECTION II. LE PRINCIPE DE LA DIRECTION BICÉPHALE

32. *Position du principe applicable aux PSF*.- Le paragraphe 2 de l'article 19 (3) de la LSF prévoit que les personnes chargées de la gestion doivent être habilitées à déterminer effectivement l'orientation de l'activité et doivent posséder une expérience professionnelle adéquate par le fait d'avoir déjà exercé des activités analogues à un niveau élevé de responsabilité. Dans le cas d'un PSF personne morale, ces personnes doivent être au moins deux. L'exigence de mettre en place une direction bicéphale consacre le « Vier-Augen-Prinzip » provenant du droit allemand[45].

La finalité bien connue du « Vier-Augen-Prinzip » consiste dans l'amélioration du contrôle, de la qualité et de la continuité de la gestion des entités[46]. La présence d'au moins deux dirigeants à la tête d'un PSF répond donc à un souci de prudence, qui se traduit par l'organisation d'une continuité de direction ainsi que d'une surveillance réciproque. Ainsi, la prise en charge de la direction d'un PSF par deux personnes est généralement considérée comme plus fiable et sécurisant que l'exercice du pouvoir par une seule personne[47].

33. *Exception au principe applicable aux PSA*.- Le principe de la direction bicéphale n'est pas applicable aux PSA. En effet, même si la LSA ne leur interdit pas d'avoir plus qu'un dirigeant, un seul dirigeant agréé suffit.

En effet, l'article 103-16 de la LSA exige que tout PSA s'attache les services d'un dirigeant agréé répondant aux conditions visées par la LSA. Ce dirigeant doit être agréé par le Ministre des finances.

45 « Das Vier-Augen-Prinzip wurde durch die 2. KWG-Novelle aufgrund negativer Erfahrungen bei Kreditinstituten eingeführt, die nur über einen verantwortlichen Geschäftsleiter verfügten. In mehreren Fällen war dieser eine Geschäftsleiter z.B. durch Urlaub oder Krankheit ausgefallen und das Institut zeitweilig durch nicht sachkundige Personen geleitet worden, was zu Schäden bei dem Institut führte. Die mit der Zuverlässigkeits- und Eignungsprüfung (Abs. 1 Nrn 2 und 4) im Interesse einer ordnungsmäßigen Leitung verfolgte Zweckbestimmung wurde in solchen Fällen illusorisch. In anderen Fällen hätten kriminelle Handlungen des einen Geschäftsleiters bei Vorhandensein eines zweiten Geschäftsleiters vermieden oder wenigstens frühzeitig aufgedeckt werden können. », Reischauer, Kleinhans, *Kreditwesengesetz, Kommentar*, Erich Schmidt Verlag, 02/10, 115 § 33, n°9.

46 Ph.-E. Partsch, *Droit bancaire et financier européen*, coll. Europe(s), Bruxelles, Larcier, 2009, n°367, p. 267.

47 A. Couret & H. Le Nabasque, *Droit financier*, Paris, Dalloz, 2008, n°176, p. 98.

SECTION III. UN DIRIGEANT PERSONNE MORALE ?

34. *Position du problème*.- L'article 103-15 de la LSA permet expressément que la fonction de dirigeant puisse être exercée par une personne morale. Par opposition aux PSA, les personnes en charge de la gestion journalière d'un PSF doivent être des personnes physiques. L'absence de personnes morales dans la gestion journalière des PSF ne signifie cependant pas qu'elles soient exclues de toute présence dans les organes d'administration, tels que conseil d'administration ou conseil de gérance. Leur présence dans les organes d'administration ou de gestion d'un PSF ou PSA est cependant soumise à certaines conditions, exposées ci-après à la lumière de ce que la CSSF applique aux PSF. Les mêmes raisonnements devront s'imposer, *mutatis mutandis*, aux personnes morales membres des organes d'administration des PSA.

35. *Les dirigeants personnes morales des PSA*.- L'article 103-15 de la LSA prévoit explicitement la possibilité du dirigeant personne morale, en disposant que si les fonctions de dirigeant d'entreprise de réassurance ou de dirigeant de fonds de pension sont exercées par des personnes morales, celles-ci doivent être représentées tant envers la société de réassurance respectivement le fonds de pension qu'envers le CAA et des tiers par un dirigeant d'entreprises de réassurance délégué, respectivement un dirigeant de fonds de pension délégué.

Aux termes de l'article 103-15, 6), les dirigeants d'entreprises de réassurance délégués sont des personnes physiques agréées comme dirigeants d'entreprises de réassurance et dépendant d'une société de gestion d'entreprises de réassurance. Dans la même logique, les dirigeants de fonds de pension délégués, sont des personnes physiques agréées comme dirigeant de fonds de pension et dépendant d'une société de gestion de fonds de pension[48].

36. *Position de la CSSF*.- Les PSF ne sont pas autorisés à avoir un dirigeant personne morale. En effet, il résulte implicitement des dispositions légales de la LSF que seules des personnes physiques peuvent être nommées dirigeants d'un PSF.

Même si les textes applicables en la matière ne l'exigent pas expressément, il semble que la gestion journalière d'un PSF puisse uniquement être confiée à des personnes physiques. En effet, la LSF et les Circulaires IML 95/120 et CSSF 12/552 se limitent à se référer aux « personnes chargées de la gestion », sans

48 Article 103-15, 7) de la LSA.

préciser si ces personnes doivent être des personnes physiques, ou peuvent être des personnes morales. Ce n'est que la réponse à la question n°11 de la FAQ Partie I qui rajoute au texte légal en précisant que « la gestion journalière doit être assurée par deux personnes physiques au moins ».

Ceci étant dit, il arrive qu'une personne morale soit proposée comme membre d'un organe d'administration d'un PSF, mais la CSSF n'a pas encore officiellement pris position sur cette problématique. Quelques éléments de réponse figurent dans la FAQ Partie II publiée par la CSSF. Ainsi, la question n°7 traite de la problématique des responsabilités d'une personne morale en tant qu'administrateur ou de personne agréée dans un conseil d'administration d'une entité surveillée[49]. Les développements sous la question n° 7 reprennent le libellé de l'article 51bis de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après la « LSC ») pour conclure qu'il est possible qu'une personne morale soit membre du conseil d'administration d'une entité surveillée.

37. *Dispositions de la LSC.*- Même si les développements précités faits sous la question n°7 ne le précisent pas, l'article 51bis de la LSC s'applique uniquement aux sociétés anonymes et aux sociétés européennes (ainsi qu'aux autres sociétés qui y sont assimilées par renvoi). Les sociétés à responsabilité limitée ne sont pas expressément visées. Ceci étant, la pratique et la doctrine luxembourgeoises proposent un régime pour les S.àr.l. s'inspirant largement des dispositions légales prévues pour les sociétés anonymes. Ainsi, en l'absence de disposition légale contraire, la doctrine estime qu'une personne morale gérante d'une S.àr.l. est tout à fait licite[50].

À noter également que les formulaires de dépôt publiés par le Registre de Commerce et des Sociétés (« RCS ») détaillent précisément les formalités de dépôt en cas de nomination d'une personne morale à la fonction de gérant. Par conséquent, rien ne s'oppose au principe qu'une personne morale puisse être nommée au conseil de gérance d'une société à responsabilité de droit luxembourgeois.

49 La question fait la distinction entre « administrateur » et « personne agréée dans un conseil d'administration », sans autrement expliquer la raison de cette distinction. La question de la possibilité de déléguer la gestion journalière à une personne morale (et les conditions qui pourraient s'y rattacher) n'a pas été clairement abordée, de sorte qu'il n'y a pas de raison apparente justifiant une telle distinction.

50 A. Steichen, *Précis de droit des sociétés*, *op. cit.*, n°664, p. 580, renvoyant à Resteau, *Des SPRL*, Gand-Bruxelles, 1936, n°194 ; Notons que « [l]es personnes morales peuvent également être nommées en tant que dirigeants sociaux, sans aucune restriction » (J. Heenen, « De la possibilité pour une personne morale d'être l'organe d'une société ou d'une association ayant la personnalité juridique », *R.P.S.*, 1955, p. 81, cité par A. Steichen, *Précis de droit des sociétés*, *op. cit.*, n°208, p. 188).

38. *La nomination d'un représentant permanent*.- La présence d'une personne morale au sein de l'organe d'administration d'un PSF ou d'un PSA soulève la question de son représentant, plus particulièrement celle de la nomination d'un représentant permanent. La réponse à cette question est fonction de la forme adoptée par le PSF ou PSA. Pour les sociétés anonymes, il faut se référer à l'article 59bis de la LSC. Aux termes de cette disposition légale, « lorsqu'une personne morale est nommée administrateur, celle-ci est tenue de désigner un représentant permanent chargé de l'exécution de cette mission au nom et pour le compte de la personne morale ».

Cette obligation de nomination d'un représentant permanent ne vise cependant que les administrateurs et les membres du directoire des personnes morales ayant adopté la forme de société anonyme ou société européenne. Une disposition identique ou similaire n'existe pas pour d'autres formes de sociétés. On peut dès lors se demander si l'obligation de nommer un représentant permanent existe dans le chef des personnes morales membres d'un conseil de gérance d'une société à responsabilité limitée.

D'après la Circulaire RCSL 09/003[51], l'inscription au RCS des informations concernant les représentants permanents de mandataires personnes morales n'est obligatoire que pour les administrateurs et les membres du directoire des sociétés anonymes et de sociétés européennes. « Pour les autres formes de sociétés, notamment les sociétés en commandite par actions et les sociétés à responsabilité limitée, la désignation d'un représentant permanent d'un mandataire personne morale n'est pas obligatoire de par la loi. Pour autant, lorsqu'une de ces sociétés a décidé, pour des raisons d'opportunité, de désigner un tel représentant permanent, ce dernier doit être inscrit auprès du RCS »[52].

Ainsi, au regard de la LSC, la personne morale membre d'un conseil de gérance n'est pas contrainte de nommer un représentant permanent. Elle a cependant la possibilité de procéder à une telle nomination.

39. Ceci étant, l'obligation de désigner un représentant permanent devra également être analysée à la lumière de la LSF et de la LSA. En vertu de ces lois, la CSSF, respectivement le CAA, devra certainement avoir connaissance de l'identité de toutes les personnes physiques représentant la personne morale au sein de l'organe de gestion du PSF ou du PSA. Ces personnes physiques

51 Circulaire RCSL 09/003 concernant : Inscription et publication du représentant permanent d'un mandataire personne morale d'une société.

52 Circulaire RCSL 09/003 concernant : Inscription et publication du représentant permanent d'un mandataire personne morale d'une société.

doivent remplir les mêmes conditions d'honorabilité professionnelle que la personne morale qu'elles représentent.

40. *Conclusion*.- En résumé, une personne morale peut devenir dirigeant de certains PSA mais pas dirigeant d'un PSF. Pour ce qui est des organes d'administration, la présence d'une personne morale est acceptée. L'identité des personnes physiques représentant la personne morale à l'organe de gestion et d'administration devra être communiquée à la CSSF, respectivement au CAA.

CHAPITRE IV. LES CONDITIONS À REMPLIR PAR LES DIRIGEANTS

41. Après avoir abordé certaines problématiques plus générales se rattachant à l'organisation interne des PSF ou PSA, il y a lieu de se concentrer sur les conditions que les dirigeants doivent remplir. Tant la LSF que la LSA exigent que les dirigeants justifient de leur honorabilité qui couvre leur moralité et leur honorabilité professionnelles. Par ailleurs, ils doivent disposer d'une certaine expérience professionnelle et remplir des conditions de résidence.

Ainsi, dans le contexte de l'analyse de l'honorabilité et l'expérience professionnelles des membres des organes d'administration et de gestion, le rôle de la CSSF et du CAA rappelle celui d'un "gatekeeper", décidant du caractère « fit and proper » qu'un candidat dirigeant doit remplir pour être accepté[53].

La notion d'honorabilité professionnelle, plus amplement analysée ci-après, n'est pas une notion née de la pratique luxembourgeoise, mais a une origine

53 Financial Regulator – Instructions Paper, December 2008, Fit and Proper Requirements, publié sur www.centralbank.ie, p.2: "The fitness and probity regime primarily fulfils a gatekeeper role in ensuring that entrants to the key approved positions at board and senior management level are taken up by people of competence and integrity. (…) Directors and Managers of financial services entities are responsible for the proper running of such entities. To ensure the proper discharge of this responsibility, it is important that Directors and Managers (Approved Persons) have the skills to run the entity. Moreover, it is important that they have the personal qualities, such as honesty, integrity, diligence, independent-mindedness and fairness to ensure that the entity is run ethically, in compliance with relevant legislation and in a manner that treats customers fairly. Accordingly, the first step in regulating financial services entities is ensuring that Directors and Managers have the necessary skills and qualities"; à noter que ces dispositions ont récemment été modifiées par la Central Bank of Ireland, à la suite de la publication d'une partie du Central Bank Reform Act 2010, qui entrera en vigueur le 1er décembre 2011.

internationale. Ainsi, comme il est précisé dans les Questions / Réponses relatives à l'obtention d'un agrément en tant que PSF publiées par la CSSF[54], au niveau européen, l'ancien Forum of European securities commissions (FESCO), devenu le Comité européen des régulateurs de marchés de valeurs mobilières puis l'Autorité européenne des marchés financiers, a consacré certains standards en vue de l'appréciation des notions de *fit and proper* et notamment donc en ce qui concerne la notion d'honorabilité. Selon le FESCO: « This means that such individuals will be expected to meet high standards of personal integrity in all respects and to be competent and capable of performing the functions or role currently performed or which it is proposed they should perform in the firm ». Même si les standards élaborés par le FESCO s'adressent aux entreprises d'investissement, la condition du *fit and proper* est appliquée par la CSSF *mutatis mutandis* à tous les PSF, toutes catégories confondues. Les secteurs financiers et des assurances étant intimement liés, les principes peuvent être aisément transposés aux PSA.

SECTION I. L'HONORABILITÉ PROFESSIONNELLE

42. *Position du problème*.- Aux termes de l'article 19 de la LSF, les personnes physiques et, dans le cas des personnes morales, les membres des organes d'administration, de gestion et de surveillance doivent justifier de leur honorabilité professionnelle. Celle-ci s'apprécie sur base des antécédents judiciaires et de tous les éléments susceptibles d'établir que les personnes visées jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable. La notion de « garantie d'une activité irréprochable » est tirée du droit bancaire suisse. D'après l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers suisse, la FINMA, l'exigence d'une activité irréprochable « doit en particulier permettre d'assurer la confiance du public dans les établissements autorisés ainsi que la réputation de la place financière. La garantie d'une activité irréprochable englobe toutes les caractéristiques personnelles et professionnelles qui permettent à une personne de diriger correctement un établissement assujetti. L'activité professionnelle passée et présente d'une personne, considérée dans la perspective de l'avenir, revêt une importance toute particulière pour l'examen de sa garantie d'activité irréprochable »[55]. Il faut

54 Question 10. Qui doit justifier de son honorabilité professionnelle et comment ?, *in* Questions / Réponses relatives à l'obtention d'un agrément en tant que « PSF », publié par la CSSF sur www.cssf.lu.

55 FINMA, FAQ – Etablissements assujettis – Activité irréprochable des banques, publié sur www.finma.ch

dans ce contexte relever que la CSSF exerce une surveillance sur des activités et entités que la FINMA ne surveille pas[56].

Ainsi, l'analyse du caractère irréprochable de l'activité des personnes intervenant dans un PSF ne doit pas seulement être faite au regard de l'honorabilité de la personne concernée elle-même, mais également au regard de l'activité exercée par le PSF au sein duquel la personne concernée va exercer des fonctions d'actionnaire ou membre d'un organe d'administration ou de gestion.

La LSF ne donne pas beaucoup de détails sur les critères d'appréciation de l'honorabilité à appliquer par la CSSF, et se limite à préciser que l'honorabilité s'apprécie sur base des antécédents judiciaires et de tous les éléments susceptibles d'établir que les personnes jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable.

La LSA contient une disposition similaire, sans donner davantage de précisions. En effet, son article 103-17, 1) dispose que la moralité et l'honorabilité professionnelle s'apprécient sur base des antécédents judiciaires ; l'honorabilité professionnelle s'apprécie en outre sur tout élément susceptible d'établir que les personnes visées jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable.

Ayant un libellé similaire voire identique, les dispositions légales sur l'honorabilité professionnelle applicables aux PSF et PSA peuvent être interprétées de la même manière.

43. *Critères d'appréciation.*- Les travaux préparatoires ayant introduit la notion d'honorabilité professionnelle dans la loi du 27 novembre 1984 relative à la surveillance du secteur financier (ayant par la suite remplacé la LSF) précisent que le texte relatif à l'honorabilité des personnes dirigeant un établissement de crédit « s'inspire du nouveau libellé retenu dans la loi d'établissement du 28 décembre 1988 qu'il complète et renforce par un emprunt fait à la loi bancaire suisse. (…) Le libellé choisi marque dès lors clairement que l'honorabilité est sujette dans le domaine financier à une appré-

56 « Les établissements que la FINMA est appelée à surveiller fournissent une vaste gamme de prestations et services en travaillant avec les fonds de nombreux déposants, investisseurs ou clients. Maintenir et accroître la confiance de ces personnes suppose des exigences élevées vis-à-vis des personnes devant présenter la garantie d'une activité irréprochable. La surveillance exercée varie en fonction des lois sur les marchés financiers applicables. On distingue la surveillance régulière et permanente, le simple enregistrement sans surveillance régulière, et la surveillance partielle », FINMA, FAQ – Etablissements assujettis – Activité irréprochable des banques, publié sur www.finma.ch.

ciation différente et plus rigoureuse qu'en droit commun »[57]. Ceci étant dit, même dans le domaine financier, les dirigeants ayant encouru des condamnations ne doivent pas être écartés *ipso facto* au seul motif qu'ils ne disposent pas de l'honorabilité requise par des textes comme la LSF ou la LSA. En effet, d'après la communication du 21 février 2006 de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative aux déchéances de droits consécutives aux condamnations pénales dans l'Union européenne[58], explique que « selon la directive sur les banques, un établissement de crédit ne peut être agréé si les personnes en question ne possèdent pas l'honorabilité nécessaire. Il est donc probable que leur casier judiciaire sera vérifié et qu'elles ne seront pas acceptées si elles sont été condamnées pour des délits tels que le blanchiment d'argent ou la corruption. L'interprétation de la notion d'« honorabilité » est toutefois laissée aux Etats membres et la déchéance n'est pas systématique en cas de commission de certaines infractions[59]. Il en est de même pour la législation relative aux entreprises d'investissement (…) ».

Tout comme des condamnations relevées sur un extrait de casier judiciaire ne permettent pas *ipso facto* d'écarter une personne, l'absence de condamnations ne signifie pas qu'une personne soit irréfragablement présumée honorable. L'analyse de l'honorabilité d'une personne doit être faite au cas par cas par l'autorité de surveillance et doit être faite avec prudence. Me Marc Elvinger est d'avis que « le défaut d'honorabilité professionnelle sous-entend l'existence d'un comportement moralement répréhensible, supposant des fautes intentionnelles et présentant des relents de malhonnêteté. Dès lors, dénier à quelqu'un la qualité d'honorabilité professionnelle constitue un acte intrinsèquement grave, exigeant des preuves irréfutables dont l'autorité de surveillance a logiquement la charge exclusive »[60].

44. *Les lignes directrices de la CSSF*.- Dans son rapport annuel de 2011[61], la CSSF a publié trois lignes directrices qu'elle suit lorsqu'elle apprécie l'honorabilité d'une personne, tout en précisant qu'une analyse de l'honorabilité est faite au cas par cas :

57 Projet de loi n°3344, p. 15.

58 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 21 février 2006 sur les déchéances de droits consécutives aux condamnations pénales dans l'Union européenne (COM(2006) 73 final).

59 Nous soulignons.

60 Marc Elvinger, Commentaire sous T. adm. 28 juin 2006 (rôle n°19694), C. adm. 30 janvier 2007 (rôle n°21750 C), T. adm. 26 mars 2007 (rôle n°19694a) et C. adm. 13 novembre 2007 (rôle n°22917 C), *Bull. Droit et Banque*, n°42, pp. 47 et s.

61 CSSF, Rapport annuel 2011, p.229, publié sur www.cssf.lu.

1. Les faits à la base de condamnations remontant à plus de 10 ans ne doivent pas constituer les seuls éléments à la base d'une décision déniant à quelqu'un la qualité d'honorabilité professionnelle : La déchéance de l'honorabilité n'est pas systématique en cas de commission de certaines infractions. De même, plus les condamnations sont éloignées dans le temps, plus il est difficile à une autorité de les prendre en considération pour dénier à quelqu'un la qualité d'honorabilité professionnelle, surtout si ces condamnations constituent les seuls éléments sur lesquels l'autorité peut se baser.
2. Les faits susceptibles d'affecter l'honorabilité doivent avoir un lien direct avec le type d'activité pour lequel l'agrément est demandé *:* Il faut également analyser si les faits reprochés au candidat actionnaire ou membre d'un organe de direction ou de gestion ont un lien avec les activités que l'entité exerce. Cette analyse s'inscrit dans le cadre de la finalité que la condition d'honorabilité poursuit. En effet, cette condition vise essentiellement à garantir l'intégrité de la profession ainsi que la protection des futurs cocontractants et clients[62]. Au Luxembourg, le tribunal administratif a réformé une décision du Ministre des finances ayant refusé l'agrément à un agent d'assurances, au motif que « les faits pour lesquels le demandeur a été condamné par l'arrêt N°… du 9 juin 2009 ne constituent pas des faits ayant un lien direct avec le type d'activité pour lequel l'agrément est sollicité et ne revêtent pas une gravité suffisante pour lui dénier l'honorabilité et la moralité professionnelles requises en vue de l'exercice de la profession d'agent d'assurances »[63].

   Dans cette affaire, le requérant avait été condamné à deux ans de prison avec sursis pour coups volontaires et blessures portés à son ancienne compagne de vie, à une atteinte portée à l'intimité de celle-ci, à un harcèlement téléphonique, à des menaces verbales de mort et des injures, à des coups volontaires et des blessures à un tiers, à un acte de violence ayant détruit la porte d'entrée de la maison de son ancienne compagne de vie et à un tapage nocturne. La décision précitée du 15 novembre 2010 a été confirmée par la Cour administrative le 7 avril 2011. La Cour a rajouté que « dans le cadre de son appréciation en vue de l'exercice d'une activité professionnelle, l'accent doit être mis sur le comportement moral envers les personnes avec qui le requérant entre en contact dans le cadre de cette activité et la confiance que celles-ci peuvent et doivent avoir en lui concernant leurs relations au niveau professionnel »[64].

62 Article 6 (1) de la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales.

63 T. adm. 15 novembre 2010, n°26730.

64 C. adm. 7 avril 2011, n°27591C.

3. Les motifs de refus énoncés par l'autorité doivent baser sur des circonstances de fait exactement établis et pouvoir être vérifiés au regard des pièces du dossier : Cette troisième ligne directrice est tirée de l'obligation à charge de l'administration de motiver ses décisions. Ainsi, « lorsqu'un acte administratif est de nature à porter atteinte aux droits, libertés ou intérêts de l'intéressé, il est essentiel – particulièrement en vue d'un éventuel recours – que celui-ci soit motivé, sans quoi l'intéressé n'est pas en mesure de décider de l'opportunité d'attaquer cet acte »[65]. Un acte administratif « doit reposer sur des motifs pris de circonstances de fait exactement établis et de considérations générales légalement admissibles et en rapport avec les intérêts publics qu'il doit servir »[66].
   Dans l'affaire introduite par un candidat dirigeant contre une décision de refus rendue par la CSSF, la Cour administrative a ainsi jugé que « l'honorabilité professionnelle, qui s'apprécie en vertu de la loi modifiée du 5 avril 1993 précitée sur base des antécédents judiciaires et de tous les éléments susceptibles d'établir qu'une personne jouit d'une bonne réputation et présente toutes les garanties d'une activité irréprochable, n'est susceptible d'être accordée à une personne par rapport à laquelle les craintes prédécrites par le représentant de la CSSF peuvent être émises, ceci sous la condition que les motifs énoncés se trouvent vérifiés au regard des pièces du dossier [67]»[68].

Ces lignes directrices donnent une bonne idée de la logique suivie et de l'honorabilité recherchée par les autorités de contrôle. Cet aspect de l'honorabilité d'une personne candidate à un poste de dirigeant est intimement liée à celle de l'expérience professionnelle que tout dirigeant doit également remplir.

SECTION II. L'EXPÉRIENCE PROFESSIONNELLE

45. *Condition applicable aux seuls dirigeants*.- Contrairement à la condition se rattachant à l'honorabilité professionnelle, celle relative à l'expérience professionnelle existe uniquement pour les personnes en charge de la gestion journalière, à savoir les dirigeants. Une condition identique ou similaire n'existe pas pour les membres des organes d'administration, même si le

65 R. Nothar & S. Helminger, *La procédure administrative non contentieuse*, Service Central de Législation 2002, p. 10.
66 G. Ravarani, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, 2e éd., Pasicrisie luxembourgeoise 2006, n°188, p. 175.
67 Nous soulignons.
68 C. adm. 13 novembre 2006, rôle n°22917C.

conseil d'administration, respectivement le conseil de gérance sont de plus en plus impliqués dans l'administration des PSF ou PSA et devraient disposer d'un minimum de connaissances du fonctionnement d'un PSF ou PSA et du secteur financier ou de l'assurance en général.

46. *L'expérience professionnelle des dirigeants de PSA*.- L'article 103-18 de la LSA énonce les conditions que les dirigeants de PSA doivent remplir.

Sans entrer dans les détails, on peut noter que les candidats à un poste de dirigeant de PSA doivent répondre à certaines conditions de connaissances professionnelles découlant de diplômes obtenues ou d'expérience professionnelle acquise. A défaut de disposer de cette expérience, les candidats peuvent également se présenter à une épreuve sur les connaissances en matière d'assurance.

Dans des conditions exceptionnelles et sur demande motivée d'une entreprise d'assurances, de réassurance, d'un fonds de pension ou d'un PSA, le Ministre peut également accorder un agrément « provisoire » de dirigeant d'entreprise d'assurances, de réassurance ou de PSA pour une période n'excédant pas 12 mois à des candidats ne satisfaisant pas aux conditions de l'article 103-18, 1) de la LSA

47. *L'expérience professionnelle des dirigeants de PSF*.- L'article 19(2) de la LSF exige des personnes chargées de la gestion journalière qu'elles possèdent une « expérience professionnelle adéquate par le fait d'avoir déjà exercé des activités analogues à un niveau élevé de responsabilité et d'autonomie »[69].

69 Article 19 (2) LSF.

La condition de l'expérience professionnelle pour les dirigeants des PSF de support a été introduite par la loi du 28 avril 2011[70]. D'après les travaux préparatoires ayant mené à la loi précitée, l'origine historique de la dérogation à cette condition résiderait dans une interprétation traditionnaliste de l'article 19(2) dont le terme « expérience professionnelle » ne serait pas à comprendre que visant une expérience limitée à la matière bancaire et financière. Une autre lecture du même texte pourrait au contraire viser l'expérience acquise dans le domaine de l'activité pour laquelle l'agrément est demandé (y inclus une expérience technique)[71].

C'est ainsi que, depuis 2011, les dirigeants des PSF de support doivent également respecter la condition d'expérience professionnelle et justifier qu'ils disposent de l'expérience en matière technique par le fait d'avoir déjà exercé des activités analogues.

48. *Critères d'appréciation*.- En pratique, l'appréciation de l'expérience professionnelle adéquate et surtout du niveau de responsabilité auquel des fonctions analogues ont été exercées, n'est pas toujours un exercice aisé. En effet, les CV des personnes proposées ne sont pas toujours révélateurs des emplois

70 Loi du 28 avril 2011 portant
- transposition de la directive 2009/111/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 modifiant les directives 2006/48/CE, 2006/49/CE et 2007/64/CE en ce qui concerne les banques affiliées à des institutions centrales, certains éléments de fonds propres, les grands risques, les dispositions en matière de surveillance et la gestion de crises ;
- transpositions pour les établissements de crédit de la directive 2009/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil en ce qui concerne certaines obligations de publicité pour les sociétés de taille moyenne et l'obligation d'établir des comptes consolidés ;
- parachèvement de la transposition de la directive 2009/14/CE du Parlement et du Conseil du 11 mars 2009 modifiant la directive 94/19/CE relative aux systèmes de garantie et le délai de remboursement ;
- modification de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier ;
- modification de la loi modifiée du 17 juin 1992 relative aux comptes des établissements de crédit ;
- modification de la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier ;
- modification de la loi du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés ;
- modification de la loi modifiée du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers ;
- modification de la loi du 11 janvier 2008 relative aux obligations de transparence sur les émetteurs de valeurs mobilières ;
- modification de la loi du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement, *Mémorial A*, 2011, p. 1267.

71 Projet de loi n°6165, p. 27.

et fonctions précédents réellement exercés. Les formations professionnelles et autres diplômes d'études figurant sur le CV d'une personne ne donnent pas non plus des renseignements très parlants sur les compétences professionnelles de ces personnes.

En l'absence de CV standardisé, et pour permettre à la CSSF d'examiner si la condition de l'expérience professionnelle est remplie, il est envisageable de procéder par présomption ou de mettre la charge de la preuve du respect de la condition sur le demandeur d'agrément. Ces façons de procéder sont partiellement suivies par certaines autorités surveillant le secteur financier de nos juridictions voisines, requérant d'ailleurs toutes une expérience professionnelle adéquate.

Les critères d'appréciation de l'expérience professionnelle des dirigeants de PSA paraissent plus clairs et objectifs.

49. *Présomption d'expérience professionnelle ?*- Au vu des dispositions de la LSA, il existe une certaine présomption d'expérience professionnelle au profit de personnes disposant d'un certain diplôme ou d'un certain nombre d'années d'activité professionnelle. Une telle présomption n'existe pas dans le secteur financier. Dans certains cas, au vu des fonctions exercées précédemment, un candidat dirigeant de PSF devrait également pouvoir bénéficier d'une présomption d'expérience professionnelle.

Ceci peut être le cas, s'il a déjà été accepté par la CSSF comme dirigeant d'un PSF de même catégorie. De même, pour les personnes qui, avant d'être impliquées dans l'administration ou la gestion d'un PSF domiciliataire, ont offert des services de domiciliation en tant qu'avocat ou d'expert-comptable, on pourrait raisonnablement estimer que ces personnes sont présumées disposer de l'expérience professionnelle requise pour être administrateurs ou dirigeants d'un PSF offrant ce type d'activités. Par exemple, un candidat dirigeant qui a une formation expert-comptable et est ancien membre de l'OEC, devra être accepté comme dirigeant d'un PSF spécialisé ayant le statut de domiciliataire de sociétés.

50. *Acquisition de l'expérience professionnelle après l'octroi de l'agrément ?*- Se pose également la question si un candidat dirigeant peut remplir la condition de l'expérience professionnelle en faisant une formation professionnelle après l'obtention de l'agrément par le PSF. Actuellement, cette possibilité ne paraît pas acceptée par la CSSF, qui demande à ce que la condition de l'expérience professionnelle soit remplie au moment de l'obtention de l'agrément de PSF.

Cette position est en ligne avec l'article 19(2) de la LSF qui exige que les personnes chargées de la gestion du PSF possèdent « une expérience professionnelle adéquate par le fait d'avoir déjà exercé des activités analogues à un niveau élevé de responsabilité et d'autonomie »[72]. Le libellé de l'article implique que cette expérience doit exister au moment de l'octroi de l'agrément et ne peut pas être acquise par après.

Une telle acquisition semble cependant être acceptée par la LSA, qui prévoit qu'un agrément de dirigeant de PSA peut être accordé pour une période maximale de 12 mois à des candidats qui ne satisfont pas aux conditions prévues par l'article 103-18, 1) de la LSA.

SECTION III. LE CUMUL DES FONCTIONS DE DIRIGEANT AVEC D'AUTRES FONCTIONS

51. *Le cumul de fonctions au regard des PSF.*- La question du cumul des fonctions de dirigeant de PSF avec d'autres fonctions doit être analysée en tenant compte du principe des quatre yeux et de la finalité de ce dernier. En effet, comme il a été exposé ci-avant, le « Vier-Augen-Prinzip » a également pour but de permettre aux autorités de contrôle de disposer en permanence d'au moins un interlocuteur responsable, doté d'une vue complète et approfondie de l'ensemble de l'activité du PSF, et à même de répondre à toute demande d'information ou de prendre la mesure des décisions que les circonstances exigent[73].

Pour être en mesure d'accomplir cette mission, chaque dirigeant d'un PSF doit donc en principe et idéalement être à la disposition du PSF et s'acquitter de ses tâches à temps plein. Ceci étant, en fonction des activités exercées par le PSF, il est toléré que les dirigeants de PSF cumulent leur mandat de dirigeant avec d'autres activités professionnelles.

La question du cumul de fonction est approchée d'une manière différente par la LSA. D'après celle-ci, la fonction de dirigeant agréé d'une entreprise d'assurance est en principe une fonction à temps complet et dès lors incompatible avec l'exercice d'une fonction de dirigeant dans une autre entreprise

72 Article 19(2) LSF.

73 Pour les établissements de crédit, voy. F. Palle-Guillabert, « Président du Conseil d'administration et dirigeant responsable », *Bull. Banque de France*, n° 97, janvier 2002 ; dans le même sens pour les entreprises d'investissement : ACP, Dirigeant responsable, Critères d'examen des nominations, document publié sur www.banque-france.fr.

d'assurance[74]. Des dérogations ponctuelles sont néanmoins possibles, par exemple dans le cas de sociétés appartenant au même groupe. Dans ce cas, l'accord de toutes les entreprises concernées est repris, en vue d'éviter des conflits d'intérêt.

52. *Position de la CSSF*.- Au Luxembourg, si, pendant l'instruction de la demande d'agrément, il ressort du dossier que les administrateurs ou gérants délégués à la gestion journalière occupent d'autres fonctions au sein d'autres entités, surveillées ou non, il est parfois demandé de fournir une liste complète des mandats et fonctions occupés, ainsi qu'une estimation de temps de travail consacré à chaque mandat ou fonction. C'est alors sur la base de ces informations, et en tenant compte des activités exercées par le PSF, qu'il est apprécié si l'administrateur ou le gérant délégué à la gestion journalière a la disponibilité requise pour effectuer sa fonction de dirigeant au sein du PSF.

53. *Le cumul des fonctions au sein des PSA*.- La LSA contient une série de dispositions spécifiques à certaines fonctions de dirigeants permettant ou interdisant à certains dirigeants de cumuler leurs fonctions.

En effet, alors que « nul dirigeant ne peut être agréé pour plusieurs entreprises d'assurances », un dirigeant d'entreprises de réassurance ou de fonds de pension peut diriger plusieurs entreprises de réassurance ou fonds de pension, soit en nom propre ou en tant que dirigeant délégué.

SECTION IV. LA RÉSIDENCE DES DIRIGEANTS

54. *Origine de la règle*.- Cette condition n'est pas explicitement reprise dans la LSF, mais découle de l'exigence suivant laquelle l'administration centrale et le siège statutaire du PSF doivent être établis à Luxembourg. D'après la Circulaire IML 95/120 sur l'administration centrale, « cette exigence signifie qu'une banque ou un PSF ne peut pas se limiter à avoir au Luxembourg un siège juridique («registered office», «Zulassungssitz»). Il doit y avoir en plus son administration centrale, comportant son centre de prise de décision et son centre administratif («head office», «effektiver Sitz») »[75]. La Circulaire IML 95/120 a été remplacée pour les entreprises d'investissement et les professionnels effectuant des opérations de prêt par la Circulaire CSSF 12/552 sur l'administration centrale, gouvernance interne et gestion des risques.

74 Projet de loi n° 6398, p. 31.
75 Circulaire IML 95/120 sur l'administration centrale.

Cela signifie que les dirigeants, qui prennent les décisions, doivent en principe se trouver sur place de façon permanente[76]. La CSSF exige donc que les personnes en charge de la gestion journalière se trouvent de façon permanente au siège du PSF, donc à Luxembourg. La condition de présence permanente au siège a pour but de permettre à la CSSF de contacter ces personnes en cas de besoin.

La Circulaire 12/552 applicable aux entreprises d'investissement exige que la direction autorisée (c'est-à-dire les dirigeants en charge de la gestion journalière) doit en principe se trouver de façon permanente sur place[77]. Cela implique que les dirigeants résident à une certaine proximité du siège du PSF.

La circulaire IML 95/120 précitée, applicable aux PSF spécialisés et aux PSF de support, exige qu'il existe au siège où est localisée l'administration, une infrastructure qui concentre l'ensemble des opérations et qui permet d'atteindre à partir de ce centre l'ensemble des éléments de l'établissement : « À cet effet l'établissement doit se doter au Luxembourg des moyens humains et techniques nécessaires et suffisants pour pouvoir exercer les activités qu'il veut réaliser. Ceci implique qu'il disposera sur place
– de son propre personnel exécutant compétent et suffisant en nombre afin d'exécuter les décisions prises ;
– de ses propres systèmes d'exécution, c'est-à-dire des procédures et de l'infrastructure technique ;
– de la documentation relative aux opérations ;
– des fonctions de support dans les domaines comptable, informatique et de contrôle interne »[78].

55. *Application aux PSF.*- D'après la pratique appliquée par la CSSF aux PSF, les exigences de présence et de substance au Luxembourg sont remplies lorsque les dirigeants résident au Luxembourg ou dans la Grande Région. Une exception à l'exigence de résidence peut cependant être accordée par la CSSF pour l'une de ces personnes, mais uniquement pour la période de démarrage

76 La Circulaire IML 95/120 prévoit une exception pour les personnes chargées de la gestion et agréées en vertu des articles 7 (2) et 19 (2) de la LSF : il peut être toléré pendant une période transitoire qu'une de ces personnes ne se trouve pas de façon permanente sur place, à condition toutefois qu'il s'agisse d'un établissement de taille modeste et qui soit filiale à 100% d'un établissement étranger tombant sous la surveillance consolidée de l'autorité du pays d'origine. Une telle dérogation à la règle générale n'est pas possible si l'établissement luxembourgeois a en même temps la qualité de maison-mère d'un sous-groupe financier.

77 Circulaire CSSF 12/552, n°53, p.18.

78 Circulaire IML 95/120 sur l'administration centrale.

des activités du PSF, à savoir les six premiers mois suivant la délivrance de l'agrément de PSF[79].

56. *Application aux PSA*.- A l'origine, le législateur avait l'intention d'exiger des PSA que leur dirigeant devait avoir son domicile ou avoir élu domicile au Grand-Duché de Luxembourg et résider effectivement à une distance raisonnable du siège opérationnel de l'entreprise pour laquelle il est agréé afin d'assurer une gestion journalière efficace et permanente. Aux yeux du Conseil d'Etat, cette disposition constituait cependant une restriction à la liberté de circulation dans l'Union européenne. Par ailleurs, le Conseil d'Etat s'est posé la question sur la manière d'apprécier la notion de « distance raisonnable », surtout au regard des moyens de transport et des nouvelles technologies de communication ?

Afin de concilier le principe de la liberté de circulation avec les exigences d'une bonne gestion administrative et la présence physique des dirigeants au Luxembourg, le Conseil d'Etat a proposé, sous peine d'opposition formelle, le libellé qui suit : « (5) Le dirigeant doit assurer, par sa présence physique effective au Luxembourg, une gestion journalière efficace et permanente. »

Cette proposition a été intégrée dans la LSA.

CONCLUSION

Même si les PSF et les PSA sont soumis à des régimes fortement similaires, il existe néanmoins des divergences, dont la plus frappante est celle que les PSF sont soumis au principe de la direction bicéphale, alors que les PSA ont généralement un dirigeant unique.

Les divergences ne sont cependant pas inconciliables, de sorte qu'on pourrait voir des entités opter pour les deux agréments, impliquant une surveillance double ou commune de la part de la CSSF et du CAA.

À part les activités de domiciliation qui peuvent être exercées par certaines catégories de PSA et une sorte de PSF spécialisé, les activités sont complémentaires et non concurrentes.

79 Questions / Réponses relatives à l'obtention d'un agrément en tant que « PSF », question n°11.