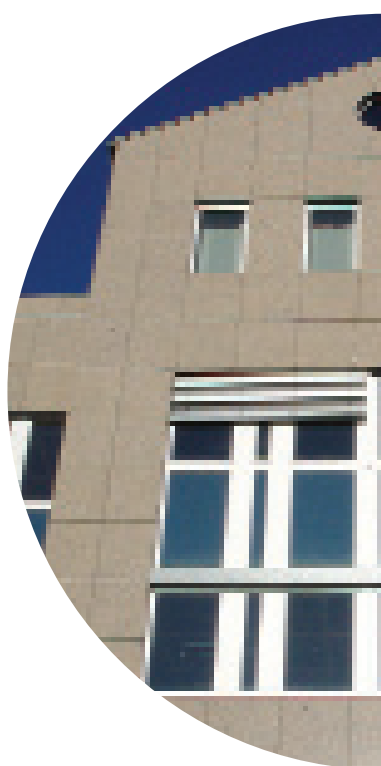


CHAPITRE I

PRÉCISIONS SUR LA LOI DU 2 AOÛT 2003





PRÉCISIONS SUR LA LOI DU 2 AOÛT 2003

Précisions sur la loi du 2 août 2003 portant

- **modification de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier ;**
- **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**

La loi susmentionnée est entrée en vigueur le 1er octobre 2003. Son objectif premier consiste à assurer que l'intégralité du secteur financier soit soumise à une surveillance prudentielle. Elle définit en outre de nouvelles catégories de PSF, notamment en rattachant au secteur financier un certain nombre d'activités connexes ou complémentaires par rapport à une activité financière.

La loi du 2 août 2003, qui offre à des nouveaux créneaux l'encadrement législatif requis, vise à contribuer à l'évolution de la place financière de Luxembourg vers un centre d'excellence dans des domaines de compétences spécifiques.

En particulier, la création de statuts spécifiques en matière informatique et de communication se révèle être un facteur intéressant pour le développement de la place financière, alors que la soumission de ces activités à la surveillance étatique correspond au vœu des acteurs financiers qui estiment que les avantages immédiats de la création de tels statuts résident dans la limitation des risques émergents ainsi que dans la garantie de la qualité des services prestés.

Par ailleurs, cette réglementation qui fait du Luxembourg un des premiers pays à octroyer un statut de professionnel du secteur financier surveillé notamment à des sous-traitants en matière d'exploitation informatique et de communication permettra de favoriser la prestation de ces services depuis le Luxembourg vers le secteur financier étranger.

Etant donné que la loi régit l'exercice d'un certain nombre d'activités au Luxembourg, une personne qui effectue l'une des activités relevant d'un statut de PSF ne peut pas opter ou non pour un statut, mais doit obligatoirement solliciter et obtenir le statut requis.

Dès lors, il convient d'attirer l'attention sur le fait que les banques et PSF traditionnels ne peuvent en principe pas déléguer des tâches qui correspondent à l'une des activités relevant d'un statut de PSF, à des entités qui ne disposent pas de l'agrément nécessaire.

Toutefois, la possibilité d'avoir recours à un outsourcing de la fonction informatique à un tiers situé à l'étranger n'est pas affectée par la loi du 2 août 2003, étant donné que celle-ci ne concerne que les opérateurs établis au Luxembourg.

Cependant, en ce qui concerne la possibilité de déléguer la fonction informatique à un tiers situé à l'étranger, il convient de se rapporter aux conditions restrictives arrêtées par l'autorité de contrôle (actuellement circulaire IML 96/126).

Lorsqu'une entité du secteur financier délègue des tâches qui correspondent à l'une des activités relevant d'un statut de PSF et que ce PSF dispose de l'agrément nécessaire, il suffit que cette entité notifie à la CSSF le recours à la sous-traitance. Une autorisation préalable de la CSSF pour déléguer des tâches à un prestataire de services dûment agréé n'est pas requise.

1. Champ d'application de la surveillance de la CSSF

La loi du 2 août 2003 soumet l'intégralité du secteur financier à une surveillance prudentielle. Ainsi, les PSF qui n'entrent pas dans une catégorie spécifique et qui relèvent des dispositions générales de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier prévoyant l'octroi d'un agrément, sont dorénavant soumis à la surveillance de la CSSF. Il en est de même pour les professionnels qui exercent une activité de recouvrement de créances de tiers et pour ceux qui effectuent des opérations de change-espèces.

La loi du 2 août 2003 n'affecte pas le pouvoir d'appréciation dont dispose la CSSF pour soumettre une activité qui appartient par nature au secteur financier aux dispositions générales de la loi sur le secteur financier. Par contre, la loi énumère limitativement les statuts juridiques qui correspondent aux activités connexes ou complémentaires, de sorte que la CSSF ne dispose pas du pouvoir d'assujettir d'autres activités connexes ou complémentaires aux dispositions générales de la loi sur le secteur financier.

- **Précisions sur «l'exception du groupe»**

A l'instar de la disposition retenue en matière de services d'investissement prestés à l'intérieur d'un groupe, les entités qui exercent une activité du secteur financier autre qu'un service d'investissement, exclusivement pour compte d'une société du groupe auquel elles appartiennent, ne sont pas soumises à l'exigence d'un agrément préalable et par conséquent pas non plus à la surveillance de la CSSF.

En effet, le paragraphe (2) de l'article 1er de la loi du 2 août 2003 introduit à l'article 13 paragraphe (2) de la loi sur le secteur financier un tiret supplémentaire qui exclut de l'application du chapitre 2 relatif à l'exigence d'un agrément «les entreprises qui fournissent un service relevant du présent chapitre autre qu'un service d'investissement, exclusivement à une ou plusieurs personnes appartenant au même groupe que l'entreprise qui fournit le service».

Toutefois, l'exception du groupe ne joue que dans la mesure où il n'existe pas de dispositions spécifiques contraires. En effet, conformément aux principes généraux du droit, une règle légale spécifique peut déroger à une règle légale générale du même niveau.

Afin d'éviter toute équivoque quant à la portée du nouveau tiret de l'article 13 par rapport au statut de domiciliataire de sociétés (article 29 de la loi modifiée du 5 avril 1993), il convient de souligner que, par dérogation à l'article 13 paragraphe (2), les sociétés qui acceptent qu'une ou plusieurs sociétés du groupe dont elles font elles-mêmes partie établissent auprès d'elles un siège pour y exercer une activité dans le cadre de leur objet social et qui prestent des services quelconques liés à cette activité sont également des domiciliataires de sociétés au sens de l'article 29 et à ce titre soumises à l'agrément préalable et à la surveillance de la CSSF (voir à ce sujet l'interprétation de la CSSF de l'article 29).

En matière d'affacturage, l'exception du groupe ne s'applique qu'à condition que non seulement le cessionnaire et le cédant, mais également les débiteurs des créances cédées appartiennent au même groupe.

Par contre, si les créances sont rachetées exclusivement de sociétés appartenant au groupe, mais que le recouvrement des créances se fait auprès de débiteurs tiers, la société d'affacturage doit disposer du statut de professionnel effectuant des opérations de prêt au sens de l'article 28-4 de la loi relative au secteur financier.

PRÉCISIONS SUR LA LOI DU 2 AOÛT 2003

- **Interprétation de la notion de «groupe» au sens de la loi du 2 août 2003**

La notion de groupe n'est pas juridiquement définie par la loi du 2 août 2003. La CSSF est d'avis qu'un groupe au sens de la loi précitée peut être défini comme un groupe d'entreprises composé d'une entreprise mère, de ses filiales et des entités dans lesquelles l'entreprise mère ou ses filiales détiennent une participation. Cette définition est inspirée de la directive 2002/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2002 relative aux conglomérats financiers.

La CSSF estime que des sociétés détenues par les mêmes personnes physiques ne sont pas à considérer comme formant un groupe au sens de l'article 13(2), même dans l'hypothèse où ces sociétés sont établies à la même adresse, qu'elles ont les mêmes dirigeants ou qu'elles ont des intérêts communs ou encore des clients communs.

2. Les nouvelles catégories de PSF

Parmi les nouvelles catégories de PSF, la loi distingue celles qui correspondent à des activités financières de par leur nature et celles qui correspondent à des activités connexes ou complémentaires par rapport à une activité financière.

2.1. Les nouveaux PSF dont l'activité est financière de par sa nature

- **Les agents de transfert et de registre (article 24-G)**

Le statut d'agent de transfert et de registre figure parmi les entreprises d'investissement. En ce qui concerne en particulier le domaine des OPC, les tâches de l'agent de transfert et de registre consistent dans la réception et dans l'exécution des émissions et des rachats de titres d'OPC ainsi que dans la tenue du registre des participants. L'agent de transfert et de registre reçoit les ordres portant sur les parts d'OPC soit directement des investisseurs, soit de façon indirecte à travers les distributeurs. Dans ce contexte, il convient de mettre en évidence que le fait d'enregistrer simplement des ordres portant sur des parts d'OPC ne requiert pas un agrément en tant que distributeur de parts d'OPC au sens de l'article 24D) de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier. En effet, le statut de distributeur de parts d'OPC vise exclusivement les professionnels dont l'activité consiste à distribuer activement des parts d'OPC admis à la commercialisation au Luxembourg, ce qui suppose que le professionnel s'occupe lui-même du placement des parts.

En matière de fonds d'investissement, ce statut permet à un prestataire de services d'assurer pour compte d'un ou de plusieurs OPC l'intégralité des tâches que la notion d'administration centrale implique. En effet, les agents de transfert et de registre sont de plein droit autorisés à exercer également l'activité d'agent administratif du secteur financier (qui englobe notamment le calcul de la VNI) et l'activité d'agent de communication à la clientèle pour les OPC pour lesquels ils assument la tenue du registre.

Le statut d'agent de transfert et de registre n'est bien entendu pas requis pour les entités qui sont agréées en tant que société de gestion d'OPCVM, en tant que société de gestion d'OPC de droit luxembourgeois non coordonné ou en tant que société d'investissement n'ayant pas désigné une société de gestion, puisque l'activité de gestion collective de portefeuille comprend, à côté de la gestion de portefeuille et de la commercialisation, également des fonctions d'administration centrale parmi lesquelles figurent entre autres la tenue du registre des porteurs de parts ainsi que les émissions et rachats de parts.

- **Les professionnels effectuant des opérations de prêt (article 28-4)**

Ce statut vise les professionnels qui octroient des crédits de toutes sortes, mais qui ne font pas appel à l'épargne du public pour se refinancer.

En particulier, l'octroi de crédits à la consommation, y compris les opérations de crédit-bail financier, est couvert par ce statut, sauf si l'activité de crédit est exercée à titre accessoire dans le cadre d'une activité relevant de la loi du 28 décembre 1988 sur le droit d'établissement. L'activité de prêt à la consommation exercée par des commerçants et artisans sera soumise à l'autorisation du Ministre ayant dans ses attributions la CSSF et à la surveillance de la CSSF lorsque le portefeuille de crédit représente plus de 50% du volume total des ventes de biens et de services.

- **Les professionnels effectuant du prêt de titres (article 28-5)**

Il s'agit des professionnels effectuant des opérations de prêt/emprunt de titres en qualité de cocontractant, c'est-à-dire qui interviennent en leur nom et pour leur compte. Les intermédiaires professionnels en matière de prêt de titres qui agissent pour compte de tiers relèvent soit du statut de commissionnaire au cas où ils interviennent en leur propre nom, soit du statut de courtier lorsque leur rôle consiste à repérer les titres demandés et à mettre les parties en relation.

- **Les professionnels effectuant des services de transfert de fonds (article 28-6)**

Ce statut s'applique aux professionnels dont l'activité consiste à recevoir des fonds d'un donneur d'ordre et à transférer ces fonds pour compte de celui-ci à un correspondant tiers moyennant une inscription comptable, en vue de mettre ces fonds à disposition d'un bénéficiaire désigné par le donneur d'ordre ou à tenir à disposition et à remettre les fonds susmentionnés au bénéficiaire.

- **Les administrateurs de fonds communs d'épargne (article 28-7)**

L'activité d'administrateur de fonds communs d'épargne exclut toute activité de gestion pour compte propre. Il est par ailleurs interdit aux administrateurs de fonds communs d'épargne de recevoir et de conserver par eux-mêmes comme dépôts les avoirs des épargnants.

- **Les gestionnaires d'OPC non coordonnés (article 28-8)**

Ce statut vise les entités dont l'activité se limite à la gestion d'OPC étrangers non coordonnés, c'est-à-dire les entités qui ne gèrent ni un OPC de droit luxembourgeois, ni un OPCVM.

En effet, les sociétés de gestion de droit luxembourgeois qui gèrent au moins un OPCVM agréé conformément à la directive 85/611/CE, y compris leurs succursales, ainsi que les sociétés de gestion qui gèrent au moins un OPC non coordonné de droit luxembourgeois sont régies par la loi du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif.

L'activité de gestion peut comporter des fonctions d'administration centrale. A noter que les gestionnaires d'OPC non coordonnés peuvent seulement effectuer ces services pour compte d'OPC pour lesquels ils assument également la gestion proprement dite et pour lesquels il existe donc un lien étroit.

PRÉCISIONS SUR LA LOI DU 2 AOÛT 2003

2.2. Les PSF qui exercent une activité connexe ou complémentaire à une activité du secteur financier

- **Les domiciliataires de sociétés (article 29)**

Bien que ce statut n'ait pas été modifié par la loi du 2 août 2003, il semble néanmoins utile de fournir certaines précisions au sujet du deuxième alinéa de l'article 29 qui qualifie de domiciliataires de sociétés également les sociétés qui acceptent qu'une ou plusieurs sociétés du groupe dont elles font elles-mêmes partie établissent auprès d'elles un siège pour y exercer une activité dans le cadre de leur objet social et qui prestent des services quelconques liés à cette activité.

Eu égard à l'article 1(4) de la loi modifiée du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés, la CSSF estime que cette disposition doit être interprétée dans le sens que les sociétés qui domicilient une société du même groupe sans être un associé exerçant un contrôle sur la conduite des affaires de la société à domicilier, sont des domiciliataires au sens de l'article 29, mais bénéficient d'un régime allégé en ce que la CSSF peut assouplir les conditions d'agrément par rapport aux conditions applicables aux domiciliataires traditionnels. Il convient de souligner que l'article 13(2) quatrième tiret de la loi relative au secteur financier ne s'applique pas aux domiciliataires de sociétés. Une filiale qui fournit des services de domiciliation exclusivement à d'autres sociétés du groupe auquel elle appartient est donc soumise à l'exigence d'un agrément ministériel et à la surveillance de la CSSF en vertu de l'article 29(1). En tant que professionnel du secteur financier, elle est obligée de respecter, en plus des obligations professionnelles particulières aux domiciliataires de sociétés applicables en vertu de la loi modifiée du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés, l'ensemble des obligations professionnelles du secteur financier.

- **Les agents de communication à la clientèle (article 29-1)**

Les services traditionnels d'imprimerie dans le domaine financier, c'est-à-dire la production et l'impression de documents non confidentiels, ne sont pas soumis à autorisation. Rien ne s'oppose cependant à ce que les agents de communication à la clientèle offrent ces services à titre accessoire.

L'archivage de documents à contenu confidentiel destinés aux clients de professionnels financiers, tels des confirmations de transactions, des relevés de comptes, des déclarations fiscales, pour ne citer que quelques exemples, est par contre soumis à autorisation. Toutefois, lorsque ces documents ne sont pas accessibles au prestataire de services, par exemple lorsqu'ils sont stockés dans des coffres-forts auxquels seul le professionnel financier client a accès, le statut d'agent de communication à la clientèle n'est pas requis.

La mise à disposition, via Internet, d'une plate-forme qui sert de support pour la transmission de conseils financiers fournis par des tiers, ne constitue pas une activité qui requiert le statut d'agent de communication à la clientèle. La CSSF considère toutefois qu'au cas où les conseils financiers sont fournis sur une base individuelle (par exemple moyennant des mots de passe individualisés), le prestataire de services, qui met à disposition la plate-forme, doit être agréé en tant que conseiller en opérations financières au sens de l'article 25 de la loi modifiée du 5 avril 1993, lorsque son client, qui a recours à la plate-forme pour transmettre les conseils financiers, n'est pas en possession de l'agrément requis pour cette activité.

- **Les agents administratifs du secteur financier (article 29-2)**

Le domaine d'action de ces professionnels couvre les services de back-office et englobe entre autres le calcul de la valeur nette d'inventaire de parts d'OPC. Afin d'écartier tout malentendu, il convient toutefois de mettre en évidence que ce statut ne couvre pas la notion d'administration centrale d'OPC au Luxembourg. Les agents administratifs peuvent intervenir activement dans le processus métier de leur client (ouverture de comptes, définition de paramètres d'applications informatiques, etc.).

Les agents administratifs du secteur financier ne sont pas obligés d'agir exclusivement pour le secteur financier.

- **Les opérateurs de systèmes informatiques et de réseaux de communication du secteur financier (article 29-3)**

Ces professionnels ne peuvent pas intervenir dans la définition du paramétrage des applications informatiques qui restent sous le contrôle du client, mais doivent se limiter à opérer les paramétrages techniques des systèmes. Ils doivent agir exclusivement pour compte d'établissements de crédit, PSF, OPC ou fonds de pension de droit luxembourgeois ou de droit étranger.¹

La prestation exclusive au secteur financier imposée par la loi, d'une part, a pour but de conserver un cadre légal homogène spécifique au secteur financier et, d'autre part, vise à éviter que des prestations externes au secteur financier ne viennent pénaliser celles fournies dans le cadre du statut de PSF. Etant donné l'importance de ces services connexes pour les acteurs financiers qui y recourent, le législateur a voulu mettre en avant la nécessité pour les sociétés qui adoptent ce statut de PSF, de se consacrer exclusivement à leurs clients du secteur financier, permettant de ce fait à l'autorité de surveillance de contrôler l'ensemble des activités sous-traitées.

Une société qui offre déjà certains de ces services à des entités hors du secteur financier et qui désire étendre ses services au secteur financier en optant pour ce statut, est contrainte de créer soit une nouvelle entité qui aura le statut PSF, soit, après être devenue PSF, une entité qui reprendra l'activité prestée aux acteurs externes au secteur financier.

Le PSF pourra donc prêter certains services, à définir au cas par cas par la CSSF (par exemple : activité à caractère accessoire, conseil, monitoring d'événements, mise à disposition de locaux informatiques à usage exclusif) à des clients hors du secteur financier par l'intermédiaire d'une filiale ou de la maison mère, en respectant au moins deux principes :

- Il ne peut exister de contrat liant le client final hors secteur financier au PSF et tout contrat entre le client et la filiale ou la maison mère ne doit jamais mentionner une prestation du PSF, ceci afin d'éviter un quelconque recours juridique du client envers le PSF.
- Le contrat liant la filiale ou la maison mère au PSF pour les prestations autorisées par la CSSF doit contenir deux clauses, à savoir :
 - La filiale ou la maison mère ne peut en aucun cas se retourner juridiquement et financièrement contre le PSF d'une façon qui puisse mettre en danger la pérennité du PSF et des prestations fournies aux clients du secteur financier.
 - Le contrat doit pouvoir être rompu, sans dommages pour le PSF, en particulier si la CSSF estime que les prestations fournies hors secteur financier ne sont plus compatibles avec la qualité ou la nature des prestations fournies au secteur financier (par exemple : baisse de qualité de service, conflits d'intérêts, etc.).

De plus, un opérateur de systèmes informatiques et de réseaux de communication du secteur financier ne peut sous-traiter son activité à un autre prestataire. Il est donc exclu pour le PSF d'utiliser les ressources de l'entité dont il est issu ou de sa filiale, ce qui signifie un dédoublement du personnel qualifié et des infrastructures techniques. Afin de ne pas pénaliser économiquement la mise en œuvre de ce nouveau statut, il serait néanmoins envisageable que le PSF dispose de tout le personnel et de l'infrastructure nécessaire à son activité et qu'il *insource* l'activité de l'entité dont il est issu ou de sa filiale, c'est-à-dire qu'il preste pour compte de la société d'origine (le groupe) les services initialement réalisés pour les acteurs externes au secteur financier. Juridiquement, cela signifierait que pour prêter les services existants aux acteurs externes au secteur financier, le PSF passe un contrat unique avec l'entité dont il est issu ou le groupe auquel il appartient, qui lui, détient les contrats avec les clients hors du secteur financier.

Afin de clarifier pour quelles activités un statut d'opérateur de systèmes informatiques et de réseaux de communication du secteur financier est nécessaire, respectivement quels services peuvent être prestés sans statut, sont exposés ici les principes qui devraient permettre d'évaluer quels sont les services qui requièrent un statut de PSF, article 29-3. Il existe, de base, deux situations qui conditionnent la nécessité pour un prestataire d'acquiescer le statut de PSF, article 29-3.

¹ Les assurances, n'étant pas régies par la loi modifiée du 5 avril 1993, ne peuvent pas, dans ce contexte, être considérées comme faisant partie du secteur financier. Par contre, les assurances étrangères, peuvent, selon les pays, être considérées comme faisant partie du secteur financier.

PRÉCISIONS SUR LA LOI DU 2 AOÛT 2003

Première situation : la nature même de la prestation

Le prestataire dispose des droits d'accès d'administrateur d'un système de production, c'est-à-dire un système qui sert à l'activité récurrente et principale du professionnel financier, indépendamment du fait que ce système contienne des données confidentielles, non seulement relatives à l'identification des clients, mais également de nature comptable ou transactionnelle (achat ou vente de titres, par exemple). Du fait de l'étendue de ses droits, il est considéré comme «opérateur» du système, puisqu'il est en mesure de modifier ou de créer d'autres droits d'accès et qu'il peut *a priori* exécuter les programmes de production. Il en est de même lorsqu'il détient les droits d'administration de bases de données, qui est un sous-ensemble crucial des systèmes de production.

Le prestataire est également considéré comme «opérateur», même s'il ne dispose pas des droits complets d'accès, dès lors qu'il est en charge de l'exploitation du système de production. Ainsi, le fait de «lancer» les programmes *batches* de fin de journée, même sans disposer des droits complets, relève d'une activité d'opérateur et nécessite de ce fait le statut de PSF. Par contre, une activité de surveillance passive (*monitoring*) ne requiert pas de statut, à condition que ce soit le système qui génère l'information servant à la surveillance et que le prestataire n'intervienne pas sur le système et se contente de prévenir un responsable du professionnel financier. Ce cas est acceptable sans statut puisque le prestataire ne dispose d'aucune fonction de gestion du système.

Seconde situation : l'impossibilité pour un professionnel financier de respecter les dispositions de la circulaire IML 96/126

Les services récurrents du prestataire lui permettent d'accéder à des données confidentielles et, en particulier, à des données nominatives ou permettant l'identification de clients. La circulaire IML 96/126 prévoit que le professionnel financier doit limiter les cas d'accès du prestataire à des données confidentielles («Si dans le cadre d'une panne importante du système qui rend nécessaire un dépannage sur place, l'accès à ces données ne peut pas être évité, l'établissement doit veiller que le tiers en charge du dépannage soit accompagné tout au long de sa mission par une personne de l'établissement en charge de l'informatique.»). Les paragraphes e), f) et h) du point 4.5.2.1. de la circulaire sont explicites en ce domaine.

Il n'existe aucune obligation pour le prestataire d'avoir un statut de PSF, si les services qu'il offre ne sont pas des services d'exploitation. Cependant, un professionnel financier n'est, en principe, pas autorisé à confier ses travaux à un prestataire non-PSF qui accède de façon récurrente à un système contenant des données confidentielles.

La loi du 2 août 2003 précise que «l'obligation au secret n'existe pas à l'égard des professionnels visés aux articles 29-1, 29-2 et 29-3, dans la mesure où les renseignements communiqués à ces professionnels sont fournis dans le cadre d'un contrat de services relevant de l'une des activités réglementées par les dispositions légales susmentionnées et à condition que ces renseignements soient indispensables à l'exécution du contrat de services en cause».

L'expérience de la CSSF montre que dans les cas limites, lorsqu'un professionnel financier argumente disposer d'une surveillance des accès récurrents de son prestataire, ce contrôle devient très théorique. Certaines dispositions procédurales, qui devaient garantir un parfait contrôle de la part d'un professionnel financier, se sont révélées peu pérennes et ont abouti à une augmentation importante du risque de divulgation. Pour cette raison, la CSSF n'est pas favorable aux solutions procédurales qui n'offrent pas les garanties de contrôle des accès aux données confidentielles.

Dès lors, le prestataire, qui opte pour un des statuts énumérés ci-dessus, peut se voir confier par les professionnels financiers des travaux qui nécessitent des accès à des données confidentielles, mais il doit évidemment fournir, dans le cadre de son activité globale, des services prévus par l'agrément. Le prestataire ne peut disposer d'un agrément au-delà de douze mois, s'il ne fournit aucun service en rapport avec son statut (art. 23(1)). A titre d'exemple, il ne peut conserver un agrément d'opérateur de systèmes (art. 29-3) pour une activité de développements informatiques, alors qu'il n'opère aucun système, indépendamment de ses clients.

Précisions spécifiques aux services de help-desk

Les fonctions de *help-desk* illustrent bien les propos précédents. Ces fonctions comportent des tâches d'administration et d'exploitation des systèmes, en particulier, lors de la prise de contrôle à distance d'un poste de travail par le prestataire. De plus, comme celui-ci peut être amené à voir des données confidentielles lors de ses interventions, pour que le professionnel financier puisse lui confier ces prestations, il est impératif qu'il dispose d'un statut de PSF adéquat. A charge du professionnel financier de prouver à la CSSF que les tâches qu'il effectue dans le cadre de l'activité de *help-desk* ne sont pas de nature à être qualifiées «d'opération de systèmes ou de réseaux» et qu'il ne peut accéder à des données confidentielles. Ceci pourrait être le cas, par exemple, lorsque l'assistance est uniquement téléphonique et que le prestataire demande à l'utilisateur de réaliser les tâches à sa place. De cette manière, la confidentialité dépend exclusivement de l'utilisateur.

Considérations générales

Les deux situations décrites précédemment sont applicables *a priori* indépendamment des équipements en cause, qu'il s'agisse d'ordinateurs, d'équipements de réseaux ou de télécommunication, y compris, dans une certaine mesure, de la téléphonie lorsque l'opérateur n'est pas soumis aux lois régissant le secret professionnel des communications.

En conséquence de ce qui précède et en réponse à des questions récurrentes sur les centres de secours, la mise à disposition d'un tel centre ne requiert pas de statut PSF pour autant que le prestataire n'intervienne pas sur des équipements de production ou des équipements «en attente» (le terme technique en DRP est *stand-by*) contenant des données de production. Ce dernier cas a pour origine l'impossibilité pour l'établissement financier de sous-traiter ces travaux à un prestataire qui ne dispose pas d'un statut de PSF selon les articles 29-2 ou 29-3 de la loi, car les conditions énumérées au point 4.5.2.1. de la circulaire IML 96/126 ne pourraient être respectées.

- **Les professionnels effectuant des services de constitution et de gestion de sociétés (article 29-4)**

Cet article vise les personnes physiques et morales dont l'activité professionnelle consiste à offrir à des tiers des services de constitution et de gestion de sociétés. Il convient de relever en premier lieu que l'application de l'article 29-4 requiert que l'activité en cause soit exercée à titre professionnel, ce qui suppose qu'elle soit exercée de façon répétitive.

Par ailleurs, l'article 29-4 concerne exclusivement les entités qui agissent pour compte de personnes tierces qui sont les clients du professionnel en cause. La relation professionnel-client est donc déterminante en ce qui concerne l'application de cette disposition.

Les services liés à la constitution de sociétés consistent à effectuer pour compte du client toutes sortes de démarches pour constituer le type de société souhaité par celui-ci.

En ce qui concerne les services ayant trait à la gestion de sociétés, l'article 29-4 vise les entités qui mettent à disposition de sociétés tierces des administrateurs, directeurs ou gérants. Ces entités peuvent agir soit en tant qu'intermédiaire chargé de trouver des mandataires, soit en intervenant activement dans la gestion de la société cliente.

Toutefois, les administrateurs, directeurs ou gérants qui sont des employés d'une entreprise dont l'activité professionnelle consiste à offrir des services liés à la constitution ou à la gestion de sociétés, ne sont pas soumis aux exigences de l'article 29-4 puisque la qualité de professionnel s'apprécie dans le chef de l'entreprise employeur. Les personnes qui revêtent un poste d'administrateur, de directeur ou de gérant pour leur propre compte et indépendamment de toute demande d'un tiers basant sur une relation professionnel-client, telle que décrite précédemment, ne sont donc pas visées par cet article.

Par ailleurs, tous les professionnels admis à exercer l'activité de domiciliation, c'est-à-dire les domiciliataires de sociétés visés à l'article 29 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier ainsi que les notaires et les membres inscrits des autres professions réglementées énumérées sur la liste figurant au paragraphe (1) de l'article 1er de la loi modifiée du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés, sont de plein droit autorisés à offrir à ce titre également des services de constitution et de gestion de sociétés. Cette liste comprend notamment les avocats, réviseurs d'entreprises et experts-comptables. Ces personnes ne sont pas de ce fait soumises à l'agrément préalable du Ministre ayant dans ses attributions

PRÉCISIONS SUR LA LOI DU 2 AOÛT 2003

la CSSF, ni à la surveillance prudentielle de la CSSF. En effet, ces professionnels disposent des compétences requises en vertu de leur formation et de leur qualification et sont par ailleurs soumis au contrôle des organes de surveillance de leurs professions respectives.

3. Conditions d'agrément

En principe, les nouveaux PSF sont soumis aux mêmes conditions d'agrément que les PSF traditionnels, sauf dispositions légales spécifiques contraires. Toutefois, la CSSF peut adapter et moduler certaines conditions, comme notamment l'exigence du crédit suffisant, en fonction de l'activité exercée. Ainsi, pour certaines catégories, la notion de «crédit suffisant» peut être interprétée dans le sens de reconnaissance de l'expérience acquise dans ce domaine.

4. Formulation des agréments des PSF

La CSSF considère que seules les activités effectivement exercées par un PSF peuvent figurer sur l'agrément donné. Les activités que le professionnel peut exercer de plein droit en vertu de la loi modifiée du 5 avril 1993 ne seront donc pas inscrites sur l'agrément, à moins qu'elles ne soient effectivement exercées.

Si un PSF souhaite ultérieurement effectuer une de ces activités, il doit faire ajouter cette activité sur son agrément par voie de notification.

Rien ne s'oppose toutefois à ce que l'objet social du PSF énumère toutes les activités qu'il peut effectuer de plein droit en vertu de la loi.

5. Objet de la surveillance prudentielle

Dans le cadre de sa mission de surveillance, la CSSF vérifiera entre autres la compétence technique de l'entité en cause lui permettant d'effectuer l'activité envisagée suivant les règles de l'art. Ainsi, la CSSF attachera une attention particulière à la vérification des moyens mis en œuvre pour assurer la confidentialité des données, comme par exemple la vérification de l'accès aux locaux, les procédures d'authentification des personnes et les mesures de protection et de ségrégation des données.

6. Précisions relatives à l'exception légale au secret professionnel

L'article 41(5) instaure une exception légale au secret professionnel à l'égard d'un professionnel financier (banque ou PSF), afin de lui permettre de sous-traiter certaines tâches donnant accès à des informations confidentielles concernant ses clients. Même lorsque ces tâches sont confiées à des sous-traitants qui sont eux-mêmes agréés en tant que PSF ou banque, le professionnel qui délègue les tâches doit être spécifiquement autorisé par la loi à communiquer des données concernant ses clients.

A ce sujet, la CSSF a été confrontée à l'hypothèse suivante.

Une banque entend effectuer des services de sous-traitance portant sur des tâches administratives exclusivement pour sa filiale qui revête elle-même un statut de PSF. L'activité en cause est donc prestée exclusivement pour compte du groupe, de sorte que la banque n'est pas de ce fait soumise à l'exigence d'un agrément ministériel en tant que PSF.

Toutefois, la filiale, qui est elle-même un PSF, est soumise à l'obligation au secret professionnel en vertu de l'article 41. La filiale ne peut donc divulguer des informations portant sur ses clients à un tiers, et en particulier, à la banque sous-traitante, à moins qu'il n'existe une exception légale au secret bancaire.

Une telle exception a été introduite par la loi du 2 août 2003. En vertu de celle-ci, les professionnels financiers visés par l'article 41(1) peuvent déléguer dans le cadre d'un contrat de services d'*outsourcing* certaines de leurs activités qui donnent accès à des renseignements relevant du secret professionnel à des prestataires de services tiers nommément désignés par la loi, dans le respect des dispositions légales. Il s'agit des agents de communication à la clientèle, des agents administratifs du secteur financier et des opérateurs de systèmes informatiques et de réseaux de communication du secteur financier (articles 29-1, 29-2 et 29-3).

Il en résulte que la filiale ne peut sous-traiter des tâches de communication à la clientèle, des tâches administratives ou de back-office, ou encore des tâches relatives au fonctionnement de son dispositif informatique et de ses réseaux de communication à la maison mère qui dispose du statut d'établissement de crédit, à moins que celle-ci ne soit agréée respectivement en tant qu'agent de communication à la clientèle, d'agent administratif du secteur financier ou en tant qu'opérateur de systèmes informatiques et de réseaux de communication du secteur financier.

7. Cumul de statuts différents par une même entité

Le cumul de différents statuts de PSF est permis. Une entité qui cumule plusieurs statuts prévus par la loi modifiée du 5 avril 1993 doit disposer du capital social ou des assises financières le(s) plus élevé(es) des statuts en cause.

Le statut de banque universelle permet aux établissements de crédit d'effectuer toutes sortes d'activités du secteur financier, ainsi que l'une ou plusieurs des activités connexes ou complémentaires, à condition que celles-ci relèvent de son activité normale.

En particulier, un établissement de crédit peut effectuer tous les services d'administration centrale pour compte d'OPC sans être soumis à l'exigence d'un agrément spécifique en tant qu'agent de transfert et de registre.

8. Sous-traitance en cascade

Un PSF ne peut pas sous-traiter son activité principale pour laquelle il a été agréé. Rien n'empêche cependant qu'il délègue une activité secondaire à un prestataire de services tiers, dans le respect des dispositions légales.

Ainsi, par exemple, un agent de transfert et de registre ne peut pas déléguer la tenue du registre des porteurs de parts ou les émissions et rachats de parts d'OPC à des établissements de crédit.

9. Obligations en matière de lutte contre le blanchiment

Les nouveaux PSF sont soumis à l'intégralité des obligations professionnelles du secteur financier et en particulier, à l'obligation de connaître les clients et à l'obligation de coopération avec les autorités.

Conformément au paragraphe (5) de l'article 39 de la loi modifiée du 5 avril 1993, le professionnel financier est cependant dispensé de son obligation d'identification du client et de l'ayant droit de celui-ci, lorsque son client est un établissement de crédit ou un PSF soumis à une obligation d'identification équivalente.

En ce qui concerne les statuts de l'*outsourcing* (articles 29-1, 29-2 et 29-3), les clients de ces nouvelles catégories de PSF sont par définition des établissements de crédit, PSF, OPC ou des fonds de pension, de sorte que la dispense de l'obligation d'identification prévue à l'article 39(5) leur est toujours applicable pour leurs clients luxembourgeois.

Il en est de même en ce qui concerne leurs clients de droit étranger qui sont soumis à une obligation d'identification équivalente, ce qui est notamment le cas pour les professionnels financiers établis dans des pays du GAFI.

