Projet de loi

relative à l'activité de Family Office et portant modification de:

- **la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier,**
- **la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme.**

Avis du Conseil d'Etat

(13 juillet 2012)

Par dépêche du 21 novembre 2011, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet d'avis sous rubrique. Le texte du projet, élaboré par le ministre des Finances, était accompagné d'un exposé des motifs, commentaire des articles, ainsi que d'une fiche d'impact des mesures législatives et réglementaires.

L'avis de la Chambre de commerce est parvenu au Conseil d'Etat par dépêche du 30 janvier 2012.

Considérations générales

Comme le nom l'indique, la notion et l'institution du *Family Office* ont leur origine respectivement dans les milieux financiers anglo-saxons et dans les pays où l'anglais est la langue véhiculaire pour servir une clientèle hautement aisée et souvent internationale. Sous réserve de ce qui sera dit ci-après quant à la substance de la notion, il n'y a dès lors pas lieu de s'atteler à des efforts artificiels de traduction, alors que le concept n'a pas de répondant dans une autre langue d'usage courant sur la place financière de Luxembourg.

L'article 1^{er} du projet sous avis énonce les activités qui, au sens de la loi en projet, sont celles d'un *Family Office*. Si la définition se veut ouverte et compréhensive, elle soulève néanmoins des interrogations, comme on va le voir au commentaire des articles. Quand on fait des recherches en doctrine, on constate que toutes les tentatives de définition sont d'accord sur les points suivants: le *Family Office* a comme objectif la gestion optimale d'un ou plusieurs patrimoines privés très importants; il est destiné soit à une seule famille, soit à plusieurs, et dans ce dernier cas, c'est une entité externe à la famille qui est en charge, c'est-à-dire le plus souvent un professionnel spécialisé ou une entité dédiée d'une banque; l'émergence des *Family Offices* s'explique par des besoins plus élevés en personnalisation et en étendue des services, en ségrégation et en indépendance que les prestations traditionnelles des départements classiques de banque privée fournies jusqu'ici par les acteurs financiers.

Au Luxembourg, ce métier a connu un essor certain ces dernières années ayant même mené respectivement en juin 2010 et en novembre 2010 à la création de la *Luxembourg Association of Family Offices* (LAFO) et *Luxembourg for Family Offices A.s.b.l.* D'emblée, lesdites associations se sont efforcées de faire reconnaître la spécificité du métier, tout en exigeant de hauts standards de professionnalisme des acteurs qui ne doivent pas abuser de l'appellation de *Family Office* en tant qu'outil publicitaire enveloppant un paquet de services non distinctif.

Dans cette optique, il peut effectivement être utile de donner à l'activité de *Family Office* un statut légal. En effet, même si on ne peut pas nier entièrement que la future protection de l'appellation a également une utilité de marketing et de positionnement parmi la concurrence internationale très pointue sur ce segment de clientèle, il est certain que le client concerné mérite une protection adéquate lui permettant de placer sa confiance dans les acteurs qui sont ainsi agréés, un peu à l'instar de l'évolution connue par l'activité de domiciliataire il y a quelques années (loi du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés).

Si le Conseil d'Etat peut ainsi suivre entièrement les considérations déployées par les auteurs du projet dans l'exposé des motifs, il soulève néanmoins une interrogation fondamentale quant à l'architecture du texte. En effet, l'article 8 du projet prévoit d'insérer dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier un nouvel article 28-6, instituant une nouvelle catégorie de professionnels du secteur financier, à savoir les *Family Offices*. Cet article 28-6 coexisterait donc avec les « résidus » de la loi qui émergera du projet sous avis, aucun des deux textes n'étant à lui-même ni autosuffisant, ni complet. Cela pourrait mener à une situation d'incohérence juridique et à des inconvénients pour les destinataires intéressés qui souhaiteront évidemment retrouver l'ensemble des dispositions applicables dans un seul texte complet et cohérent. Une mauvaise architecture du texte risque même d'anéantir l'objectif de positionnement de la place financière de Luxembourg dans un contexte international fortement concurrencé en la matière.

Le Conseil d'Etat demande dès lors de reconsidérer la structure du projet de loi sous avis dans son ensemble en s'inspirant notamment du modèle que fournit la loi modifiée du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés.

Dans cette optique, il s'agirait dans un premier temps, en s'inspirant de l'actuel article 28-9 de la loi précitée de 1993, de définir en des termes clairs et précis l'activité de *Family Office* pour délimiter son champ d'application, sous réserve des observations du Conseil d'Etat dans l'examen des articles (cf. *infra*).

Ensuite, il s'agirait, dans le cadre de la nouvelle loi en projet, de répondre à la question qui, à côté des PSF spécialisés agréés comme *Family Office* pourra exercer l'activité de *Family Office* sans autorisation supplémentaire, et qui aura besoin d'un agrément spécifique.

Le modèle précité de la loi régissant la domiciliation pourrait servir de référence :

« Seul un membre inscrit de l'une des professions réglementées suivantes, établi au Grand-Duché de Luxembourg, peut exercer l'activité de *Family Office*: les PSF spécialisés agréés comme *Family Office*, les établissements de crédit, les conseillers en investissement, les gérants de fortunes, les PSF spécialisés agréés comme domiciliataire de sociétés ou comme professionnel effectuant des services de constitution ou de gestion de sociétés, les avocats à la Cour inscrits à la liste I et les avocats européens exerçant sous leur titre professionnel d'origine inscrits sur la liste IV du tableau des avocats visé par l'article 8(3) de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat, les notaires, les réviseurs d'entreprises et les réviseurs d'entreprises agréés, les experts-comptables. »

Toujours en s'inspirant de la domiciliation, à la base de toute activité de *Family Office* devrait être conclue également une convention spécifique entre les parties intéressées.

Ensuite, il s'agirait de définir avec précision les obligations professionnelles à respecter, ainsi que les sanctions y relatives en cas de non-respect, toujours d'après le modèle de la loi régissant la domiciliation des sociétés et par conséquent, en intégrant les dispositions afférentes dans la nouvelle loi en projet.

Finalement, les articles finaux de la nouvelle loi auront trait aux dispositions transitoires ainsi qu'éventuellement à la référence sous une forme abrégée.

La structure ainsi proposée par le Conseil d'Etat permettra de démêler l'amalgame de la loi en projet pour garantir une distinction claire entre l'exercice de la profession et la protection du titre.

En dernier lieu, le Conseil d'Etat souligne que dans la mesure où l'activité n'est pas couverte par le passeport européen, elle relève de la directive « Services », de sorte que les droits et garanties prévus par cette directive s'appliquent aux acteurs non-résidents qui exercent cette activité.

Sous cette réserve, le Conseil d'Etat procède à l'examen des articles.

Examen des articles

Article 1^{er}

L'article 1^{er} a comme objectif la délimitation du champ d'application de la loi et la définition des notions spécifiques sur lesquelles se fonde le texte. Dans l'optique décrite ci-avant, ceci deviendrait l'objet du nouvel article à insérer dans la loi précitée de 1993.

Quant au fond, le Conseil d'Etat recommande d'emblée d'insérer une clause permettant d'appliquer les dispositions de la loi en projet au même titre aux activités visées lorsqu'elles sont pratiquées sous une autre dénomination ou sous le couvert d'une traduction de la notion de *Family Office* dans une autre langue. En effet, un opérateur ne saurait se dérober au

champ d'application des nouvelles dispositions en choisissant tout simplement une autre dénomination pour exercer en substance la même activité.

On notera par ailleurs que la nouvelle réglementation ne vise pas les « *Single Family Offices* », c'est-à-dire les entités créées par ou au service d'une seule personne ou famille. En effet, s'agissant dans ce cas d'affaires de famille au sens propre du terme, il ne paraît pas utile de soumettre lesdits acteurs à un contrôle réglementé. Sont également exclues des formes de gestion de patrimoine familial se qualifiant dans d'autres institutions juridiques, comme la fondation, la fiducie, le trust, le mandat de justice.

Sont enfin exclus, de façon indirecte, les conseils ou services de nature non patrimoniale qu'un *Family Office*, tombant par ailleurs dans le champ de la nouvelle loi, peut être amené à pratiquer. En effet, les *Family Office* offrent souvent à leurs bénéficiaires des services s'apparentant par exemple à la conciergerie au sens large du terme.

Dans un second ordre d'idées, la définition de la famille soulève plusieurs interrogations. Il est d'ailleurs intéressant de noter que la notion de famille trouverait ainsi en droit luxembourgeois sa première consécration expresse non pas dans un texte de droit civil au sens strict du terme, mais en droit financier.

Cela étant, la définition telle que proposée par le projet appelle les commentaires suivants: au sens strict, le texte ne vise que des personnes liées ou ayant été liées par différents types de communauté de vie. Or, il convient bien d'inclure d'autres membres de la famille, comme les ascendants, les descendants ayant quitté le foyer des parents, les frères et sœurs, oncles, tantes, etc. Ira-t-on aussi loin que le degré successible? Toutes ces questions devraient, le cas échéant, trouver une réponse en se basant sur la loi régissant le statut personnel des personnes concernées.

Quant à la notion de communauté de vie durable, elle permettra sans doute d'englober par exemple la notion de *Common Law marriage* du droit anglo-saxon. Mais *quid* d'autres formes de communautés de vie durables entre deux ou plusieurs personnes de sexe différent ou égal, non formellement reconnues par un droit civil national? *Quid* des polygamies légales dans leur pays d'origine?

Enfin, le divorce ne semble pas affecter les liens nés d'un *Family Office*, alors que le texte permet à une personne d'être comprise dans le cercle des bénéficiaires même quand elle ne devient destinataire du *Family Office* qu'après le divorce.

Au vu de toutes ces questions qui soulèvent plus d'interrogations qu'elles ne fournissent de solutions, le Conseil d'Etat recommande d'abandonner dans le texte de la loi en projet la définition de la famille. Celle-ci se définira au cas par cas selon le statut personnel des intéressés, comme dans d'autres domaines où la notion déploie des effets juridiques.

Pour ce qui est de la notion de patrimoine, il convient d'écrire « espères » au lieu d'« espères ».

Article 2

Dans l'optique du Conseil d'Etat, la loi en projet débiterait en substance par cet article qui énonce les professionnels autorisés à porter le titre de *Family Office*. Il s'agit d'un côté des titulaires agréés de la nouvelle appellation spécifique à introduire par le projet sous avis, et de l'autre côté d'une série d'autres professions réglementées du domaine financier et juridique.

Le Conseil d'Etat comprend que l'intention des auteurs du texte est de ne pas créer d'inégalités juridiques effectives entre les différents types d'opérateurs autorisés à exercer l'activité de *Family Office*, que ce soit à titre principal ou en tant qu'activité accessoire de l'une des activités énoncées à l'article 2 du projet. Par ailleurs, les dispositions de substance du projet ne devraient concerner que les opérateurs qui exercent l'activité de *Family Office* à titre principal, les autres restant régis par leurs lois spéciales.

Article 3

Le Conseil d'Etat suggère d'insérer les dispositions afférentes dans la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, à l'instar de ce qui est fait pour toutes les autres professions auxquelles ladite loi s'applique. Cette loi serait dès lors complétée de façon appropriée pour inclure les *Family Offices*, plutôt que de rendre applicable ladite loi par un renvoi. En effet, la loi de 2004 énumère actuellement de façon exhaustive tous les professionnels auxquels elle s'applique, et il ne convient pas de déroger à cette pratique très appropriée en termes de sécurité juridique, surtout qu'il s'agit d'un texte à implications pénales très lourdes.

De toute façon, l'article 8 b) de la loi en projet répond à ladite considération.

Article 4

Cet article devient superfétatoire, alors que l'ensemble des professionnels du projet de loi sous avis sont soumis pour ce qui est de leur secret professionnel soit à l'article 41 de la loi précitée de 1993, soit à leur réglementation spécifique, et à l'article 458 du Code pénal qui s'applique en tout état de cause.

Articles 5 et 6

Sans observation.

Articles 7 et 8

Ces articles seraient à revoir à la lumière de la structure modifiée du texte telle que suggérée par le Conseil d'Etat.

Article 9

Sans observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 13 juillet 2012.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président ff.,

s. Victor Gillen