



Haut Comité Juridique
de la Place financière de Paris

RAPPORT SUR LES IMPACTS DU BREXIT EN MATIÈRE D'ACTIVITÉS D'ASSURANCE

*du Haut Comité Juridique
de la Place Financière de Paris*

Le 12 septembre 2018



RAPPORT SUR LES IMPACTS DU BREXIT EN MATIÈRE D'ACTIVITÉS D'ASSURANCE

INTRODUCTION

Le 29 mars 2017, le Royaume-Uni a officiellement engagé son retrait de l'Union européenne (« UE »), opérant ainsi ce que l'on nomme communément le *Brexit*. À compter de la prise d'effet de celui-ci fixée au 29 mars 2019, et à défaut d'un accord de retrait fixant une date ultérieure, le Royaume-Uni cessera d'être directement soumis aux règles édictées par les institutions européennes. Ceci implique, notamment, que les entités établies ou opérant au Royaume-Uni ne seront plus assujetties aux règles européennes applicables en matière d'assurance et, corrélativement, n'en bénéficieront plus.

Cette situation conduit à s'interroger sur les conséquences du *Brexit*, tant sous l'angle des acteurs établis dans l'UE que de celui des acteurs britanniques¹. Ces conséquences revêtent une importance particulière eu égard aux interactions économiques entre le Royaume-Uni et l'UE en matière d'assurance, quelle que soit la branche d'activité considérée. En outre, elles comportent des enjeux de stabilité financière et de sécurité juridique pour l'Europe et les acteurs de l'industrie des assurances.

Dans ce contexte, le Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (« HCJP ») a constitué un groupe de travail afin (i) d'approfondir les conséquences du *Brexit* notamment sur l'activité des organismes d'assurance ainsi que la poursuite des contrats en cours et (ii) formuler des recommandations visant à assurer une application harmonisée de la réglementation entre les États membres de l'UE et à prévenir les déséquilibres et contournements réglementaires.

L'analyse s'est concentrée sur les organismes d'assurance directe, à l'exclusion des organismes de réassurance pour lesquels, si le *Brexit* n'est pas sans incidence, les difficultés soulevées sont moins importantes (*cf. infra*). En outre, il a été décidé de se placer sous l'angle des assureurs britanniques intervenant en France plutôt que sous celui des assureurs français opérant au Royaume-Uni. Il a par ailleurs été pris pour hypothèse de travail celle d'un retrait sans aménagement spécifique en matière d'assurance (*Brexit* « dur »).

Partant, les analyses et les recommandations formulées par le HCJP traitent de l'incidence d'un *Brexit* dur :

- d'une part, sur le régime applicable aux organismes d'assurance, et plus particulièrement aux organismes britanniques opérant en France (1.),
- d'autre part, sur le sort des contrats d'assurance, spécialement les contrats souscrits auprès d'assureurs britanniques et portant sur des risques ou des engagements situés en France (2.).

¹ Les développements relatifs au Royaume-Uni s'appliquent également à Gibraltar.



SOMMAIRE

Introduction	2
Résumé	4
I. L'incidence du <i>Brexit</i> sur le régime des organismes d'assurance	8
1.1 - La perte du passeport européen.....	8
1.2 - Les solutions palliatives	10
1.2.1 - Le transfert d'activité à une filiale agréée en UE.....	10
1.2.2 - La création d'une succursale de pays tiers.....	11
1.2.3 - Le recours à une société européenne.....	12
1.3 - L'impact de l'externalisation.....	13
1.3.1 - Les conditions d'externalisation.....	13
1.3.2 - Le risque d'une externalisation immodérée.....	15
II. L'incidence du <i>Brexit</i> sur le sort des contrats d'assurance	17
2.1 - Les contrats à venir.....	17
2.1.1 - La souscription interdite.....	17
2.1.2 - L'interdiction étendue.....	17
2.2 - Les contrats en cours.....	18
2.2.1 - Validité des contrats en cours.....	18
2.2.2 - Gestion des contrats en cours.....	20
2.2.3 - Gestion extinctive des contrats.....	23
Composition du groupe de travail « <i>Brexit</i> et assurances »	25



RÉSUMÉ

I- La conséquence immédiate d'un *Brexit* « dur » : la perte des passeports des entités britanniques situées au Royaume-Uni

À l'issue des négociations sur la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne², la perte du bénéfice du passeport européen pour les organismes d'assurance britanniques sera vraisemblablement consommée. Le passeport européen permet la liberté de prestation de services et la liberté d'établissement. Il permet à un établissement agréé dans l'un des États de l'Union européenne de rendre des services sur le territoire des autres États membres de l'Union européenne sans avoir à y implanter de filiale agréée localement. Il permet également à un établissement agréé dans l'un des États de l'Union européenne d'établir une succursale dans un autre sans avoir besoin de demander un agrément à l'État d'accueil. Le passeport européen permet donc un accès unique aux marchés des différents États de l'Union européenne.

Aucun texte européen ne précise les conséquences juridiques de la perte du passeport sur les contrats valablement formés antérieurement au *Brexit*. La question se pose de savoir si cette perte peut être assimilée à un retrait d'agrément, le retrait constituant toutefois un acte administratif individuel sanctionnant l'incapacité d'un opérateur à conserver cet agrément, alors que la perte du passeport liée au *Brexit* se place dans le cadre collectif d'une décision politique du Royaume-Uni. La perte du passeport pour les assureurs britanniques constitue donc une situation inédite, dont les travaux du HCJP ont tenté d'éclaircir les conséquences.

La perte du passeport ne devrait pas entraîner en droit français la nullité (*ab initio*) des contrats valablement conclus antérieurement au *Brexit* : le principe de l'exécution jusqu'à son terme d'un contrat valablement formé doit donc trouver à s'appliquer pleinement³.

Cette perte interdirait toutefois aux opérateurs concernés de souscrire des engagements nouveaux auprès de clients situés en Europe. Doit être assimilé à ces engagements nouveaux tout renouvellement des contrats à leur échéance, y compris par tacite reconduction ainsi que toute modification substantielle des obligations des parties à tout contrat valablement souscrit antérieurement au *Brexit*. Ainsi, par exemple, une modification substantielle pourrait consister en l'adjonction de nouvelles garanties

² La notion de « *Brexit* » peut faire référence à plusieurs dates : la date du résultat référendum au Royaume-Uni, la date de la notification de l'article 50 du Traité sur l'Union européenne et la date de la sortie effective du Royaume-Uni de l'Union européenne. Le groupe de travail concerné a considéré que la date qu'il convenait de prendre en compte est celle de la sortie effective du Royaume-Uni de l'Union européenne.

³ Toutefois, certains contrats pourraient être frappés de caducité (absence d'effets pour l'avenir).



à celles qui ont été antérieurement convenues, ou en l'augmentation de la valeur des engagements souscrits ou plus généralement toute modification ayant pour effet d'alourdir le passif de l'assureur.

Deux analyses se sont opposées au sein du groupe de travail sur la qualification de la gestion des contrats dont les effets se poursuivent postérieurement au *Brexit*.

La première retient, pour cette gestion, la qualification d'activité d'assurance. Appuyée par une opinion de l'EIOPA de décembre 2017 interprétant la directive Solvabilité 2 reprise par la Commission européenne dans un avis de février 2018, cette position considère qu'un assureur britannique qui exécuterait ses engagements post-*Brexit* se livrerait à l'exercice illégal de l'activité d'assurance⁴. Ceci impliquerait que les engagements des assureurs britanniques pris auprès d'assurés européens doivent être transférés dans des entités agréées en Europe.

La seconde considère que la gestion d'un contrat d'assurance ne consiste pas à prendre un engagement nouveau mais uniquement à gérer les conséquences d'un engagement déjà valablement consenti. Il en résulte qu'un assureur britannique exécutant les obligations subséquentes à un contrat formé pré-*Brexit*, notamment en gérant le règlement des sinistres, ne violerait aucune disposition légale ou réglementaire. Le régulateur Luxembourgeois a appuyé cette interprétation.

II- Des solutions existent, dans le cadre des textes actuels, afin de traiter ces difficultés

2.1 - Pour les contrats en cours

Le transfert des portefeuilles vers des entités de l'Union européenne constitue une première solution, étant rappelé qu'il n'existe cependant pas de régime européen unifié en matière de cession de contrats et que les mécanismes de droit interne sont souvent caractérisés par leur lourdeur.

D'autre part, en matière d'assurances en particulier, le transfert des contrats vers l'UE serait soumis à des procédures britanniques longues qui relèvent de la compétence des tribunaux du Royaume-Uni, impliquent une action de la *Prudential Regulation Authority* (PRA) et supposent la consultation des autorités des pays concernés⁵.

⁴ C. ass., art. L. 310-27 : « Le fait de pratiquer sur le territoire de la République une des opérations mentionnées aux 1°, 2° et 3° de l'article L. 310-1 sans se conformer aux dispositions des articles L. 310-2 et L. 310-6 est puni d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 75 000 euros. [...] ».

⁵ Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (Solvabilité II), art. 39.



Par ailleurs, les régulateurs européens ne disposent pas de pouvoirs de contraindre les assureurs britanniques à procéder à ces transferts.

2.2 - Pour les contrats à venir

La perte du passeport européen exige que les assureurs britanniques, s'ils veulent continuer à exercer dans l'UE, installent une entité agréée sur le territoire de l'Union (filiale, société européenne et, moins probablement, succursale). Depuis cette structure, certaines fonctions pourront être externalisées depuis l'UE vers le Royaume-Uni.

Le régime d'externalisation, dont la mise en œuvre reste nationale, fait craindre que certains États membres soient plus conciliants que d'autres dans l'application de ce régime. Si le cadre européen résultant de la Directive Solvabilité 2 semble imposer des contraintes suffisamment importantes à l'externalisation des fonctions ou activités opérationnelles, il convient d'en assurer l'effectivité. En effet, appliqué de manière trop lâche, ce régime n'incitera pas les assureurs britanniques à transférer leur activité européenne sous la juridiction des autorités de surveillance européenne.

III- Recommandations

3.1 - Pour les contrats en cours

Des textes pourraient utilement être pris par les autorités nationales dans le but de lever les incertitudes régnant sur l'exécution des contrats formés avant le *Brexit* par des clients européens auprès d'opérateurs britanniques⁶.

Deux solutions alternatives ont été finalement envisagées :

- La première consisterait à faire la distinction entre les portefeuilles en cours dont l'extinction interviendrait, par exemple, dans les 5 ans à compter de la fin de la période transitoire, et ceux dont l'extinction interviendrait au-delà. Les contrats portant sur les engagements les plus courts auraient ainsi vocation à être gérés depuis l'entité britannique jusqu'à leur extinction. Au contraire, les

⁶ A titre indicatif, les montants estimatifs des provisions techniques agrégés des assureurs britanniques et de Gibraltar à fin 2016 étaient les suivants :

- Assurance vie : 89 millions d'euros ;

- Incendie, éléments naturels et autres dommages aux biens (branches 8 et 9 Solvabilité II) : 1 320 millions d'euros ;

- Responsabilité civile générale (branche 13) : 4 940 millions d'euros ;

- Responsabilité civile véhicules terrestres automoteurs (branche 10) : 630 millions d'euros ;

Autres branches d'assurance non-vie : 1 056 millions d'euros.



engagements les plus longs devraient faire l'objet d'un transfert au profit d'entités agréées en Europe, sous peine pour l'assureur anglais non-diligent de s'exposer à la sanction pénale d'exercice illégal de la profession d'assureur.

- La seconde, ayant la préférence du HCJP, consisterait à ce que les textes existant sur la caducité des agréments soient adaptés afin d'englober la situation de perte du passeport européen. La constatation par l'ACPR de la perte du passeport entraînerait la soumission des entités concernées au contrôle de cette autorité dans l'apurement des contrats souscrits via ce passeport, notamment via la mise en place, par l'assureur et conjointement avec l'ACPR, d'un programme de liquidation des engagements.

3.2 - Pour les contrats à venir

Le HCJP souligne l'utilité d'engager une réflexion au niveau européen sur l'opportunité de fixer des prescriptions uniformes d'externalisation des fonctions importantes ou critiques.

Cette réflexion pourrait aussi porter sur l'opportunité d'instaurer une supervision appropriée, sous l'égide d'EIOPA, de la mise en œuvre du dispositif de contrôle par les autorités nationales



EXPOSÉ

I- L'incidence du *Brexit* sur le régime des organismes d'assurance

Le Haut Comité s'est penché sur le régime applicable aux organismes d'assurance britanniques opérant en France lorsque, à la suite du *Brexit*, le Royaume-Uni deviendra un pays tiers à l'UE.

À la différence des assureurs, les réassureurs ayant leur siège social dans un pays tiers peuvent bénéficier d'un régime d'équivalence pour exercer leur activité auprès d'assureurs français⁷. En effet, lorsque la Commission européenne décide que le régime de solvabilité d'un pays tiers est équivalent à celui déployé par la directive 2009/139/CE du 25 novembre 2009 (« **Directive Solvabilité 2** »), les traités de réassurance conclus avec des entreprises de ce pays sont considérés comme des traités de réassurance conclus avec des entreprises agréées en UE⁸. En principe, le traitement de ces entreprises ne peut être plus favorable que celui réservé aux réassureurs européens ; certaines conditions leur sont assignées qui peuvent prévoir l'obligation de garantir leurs engagements à l'égard des entreprises réassurées⁹. Ce mécanisme d'équivalence permettra de réduire considérablement l'incidence du *Brexit* sur les organismes de réassurance établis au Royaume-Uni et intervenant auprès d'assureurs français.

Au contraire, en l'absence d'un mécanisme d'équivalence, le *Brexit* aura beaucoup plus d'impact sur les assureurs britanniques qui exercent aujourd'hui leur activité en France sous le régime du passeport européen.

À cet égard, il convient de mesurer les conséquences engendrées par la perte de ce passeport (1.1), avant d'éprouver les différentes solutions qui permettront d'y remédier (1.2). L'effectivité des solutions retenues doit cependant prendre en considération la faculté qu'ont les entités européennes d'externaliser certaines prestations en dehors de l'UE (1.3).

1.1 - La perte du passeport européen

Afin d'exercer leur activité, les organismes d'assurance de l'UE doivent solliciter un agrément auprès du superviseur de l'État membre dans lequel ils ont établi leur siège social¹⁰. Cet agrément est délivré pour les opérations d'une ou plusieurs des branches d'assurance vie ou non-vie recensées aux

⁷ C. ass., art. L. 310-1-1 III 3°.

⁸ Dir. 2009/138/CE, art. 172 (3).

⁹ Dir. 2009/138/CE, art. 174.

¹⁰ Dir. 2009/138/CE, art. 14 et s.



annexes 1 et 2 de la Directive Solvabilité 2¹¹. Une fois agréé dans son État d'origine, l'assureur bénéficie du passeport européen qui lui offre la faculté d'opérer dans les autres États membres de l'UE sous le régime de la liberté d'établissement ou sous celui de la libre prestation de service (« LPS »)¹².

C'est donc en vertu de ce passeport que les assureurs établis au Royaume-Uni peuvent couvrir des risques (non-vie) ou prendre des engagements (vie) situés en France sans requérir l'agrément de l'ACPR¹³. Or, avec le *Brexit*, le Royaume-Uni deviendra un pays tiers à l'UE, de sorte que qu'ils perdront le bénéfice de ce régime libéral.

S'ils enfreignaient l'interdiction d'opérer en France, les assureurs britanniques s'exposeraient à une sanction pénale pour exercice illégal de l'assurance conformément à l'article L. 310-27 du Code des assurances¹⁴. Par ailleurs, les intermédiaires d'assurance immatriculés en France et qui proposeraient les contrats de ces assureurs, encourraient aussi une éventuelle condamnation pénale¹⁵.

En outre, les organismes britanniques ne seront plus tenus aux exigences prudentielles issues de la Directive Solvabilité 2, le Royaume-Uni pouvant à terme adopter des règles différentes.

Il existerait, ainsi, une difficulté au regard de la possibilité pour l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (« ACPR ») de veiller, sur le fondement de l'article L. 612-2 III du Code monétaire et financier¹⁶, au respect par les organismes britanniques post-*Brexit* des dispositions qui leur resteraient applicables (dont le livre I du Code des assurances relatif aux contrats d'assurance), dans la mesure où ils n'exerceront plus sous passeport européen.

¹¹ *Comp. C. ass.*, art. R. 321-1.

¹² *Sur ces deux libertés appliquées aux organismes d'assurance, cf. Comm. CE, 2000/C43/03, 2 févr. 2000, communication interprétative de la commission, Liberté de prestation de services et intérêt général dans le secteur des assurances.*

¹³ *Sur les critères de localisation du risque ou de l'engagement : Dir. 2009/138/CE, art. 13 (13) et (14).*

¹⁴ *C. ass.*, art. L. 310-27 : « Le fait de pratiquer sur le territoire de la République une des opérations mentionnées aux 1^o, 2^o et 3^o de l'article L. 310-1 sans se conformer aux dispositions des articles L. 310-2 et L. 310-6 est puni d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 75 000 euros. [...] »

¹⁵ *C. ass.*, art. L. 524-2 : « Le fait de présenter en vue de leur souscription ou de faire souscrire des contrats pour le compte d'une entreprise soumise au contrôle de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, d'une autre entreprise mentionnée à l'article L. 310-2 ou d'une entreprise mentionnée à l'article L. 310-1-1 et non habilitée à pratiquer les opérations correspondantes sur le territoire de la République française est puni d'une amende de 3 000 euros.

En cas de récidive, une peine d'emprisonnement de six mois peut en outre être prononcée.

L'amende prévue au présent article est prononcée pour chacun des contrats proposés ou souscrits, sans que le total des amendes encourues puisse excéder 6 000 euros. »

¹⁶ *C. mon. fin.*, art. L.612-2 III. : « L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution est chargée de veiller au respect par les personnes mentionnées aux I et II exerçant en France en libre prestation de service ou libre établissement des dispositions qui leur sont applicables, en tenant compte de la surveillance exercée par les autorités compétentes de l'État membre où elles ont leur siège social qui sont seules chargées notamment de l'examen de leurs situation financière, conditions d'exploitation, solvabilité, liquidité et de leur capacité à tenir à tout moment leurs engagements à l'égard de leurs assurés, adhérents, bénéficiaires et entreprises réassurées. »



1.2 - Les solutions palliatives

Devenus ressortissants d'un pays tiers à l'UE, les assureurs du Royaume-Uni post-*Brexit* pourront envisager diverses solutions permettant la poursuite de leur activité en France.

Les principales solutions recensées sont les suivantes : le transfert d'activité à une filiale agréée en UE (1.2.1), la création d'une succursale de pays tiers (1.2.2), le recours à une société européenne (1.2.3).

1.2.1 - Le transfert d'activité à une filiale agréée en UE

Avant l'entrée en application du *Brexit*, les assureurs du Royaume-Uni ont la possibilité de transférer leur portefeuille de contrats à une filiale agréée et contrôlée en UE à partir de laquelle ils pourront opérer en France.

À cet égard, l'article L. 310-2 I. (1^o) du Code des assurances dispose que les opérations d'assurance directe peuvent être pratiquées sur le territoire français par « *les entreprises ayant leur siège social en France, à partir de leur siège social ou de leurs succursales régulièrement établies dans un État membre de l'Union européenne* ».

L'assureur du Royaume-Uni pourra donc créer en France une filiale, s'il n'en dispose pas déjà, à laquelle il transférera son portefeuille de contrats dans la mesure où celle-ci sera dûment agréée par l'ACPR¹⁷. Il importe de signaler que le transfert d'un portefeuille depuis le Royaume-Uni est soumis aux procédures britanniques, dites « Part VII »¹⁸, qui s'avèrent particulièrement longues. En effet, ces procédures relèvent de la compétence, non pas du *Prudential Regulation Authority* (« PRA »), mais des tribunaux du Royaume-Uni et supposent, en application de l'article 39 de la Directive Solvabilité 2, la consultation des autorités des pays concernés.

Concrètement, plusieurs cas de figure sont envisageables.

Dans le cas d'un transfert vers un assureur situé dans un pays de l'UE autre que la France, mais portant sur un portefeuille incluant des risques localisés en France, l'ACPR doit être consultée. Celle-ci doit engager les procédures prévues aux articles L. 364-1 et L. 364-2 du Code des assurances. L'ACPR doit en aviser les assurés via une publication au Journal Officiel, examiner le risque de transfert pour vérifier que les intérêts des assurés sont bien préservés (pas de modifications contractuelles dans le cadre du transfert notamment), et contrôler que la cessionnaire dispose des agréments/ autorisations nécessaires (LPS ou Libre établissement en France, etc.). L'ACPR doit rendre, sous trois mois, un avis au PRA.

¹⁷ Dir. 2009/138/CE, art. 176.

¹⁸ *Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA), Part VII Control of Business Transfers, section 105.*



Dans le cas d'un transfert vers une entité dont le siège social est situé en France, le PRA notifie à l'ACPR qu'un certificat de solvabilité est requis par le juge anglais pour autoriser ce transfert¹⁹. En effet, selon l'article 39 de la Directive Solvabilité 2 : « *Un tel transfert n'est autorisé que si les autorités de contrôle de l'État membre d'origine de l'entreprise cessionnaire (i.e. ici l'ACPR) attestent que celle-ci possède, compte tenu du transfert, les fonds propres éligibles nécessaires pour couvrir le capital de solvabilité requis.* »

L'ACPR doit donc procéder à diverses vérifications à la suite desquelles elle déterminera si elle peut, ou non, produire ce certificat de solvabilité qui attestera officiellement la solidité financière du cessionnaire. À cette fin, l'ACPR se fonde (i) sur les informations fournies par l'autorité britannique²⁰ et (ii) sur l'analyse de la situation antérieure et postérieure au transfert. Si l'ACPR ne délivre pas ce certificat, le transfert ne pourra pas être approuvé.

Enfin il faut noter que toute filiale d'assurance située dans un autre État membre de l'UE pourra opérer en France sous le régime du libre établissement ou de la LPS. En effet, l'article L. 310-2 I. (2°) du code des assurances prévoit que des opérations d'assurance directe peuvent être réalisées sur le territoire français par « *les entreprises étrangères ayant leur siège social dans un État membre de l'Union européenne, à partir de leur siège ou de leurs succursales régulièrement établies dans un autre État membre de l'Union européenne* ».

1.2.2 - La création d'une succursale de pays tiers

L'article L. 310-2 I. (4°) du code des assurances prévoit que les opérations d'assurance peuvent être pratiquées sur le territoire français par « *les entreprises étrangères autres que celles mentionnées aux 2° et 3° ci-dessus [i.e. les entreprises extra-européennes et les entreprises d'assurance sur la vie de la Confédération helvétique], à partir de leurs succursales régulièrement établies en France* ».

De son côté, l'article L. 329-1 du même code énonce que ces entreprises de pays tiers ne peuvent exercer leur activité qu'après avoir obtenu l'agrément administratif de leur succursale et l'agrément spécial de leur mandataire général. Il prévoit également la possibilité pour l'ACPR d'astreindre ces entreprises à constituer un cautionnement ou d'autres garanties, si leur pays d'origine a pris ou prenait des mesures analogues à l'égard d'entreprises françaises.

¹⁹ FSMA, Part VII, section 111. Afin d'autoriser le transfert, le juge anglais doit disposer des certificats prévus au Schedule 12, Part 1 : Certificates as to margin of solvency (toujours nécessaire), Certificates as to consent (nécessaire sous condition), Certificates as to long-term business (nécessaire sous condition), Certificates as to general business (nécessaire sous condition), Certificates as to legality and as to consent (nécessaire sous condition).

²⁰ Cf. Decision on the collaboration of the insurance supervisory authorities, EIOPA-BoS-17/014, 30 janvier 2017, spéc. art. 4.2 et s.



La création d'une succursale de pays tiers est donc contraignante et n'ouvre pas droit au passeport européen. Elle est d'ailleurs marginale en France qui ne compte actuellement que deux succursales opérant sous ce régime. C'est pourquoi, cette option paraît moins adaptée aux organismes britanniques désireux d'exercer leur activité en France après le *Brexit*, d'autant plus qu'elle ne pourrait être mise en place qu'après la date effective de retrait du Royaume-Uni.

Elle pourrait, en revanche, être adaptée aux organismes européens souhaitant exercer au Royaume-Uni. L'autorité de supervision britannique a d'ailleurs publié, le 28 mars 2018, un *Supervisory statement* dans lequel elle expose sa vision à ce stade du régime d'équivalence de supervision et des critères sous lesquels elle invitera à créer une filiale plutôt qu'une succursale de pays tiers (en particulier si le montant des passifs protégés par le fonds de garantie britannique excède 200 millions de livres)²¹.

1.2.3 - Le recours à une société européenne

Il pourrait être envisagé de recourir à une société européenne qui impliquerait un changement de statut social de l'assureur au Royaume-Uni puis sa relocalisation dans un État membre de l'UE avec son portefeuille sans que celui-ci fasse l'objet d'une procédure de transfert²².

En effet, l'un des attraits de cette forme sociale tient à l'absence de rattachement de la société européenne à l'État membre dans lequel elle a son siège statutaire. Elle peut ainsi librement transférer ce siège au sein de l'UE sans entrave due à un changement de nationalité ou à une dissolution. Un assureur britannique pourrait alors envisager de se constituer en société européenne (nécessairement avant le *Brexit*) et transférer dans la foulée son siège social dans l'UE. Cette solution est d'ailleurs envisagée par EIOPA dans son « *opinion on services continuity in insurance in light of the withdrawal of the United Kingdom from the European Union* » publiée le 21 décembre 2017.

Si le transfert de siège social emporte celui du portefeuille de contrats (sans procédure d'approbation), il faudra cependant suivre, du moins en France, une procédure d'agrément (certes allégée) de la société européenne. En revanche, la société européenne et son portefeuille étant relocalisés dans l'UE, il sera nécessaire de transférer du Royaume-Uni la fraction de ce portefeuille correspondant à l'activité britannique. Dans le sens UE-Royaume-Uni, un transfert formel de portefeuille ou la création d'une succursale de pays tiers serait donc requis après la création de la société européenne, sauf dispositions plus favorables du Royaume-Uni²³.

²¹ *Supervisory Statement | SS2/18 International insurers: the Prudential Regulation Authority's approach to branch authorisation and supervision March 2018.*

²² Cf. Règlement (CE) n° 2157/2001 et Directive 2001/86/CE du 8 octobre 2001. Adde. C. com., art. L. 229-1 et s.

²³ Le Trésor britannique a publié fin 2017 un *statement* indiquant que le Royaume-Uni légiférerait pour permettre aux organismes UE opérant au Royaume-Uni de continuer à opérer au cours d'une période transitoire (« *temporary permission regime* »), sans avoir besoin de mettre en place une structure spécifique pendant cette période.



En dehors de cette réserve, ainsi que celle tenant à la complexité inhérente à la création d'une société européenne, cette option présente des avantages indéniables pour pallier la perte du passeport européen par les organismes du Royaume-Uni. En revanche, cette solution doit être mise en œuvre avant la sortie effective du Royaume-Uni de l'Union Européenne.

1.3 - L'impact de l'externalisation

Une entité établie dans l'UE par un assureur britannique aura la possibilité d'externaliser et de sous-traiter auprès de celui-ci certaines de ses activités ou fonctions, y compris les plus critiques ou importantes.

Ainsi, si les conditions de cette externalisation garantissent théoriquement qu'elle s'opère sous le contrôle du superviseur européen (1.3.1), il subsiste un risque que celle-ci, par sa portée, vide de sa substance l'entité européenne au profit de l'assureur britannique et que sa mise en œuvre soit appliquée de manière hétérogène au sein de l'Union (1.3.2.).

1.3.1 - Les conditions d'externalisation

Avec la Directive Solvabilité 2 complétée par le Règlement européen du 10 octobre 2014 (art. 274), un lourd dispositif encadre l'externalisation de fonctions ou d'activités par l'entreprise qui envisage de sous-traiter. Cette externalisation désigne tout « accord, quelle que soit sa forme, conclu entre une entreprise et un prestataire de services, soumis ou non à un contrôle, en vertu duquel ce prestataire de services exécute, soit directement, soit en recourant lui-même à l'externalisation, une procédure, un service ou une activité, qui serait autrement exécuté par l'entreprise elle-même »²⁴.

Le périmètre de l'externalisation est toutefois délicat à circonscrire, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer le sort des prestations confiées par les assureurs à leurs sous-traitants. En effet, si les prestations relevant de la distribution d'assurances sont en principe exclues de ce périmètre pour être régies par les règles qui leur sont propres²⁵, d'autres prestations, critiques ou importantes peuvent être incluses, comme la souscription, la gestion d'actifs et le règlement de sinistres.

Lorsqu'elle est caractérisée, l'externalisation ne saurait dispenser l'organisme d'assurance des obligations qui lui incombent tant à l'égard de sa clientèle que du régulateur²⁶. C'est pourquoi, elle

²⁴ C. ass., art. L. 310-3 13°.

²⁵ Avec l'ordonnance n° 2018-361 du 16 mai 2018 qui transpose la directive (UE) 2016/97 du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances, celle-ci est définie comme « l'activité qui consiste à fournir des recommandations sur des contrats d'assurance ou de réassurance, à présenter, proposer ou aider à conclure ces contrats ou à réaliser d'autres travaux préparatoires à leur conclusion, ou à contribuer à leur gestion et à leur exécution, notamment en cas de sinistre » (C. ass., nouv. art. L. 511-1 I.).

²⁶ C. ass., art. L. 354-3, al. 1.



doit faire l'objet d'une politique écrite approuvée par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance. Cette politique, périodiquement réévaluée et adaptée le cas échéant, décrit notamment les processus de sélection des prestataires de services, les détails à inclure dans l'accord d'externalisation et les plans d'urgence de l'entreprise. En outre, elle prend en compte l'impact de l'externalisation sur l'activité de l'organisme ainsi que les dispositifs de *reporting* et de suivi à mettre en œuvre²⁷. En vue de ce suivi, l'entreprise d'assurance doit veiller à ce que le prestataire coopère avec l'ACPR et lui donne accès aux données relatives à l'activité ou la fonction externalisée²⁸. Enfin, l'externalisation doit être prise en compte dans l'évaluation interne des risques et de la solvabilité (ORSA), décrite dans le rapport sur la solvabilité et la situation financière (SFCR) et justifiée dans le rapport régulier au contrôleur (RSR)²⁹.

Lorsque des fonctions sont réputées « *importantes ou critiques* », les mesures entourant leur externalisation sont sensiblement renforcées. Ces fonctions rassemblent les fonctions clés (actuariat, gestion des risques, vérification de la conformité et audit interne) ainsi que celles dont l'interruption est susceptible d'avoir un impact significatif sur l'activité de l'entreprise, sur sa capacité à gérer efficacement les risques ou de remettre en cause les conditions de son agrément à raison de divers éléments³⁰.

Lorsque l'assureur envisage d'externaliser l'une de ces prestations, il est tenu d'en informer l'ACPR en lui remettant un dossier décrivant et justifiant l'opération. Sur le fond, cette externalisation n'est possible qu'à la condition de ne pas compromettre la gouvernance de l'assureur, de ne pas accroître indûment son risque opérationnel, de ne pas entraver le contrôle de l'ACPR et de ne pas nuire au niveau de service proposé aux assurés.

Dans ces conditions, l'assureur est préalablement tenu de vérifier que le prestataire envisagé dispose des aptitudes et habilitations requises pour l'exercice des fonctions qui lui sont confiées, et qu'aucun conflit d'intérêts à son endroit ne compromettrait cet exercice³¹. Par ailleurs, lorsque le prestataire de services appartient au même groupe que l'entreprise d'assurance, cette dernière évalue l'étendue du contrôle qu'elle exerce sur lui ou l'influence qu'elle peut avoir sur ses actes³². Enfin, lorsque

²⁷ Dir. 2009/138/CE, préc., art. 41, 3 ; Rég. Délégué (UE) 2015/35, 10 oct. 2014, art. 274, 1. ; C. ass., art. L. 354-1, al. 3.

²⁸ Directive 2009/138/CE, préc., art. 38, 1 ; C. ass., art. L. 354-3.

²⁹ Rég. Délégué (UE) 2015/35, 10 oct. 2014, art. 294 et 308.

³⁰ C. ass., art. R. 354-7. Les éléments d'appréciation sont :

- le coût de l'activité externalisée ;
- l'impact financier, opérationnel et sur la réputation de l'entreprise de l'incapacité du prestataire de service d'accomplir sa prestation dans les délais impartis ;
- la difficulté de trouver un autre prestataire ou de reprendre l'activité en direct ;
- la capacité de l'entreprise à satisfaire aux exigences réglementaires en cas de problèmes avec le prestataire ;
- les pertes potentielles pour les assurés, souscripteurs ou bénéficiaires de contrats ou les entreprises réassurées en cas de défaillance du prestataire.

³¹ Rég. Délégué (UE) 2015/35, 10 oct. 2014, art. 274, 3.

³² Cf. EIOPA, Orientations relatives au système de gouvernance, 2013, orient. n° 46, 1.85.



l'externalisation porte sur une fonction clé, l'assureur applique les procédures d'évaluation, en matière de compétence et d'honorabilité, aux personnes employées par le prestataire ou le sous-prestataire de services pour exercer cette fonction³³. L'externalisation n'ayant pas pour effet de décharger l'assureur de ses obligations, il doit désigner en son sein un responsable de la fonction clé qui soit en mesure de soumettre à un examen critique les prestations et les performances du prestataire.

En toute occurrence, l'externalisation doit faire l'objet entre le prestataire et l'assureur d'une convention écrite dont le contenu est détaillé avec force détails par la réglementation³⁴.

1.3.2 - Le risque d'une externalisation immodérée

Le respect du dispositif décrit ci-dessus doit permettre de pallier le risque qu'une entité établie en UE par un assureur britannique soit sans véritable substance tandis que son centre décisionnel et opérationnel demeurerait au Royaume-Uni hors du contrôle effectif du superviseur européen. À cet égard, EIOPA a récemment émis une opinion relative au *Brexit* et dans laquelle elle recommande une stricte vigilance des superviseurs européens sur l'externalisation de fonctions importantes et critiques, en particulier vers les pays tiers³⁵.

Le Haut Comité exprime toutefois la crainte que certains États membres soient plus conciliants que d'autres dans l'application des règles en matière d'externalisation et, par ce biais, n'incitent les assureurs britanniques à transférer leur activité européenne sous leur juridiction.

Quoi qu'il en soit, le cadre européen résultant de la Directive Solvabilité 2 semble imposer des contraintes suffisamment importantes à l'externalisation des fonctions ou activités opérationnelles. Il convient donc d'en assurer l'effectivité. Engager une réflexion au niveau européen sur l'opportunité de fixer des prescriptions uniformes d'externalisation des fonctions importantes ou critiques apparaît souhaitable. Cette réflexion pourrait aussi porter sur l'opportunité d'instaurer une supervision appropriée, sous l'égide d'EIOPA, de la mise en œuvre du dispositif de contrôle par les autorités nationales. En effet, au-delà de l'externalisation, le risque de *forum shopping* dépend largement de la rigueur avec laquelle chaque État membre applique et contrôle l'ensemble de la réglementation à laquelle ses ressortissants assureurs sont assujettis (conditions d'agrément, système de gouvernance, etc).

Il faut noter que l'application du Règlement général sur la protection des données (« **RGPD** ») est de nature à mitiger le risque d'une externalisation générale³⁶. En effet, ce règlement pose un

³³ EIOPA, *Orientations relatives au système de gouvernance*, 2013, orient. n° 14, 1.35.

³⁴ Rég. Délégué (UE) 2015/35, 10 oct. 2014, art. 274, 4.

³⁵ Cf. EIOPA, *Opinion on supervisory convergence in light of the United Kingdom withdrawing from the European Union*, 11 juillet 2017.

³⁶ Règ. (UE) 2016/679, 27 avril 2016. Adde. L. n°2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles (modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978).



principe d'interdiction du transfert des données personnelles vers les pays tiers, principe auquel il ne peut être étroitement dérogé qu'en vertu notamment d'une décision d'adéquation ou de garanties appropriées³⁷. Partant, l'externalisation vers le Royaume-Uni post-*Brexit* d'activités nécessitant un large transfert de données, telle la souscription des contrats ou la gestion des sinistres, risque fort, en l'absence d'équivalence avec le Royaume-Uni, de se heurter à cette interdiction, étant précisé que le RGPD est d'application extraterritoriale contrairement aux régimes classiques d'agrément³⁸.

Recommandations

Au regard de ce qui précède, le HCJP estime que, dans l'intérêt des assurés, il convient de faciliter la création de SE et de filiales en France.

En ce sens, il préconise notamment de simplifier la procédure d'agrément compte tenu :

- du calendrier extrêmement contraint, ce qui oblige à l'accélération des démarches ;
- de l'équivalence actuelle des conditions d'agrément entre la France et le Royaume-Uni ;
- de la nécessité de renforcer l'attractivité de la Place de Paris.

Des procédures accélérées et simplifiées d'agrément sont d'ores et déjà mises en place par l'ACPR dans le contexte du *Brexit* pour accueillir les établissements britanniques³⁹. En particulier, s'agissant de la reprise d'activités existantes et déjà supervisées par l'autorité compétente du pays d'origine, la procédure d'agrément pourra s'appuyer, notamment, sur les documents en anglais déjà disponibles, comme ceux ayant déjà été présentés aux autorités britanniques ou ceux qui concernent la succursale dont l'activité serait reprise par la filiale ou par la Société Européenne. Les organismes demandeurs se verront affecter un chargé de dossier référent anglophone, qui pilotera la procédure et pourra apporter, en amont du dépôt du dossier d'agrément, tous les conseils et informations nécessaires pour assurer un traitement optimal.

Cette procédure simplifiée ne signifie cependant pas automaticité des agréments. Par ailleurs, afin d'éviter que les Sociétés Européennes ou les filiales considérées ne soient vidées de toute substance, l'effectivité de leur gouvernance, l'ampleur de la réassurance interne au groupe et leur politique d'externalisation devront faire l'objet d'un examen particulier⁴⁰. Une réflexion au niveau européen, sur l'opportunité de limiter l'externalisation des fonctions importantes ou critiques en la réservant à des prestataires établis dans l'UE, devrait être engagée. Il apparaît aussi souhaitable que la capacité des autorités européennes (ESAS, ici EIOPA) à s'assurer de la mise en œuvre effective et homogène des règles européennes par les superviseurs nationaux soit renforcée.

³⁷ Règ. (UE) 2016/679, 27 avril 2016, art. 44 et s.

³⁸ Règ. (UE) 2016/679, 27 avril 2016, art. 3.

³⁹ Cf. Communiqué commun ACPR-AMF du 26 septembre 2016 : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20160928-cp-acpr-amf-agrements-brexit.pdf>.

⁴⁰ Cf. EIOPA, *Opinion on supervisory convergence in light of the United Kingdom withdrawing from European Union*, BoS-17/141, 11 juillet 2017.



II- L'incidence du *Brexit* sur le sort des contrats d'assurance

S'il n'est pas contesté qu'à la date du *Brexit*, la souscription par les organismes britanniques de nouveaux contrats d'assurance portant sur des risques situés en France sera interdite (2.1), le sort des contrats en cours à la même date a soulevé davantage d'interrogation (2.2).

2.1 - Les contrats à venir

À compter de l'entrée en application du *Brexit*, un organisme d'assurance britannique ne pourra plus souscrire de contrats d'assurance par lesquels il couvrirait des risques situés en France (2.1.1). Dans l'optique d'une poursuite des effets des contrats en cours, cette interdiction devrait être également étendue à d'autres opérations ou événements contractuels (2.1.2).

2.1.1 - La souscription interdite

À compter du *Brexit*, la souscription de contrats auprès d'assureurs britanniques, couvrant des risques ou prenant des engagements auprès d'assurés, situés en France, sera interdite sous peine de diverses sanctions : d'une part, la condamnation de ces assureurs pour exercice illégal de l'activité d'assurance (cf. *supra* 1. A.), d'autre part, la nullité de ces contrats conformément à l'article L. 310-2 III du code des assurances⁴¹, étant rappelé que cette nullité ne serait pas opposable aux assurés de bonne foi.

Les assureurs britanniques ne pourront donc souscrire de nouveaux contrats qu'en se conformant à l'une des solutions palliatives examinées plus haut (cf. *supra* 1. 1.), notamment par la création d'une société européenne ou d'une filiale agréée en France ou tout autre État membre de l'UE à partir duquel ils opéreront en France sous le régime du libre établissement ou/et de la LPS.

2.1.2 - L'interdiction étendue

Outre la souscription *stricto sensu* de contrats (*i.e.* leur conclusion), l'interdiction devrait affecter tout engagement nouveau pris par l'assureur dans le cadre de l'exécution des contrats en cours lors du *Brexit*, ce qui exclurait à tout le moins le renouvellement à leur échéance des contrats annuels ou pluriannuels, le report du terme extinctif (y compris reconduction tacite) ainsi que l'adjonction de nouvelles garanties⁴².

⁴¹ C. ass., art. L. 310-2 III : « Sont nuls les contrats souscrits en infraction au présent article. Toutefois, cette nullité n'est pas opposable, lorsqu'ils sont de bonne foi, aux assurés, aux souscripteurs et aux bénéficiaires. »

⁴² En toute occurrence, l'interdiction viserait ici des contrats en cours au jour du *Brexit*, ce qui suppose que leur validité n'ait pas été altérée par ce dernier (sur cette question : cf. *infra* B. a.). A cet égard, les contrats soumis à la Loi Evin, renouvelables annuellement par tacite reconduction mais non résiliables par l'assureur, seraient assimilés à des contrats en cours.



Le HCJP estime que cette interdiction inclut toute modification de contrat emportant augmentation de la valeur des engagements initialement souscrits et, plus largement, toute modification contractuelle qui aurait pour effet d'alourdir le passif de l'assureur. Afin de départir les modifications prohibées de celles autorisées, il pourrait être aussi fait référence à leur impact sur la prime : les seules modifications possibles auraient pour conséquence un remboursement ou une réduction de celle-ci. Plutôt qu'un critère général, les modifications autorisées pourraient être aussi expressément identifiées, telle la résiliation, le nantissement par avenant de la police, la désignation ou le changement de bénéficiaire, le rachat ou la réduction dans l'assurance sur la vie. Il conviendrait que les autorités européennes et à défaut nationales se prononcent sur l'étendue des modifications contractuelles autorisées.

2.2 - Les contrats en cours

Le Haut Comité entend rappeler que, dans l'intérêt des assurés, il importe que les contrats en cours au jour du *Brexit* puissent être exécutés jusqu'à leur terme conformément aux engagements initialement souscrits par les parties contractantes. Ces contrats sont valablement formés (2.2.1).

2.2.1 - Validité des contrats en cours

Les contrats qui ont été régulièrement conclus auprès d'un organisme d'assurance britannique avant le *Brexit* ne doivent pas voir leur exécution remise en cause une fois le *Brexit* produisant ses effets. En effet, l'article L. 310-2 III du Code des assurances frappe de nullité uniquement les contrats qui sont « *souscrits* » sans que l'assureur ait l'autorisation requise.

Dans son avis précité « *on services continuity in insurance in light of the withdrawal of the United Kingdom from the European Union* », l'EIOPA parvient à la même conclusion : “*Insurance contracts concluded before the Withdrawal date by UK insurance undertakings in the EU27 and by EU27 insurance undertakings in the UK by way of freedom of establishment and freedom to provide services are in principle valid after that date.*”⁴³

Il en résulte ainsi que, étant valablement formés, les effets des contrats d'assurance en cours lors du *Brexit* doivent se poursuivre et être pleinement exécutés conformément à la volonté des parties, et ce nonobstant la perte du passeport.

Les travaux du HCJP ont néanmoins mis à jour l'interrogation suivante : la perte du passeport européen priverait-elle les assureurs britanniques de leur capacité à poursuivre les prestations résultant de l'exécution de ces contrats ?

⁴³ *Opinion on service continuity in insurance in light of the withdrawal of the United Kingdom from the European Union (section 2.5), 21 déc. 2017.*



Dans son Avis de décembre 2017, l'EIOPA estime en effet qu'à défaut d'avoir pris toutes mesures nécessaires avant la date de retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne pour assurer la continuité de leurs services d'assurance résultant des contrats en cours (*service continuity*), les organismes d'assurances britanniques ne devraient plus pouvoir assurer l'exécution de leurs contrats.⁴⁴

Dans son Alerte du 8 février 2018⁴⁵, la Commission a, quant à elle, entendu rappeler aux assureurs britanniques qu'ils devaient, la perte de passeport pouvant être de nature à les empêcher de poursuivre l'exécution des contrats conclus avant *Brexit*, prendre toutes mesures nécessaires afin de permettre la continuité d'exécution de leurs contrats.

Ainsi, selon ces avis, les assureurs britanniques pourraient être frappés de plein droit d'une interdiction d'exécution de leurs services d'assurance résultant des contrats en cours, une telle interdiction étant pénalement sanctionnée en France.

Cette prise de position des Autorités européennes semble avoir pour objet de promouvoir une transition rapide et de diminuer le champ d'incertitude qui pèse sur le sort des contrats en cours, tant que les juges nationaux n'auront pas tranché (paragraphe 2.7 de l'Avis).

Par ailleurs, la récente réforme française faisant entrer au Code Civil la caducité des contrats (art. 1186 C. civ.)⁴⁶, crée un nouveau doute sur l'effet d'un changement de cadre réglementaire qui pourrait priver l'assureur britannique de sa capacité de gérer les contrats en cours. Sous réserve de l'appréciation des tribunaux, ce cadre pourrait être qualifié d'« *élément essentiel* » du contrat d'assurance et sa disparition entraînerait sa caducité. L'article L. 310-2 III précité pourrait être interprété comme érigeant l'autorisation d'opérer en France en condition de validité devant être satisfaite non seulement au moment de la souscription, sous peine de nullité, mais ne pas disparaître ensuite, sous peine de caducité⁴⁷.

Encore faudrait-il, sous l'empire du régime institué par la réforme du droit des contrats, que l'autorisation d'opérer en France soit proprement qualifiée d'« *élément essentiel* » du contrat d'assurance puisque l'article 1186 du Code civil dispose : « *Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît.* » Dans leur ensemble, les membres du GT estiment que cette condition ne serait pas satisfaite et considèrent plus généralement que le *Brexit* ne justifierait à lui seul ni la nullité, ni la caducité des contrats en cours.

⁴⁴ Opinion on service continuity in insurance in light of the withdrawal of the United Kingdom from the European Union (section 2.6), 21 déc. 2017.

⁴⁵ European Commission: Notice to stakeholders withdrawal of the United Kingdom and EU rules in the field of insurance/reinsurance, 8 February 2018. « According to the Solvency II Directive firms are required to take measures to ensure that contracts can continue to be serviced.

To this end, firms should assess the impact of the withdrawal of the United Kingdom from the European Union on their operation and contract portfolios and, also in cooperation with the relevant national supervisors, identify and mitigate risks (See Article 41(4) and 46(2) of Solvency II Directive. See also the EIOPA Opinion of 21 December 2017 on the service continuity in insurance in light of the withdrawal of the United Kingdom from the European Union). »

⁴⁶ Art. 1186 du Code Civil : « Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît.

⁴⁷ C. civ., art. 1186 et 1187. En revanche, l'inopposabilité prévue à l'article L.310-2 du code des assurances pour la nullité des contrats ne s'appliquerait pas, en l'état du texte, à leur caducité.



Comme l'EIOPA et la Commission européenne l'ont souligné c'est cependant effectivement aux juridictions nationales⁴⁸ qu'il appartiendra de décider, selon le droit applicable, de l'impact du changement de l'environnement juridique provoqué par le *Brexit* sur la continuité des contrats. Il leur reviendra aussi de juger de l'éventuelle responsabilité des organismes d'assurances, aux termes de la Directive Solvabilité 2, d'avoir à prendre toute mesure raisonnable afin de s'assurer de la continuité et de la régularité de leurs opérations.

Certains contributeurs ont pu proposer de limiter le périmètre du champ d'application de l'article L. 310-2 III du code des assurances en procédant à une réécriture de ce dernier. Ce texte aurait eu pour objet d'interdire toute souscription de contrat, mais aussi toute modification (limitativement définie) des contrats existants, et aurait permis une interprétation *a contrario* reconnaissant que les contrats non modifiés pourraient être exécutés librement. Néanmoins, le HCJP ne se prononce pas en faveur d'une telle modification.

2.2.2 - La gestion des contrats en cours constitue-t-elle une activité d'assurance ?

La question se pose de savoir si la gestion des contrats constitue une activité d'assurance passible de sanction pénale⁴⁹.

Des débats ont animé le groupe de travail du HCJP à ce sujet : soit il s'agit d'une activité d'assurance susceptible d'être soumise aux mêmes contraintes que la souscription de nouveaux contrats, soit il s'agit d'une activité soustraite au monopole de l'assurance, de sorte que les assureurs pourraient continuer, postérieurement au *Brexit*, à s'y livrer.

(1) Une première analyse observe qu'en droit français, l'article L. 310-1 du code des assurances, auquel renvoie l'article L.310-27, ne limite pas l'activité d'assurance à la seule souscription de contrats couvrant des risques assurables, mais vise plus généralement la couverture des risques (référence étant faite indifféremment aux engagements s'agissant de l'assurance-vie⁵⁰ et à la couverture de risques s'agissant des assurances non-vie). Ainsi la gestion des sinistres entrerait dans la définition de la couverture de risques.

⁴⁸ À noter que le droit anglais est généralement applicable aux contrats qui couvrent des grands risques et la loi de la situation du risque pour la plupart des autres (Règlement de Rome, art. 7).

⁴⁹ Responsabilité pénale portée par C. ass., art. L. 310-27- Sur le seul aspect de la responsabilité pénale des assureurs britanniques, la majorité des contributeurs au présent rapport a estimé que l'exécution de contrats valablement souscrits ne devrait pas donner lieu à des poursuites pénales, en particulier en raison de l'absence d'élément intentionnel.

⁵⁰ C. Ass., art. L.310-1 : « Le contrôle de l'État s'exerce dans l'intérêt des assurés, souscripteurs et bénéficiaires de contrats d'assurance et de capitalisation. Sont soumises à ce contrôle :

1° les entreprises qui sous forme d'assurance directe contractent des engagements dont l'exécution dépend de la durée de la vie humaine, s'engagent à verser un capital en cas de mariage ou de naissance d'enfants, ou font appel à l'épargne en vue de la capitalisation et contractent à cet effet des engagements déterminés ;

2° les entreprises qui sous forme d'assurance directe couvrent les risques de dommages corporels liés aux accidents et à la maladie;

3° les entreprises qui sous forme d'assurance directe couvrent d'autres risques y compris ceux liés à une activité d'assistance. [...] ».



Certains participants aux travaux du groupe ont cependant estimé que l'interprétation purement exégétique de l'article L.310-1 leur paraissait fragile. Le texte distingue en effet les contrats d'assurance par leur objet :

- d'une part l'assurance-vie et la capitalisation pour ce qui concerne « *les engagements contractés* »,
- d'autre part les assurances relatives aux « *dommages corporels* » et aux « *autres risques* » pour ce qui concerne celles qui « *couvrent* » ces derniers.

L'interprétation visée au (1) pourrait ainsi permettre de conclure que la gestion extinctive des contrats en cours ne se heurterait à aucun obstacle dans le domaine de l'assurance-vie et de la capitalisation, tandis qu'elle serait interdite aux entreprises non agréées couvrant des risques non-vie, ce qui serait asymétrique.

(2) Mais, depuis l'entrée en vigueur de la Directive Solvabilité 2, les entreprises d'assurance qui cessent de souscrire de nouveaux contrats et se contentent d'administrer leur portefeuille existant en vue de mettre un terme à leur activité (*i.e.* la gestion extinctive des contrats en cours), demeurent soumises aux titre I [Règles générales concernant l'accès aux activités de l'assurance directe et de la réassurance et leur exercice], II [Dispositions particulières relatives à l'assurance et à la réassurance] et III [Contrôle des entreprises d'assurance et de réassurance faisant partie d'un groupe] de cette directive⁵¹.

Ainsi, la gestion des contrats en cours d'exécution par les assureurs britanniques serait assimilable à une gestion de portefeuilles en extinction.

Un contrôle des opérations consistant à poursuivre les contrats en cours dans une seule visée extinctive, pourrait se justifier, en raison d'une éventuelle modification des règles prudentielles applicables aux assureurs britanniques après le *Brexit*, hors le contrôle des Autorités de contrôle.

La compétence de l'ACPR post-*Brexit* de veiller au respect par les organismes britanniques des dispositions qui leur sont applicables⁵² (dont le Livre I du Code des assurances), pourrait en effet être remise en cause, et ce sans que la compétence de la PRA ne soit pour autant établie en matière de protection des assurés européens.

L'absence de pouvoir de contrôle de l'ACPR sur ces organismes se double du risque de modification des règles prudentielles par les Autorités britanniques en cours d'exécution des contrats. Ce risque

⁵¹ Des mesures transitoires sont toutefois prévues par celle-ci et ont été transposées à l'article 26 (non codifié) de l'ordonnance n° 2015-378 du 2 avril 2015 (lequel transpose l'article. 308 ter de la Dir. 2009/138/CE). Ces mesures s'appliquent jusqu'au 1^{er} janvier 2019 aux organismes d'assurance qui sont en phase de gestion extinctive au 1^{er} janvier 2016 et qui remplissent un certain nombre de conditions. Il en résulte que ces entreprises, qui se contentent de gérer leur portefeuille existant, demeurent soumises au contrôle de l'ACPR ainsi qu'à toutes les exigences résultant des titres I, II et III parmi lesquelles figurent les exigences en matière d'agrément.

⁵² Compétence reposant sur le fondement de l'article L. 612-2 III du Code monétaire et financier.



paraît tangible pour les contrats couvrant des risques longs (par exemple certains contrats d'assurance vie, certains contrats d'assurance RC et les contrats non résiliables à l'initiative de l'assureur ...). Au contraire, la poursuite des contrats dont les effets s'épuisent à leur échéance (souvent annuelle) ne semble pas être affectée par un tel risque.

Enfin, sur les contours de gestion extinctive élargie à l'exécution des contrats en cours, il a aussi été relevé que selon le CAA luxembourgeois « *le paiement de sinistres survenus avant la date de retrait* » serait constitutive d'une « *opération non dépendante du passeport européen* ». Seule serait donc visée la « *couverture* » des risques non encore réalisés à l'exclusion des risques survenus antérieurement au *Brexit* et en cours de règlement. Cette position peut apparaître délicate lorsqu'on prend en compte les difficultés concrètes de la définition des « *sinistres* » devant être « *payés* ». En effet, de nombreuses années peuvent s'écouler avant que le « *paiement* » ait à être exécuté. C'est par exemple le cas lorsque le contrat couvre des « *risques composites* » partiellement réalisés (pour l'assurance de responsabilité, si la « *réclamation* » de la victime n'a pas encore été formulée), ou lorsqu'un litige oppose le souscripteur à l'assureur à propos de la garantie due par celui-ci (si l'assureur soutient que le dommage dont l'indemnisation lui est demandée est dû à une faute intentionnelle de l'assuré). Or, pour réaliser ces paiements, les assureurs auront bien dû conserver dans l'intervalle la maîtrise et la gestion des fonds qui y serviront.

(3) Les Autorités européennes, dans leurs Avis et Alerte, font valoir que les assureurs britanniques, soumis à la Directive Solvabilité 2 jusqu'à la date du *Brexit*, auront été prévenus suffisamment à temps du risque lié au changement de cadre réglementaire qu'entraîne la perte du passeport européen et de ce qu'il leur appartenait ainsi de prendre « *des mesures raisonnables afin de veiller à la continuité et à la régularité dans l'accomplissement de leurs activités, y compris par l'élaboration de plans d'urgence* »⁵³. Il est au surplus souligné que l'EIOPA a mis en place une plateforme de coopération pour les autorités compétentes des États membres, afin d'échanger de l'information et de faciliter la coopération sur les sujets liés au *Brexit*. Il revient dès lors aux autorités nationales compétentes d'avoir à s'assurer de la préparation des entreprises d'assurance qu'elles supervisent aux impacts du *Brexit*, notamment en termes de préparation et de mise en œuvre de plans d'urgence après la sortie effective du Royaume-Uni de l'UE. Les Autorités de contrôle européennes n'ont cependant pas le pouvoir de contraindre les assureurs concernés à transférer leurs portefeuilles. Dans la perspective d'un *Brexit* « dur », les autorités britanniques pourraient au demeurant se montrer réticentes à exiger des assureurs soumis à leur autorité qu'ils transfèrent dans l'UE tous les actifs sur lesquels leurs engagements sont adossés.

Par ailleurs, il est possible qu'un assureur britannique, nonobstant ses efforts, ne trouve pas un cessionnaire agréé pour la reprise en gestion de ses portefeuilles, même si les entreprises concernées (qui dépendent souvent de groupes spécialisés dans la gestion extinctive des contrats en cours) peuvent, elles aussi, créer des filiales au sein de l'UE afin de gérer ces portefeuilles.

⁵³ Article 41(4) de la directive solvabilité 2.



2.2.3 - Étendre le régime de la gestion extinctive des contrats

À l'effet de réduire l'insécurité juridique soutenue par le doute instauré par les prises de position des Autorités européennes, le HCJP propose que la perte du passeport européen des assureurs britanniques opérant en France soit traitée par analogie avec la caducité de l'agrément des assureurs français. Pour rappel, cette caducité est constatée par l'ACPR notamment lorsque l'assureur « *renonce expressément à un ou des agréments en s'engageant à ne plus souscrire de nouveaux contrats* »⁵⁴. Par suite, l'assureur est soumis « *au contrôle de l'ACPR jusqu'à ce que l'ensemble des engagements résultant des contrats souscrits par l'entreprise ait été intégralement et définitivement réglé aux assurés et aux tiers bénéficiaires ou que la totalité de son portefeuille de contrats ait fait l'objet d'un transfert autorisé dans les conditions prévues à l'article L. 324-1* »⁵⁵. Dans ce cadre, il est tenu de remettre à l'approbation de l'ACPR un programme de liquidation précisant en particulier « *les délais prévisibles et les conditions financières de la liquidation, ainsi que les moyens en personnel et en matériels mis en œuvre pour la gestion des engagements résiduels* »⁵⁶. Si l'Autorité estime que ce programme n'est pas conforme aux intérêts des assurés, elle ne l'approuve pas et peut demander la présentation d'un nouveau projet, dans les délais et conditions qu'elle prescrit. En l'absence de programme ou en cas de manquement au programme approuvé, elle peut également faire usage de ses pouvoirs de police administrative et de sanction disciplinaire. Par ailleurs, l'entrave aux prérogatives de l'ACPR liées à la mise en œuvre de ce dispositif peut être pénalement sanctionnée⁵⁷.

L'institution d'un régime comparable à ce dispositif pour régler le sort des contrats en cours post-*Brexit* présenterait l'avantage de neutraliser les risques de caducité et de sanction pénale évoqués plus haut, tout en permettant un contrôle de l'ACPR sur l'exécution des contrats en cours. Des doutes ont toutefois été émis sur le réel pouvoir qu'aurait l'ACPR de contrôler un organisme qui, sur un plan administratif et prudentiel, demeurerait soumis au droit ainsi qu'au régulateur britannique. Par ailleurs, la solution préconisée se heurte à la délicate identification de l'instant à partir duquel les contrats liquidés seront réputés définitivement et intégralement réglés.

Sous réserve de sa formulation précise et des conditions dans lesquelles une coopération entre les autorités françaises et britanniques en permettrait l'effectivité, le Haut Comité considère toutefois que le dispositif proposé présente un intérêt important pour traiter les conséquences du *Brexit* sur les contrats en cours. Par-delà le *Brexit*, ce dispositif offrirait un cadre adapté chaque fois qu'un assureur perdrait son passeport européen en raison de la décision de son État d'origine de quitter l'UE.

⁵⁴ C. ass., art. L.321-10-2.

⁵⁵ C. ass., art. L.321-10-3

⁵⁶ C. ass., art. R. 321-22.

⁵⁷ C. ass. art. L. 310-28.



Recommandations

Le HCJP estime qu'il est nécessaire de favoriser, voire de garantir, dans l'intérêt des assurés, l'exécution jusqu'à leur terme des contrats en cours au jour du *Brexit*. À cet égard, deux solutions sont envisageables.

La première reposerait sur l'instauration et la combinaison :

- d'une période transitoire, qui pourrait aller jusqu'au 31 décembre 2020, et destinée à permettre le transfert des portefeuilles considérés, la création d'une Société Européenne ou d'une succursale de pays tiers, et
- d'un droit acquis permettant la gestion et la liquidation par les assureurs britanniques de portefeuilles en cours dont l'extinction interviendrait dans les 5 ans à compter de la fin de la période transitoire.

Pour les portefeuilles de contrats dont la liquidation n'est pas envisageable dans ce délai maximal de 5 ans (e.g. les assurances responsabilité civile médicale ou construction), les assureurs britanniques devront donc régulariser leur situation durant la période transitoire en procédant au transfert de ces portefeuilles à une filiale dans l'UE, la création d'une Société Européenne ou d'une succursale de pays tiers.

Il serait évidemment préférable que ce régime transitoire s'inscrive dans le cadre d'un accord politique avec le Royaume-Uni, prévoyant une réciprocité des régimes. Par suite, un dispositif européen devra également être mis en place afin de vérifier l'application de cet accord par les entreprises britanniques.

Enfin, dans les situations résiduelles où des assureurs britanniques n'auraient pas régularisé leur situation nonobstant la période transitoire et le droit acquis, les assurés concernés pourraient toutefois réclamer l'exécution de leurs contrats, dès lors qu'ils ont été valablement souscrits antérieurement au *Brexit*.

La seconde, que recommande le Haut Comité, consisterait à introduire dans le code des assurances un dispositif qui traiterai spécifiquement de la perte de leur passeport européen par les assureurs opérant en France sous ce régime, et dont l'État d'origine aurait décidé de se retirer de l'UE/EEE. Ce dispositif prescrirait une procédure comparable à celle régissant la caducité des agréments telle que déclinée aux articles L. 321-10-2 et 3 et R.321-22 du code des assurances.

Cette nouvelle procédure impartirait aux assureurs concernés de soumettre à l'ACPR un plan de liquidation amiable de leurs portefeuilles portant sur les opérations pratiquées en France. Le non-respect de cette obligation, outre les sanctions disciplinaires et mesures administratives auxquelles il serait susceptible de donner lieu, pourrait également être, le cas échéant, pénalement sanctionné pour entrave aux prérogatives de l'ACPR qui, concernant la réalisation d'un plan approuvé, disposerait d'un pouvoir de contrôle jusqu'à l'exécution totale et définitive des contrats liquidés.

Des discussions devront toutefois être engagées avec le Royaume-Uni afin de garantir, dans un cadre coopératif, l'effectivité de ce contrôle.



COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL



COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL « BREXIT ET ASSURANCE »

PRÉSIDENT :

- **Dominique Borde**, Avocat associé, Cabinet Paul Hasting

RAPPORTEUR :

- **Pierre-Grégoire Marly**, Professeur de droit, Université du Mans

PARTICIPANTS :

- **Bénédicte Denis**, Avocat associé, Cabinet Norton Rose Fullbright
- **Carine Delfrayssi**, Paris Europlace
- **Gérard Gardella**, Secrétaire général du HCJP
- **Richard Ghueldre**, Avocat associé, Cabinet Gide Loyrette Nouel
- **Pauline Joly**, HCJP
- **Gilles Kolifrath**, Avocat associé, Cabinet Kramer Levin
- **Bernard Mettetal**, Avocat associé, Cabinet HMN
- **Nicolas Magnier**, AXA France
- **Marietta Osiander**, Scor
- **Olivier Perraut**, Scor
- **Aline Poncelet**, Avocat associé, Cabinet Paul Hasting
- **François Rosier**, Fédération française de l'assurance
- **Maud Schnunt**, Covéa
- **Aurore Zagury**, BNP Paribas

REPRÉSENTANTS DU TRÉSOR

- **Geoffroy Cailloux**
- **Aymeric Pontvianne**
- **Sébastien Raspiller**
- **Clément Roman**

REPRÉSENTANTS DE L'ACPR

- **Hélène Arveillers**
- **Benjamin Besnier**
- **Gwenola Trottin**