

## Avocats à la Cour

### Assureurs luxembourgeois et sous-traitance : quelles évolutions ?

Alors que la pandémie de COVID-19 a amené de nombreuses entreprises à repenser dans l'urgence leur manière de travailler, la mise en place de stratégies dites de « *cloud computing* » a pu constituer pour certaines d'entre elles une réponse pertinente face à leurs nouveaux besoins en termes de connectivité.

C'est dans ce contexte d'actualité que le Commissariat aux Assurances (CAA) a émis en date du 24 juin 2020 une lettre circulaire 20/13 en matière de sous-traitance à des prestataires de services en nuage adoptant par la même occasion les Orientations EIOPA-BoS-20-002 émises en la matière par l'EIOPA (III).

Cette nouvelle lettre circulaire vient compléter l'évolution amorcée depuis de nombreuses années, et en particulier depuis l'entrée en vigueur du cadre réglementaire dit Solvabilité II (I), en faveur du développement par les entreprises d'assurance de stratégies de sous-traitance.

Le secteur des assurances luxembourgeois étant notamment réputé pour son secret professionnel sanctionné pénalement – d'une grande efficacité mais parfois dépeint comme étant trop rigide –, ce dernier a également dû évoluer afin de permettre aux acteurs du secteur d'envisager sereinement et de manière effective une sous-traitance, impliquant nécessairement la

communication de renseignements que leur ont confié les clients dans le cadre de leur activité professionnelle (II).

#### I. LES APPORTS DU REGIME SOLVABILITE II EN MATIERE DE SOUS-TRAITANCE

##### a) La Directive et sa transposition en droit luxembourgeois

La loi du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances a transposé fidèlement les dispositions de la 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) en matière de sous-traitance.

En application de l'article 32, (1), 21 de la loi sur le secteur des assurances, constitue une sous-traitance l'accord, quelle que soit sa forme, conclu entre un assureur et un prestataire de services, soumis ou non à un contrôle, « *en vertu duquel ce prestataire de services exécute, soit directement, soit par un tiers, une procédure, un service ou une activité, qui serait autrement exécuté par [l'entreprise d'assurance] elle-même* ».

Cette définition large autorise également la compagnie d'assurance à recourir à la sous-traitance d'activités ou de fonctions opérationnelles importantes, voire des fonctions compliance, audit interne ou actuarielle. Pour ce type particulier de sous-traitance, la compagnie devra toutefois veiller à ce que cette sous-traitance (i) ne compromette pas gravement la qualité de son système de surveillance, (ii) n'accroisse pas indûment le risque opérationnel, (iii) ne compromette pas la possibilité du CAA de vérifier qu'elle se conforme à ses obligations et (iv) ne compromette pas le niveau de service à l'égard des preneurs d'assurance.

Lorsqu'un assureur luxembourgeois entend mettre en place une sous-traitance, il est tenu d'en aviser préalablement et en temps utile le CAA. Il devra aussi prendre les mesures nécessaires afin que (i) son sous-traitant coopère avec le CAA concernant l'activité ou la

fonction sous-traitée, (ii) les personnes chargées du contrôle de ses comptes, le CAA et l'assureur lui-même puissent avoir effectivement accès aux données relatives aux fonctions ou activités sous-traitées, et (iii) le CAA ait un accès effectif aux locaux du sous-traitant et puisse exercer ce droit d'accès.

En effet, le CAA est autorisé par la loi à procéder ou à faire procéder à des inspections sur place dans les locaux du prestataire. Lorsque ce prestataire est établi dans un autre Etat-membre que le Luxembourg, le CAA doit préalablement informer l'autorité compétente de cet Etat-membre et a la possibilité de déléguer ces inspections aux autorités compétentes de l'Etat-membre du sous-traitant.

Par ailleurs, les entreprises d'assurance luxembourgeoises qui sous-traitent un service ou une activité doivent se doter d'une politique écrite en matière de sous-traitance, qu'elles réexaminent au moins une fois par an, et veiller à sa mise en œuvre effective. Elles devront en outre informer le CAA de toute évolution importante concernant ces fonctions ou activités.

La mise en œuvre d'une sous-traitance n'implique en aucun cas un transfert de responsabilité : l'assureur conserve l'entière responsabilité du respect des obligations qui lui incombent en vertu de la réglementation prudentielle (article 81 de la loi sur le secteur des assurances).

##### b) Le Règlement délégué

Le Règlement délégué (UE) 2015/35 de la Commission du 10 octobre 2014 complétant Solvabilité II (Règlement délégué) contient plus particulièrement des dispositions visant à détailler les exigences concernant la manière de choisir le prestataire de services, l'accord écrit à conclure et la supervision continue que l'entreprise d'assurance doit exercer sur ce prestataire.

## Avocats à la Cour

- ***Le choix du prestataire de services pour toute activité ou fonction opérationnelle importante ou critique***

Dans un tel contexte, c'est à l'organe d'administration, de gestion ou de contrôle de veiller à ce que : (i) un examen approfondi soit réalisé pour vérifier que le prestataire de services potentiel est doté des aptitudes, de la capacité et de tout agrément légal nécessaires pour exercer les fonctions ou activités requises de manière satisfaisante, compte tenu des objectifs et des besoins de l'assureur, (ii) le prestataire ait pris toute mesure nécessaire pour qu'aucun conflit d'intérêts manifeste ou potentiel ne compromette la satisfaction des besoins de l'assureur, (iii) un accord écrit de sous-traitance définissant clairement les droits et obligations respectifs des deux parties soit conclu, (iv) les conditions générales de cet accord soient clairement expliquées à l'organe d'administration, de gestion ou de contrôle de l'assureur et avalisées par celui-ci, (v) la sous-traitance n'entraîne la violation d'aucun texte de loi, en particulier des règles relatives à la protection des données et (vi) le prestataire soit soumis aux mêmes dispositions, en matière de sûreté et de confidentialité des informations relatives à l'assureur ou à ses preneurs ou bénéficiaires, que celles qui s'appliquent à l'assureur.

- ***L'accord écrit à conclure entre l'assureur et le prestataire de services***

L'assureur et le prestataire veilleront à se reporter au contenu de l'article 274.4 du Règlement qui reprend

l'ensemble des exigences devant, en particulier et de manière claire, être énoncées dans le contrat écrit de prestation de services. A noter toutefois que le Règlement ne prévoit pas de sanctions spécifiques en cas d'omission. Ainsi, l'assureur veillera notamment à ce que le prestataires de services (i) se conforme aux dispositions législatives et réglementaires applicables ainsi qu'aux politiques approuvées par l'assureur et aux instructions émanant de ce dernier, (ii) signale tout événement susceptible d'avoir un impact important sur sa capacité à exercer les activités ou fonctions sous-traitées, (iii) donne suite aux demandes d'informations de l'assureur concernant les fonctions et activités sous-traitées et leur exercice, (iv) garantisse un accès effectif (en ce compris à ses locaux) à toutes les informations relatives aux fonctions et activités sous-traitées, à l'assureur, son auditeur externe et au CAA, (v) coopère avec le CAA.

- ***La politique écrite en matière de sous-traitance***

Elle doit être établie par l'assureur et doit tenir compte de l'impact de la sous-traitance sur l'activité de ce dernier et des dispositifs de *reporting* et de suivi à mettre en œuvre en cas de sous-traitance.

- ***La sous-traitance par l'assureur de fonctions ou activités opérationnelles importantes ou critiques***

Ce type de sous-traitance implique une attention toute particulière dans le chef de la compagnie d'assurance qui doit (i) veiller à ce que les éléments pertinents des systèmes de gestion des risques et de contrôle interne du prestataire soient propres à garantir que la sous-traitance ne soit pas effectuée d'une manière susceptible de compromettre gravement la qualité du système de gouvernance de l'assureur et/ou d'accroître indûment le risque opérationnel, (ii) tenir dûment compte des fonctions ou activités sous-traitées dans ses systèmes de gestion des risques et de contrôle interne, de façon à s'assurer que

la sous-traitance n'est pas effectuée d'une manière susceptible d'entraîner l'une des conséquences visées au point précédent, (iii) vérifier que le prestataire dispose des ressources financières nécessaires pour s'acquitter comme il se doit et de manière fiable de ces tâches supplémentaires, et que tous les membres du personnel de ce prestataire appelés à participer à l'exercice des fonctions ou activités sous-traitées sont suffisamment qualifiés et fiables, et (iv) veiller à ce que le prestataire de services mette en place des plans d'urgence adéquats pour faire aux situations d'urgence ou d'interruption de son activité et à ce qu'il teste régulièrement ses systèmes de secours, si nécessaire, compte tenu des fonctions ou activités sous-traitées.

- ***Le contenu du rapport sur la solvabilité et la situation financière et du rapport régulier au contrôleur***

L'entreprise d'assurance veillera à prendre en compte la sous-traitance dans son rapport sur la solvabilité et la situation financière. Ainsi, ce rapport décrit la politique de sous-traitance de l'entreprise et signale la sous-traitance, par cette entreprise, de toute activité ou fonction opérationnelle importante ou critique, en précisant le ressort territorial où se situe le prestataire de services chargé de cette activité ou fonction.

Par ailleurs, dans son rapport régulier au contrôleur, l'assureur (i) précisera s'il sous-traite des activités ou fonctions opérationnelles importantes ou critiques, (ii) décrira ce qui justifie cette sous-traitance, (iii) rapportera la preuve qu'une supervision et des garanties appropriées sont en place à cet égard, (iv) reprendra des informations sur les prestataires de services auxquels il a sous-traité de telles activités ou fonctions et sur la manière dont il s'assure que ces prestataires disposent des aptitudes, capacités et agrément légal requis et (v) inclura une liste des personnes responsables, chez ces prestataires, des fonctions clés qui leur ont été sous-traitées.

## Avocats à la Cour

### II. L'ASSOUPLISSEMENT DES REGLES RELATIVES AU SECRET PROFESSIONNEL EN FAVEUR DE LA MISE EN ŒUVRE DE STRATEGIES DE SOUS-TRAITANCE

En application de l'ancien article 111-1 de la loi du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances (actuellement : article 300 de la loi du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances), les entreprises d'assurances – ainsi que leurs administrateurs, membres des organes directeurs et de surveillance, dirigeants et autres employés – sont soumises à une obligation au secret qui leur imposait, selon la formulation en vigueur à l'époque, de garder secrètes les informations confidentielles confiées à elles dans le cadre de leur activité professionnelle et qui sanctionnait pénalement des peines prévues à l'article 458 du Code pénal la révélation de telles informations à des tiers.

Alors que l'obligation au secret connaissait déjà certaines exceptions, en application desquelles on estimait que ce secret cessait ou n'existait pas, aucune d'entre elles ne permettait d'envisager de manière plus globale une sous-traitance, comportant une transmission d'informations confidentielles, d'une activité ou fonction à un tiers.

#### a) La loi dite « PSA »

La loi du 12 juillet 2013, plus connue en pratique comme « loi PSA », a notamment porté modification de l'ancienne loi du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances et, suite à son adoption, un nouveau statut de

« professionnels du secteur de l'assurance » (PSA) a vu le jour au sein du secteur de l'assurance allant de pair avec une facilitation dans le chef des entreprises d'assurance du recours à la sous-traitance de certaines de leurs activités.

Au sein de ce nouveau statut, les catégories suivantes de PSA sont à répertorier :

- les sociétés de gestion d'entreprises captives d'assurance et les sociétés de gestion d'entreprises d'assurances en run-off ;
- les sociétés de gestion d'entreprises de réassurance ;
- les sociétés de gestion de fonds de pension ;
- les prestataires agréés de services actuariels ;
- les sociétés de gestion de portefeuilles d'assurances ;
- les prestataires agréés de services liés à la gouvernance d'entreprises d'assurance et de réassurance ; et
- les régleurs de sinistres.

A l'exception des sociétés de gestion d'entreprises de réassurance et des sociétés de gestion de fonds de pension, ces PSA – en ce compris leurs administrateurs, membres des organes directeurs et de surveillance, dirigeants et autres employés – ont expressément été soumis à l'obligation au secret professionnel inscrite à l'article 111-1 susmentionné. Par ailleurs, les entreprises de réassurances, leurs dirigeants ainsi que leur personnel étaient également obligés de garder secrètes les informations confidentielles confiées à eux lorsqu'ils exerçaient pour une ou plusieurs entreprises d'assurances directes l'activité de prestataires agréés de services liés à la gouvernance d'entreprises d'assurance et de réassurance.

Dans ce contexte, de nouvelles exceptions au secret ont dès lors pu voir le jour : ainsi, une entreprise d'assurance luxembourgeoise pouvait désormais envisager la sous-traitance de certaines de ses activités comportant une transmission d'informations confidentielles aux entités

suyvantes sans qu'une obligation au secret n'existe à leur égard et dans la mesure où les renseignements communiqués à ces professionnels étaient fournis dans le cadre d'un contrat de services :

- les entreprises d'assurance luxembourgeoises ;
- les sociétés de gestion d'entreprises captives d'assurance et les sociétés de gestion d'entreprises d'assurances en run-off ;
- les prestataires agréés de services actuariels ;
- les sociétés de gestion de portefeuilles d'assurances ;
- les prestataires agréés de services liés à la gouvernance d'entreprises d'assurance et de réassurance ;
- les régleurs de sinistres ;
- les agents de communication à la clientèle (professionnel du secteur financier) ;
- les agents administratifs du secteur financier (professionnel du secteur financier) ;
- Les opérateurs de systèmes informatiques primaires du secteur financier (professionnel du secteur financier) ; et
- Les opérateurs de systèmes informatiques secondaires et de réseaux de communication du secteur financier (professionnel du secteur financier).

#### b) La loi du 27 février 2018 et le nouveau régime en matière de sous-traitance

Si la loi PSA a permis dans une certaine mesure aux assureurs de sous-traiter certaines tâches, le régime d'outsourcing luxembourgeois était toutefois perçu comme trop restrictif et peu adapté à l'ère de la digitalisation.

Une modernisation était attendue de pied ferme par les acteurs du secteur de l'assurance, réclamant également un assouplissement du secret professionnel aux fins de faciliter, sous certaines conditions et dans certaines limites, les flux d'informations.

## Avocats à la Cour

C'est dans ce contexte que la loi du 27 février 2018 a été adoptée dont l'article 58 a entraîné une modification de l'actuel article 300 de la loi du 7 décembre 2015 relatif au secret professionnel en y insérant un nouveau paragraphe (2bis) et en adoptant par la même une exception spécifique au secret en cas de sous-traitance.

Dorénavant, aucune obligation au secret n'existe dans le chef d'un assureur à l'égard de tout tiers étant (i) établi au Luxembourg, (ii) soumis à la surveillance prudentielle du CAA, de la CSSF ou de la BCE, et (iii) tenu à une obligation de secret pénalement sanctionnée ; dans la mesure où les renseignements communiqués à ce tiers sont fournis dans le cadre d'un contrat de services.

Lorsqu'une compagnie d'assurance luxembourgeoise entend procéder à une sous-traitance – qui s'accompagne d'une transmission de renseignements lui ayant été confiés par un ou plusieurs de ses clients dans le cadre de ses activités professionnelles – à un tiers qui ne remplit pas les conditions décrites ci-avant, celle-ci sera désormais possible et aucune obligation au secret n'existe à l'égard de ce sous-traitant dans la mesure où le preneur d'assurance a accepté, conformément à la loi ou selon les modalités d'information convenues entre parties :

- la sous-traitance des services sous-traités ;
- le type de renseignements transmis dans le cadre de la sous-traitance ; et
- le pays d'établissement de l'entité prestataire des services sous-traités.

En outre, le sous-traitant doit soit être soumis par la loi à une obligation de secret professionnel soit être lié par un accord de confidentialité.

### III. LA SOUS-TRAITANCE A DES PRESTATAIRES DE SERVICES EN NUAGE

#### a) Les notions clés en matière de « cloud computing »

Les services en nuage – plus communément appelés « cloud computing » – consistent, selon la définition donnée par l'EIOPA, en la fourniture de services au moyen de l'informatique en nuage, à savoir un modèle permettant d'accéder partout, aisément et à la demande, par le réseau, à des ressources informatiques configurables mutualisées (réseaux, serveurs, stockage, applications et services par exemple) qui peuvent être rapidement mobilisées et libérées avec un minimum d'effort ou d'intervention d'un prestataire de services.

Quatre types de « nuage » peuvent être distingués. Ainsi, le nuage peut être privé lorsque l'infrastructure en nuage est accessible à une seule entreprise en vue d'une utilisation exclusive et il peut être public lorsque ladite infrastructure est accessible au grand public en vue d'une utilisation ouverte. Le nuage communautaire vise une infrastructure en nuage accessible à une communauté spécifique d'entreprises, telle que plusieurs entreprises d'un même groupe, en vue d'une utilisation exclusive. Enfin, le nuage hybride renvoie à une infrastructure en nuage composée d'au moins deux infrastructures en nuage distinctes.

Le prestataire de services en nuage est un tiers qui, au titre d'un accord de sous-traitance, est chargé de fournir des services en nuage.

#### b) Les Orientations de l'EIOPA

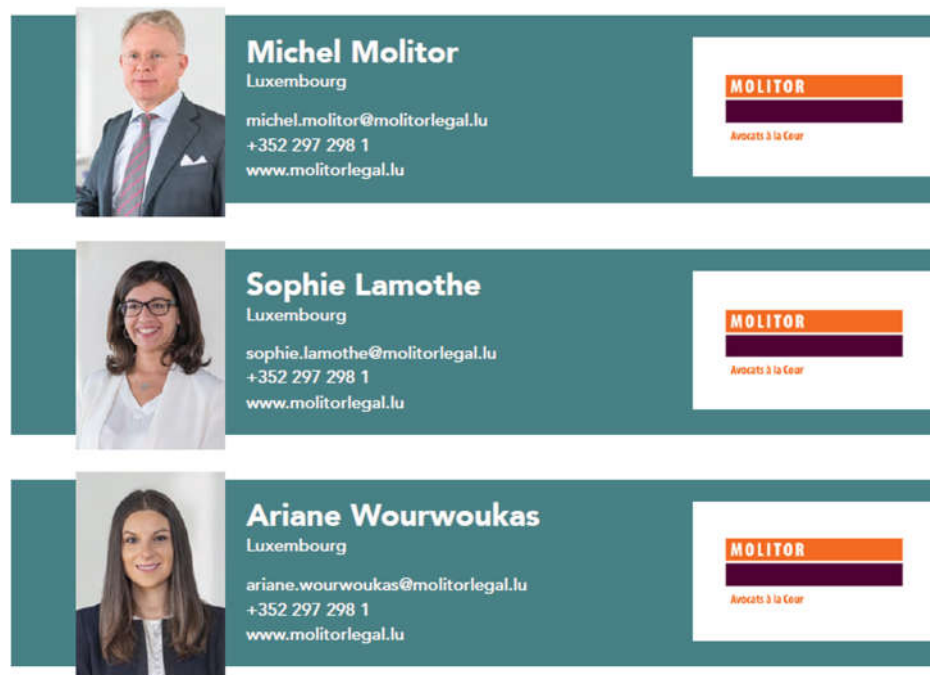
L'Autorité Européenne des Assurances et des Pensions professionnelles, plus connue sous son acronyme anglais « EIOPA », a émis en date du 24 avril 2020 un total de 16 orientations relatives à la sous-traitance à des prestataires de services en nuage.

Suite à la confirmation par le CAA de sa volonté de respecter pleinement les orientations de l'EIOPA en cette matière, les entreprises d'assurance luxembourgeoises devront veiller à les appliquer tout en prenant en compte le principe de proportionnalité et le caractère important ou critique du service sous-traité à des prestataires de « cloud computing ». Ainsi, selon le principe de proportionnalité, les dispositifs de gouvernance, y compris ceux relatifs à la sous-traitance à des prestataires de services en nuage, sont proportionnés à la nature, à l'ampleur et à la complexité des risques sous-jacents.

Concernant l'entrée en vigueur de ces orientations, deux dates clés – à savoir le 1<sup>er</sup> janvier 2021 et le 31 décembre 2022 – sont à retenir. Le 1<sup>er</sup> janvier 2021 correspond, d'une part, à la date à laquelle lesdites orientations vont s'appliquer à tous les accords de sous-traitance de services en nuage conclus ou modifiés à cette date ou après cette date et, d'autre part, à la date à laquelle la mise à jour, si elle est nécessaire, des politiques et des procédures internes de l'assureur devra être effectuée. Les compagnies auront jusqu'au 31 décembre 2022 pour, d'une part, réviser et modifier en conséquence leurs accords de sous-traitance de services en nuage existants qui seraient liés à des activités ou fonctions opérationnelles importantes ou critiques et, d'autre part, mettre en œuvre les exigences en matière de documentation pour de tels accords de sous-traitance. A noter toutefois que si l'entreprise ne devait pas être en mesure de respecter la date butoir du 31 décembre 2022 pour la révision desdits accords, elle devra en informer le CAA qui pourra, le cas échéant, lui accorder un délai supplémentaire.

Ces orientations sont accessibles [ici](#) en langue française et la version anglaise peut être consultée en suivant le [lien suivant](#).

Alors que, faisant écho à l'évolution des règles du secret professionnel telle que décrite plus haut, les entreprises d'assurance peuvent désormais envisager de recourir à un prestataire de services en nuage établi au-delà des frontières luxembourgeoises sans que ce dernier ne soit forcément un professionnel du secteur financier (comme cela devait nécessairement être le cas sous l'empire de la loi PSA) tout en veillant à respecter les nouvelles orientations EIOPA qui offrent un cadre précis et détaillé à ce type particulier de sous-traitance, il n'en reste pas moins que les règles relatives au secret professionnel devront toujours être scrupuleusement respectées et que le consentement du preneur d'assurance devra, le cas échéant, être recueilli par l'assureur avant de procéder à la mise en place d'une stratégie de « *cloud computing* » lorsque celle-ci implique un accès donné au prestataire de services à des renseignements clients.



**Michel Molitor**  
Luxembourg  
michel.molitor@molitorlegal.lu  
+352 297 298 1  
www.molitorlegal.lu

**Sophie Lamothe**  
Luxembourg  
sophie.lamothe@molitorlegal.lu  
+352 297 298 1  
www.molitorlegal.lu

**Ariane Wourwoukas**  
Luxembourg  
ariane.wourwoukas@molitorlegal.lu  
+352 297 298 1  
www.molitorlegal.lu

**MOLITOR**  
Avocats à la Cour