

Luxembourg, le 3 août 2021

Lettre circulaire 21/12 du Commissariat aux Assurances relative aux fonctions clés définies par Solvabilité II

Depuis 2016, le cadre juridique européen communément appelé « Solvabilité II » a renforcé les règles de gouvernance applicables aux entreprises d'assurance et de réassurance luxembourgeoises. Le Commissariat aux Assurances (le CAA) a ainsi enregistré de nombreuses notifications relatives aux responsables des fonctions clés que sont la fonction actuarielle, la gestion des risques, la vérification de la conformité et l'audit interne. Il a paru nécessaire de clarifier auprès du secteur des assurances les exigences relatives à l'organisation des fonctions clés, notamment en ce qui concerne leur indépendance, le cumul de plusieurs mandats ou responsabilités, la compétence attendue chez les responsables de fonctions clés, le contrôle continu de la compétence et de l'honorabilité, ou encore l'application du principe de proportionnalité.

La présente lettre circulaire est applicable aux entreprises d'assurance et de réassurance soumises à la Directive 2009/138/CE du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (la Directive Solvabilité II) telle que transposée par la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances (la LSA) et complétée par le règlement délégué (UE) 2015/35 du 10 octobre 2014 (le RD 2015/35).

La présente circulaire est aussi applicable *mutatis mutandi* aux groupes d'assurance et de réassurance sous la supervision du CAA.

Bases juridiques

1. La présente circulaire a pour origine la Directive 2009/138/CE du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (la Directive Solvabilité II) et ses règlements associés. La présente circulaire est fondée principalement sur les textes suivants :

- l'article 54, les articles 71 à 79 et l'article 201 de la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances (la LSA) ;
- l'article 1^{er} et l'article 90 du règlement du Commissariat aux Assurances n° 15/03 du 7 décembre 2015 relatif aux entreprises d'assurance et de réassurance, tel que modifié (le RCAA 15/3) ;
- les articles 258 et suivants, notamment les articles 268 à 275, du règlement délégué (UE) 2015/35 du 10 octobre 2014 complétant la Directive Solvabilité II (le RD 2015/35).

2. De plus, la présente circulaire se veut conforme aux orientations relatives au système de gouvernance publiées par l'EIOPA (les orientations EIOPA-BoS-14/253).

Définitions

3. Les définitions suivantes s'appliquent à la présente lettre circulaire :

Administrateur : tout membre du Conseil d'administration ayant le pouvoir de participer aux décisions prises collégalement¹, y compris les personnes y exerçant une fonction particulière telle que le Président du Conseil d'administration, l'Administrateur-Délégué ou un représentant permanent d'une personne morale administrateur ;

Conseil d'administration : le conseil d'administration ou tout autre organe d'administration, de gestion ou de contrôle de l'entreprise d'assurance ou de réassurance ou de la société holding d'assurance ;

Dirigeant : personne (ou l'une des personnes) qui dirige(nt) effectivement l'entreprise.

Fonction clé : l'une des 4 fonctions² définies par la Directive Solvabilité II telle que transposée par la LSA et complétée par le RD 2015/35, à savoir :

- la fonction de gestion des risques (article 269 du RD 2015/35 et article 74 de la LSA),
- la fonction de vérification de la conformité (article 270 du RD 2015/35 et article 77 de la LSA),
- la fonction d'audit interne (article 271 du RD 2015/35 et article 78 de la LSA),
- et la fonction actuarielle (article 272 du RD 2015/35 et article 79 de la LSA).

Groupe : groupe d'entreprises défini à l'article 184, paragraphe 3, de la LSA.

Personne participant à une fonction clé : toute personne effectuant régulièrement des activités contribuant à l'exercice d'une fonction clé définie par Solvabilité II, à l'exception du responsable de la fonction clé ;

Responsable d'une fonction clé (en anglais, *key function holder*) : personne physique portant personnellement la responsabilité d'une fonction clé définie par Solvabilité II, par opposition aux autres personnes pouvant participer à cette fonction clé ;

Organisation générale des fonctions clés

4. Le Conseil d'administration est le garant du système de gouvernance³ et notamment des fonctions clés qui doivent être exercées de manière éclairée, objective et indépendante.

5. Conformément à l'article 71, paragraphe 3, de la LSA, le Conseil d'administration approuve les politiques écrites relatives aux fonctions clés. Ces politiques précisent comment le Conseil d'administration interagit avec les fonctions clés, en leur demandant des informations de manière proactive et indépendante, et, réciproquement, comment les fonctions clés peuvent intervenir de leur propre initiative auprès du Conseil d'administration et de ses éventuels comités spécialisés. Ces politiques indiquent le positionnement des fonctions clés au sein de l'entreprise ou du groupe et, si nécessaire, le positionnement par rapport aux dirigeants (liens hiérarchiques, reporting, détermination des objectifs personnels et collectifs des personnes qui participent aux fonctions clés, politique de rémunération de ces dernières).

6. Chaque fonction clé dispose d'un responsable unique, personne physique, qui est nommée par le Conseil d'administration. Cette exigence s'applique aussi au niveau du groupe supervisé par le CAA.

¹ En tant que tel, un secrétaire ou un conseiller du Conseil d'administration n'est pas un administrateur.

² « fonction » au sens d'une mission à laquelle concourent une ou plusieurs personnes par un ensemble d'opérations coordonnées (voir l'article 43, paragraphe 19, de la LSA et l'article 268 du RD 2015/35).

³ Voir les articles 70 à 72 de la LSA et l'orientation n° 6 EIOPA-BoS-14/253 relative au réexamen interne du système de gouvernance.

7. La responsabilité d'une fonction clé ne peut pas être sous-traitée à un tiers. Le responsable d'une fonction clé est étroitement lié à l'entreprise. Ce lien étroit avec l'entreprise se traduit en permanence :

- soit par un contrat de travail (salarié) ;
- soit par un mandat social (administrateur), lorsqu'il y a lieu d'appliquer le principe de proportionnalité ;
- soit par un mandat au sein d'un comité spécialisé instauré par le conseil d'administration, défini dans la politique de gouvernance de l'entreprise, avec les conditions cumulatives suivantes :
 - o les attributions et les membres de ce comité sont spécifiques aux fonctions clés ;
 - o la tierce personne responsable de la fonction clé est néanmoins liée par un contrat de travail ou par un mandat social à une autre entreprise appartenant au même groupe ou bien, lorsque le principe de proportionnalité s'applique, liée par un contrat de travail avec un professionnel du secteur de l'assurance visé à l'article 257 de la LSA.

Au niveau d'un groupe supervisé par le CAA, le responsable d'une fonction clé est étroitement lié au groupe par un contrat de travail ou un mandat social auprès de l'une des entreprises appartenant au groupe supervisé.

8. Le responsable d'une fonction clé est directement responsable de toute activité qui serait éventuellement sous-traitée à un prestataire dans l'exercice de cette fonction clé.

Indépendance et potentiels conflits d'intérêts

9. Le système de gouvernance, et notamment le positionnement du responsable de chaque fonction clé, donne à ces fonctions clés la capacité d'être exercées de manière indépendante.

10. L'indépendance d'une fonction clé se décline :

- dans les moyens qui lui sont attribués (disponibilité proportionnée au plan de travail, outils, formation et recours à des compétences externes...),
- dans les modalités d'exercice de ses missions (accès aux informations, par exemple) et
- dans la communication de ses conclusions et recommandations.

11. L'indépendance des fonctions clés et la prévention des conflits d'intérêts tiennent compte des relations suivantes :

- en priorité, l'indépendance vis-à-vis des fonctions opérationnelles et particulièrement celles contrôlées par la fonction clé ;
- l'indépendance vis-à-vis des personnes exerçant des fonctions dirigeantes qui pourraient porter atteinte à l'impartialité de la fonction clé, sans préjudice de la loyauté de la fonction clé envers le Conseil d'administration ;
- l'indépendance entre chacune des fonctions clés et particulièrement l'indépendance de l'audit interne vis-à-vis des 3 autres fonctions clés définies par Solvabilité II ;
- la politique de rémunération applicable aux responsables des fonctions clés, notamment les éléments de rémunération variables dépendant des performances individuelles ou des performances collectives de la fonction clé.

12. L'indépendance d'une fonction clé vis-à-vis des fonctions opérationnelles qu'elle contrôle requiert de vérifier les liens hiérarchiques entre ces fonctions et notamment leurs responsables respectifs. Cette indépendance empêche aussi les personnes participant à la fonction clé de participer aux activités contrôlées par celles-ci, en particulier aux activités opérationnelles, que ce soit simultanément ou que ce soit en contrôlant postérieurement des activités réalisées sur une période antérieure durant laquelle elles exerçaient elles-mêmes ces activités.

À cet égard, être responsable de l'audit interne empêche d'exercer simultanément des fonctions opérationnelles ou dirigeantes : cet empêchement ne supporte pas d'exception, même en vertu du principe de proportionnalité.

13. Le responsable d'une fonction clé ne devrait pas être un dirigeant de l'entreprise. Cependant, le responsable d'une fonction clé autre que l'audit interne pourrait être un dirigeant s'il y a lieu d'appliquer le principe de proportionnalité.

Dans ce cas, un tel cumul requiert la documentation suivante :

- une résolution du Conseil d'administration, prise sans la personne concernée et attestant de manière circonstanciée de l'absence de conflits d'intérêts liés à ce cumul ou des mesures prises pour prévenir ou atténuer effectivement tout conflit d'intérêts lié à ce cumul (dans tous les cas, le système de rémunération du dirigeant concerné et du responsable de l'audit interne doit être analysé) ;
- une déclaration de compatibilité du dirigeant concerné, en ce qui concerne son indépendance et sa disponibilité.

14. Le cumul par une même personne d'un mandat d'administrateur avec la responsabilité d'une fonction clé requiert :

- une résolution du Conseil d'administration, prise sans l'administrateur concerné et attestant de manière circonstanciée de l'absence de conflits d'intérêts liés à ce cumul ou des mesures prises pour prévenir ou atténuer effectivement tout conflit d'intérêts lié à ce cumul (dans tous les cas, le système de rémunération de l'administrateur concerné doit être analysé) ;
- une déclaration de compatibilité de l'administrateur concerné, en ce qui concerne son indépendance et sa disponibilité.

15. L'indépendance entre chacune des fonctions clés requiert de désigner une personne différente pour être responsable de chacune des 4 fonctions clés. De plus, le cumul de plusieurs mandats ou responsabilités réduit la disponibilité nécessaire pour exercer ceux-ci de manière efficace.

Toutefois, sous réserve que son indépendance et sa disponibilité soient préservées, une même personne pourrait cumuler la responsabilité de plusieurs fonctions clés, autres que l'audit interne, si l'entreprise démontrait qu'il y a lieu d'appliquer le principe de proportionnalité. Il revient à la personne concernée de démontrer par écrit sa capacité à assumer efficacement et de manière indépendante ces différents mandats ou responsabilités.

16. Une même personne peut être responsable d'une même fonction clé au niveau d'un groupe supervisé par le CAA et d'une ou plusieurs entreprise(s) appartenant à ce groupe, sans invoquer le principe de proportionnalité, sous réserve que la personne dispose de la compétence et de la disponibilité nécessaires.

En revanche, permuter la responsabilité de plusieurs fonctions clés entre les mêmes personnes serait contraire au principe d'indépendance entre chacune des fonctions clés⁴.

17. L'éventuel cumul par une même personne de plusieurs mandats ou responsabilités doit satisfaire à la fois aux exigences de disponibilité (voir la section de la présente circulaire relative aux moyens attribués aux fonctions clés) et aux exigences d'indépendance.

Les incompatibilités indiquées ci-après visent à traduire seulement les exigences d'indépendance, sans présumer des disponibilités requises.

⁴ Cas où la personne X serait responsable de la fonction actuarielle dans l'entreprise A et responsable de l'audit interne dans l'entreprise B, tandis que la personne Y serait responsable de la fonction actuarielle dans l'entreprise B et responsable de l'audit interne dans l'entreprise A.

Dans ce contexte, le CAA distingue plusieurs niveaux d'incompatibilités :

- des incompatibilités entre des mandats / responsabilités supervisés par le CAA au niveau de l'entité supervisée (entité ou groupe) ;
- des incompatibilités générales, au niveau de la personne et de l'éventuel groupe auquel appartient l'entité supervisée, en ce qui concerne le responsable de l'audit interne.

Mandat / responsabilité	Incompatibilités	Remarques
Responsable de la fonction d'audit interne	Fonctions dirigeantes dont : - Dirigeant agréé, administrateur-délégué ; - Mandataire général ; Toute fonction opérationnelle (non supervisée par le CAA). Responsable des autres fonctions définies par Solvabilité II : - Vérification de la conformité ; - Gestion des risques ; - Fonction actuarielle. Autres : - Responsable du Respect et Compliance Officer LBC/FT ; - Responsable de la distribution.	Incompatibilité au niveau de l'entité et du groupe : le responsable de l'audit interne dans une entité-actionnaire ne peut pas être dirigeant d'une entité-détenue.
Responsable des 3 autres fonctions définies par Solvabilité II : - Vérification de la conformité ; - Gestion des risques ; - Fonction actuarielle.	Fonctions dirigeantes dont : - Dirigeant agréé, administrateur-délégué ; - Mandataire général. Responsable de l'audit interne. Responsable de la distribution.	Incompatibilité au niveau de l'entité supervisée <i>Cumul avec le mandat de mandataire général tolérable en vertu du principe de proportionnalité</i> <i>Cumul de la fonction actuarielle ou la gestion des risques avec la distribution tolérable en vertu du principe de proportionnalité.</i>

Moyens attribués aux fonctions clés

18. Selon l'article 268, paragraphe 2, du RD 2015/35, chaque responsable de fonction clé dispose « de l'autorité, des ressources et de l'expertise nécessaires » et il peut « accéder sans restriction à toutes les informations pertinentes » dont il a besoin pour exercer ses responsabilités.

Le Conseil d'administration est responsable des moyens attribués à chaque fonction clé, y compris la disponibilité des personnes participant à la fonction et leur accès aux formations et informations nécessaires.

Exigences de compétence et d'honorabilité applicables au responsable d'une fonction clé et aux personnes participant à une fonction clé

19. Le Conseil d'administration est responsable de définir les critères de compétence et d'honorabilité applicables aux responsables de fonctions clés et de procéder à leur évaluation. S'il y a lieu, l'entreprise définit et évalue la compétence et l'honorabilité des autres personnes participant aux fonctions clés, dont les critères peuvent être différents de ceux applicables aux responsables de fonctions clés.

Les critères de compétence et d'honorabilités sont revus périodiquement et lors de tout changement de plan d'activité par le Conseil d'administration.

20. Les procédures de l'entreprise définissent l'évaluation de la compétence et de l'honorabilité lors de la désignation des personnes et de manière continue. L'évaluation continue est réalisée de manière périodique, lorsque surviennent des cas prédéfinis donnant lieu à une réévaluation ou encore, en ce qui concerne la compétence, par la validation de formations continues.

Le Conseil d'administration est responsable de l'évaluation continue de la compétence et de l'honorabilité des personnes responsables de chacune des fonctions clés. Il documente cette évaluation de manière périodique, que le CAA peut demander à consulter.

Les entreprises informent le CAA lorsqu'une personne responsable d'une fonction clé ne répond plus aux exigences de compétence et d'honorabilité et doit être remplacée.

Nomination et notification du responsable de chaque fonction clé

21. Le Conseil d'administration⁵ porte la responsabilité d'évaluer la compétence et l'honorabilité de la personne qu'elle entend nommer responsable d'une fonction clé, préalablement à la notification au CAA. L'entreprise ou le groupe définit comment sont désignées les autres personnes participant à une fonction clé, le cas échéant, y compris le recours à des tiers (sous-traitance de tout ou partie des activités).

22. Les exigences de notification au CAA lors de la prise de responsabilité et lors de la cessation s'appliquent au responsable de chaque fonction clé. Elles ne s'appliquent pas aux autres personnes pouvant participer à une fonction clé⁶, sauf s'il s'agit d'une sous-traitance.

23. Pour notifier une prise de responsabilité, les informations et les pièces à fournir avec le dossier sont indiquées dans le formulaire publié sur le site web du CAA⁷. Les modalités de notification sont précisées par la lettre circulaire 19/5 portant introduction de nouveaux formulaires pour la notification de personnes physiques soumises à la surveillance du CAA.

Dans les trois mois suivant la notification avec un dossier complet, le silence du CAA vaut absence d'opposition. Cependant, l'appréciation de la compétence et de l'honorabilité peut être réexaminée à tout moment à la lumière d'informations complémentaires dont le CAA a connaissance ultérieurement.

24. Le CAA doit être notifié sans délai lorsque le responsable d'une fonction clé cesse son mandat pour quelque raison que ce soit. Cette notification est réalisée par écrit, sous forme libre, en indiquant précisément l'entreprise, le nom de la personne, la responsabilité exercée et la date de cessation effective.

Tout remplacement *ad interim* (cessation ou absence prolongée) est notifié au CAA en indiquant une date prévisible de remplacement effectif, laquelle ne s'étend pas plus de 12 mois après la cessation.

25. La compétence des responsables de fonctions clés est démontrée au CAA lors de la notification par rapport aux critères suivants.

⁵ Pour les responsables de fonctions clés au niveau d'un groupe supervisé par le CAA : le Conseil d'administration (ou le Conseil de gérance) de la société à la tête du groupe.

⁶ Introduction des orientations EIOPA-BoS-14/253, au paragraphe 1.7.

⁷ Voir aussi l'orientation n° 15 EIOPA-BoS-14/253 relative à la notification.

Responsable de la fonction actuarielle	Responsable de la fonction de gestion des risques	Responsable de la fonction de respect de la conformité	Responsable de la fonction d'audit interne
Un diplôme sanctionnant un cycle complet d'au moins quatre années d'études supérieures en actuariat ou techniques quantitatives actuarielles ou financières, et une expérience professionnelle de trois ans dans le domaine de l'actuariat en assurance ou en réassurance et dans la branche d'activité concernée	Un diplôme sanctionnant un cycle complet d'au moins quatre années d'études supérieures en droit, économie ou actuariat et une expérience professionnelle de trois ans dans le domaine de la gestion des risques en assurance ou en réassurance et dans la branche d'activité concernée	Un diplôme sanctionnant un cycle complet d'au moins quatre années d'études supérieures en droit ou économie et une expérience professionnelle de trois ans dans le domaine de la conformité en assurance ou en réassurance et dans la branche d'activité concernée	Un diplôme sanctionnant un cycle complet d'au moins quatre années d'études supérieures en droit, économie ou actuariat et une expérience professionnelle de trois ans dans le domaine de l'audit en assurance ou en réassurance et dans la branche d'activité concernée
ou	ou	ou	ou
Une expérience professionnelle de dix ans dans le domaine de l'actuariat en assurance ou en réassurance et dans la branche d'activité concernée	Une expérience professionnelle de dix ans dans le domaine de la gestion des risques en assurance ou en réassurance et dans la branche d'activité concernée	Une expérience professionnelle de dix ans dans le domaine de la conformité en assurance ou en réassurance et dans la branche d'activité concernée	Une expérience professionnelle de dix ans dans le domaine de l'audit en assurance ou en réassurance et dans le secteur des assurances

En vertu du principe de proportionnalité, ces critères de compétence s'adaptent aux situations particulières, notamment en fonction du profil de risque de l'entité. Il en résulte que les exigences du CAA sont plus importantes lorsque l'entité présente un profil particulièrement risqué sur certaines fonctions, une complexité ou une ampleur⁸ particulièrement importante.

En outre, le CAA se réserve le droit d'organiser des entretiens avec la personne concernée.

26. Lorsque le responsable de la fonction clé ne répond pas aux critères du CAA, il incombe à l'entreprise de démontrer par des éléments factuels et circonstanciés comment cette personne a pu acquérir une compétence équivalente.

Application du principe de proportionnalité

27. Conformément à l'article 71, paragraphe 2, de la LSA, « le système de gouvernance doit être proportionné à la nature, à l'ampleur et à la complexité des opérations de l'entreprise ». Pour déroger aux exigences en matière de gouvernance⁹, l'entreprise ou le groupe justifie factuellement et par écrit que son système de gouvernance resterait suffisamment robuste eu égard à la nature, à l'ampleur et à la complexité de ses opérations et des risques associés.

⁸ La taille d'une entreprise peut être appréciée en termes de primes ou de provisions techniques, selon sa branche d'activité.

⁹ Exigences fixées par la LSA, par le RD 2015/35 et par la présente lettre circulaire.

28. À cet effet, un montant de primes émises inférieur au seuil permettant l'exemption de reporting trimestriel¹⁰, la qualification d'entreprise captive¹¹, ou encore une situation de run-off déclarée au CAA constituent des éléments factuels pertinents.

29. En cas de dérogation aux exigences en matière de gouvernance, l'application du principe de proportionnalité est documentée spontanément par l'entreprise ou par le groupe lors de toute notification au CAA visant la personne et dans le rapport régulier au contrôleur (RSR) aussi longtemps que la dérogation persiste.

Dispositions transitoires

30. La présente lettre circulaire s'applique aux nominations et aux cessations de responsabilités à partir du 1^{er} octobre 2021 (paragraphes 21 à 26).

En outre, l'évaluation continue de la compétence et de l'honorabilité des personnes responsables d'une fonction clé est à documenter pour le 1^{er} janvier 2022 (paragraphes 19 et 20).

En ce qui concerne l'application du principe de proportionnalité, les RSR à remettre au CAA à partir de 2022 mentionnent les dérogations à la présente circulaire, indépendamment de la date de nomination de la personne, pour autant que les exigences ne sont pas satisfaites à la date de remise du RSR (paragraphe 29).

Le Comité de Direction

¹⁰ Lettre circulaire 16/1 du CAA fixant les conditions d'exemption pour la remise d'un reporting trimestriel sous Solvabilité II.

¹¹ Entreprise captive d'assurance définie à l'article 43, paragraphe 8, de la LSA ou entreprise captive de réassurance définie à l'article 43, paragraphe 9, de la LSA.