



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 68.931/1
van 8 maart 2021

avis 68.931/1
du 8 mars 2021

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot uitvoering, voor de
verzekerings- en
herverzekerings-
distributieactiviteiten, van
artikel 20, derde tot vijfde lid,
van de wet van 3 april 2019
betreffende de terugtrekking
van het Verenigd Koninkrijk
uit de Europese Unie'

un projet d'arrêté royal 'portant
exécution, pour ce qui
concerne les activités de
distribution d'assurances et de
réassurances, de l'article 20,
alinéas 3 à 5, de la loi du
3 avril 2019 relative au retrait
du Royaume-Uni de l'Union
européenne'

Op 1 maart 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Economie verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot uitvoering, voor de verzekerings- en herverzekeringsdistributieactiviteiten, van artikel 20, derde tot vijfde lid, van de wet van 3 april 2019 betreffende de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk uit de Europese Unie’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 4 maart 2021. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Bert THYS en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Wouter PAS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 8 maart 2021.

*

Le 1^{er} mars 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de l'Économie à communiquer un avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un projet d'arrêté royal ‘portant exécution, pour ce qui concerne les activités de distribution d'assurances et de réassurances, de l'article 20, alinéas 3 à 5, de la loi du 3 avril 2019 relative au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne’.

Le projet a été examiné par la première chambre le 4 mars 2021. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Bert THYS et Wouter PAS, conseillers d'État, Michel TISON et Johan PUT, assesseurs, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Tim CORTHAUT, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Wouter PAS, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 8 mars 2021.

*

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling in de adviesaanvraag gemotiveerd als volgt:

“Vu l’urgence motivée par le fait que dans le secteur des assurances, certains risques très spécifiques n’étaient couverts en Belgique que par des contrats d’assurance distribués en Belgique par des distributeurs d’assurances relevant du droit du Royaume-Uni ou du droit de Gibraltar; que ces mesures transitoires ne permettent toutefois pas la conclusion de nouveaux contrats d’assurance en Belgique, ni le développement, le cas échéant, de nouvelles activités; que ceci pourrait être de nature à créer une discontinuité dans l’assurabilité de certains risques situés en Belgique ou de certaines entités établies en Belgique; que dans l’intérêt des preneurs et des bénéficiaires des contrats d’assurance, il faut assurer la continuité de l’assurabilité de tout risque et de toute entité en Belgique; que tant que ce régime n’est pas accordé, l’assurabilité de certains risques ne paraît pas assurée sans atteinte à la sécurité juridique; que ceci justifie l’urgence”.

2. Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

STREKKING EN RECHTSGROND

3. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit beoogt om, in afwijking van artikel 259, § 1, derde lid, van de wet van 4 april 2014 ‘betreffende de verzekeringen’, kandidaat-tussenpersonen die ressorteren onder het recht van het Verenigd Koninkrijk of onder het recht van Gibraltar en die, in hun staat van herkomst, beschikken over alle vereiste toestemmingen om aldaar verzekerings- of herverzekeringsdistributieactiviteiten uit te oefenen, een voorlopige toestemming te verlenen die hen toelaat om in België hun activiteiten uit te oefenen – behalve ten aanzien van consumenten – gedurende maximaal twaalf maanden vanaf de inwerkingtreding van het ontwerpbesluit. Voorwaarde hiervoor is onder meer dat de kandidaat-tussenpersonen een definitieve inschrijving in België overeenkomstig artikel 268 van de wet van 4 april 2014 aanvragen. De voorlopige toestemming eindigt bij weigering van de definitieve inschrijving of bij het verstrijken van de termijn van twaalf maanden.

4. De rechtsgrond voor het ontwerp wordt in beginsel geboden door artikel 20, derde tot vijfde lid, van de wet van 3 april 2019 ‘betreffende de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk uit de Europese Unie’, zoals ingevoegd bij wet van 20 december 2020.¹

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Overeenstemming met EU-recht

5. Het ontwerp voert een tijdelijke regeling in voor de diensten van verzekeringstussenpersonen die vallen onder de jurisdictie van het Verenigd Koninkrijk of Gibraltar. Bijgevolg voert het ontwerp een voorkeursbehandeling in voor de handel in diensten met een specifiek derde land. In tegenstelling tot de maatregelen die aan de orde waren in het koninklijk besluit van 22 december 2020² gaat het daarbij niet om de bescherming van bestaande contractuele relaties, maar om de mogelijkheid voor nieuwe aanbieders om de markt te betreden en de mogelijkheid om nieuwe verzekeringscontracten te sluiten.

6. De toegang tot en de uitoefening van de door het ontwerp geregelde activiteiten van de verzekeringssector betreffen het handelsbeleid van de Europese Unie. Overeenkomstig de artikelen 3, lid 1, e), en 207 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) is de Europese Unie exclusief bevoegd voor de gemeenschappelijke handelspolitiek. Luidens artikel 2, lid 1, VWEU kan, in de gevallen waarin bij de verdragen op een bepaald gebied een exclusieve bevoegdheid aan de Unie wordt toegedeeld, alleen de Unie wetgevend optreden en juridisch bindende handelingen vaststellen, en kunnen de lidstaten zulks slechts zelf doen als zij daartoe door de Unie gemachtigd zijn of ter uitvoering van de handelingen van de Unie.

7. Aan de gemachtigde werd gevraagd op basis van welke bepaling – in het recent gesloten handels- en samenwerkingsverdrag met het Verenigd Koninkrijk of in andere Uniewetgeving – België aldus gemachtigd kan worden geacht. De gemachtigde antwoordde hierop het volgende:

“Au niveau européen, cette matière est régie par la Directive (UE) 2016/97 du Parlement européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d’assurances (ci-après ‘Directive IDD’). L’article 1 (6) de la Directive IDD précise qu’elle n’affecte pas le droit d’un État membre quant aux activités de distribution d’assurances et de réassurances exercées par des entreprises ou des intermédiaires d’assurance et de réassurance établis dans un pays tiers et travaillant sur son territoire au titre du principe de la libre prestation de services, à condition qu’une égalité de traitement soit garantie à toutes les personnes exerçant ou admises à exercer des activités de distribution d’assurances et de réassurances sur ce marché.

¹ Over het voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 20 december 2020 ‘tot wijziging van diverse wetten betreffende de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk uit de Europese Unie’ bracht de Raad van State, afdeling Wetgeving op 10 november 2020 het advies 68.242/1-2-4 uit. De betrokken bepalingen maakten evenwel geen deel uit van het voorontwerp en werden dus niet door de Raad van State onderzocht.

² Koninklijk besluit van 22 december 2020 ‘tot uitvoering, voor wat de verzekeringsondernemingen, de verzekerings-, de nevenverzekerings- en de herverzekeringsstussenpersonen betreft, van artikel 20, eerste lid van de wet van 3 april 2019 betreffende de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk uit de Europese Unie’.

Les législateurs nationaux peuvent donc prévoir des règles spécifiques d'accès à l'activité de distribution d'assurances et de réassurances sur son territoire par des distributeurs d'assurance ou de réassurance relevant du droit d'un pays tiers, à condition d'assurer une égalité de traitement par rapport aux autres distributeurs actifs sur leur marché national.

En application de ce qui précède, l'article 259, §1^{er}, alinéa 3 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances prévoit que 'sous réserve des dispositions de l'article 258, § 1^{er}, aucun intermédiaire d'assurance ou intermédiaire d'assurance à titre accessoire et aucun intermédiaire de réassurance ayant son domicile ou son siège statutaire dans un pays non membre de l'EEE ne peuvent exercer en Belgique l'activité de distribution d'assurances ou de réassurances s'il ne sont préalablement inscrits, respectivement, au registre des intermédiaires d'assurance et des intermédiaires d'assurance à titre accessoire ou au registre des intermédiaires de réassurance, tenus par la FSMA.'

L'égalité de traitement prescrite par la Directive IDD est ainsi assurée puisque les intermédiaires relevant de pays tiers doivent se soumettre à la même procédure d'inscription et aux mêmes conditions d'accès et d'exercice de l'activité que les intermédiaires de droit belge (et que les intermédiaires relevant du droit d'un autre Etat membre étant donné que cette matière est harmonisée au niveau européen).

Ce même article 1, (6) de la Directive IDD autorise donc le législateur belge à adopter le régime transitoire mis en place dans l'arrêté royal en projet, au même titre qu'il a permis au législateur belge d'adopter l'arrêté royal du 22 décembre 2020 portant exécution, pour ce qui concerne les entreprises d'assurance, les intermédiaires d'assurance, les intermédiaires d'assurance à titre accessoire et les intermédiaires de réassurance, de l'article 20, alinéa 1^{er} de la loi du 3 avril 2019 relative au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne (M.B. 31 décembre 2020), à tout le moins en ce qui concerne les dispositions de cet arrêté royal applicables aux activités de distribution d'assurances (cfr. Chapitre III de cet arrêté royal).

Une mention explicite de l'article 1 (6) de la Directive IDD est d'ailleurs faite par le Conseil d'Etat dans le point 'Observation générale' de son avis 66.043/1 rendu au sujet de l'arrêté royal précité du 22 décembre 2020. L'on notera que les autres considérations développées dans ces observations générales ont davantage trait aux dispositions de cet arrêté royal du 22 décembre 2020 relatives aux entreprises d'assurance (Chapitre II de cet arrêté royal), étant donné que contrairement à la directive IDD pour les intermédiaires d'assurance et de réassurance, l'article 162 de la directive 2009/138/CE requiert l'implantation de succursale soumise à un agrément pour les entreprises d'assurance relevant du droit d'un Etat tiers.

Il est également fait remarquer que l'accord sur le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne ne porte pas sur les services financiers''.

8. Het handels- en samenwerkingsakkoord³ met het Verenigd Koninkrijk bevat – weloverwogen – geen bepalingen die aan de in dat land gevestigde verzekerings- en herverzekeringsondernemingen of verzekerings- en herverzekeringstussenpersonen vergunningsrechten (“*passporting rights*”) toekennen om op basis van hun Britse erkenning diensten te mogen aanbieden in de lidstaten van de Europese Unie (en de Europese Economische Ruimte) zonder in die landen te zijn ingeschreven.

9.1. Artikel 1, lid 6, tweede alinea, van richtlijn 2016/97/EU,⁴ waar de gemachtigde naar verwijst, bepaalt:

“Deze richtlijn doet evenmin afbreuk aan het recht van een lidstaat met betrekking tot het verzekering- en herverzekeringsdistributiebedrijf dat op zijn grondgebied uit hoofde van het vrij verrichten van diensten wordt uitgeoefend door in een derde land gevestigde verzekerings- en herverzekeringsondernemingen of verzekerings- en herverzekeringstussenpersonen, mits een gelijke behandeling wordt gewaarborgd voor alle personen die op deze markt het verzekerings- en herverzekeringsdistributiebedrijf uitoefenen of mogen uitoefenen”.

Aldus heeft de richtlijn geen geharmoniseerd regime ingevoerd met betrekking tot het vrij verrichten van diensten die worden uitgeoefend door in een derde land gevestigde verzekerings- en herverzekeringsondernemingen of verzekerings- en herverzekeringstussenpersonen. Dit betekent evenwel niet dat een lidstaat specifieke maatregelen kan nemen waarbij de dienstverleners die gevestigd zijn in een specifiek derde land worden bevoordeeld. Bij afwezigheid van geharmoniseerde Europeesrechtelijke bepalingen, kan weliswaar een algemene nationale regeling worden ingevoerd voor alle dienstverleners uit derde landen. Dit is evenwel wezenlijk verschillend van het voorzien in een gunstregime voor een welbepaald derde land, in weerwil van de limieten van een specifiek handelsakkoord gesloten door de Europese Unie met dat land. Zulke werkwijze brengt de *most-favoured-nation* verplichtingen in het gedrang, zoals neergelegd in artikel 2 van de *General Agreement on Trade in Services* (GATS). Er wordt immers – buiten een handelsakkoord om – eenzijdig een voordeel toegekend aan een handelspartner, dat niet openstaat voor de andere handelspartners binnen de Wereldhandelsorganisatie (WTO). Daarmee wordt het terrein van het externe handelsbeleid van de Europese Unie betreden, dat lidstaten moeten respecteren.⁵

³ Handels- en samenwerkingsovereenkomst tussen de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie, enerzijds, en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, anderzijds, *Pb* 2020, L444/14. Het akkoord wordt vooralsnog voorlopig toegepast, hangende de afhandeling van het ratificatieproces, zie het Besluit (EU) 2020/2252 van de Raad van 29 december 2020 ‘betreffende de ondertekening, namens de Unie, en betreffende de voorlopige toepassing van de Handels- en samenwerkingsovereenkomst tussen de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie, enerzijds, en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, anderzijds, en van de Overeenkomst tussen de Europese Unie en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland inzake beveiligingsprocedures voor de uitwisseling en bescherming van gerubriceerde gegevens’, *Pb* 2020, L444/2.

⁴ Richtlijn (EU) 2016/97 van het Europees Parlement en de Raad van 20 januari 2016 ‘betreffende verzekeringsdistributie’.

⁵ Daarop wordt door het Hof van Justitie toegezien, zie HvJ 6 oktober 2020, *Commissie/Hongarije*, ECLI:EU:C:2020:792. Bijgevolg staat het ook aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, om adviesaanvragers te waarschuwen voor mogelijke inbreuken op de WTO-regels, die immers ook in het kader van het Unierecht tot inbreukprocedures en – ultiem – boetes kunnen leiden.

Artikel 1, lid 6, tweede alinea, van richtlijn 2016/97/EU kan dan ook niet worden beschouwd als een machtiging in de zin van artikel 2, lid 1, VWEU die zou toelaten de ontworpen regeling aan te nemen.

9.2. Deze conclusie wordt niet tegengesproken door het door de gemachtigde aangehaalde advies 66.043/1. Dit advies kwam tot stand in een context waarin nog geen uittredingsovereenkomst was gesloten, laat staan een overeenkomst over de toekomstige handelsrelaties die de lidstaten van de Unie moeten respecteren. Het advies handelde, zoals reeds vermeld, over een regeling die geen betrekking had op nieuwe contracten noch op nieuwe marktdeelnemers. Na eveneens te hebben verwezen naar artikel 1, lid 6, tweede alinea, van richtlijn 2016/97/EU, concludeert het advies dan ook als volgt:

“Er kan op het eerste gezicht worden aangenomen dat de ontworpen regeling geen probleem stelt in het licht van de voormelde Europeesrechtelijke beginselen en bepalingen, *aangezien deze niet de toegang tot de markt regelt, maar enkel de voortzetting van bestaande overeenkomsten*. Het ontwerp bevat bovendien waarborgen inzake de controle en het toezicht op de betrokken ondernemingen en tussenpersonen”.⁶

De ontworpen regeling gaat echter veel verder. De regeling wordt weliswaar voorgesteld als een maatregel om de continuïteit te verzekeren. Ze laat evenwel net toe dat ook nieuwe kandidaat-tussenpersonen de markt betreden, en heeft dus ook betrekking op het sluiten van nieuwe overeenkomsten, zoals de gemachtigde erkent:

“L’objectif est en effet d’assurer la continuité de l’assurabilité de tout risque et de toute entité en Belgique, et ce dans l’intérêt des preneurs et des bénéficiaires des contrats d’assurance, et tout en préservant la sécurité juridique.

Cet objectif ne se limite toutefois pas à assurer la continuité des seuls contrats en cours.

Le secteur des assurances bénéficie déjà de mesures transitoires pour l’exécution des contrats en cours. Ce régime transitoire est établi dans l’arrêté royal du 22 décembre 2020 portant exécution, pour ce qui concerne les entreprises d’assurance, les intermédiaires d’assurance, les intermédiaires d’assurance à titre accessoire et les intermédiaires de réassurance, de l’article 20, alinéa 1^{er} de la loi du 3 avril 2019 relative au retrait du Royaume-Uni de l’Union européenne (M.B. 31 décembre 2020).

Le projet d’arrêté soumis à votre avis va plus loin en ce qu’il autorise en effet la conclusion de nouveaux contrats, voire le développement de nouvelles activités, mais moyennant des restrictions supplémentaires.

Il doit en effet être permis à des preneurs d’assurance potentiels d’assurer certains (nouveaux) risques pour lesquels ils ne disposent pas encore d’une couverture, d’autant plus si ces risques ne sont pas assurables sur le marché belge.

En outre, seules des personnes autorisées à exercer de telles activités au Royaume-Uni et surveillées par les autorités compétentes anglaises peuvent bénéficier de l’autorisation provisoire”.

⁶ Adv.RvS 66.043/1 van 24 mei 2019 over een ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 22 december 2020 ‘tot uitvoering, voor wat de verzekeringsondernemingen, de verzekerings-, de nevenverzekerings- en de herverzekerings-tussenpersonen betreft, van artikel 20, eerste lid van de wet van 3 april 2019 betreffende de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk uit de Europese Unie’, punt 5, laatste alinea (nadruk toegevoegd).

Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de voorliggende regeling wezenlijk verschilt van de regeling in het koninklijk besluit van 22 december 2020, wel degelijk de markttoegang zelf regelt en aldus interfereert met het handelsbeleid van de Unie.

10. De conclusie is dan ook dat het ontwerp een inmenging inhoudt met het extern handelsbeleid van de Europese Unie op een wijze die niet door artikel 1, lid 6, tweede alinea, van richtlijn 2016/97/EU wordt toegestaan. De regeling schendt bijgevolg de exclusieve bevoegdheden van de Europese Unie. Gelet op de artikelen 2, lid 1, VWEU en 3, lid 1, e), VWEU, gelezen in samenhang met het loyaliteitsbeginsel neergelegd in artikel 4, lid 3, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU), kan de regeling geen doorgang vinden.

*

1. Conformément à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence est motivée dans la demande d'avis comme suit :

« Vu l'urgence motivée par le fait que dans le secteur des assurances, certains risques très spécifiques n'étaient couverts en Belgique que par des contrats d'assurance distribués en Belgique par des distributeurs d'assurances relevant du droit du Royaume-Uni ou du droit de Gibraltar; que ces mesures transitoires ne permettent toutefois pas la conclusion de nouveaux contrats d'assurance en Belgique, ni le développement, le cas échéant, de nouvelles activités; que ceci pourrait être de nature à créer une discontinuité dans l'assurabilité de certains risques situés en Belgique ou de certaines entités établies en Belgique; que dans l'intérêt des preneurs et des bénéficiaires des contrats d'assurance, il faut assurer la continuité de l'assurabilité de tout risque et de toute entité en Belgique; que tant que ce régime n'est pas accordé, l'assurabilité de certains risques ne paraît pas assurée sans atteinte à la sécurité juridique; que ceci justifie l'urgence ».

2. Conformément à l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, la section de législation a dû se limiter à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique ainsi que de l'accomplissement des formalités prescrites.

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE

3. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis vise à octroyer, par dérogation à l'article 259, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 4 avril 2014 'relative aux assurances', aux candidats intermédiaires relevant du droit du Royaume-Uni ou du droit de Gibraltar et disposant, dans leur État d'origine, de toutes les autorisations requises pour y exercer des activités de distribution d'assurances ou de réassurances, une autorisation provisoire leur permettant d'exercer leurs activités en Belgique – sauf à l'égard de consommateurs – durant une période maximale de douze mois à dater de l'entrée en vigueur du projet d'arrêté. Pour ce faire, les candidats intermédiaires doivent, entre autres, demander une inscription définitive en Belgique conformément à l'article 268 de la loi du 4 avril 2014. L'autorisation provisoire prend fin en cas de refus de l'inscription définitive ou à l'expiration du délai de douze mois.

4. Le projet trouve en principe un fondement juridique dans l'article 20, alinéas 3 à 5, de la loi du 3 avril 2019 'relative au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne', inséré par la loi du 20 décembre 2020 ¹.

¹ Sur l'avant-projet devenu la loi du 20 décembre 2020 'modifiant diverses lois relatives au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne', le Conseil d'État, section de législation, a donné l'avis 68.242/1-2-4 le 10 novembre 2020. Les dispositions concernées ne faisaient toutefois pas partie de l'avant-projet et n'ont pas, dès lors, été examinées par le Conseil d'État.

EXAMEN DU TEXTE

Conformité avec le droit de l'Union européenne

5. Le projet instaure un régime temporaire pour les services d'intermédiaires d'assurance qui relèvent de la juridiction du Royaume-Uni ou de Gibraltar. Il instaure dès lors un traitement préférentiel pour le commerce des services avec un pays tiers spécifique. Contrairement aux mesures prévues par l'arrêté royal du 22 décembre 2020², il ne s'agit pas, dans ce cadre, de la protection de relations contractuelles existantes, mais de la possibilité pour de nouveaux fournisseurs de se lancer sur le marché et de la possibilité de conclure de nouveaux contrats d'assurance.

6. L'accès aux activités liées au secteur de l'assurance, réglées dans le projet, ainsi que leur exercice concernent la politique commerciale de l'Union européenne. Selon les articles 3, paragraphe 1, e), et 207 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive en matière de politique commerciale commune. L'article 2, paragraphe 1, du TFUE prévoit que lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence exclusive dans un domaine déterminé, seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les États membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union, ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union.

7. Il a été demandé au délégué sur la base de quelle disposition – du récent accord de commerce et de coopération avec le Royaume-Uni ou d'une autre réglementation de l'Union européenne – la Belgique peut ainsi être réputée habilitée. Il a répondu ce qui suit :

« Au niveau européen, cette matière est régie par la Directive (UE) 2016/97 du Parlement européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances (ci-après 'Directive IDD'). L'article 1 (6) de la Directive IDD précise qu'elle n'affecte pas le droit d'un État membre quant aux activités de distribution d'assurances et de réassurances exercées par des entreprises ou des intermédiaires d'assurance et de réassurance établis dans un pays tiers et travaillant sur son territoire au titre du principe de la libre prestation de services, à condition qu'une égalité de traitement soit garantie à toutes les personnes exerçant ou admises à exercer des activités de distribution d'assurances et de réassurances sur ce marché.

Les législateurs nationaux peuvent donc prévoir des règles spécifiques d'accès à l'activité de distribution d'assurances et de réassurances sur son territoire par des distributeurs d'assurance ou de réassurance relevant du droit d'un pays tiers, à condition d'assurer une égalité de traitement par rapport aux autres distributeurs actifs sur leur marché national.

² Arrêté royal du 22 décembre 2020 'portant exécution, pour ce qui concerne les entreprises d'assurance, les intermédiaires d'assurance, les intermédiaires d'assurance à titre accessoire et les intermédiaires de réassurance, de l'article 20, alinéa 1^{er} de la loi du 3 avril 2019 relative au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne'.

En application de ce qui précède, l'article 259, § 1^{er}, alinéa 3 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances prévoit que 'sous réserve des dispositions de l'article 258, § 1^{er}, aucun intermédiaire d'assurance ou intermédiaire d'assurance à titre accessoire et aucun intermédiaire de réassurance ayant son domicile ou son siège statutaire dans un pays non membre de l'EEE ne peuvent exercer en Belgique l'activité de distribution d'assurances ou de réassurances s'il ne sont préalablement inscrits, respectivement, au registre des intermédiaires d'assurance et des intermédiaires d'assurance à titre accessoire ou au registre des intermédiaires de réassurance, tenus par la FSMA.'

L'égalité de traitement prescrite par la Directive IDD est ainsi assurée puisque les intermédiaires relevant de pays tiers doivent se soumettre à la même procédure d'inscription et aux mêmes conditions d'accès et d'exercice de l'activité que les intermédiaires de droit belge (et que les intermédiaires relevant du droit d'un autre Etat membre étant donné que cette matière est harmonisée au niveau européen).

Ce même article 1, (6) de la Directive IDD autorise donc le législateur belge à adopter le régime transitoire mis en place dans l'arrêté royal en projet, au même titre qu'il a permis au législateur belge d'adopter l'arrêté royal du 22 décembre 2020 portant exécution, pour ce qui concerne les entreprises d'assurance, les intermédiaires d'assurance, les intermédiaires d'assurance à titre accessoire et les intermédiaires de réassurance, de l'article 20, alinéa 1^{er} de la loi du 3 avril 2019 relative au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne (M.B. 31 décembre 2020), à tout le moins en ce qui concerne les dispositions de cet arrêté royal applicables aux activités de distribution d'assurances (cfr. Chapitre III de cet arrêté royal).

Une mention explicite de l'article 1 (6) de la Directive IDD est d'ailleurs faite par le Conseil d'Etat dans le point 'Observation générale' de son avis 66.043/1 rendu au sujet de l'arrêté royal précité du 22 décembre 2020. L'on notera que les autres considérations développées dans ces observations générales ont davantage trait aux dispositions de cet arrêté royal du 22 décembre 2020 relatives aux entreprises d'assurance (Chapitre II de cet arrêté royal), étant donné que contrairement à la directive IDD pour les intermédiaires d'assurance et de réassurance, l'article 162 de la directive 2009/138/CE requiert l'implantation de succursale soumise à un agrément pour les entreprises d'assurance relevant du droit d'un Etat tiers.

Il est également fait remarquer que l'accord sur le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne ne porte pas sur les services financiers ».

8. L'accord de commerce et de coopération³ avec le Royaume-Uni ne contient pas – délibérément – de dispositions octroyant aux entreprises ou aux intermédiaires d'assurance et de réassurance établis dans ce pays des droits attachés au passeport (« *passporting rights* ») afin de pouvoir offrir, sur la base de leur agrément britannique, des services dans les Etats membres de l'Union européenne (et de l'Espace économique européen) sans être inscrits dans ces pays.

³ Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'Énergie atomique, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part, JO 2020, L444/14. L'accord est pour l'heure encore appliqué provisoirement, en attendant la conclusion du processus de ratification, cf. la décision (UE) 2020/2252 du Conseil du 29 décembre 2020 'relative à la signature, au nom de l'Union, et à l'application provisoire de l'accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part, et de l'accord entre l'Union européenne et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relatif aux procédures de sécurité pour l'échange d'informations classifiées et leur protection', JO 2020, L444/2.

9.1. L'article 1, paragraphe 6, deuxième alinéa, de la directive (UE) 2016/97⁴, visé par le délégué, prévoit ce qui suit :

« La présente directive n'affecte pas le droit d'un État membre quant aux activités de distribution d'assurances et de réassurances exercées par des entreprises ou des intermédiaires d'assurance et de réassurance établis dans un pays tiers et travaillant sur son territoire au titre du principe de la libre prestation de services, à condition qu'une égalité de traitement soit garantie à toutes les personnes exerçant ou admises à exercer des activités de distribution d'assurances et de réassurances sur ce marché ».

La directive n'a donc pas instauré de régime harmonisé en ce qui concerne la libre prestation de services exercés par des entreprises ou des intermédiaires d'assurance et de réassurance établis dans un pays tiers. Cela ne signifie toutefois pas qu'un État membre peut prendre des mesures spécifiques avantageant les prestataires de service établis dans un pays tiers spécifique. En l'absence de dispositions de droit européen harmonisées, une réglementation nationale générale peut certes être instaurée pour l'ensemble des prestataires de service issus de pays tiers. Cette approche diffère cependant de manière substantielle de l'adoption d'un régime de faveur pour un pays tiers bien déterminé, en dépit des limites d'un accord de commerce spécifique conclu par l'Union européenne avec ce pays. Pareil procédé compromet les obligations de la nation la plus favorisée, telles qu'elles sont inscrites dans l'article 2 de l'*Accord général sur le commerce des services* (AGCS). En effet, un avantage est octroyé – en dehors de tout accord commercial – unilatéralement à un partenaire commercial, avantage qui n'est pas accessible aux autres partenaires commerciaux au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). On empiète ainsi sur le terrain de la politique commerciale extérieure de l'Union européenne, que les États membres doivent respecter⁵.

L'article 1, paragraphe 6, deuxième alinéa, de la directive (UE) 2016/97 ne peut donc pas être considéré comme une habilitation au sens de l'article 2, paragraphe 1, TFUE qui permettrait d'adopter le régime en projet.

9.2. Cette conclusion n'est pas contredite par l'avis 66.043/1, cité par le délégué. Cet avis est intervenu alors qu'aucun accord de sortie n'avait encore été conclu, et encore moins un accord sur les futures relations commerciales devant être respectées par les États membres de l'Union. Comme il a déjà été mentionné, l'avis portait sur un régime ne se rapportant aucunement à de nouveaux contrats ou à de nouveaux acteurs du marché. Après avoir lui aussi renvoyé à l'article 1, paragraphe 6, deuxième alinéa, de la directive (UE) 2016/97, l'avis conclut alors en ces termes :

« À première vue, il peut être admis que le règlement en projet ne pose aucun problème au regard des principes et dispositions précités du droit européen, *dès lors qu'il ne règle pas l'accès au marché, mais seulement le suivi de contrats existants*. Le projet

⁴ Directive (UE) 2016/97 du Parlement européen et du Conseil du 20 janvier 2016 'sur la distribution d'assurances'.

⁵ La Cour de justice y veille, voir C.J.U.E., 6 octobre 2020, *Commission/Hongrie*, ECLI:EU:C:2020:792. Par conséquent, il revient également au Conseil d'État, section de législation, de mettre en garde les demandeurs d'avis contre de potentielles infractions aux règles de l'OMC, qui peuvent d'ailleurs conduire à des procédures d'infraction et – finalement – à des amendes dans le cadre du droit européen également.

contient en outre des garanties en matière de contrôle et de surveillance des entreprises et intermédiaires concernés »⁶.

Le régime en projet va toutefois bien plus loin. S'il est présenté comme une mesure visant à assurer la continuité, il permet néanmoins justement à de nouveaux candidats intermédiaires d'également accéder au marché, et concerne donc aussi la conclusion de nouveaux contrats, comme le reconnaît le délégué :

« L'objectif est en effet d'assurer la continuité de l'assurabilité de tout risque et de toute entité en Belgique, et ce dans l'intérêt des preneurs et des bénéficiaires des contrats d'assurance, et tout en préservant la sécurité juridique.

Cet objectif ne se limite toutefois pas à assurer la continuité des seuls contrats en cours.

Le secteur des assurances bénéficie déjà de mesures transitoires pour l'exécution des contrats en cours. Ce régime transitoire est établi dans l'arrêté royal du 22 décembre 2020 portant exécution, pour ce qui concerne les entreprises d'assurance, les intermédiaires d'assurance, les intermédiaires d'assurance à titre accessoire et les intermédiaires de réassurance, de l'article 20, alinéa 1^{er} de la loi du 3 avril 2019 relative au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne (M.B. 31 décembre 2020).

Le projet d'arrêté soumis à votre avis va plus loin en ce qu'il autorise en effet la conclusion de nouveaux contrats, voire le développement de nouvelles activités, mais moyennant des restrictions supplémentaires.

Il doit en effet être permis à des preneurs d'assurance potentiels d'assurer certains (nouveaux) risques pour lesquels ils ne disposent pas encore d'une couverture, d'autant plus si ces risques ne sont pas assurables sur le marché belge.

En outre, seules des personnes autorisées à exercer de telles activités au Royaume-Uni et surveillées par les autorités compétentes anglaises peuvent bénéficier de l'autorisation provisoire ».

Par conséquent, force est de constater que le dispositif à l'examen diffère substantiellement de celui contenu dans l'arrêté royal du 22 décembre 2020, qu'il règle bel et bien l'accès au marché même et, partant, interfère avec la politique commerciale de l'Union.

⁶ Avis C.E. 66.043/1 du 24 mai 2019 sur un projet devenu l'arrêté royal du 22 décembre 2020 'portant exécution, pour ce qui concerne les entreprises d'assurance, les intermédiaires d'assurance, les intermédiaires d'assurance à titre accessoire et les intermédiaires de réassurance, de l'article 20, alinéa 1^{er} de la loi du 3 avril 2019 relative au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne', point 5, dernier alinéa (emphase ajoutée).

10. En conclusion, le projet s'immisce dans la politique commerciale extérieure de l'Union européenne d'une manière qui n'est pas autorisée par l'article 1, paragraphe 6, deuxième alinéa, de la directive (UE) 2016/97. Il viole dès lors les compétences exclusives de l'Union européenne. Eu égard aux articles 2, paragraphe 1, TFUE et 3, paragraphe 1, e), TFUE, combinés avec le principe de loyauté inscrit à l'article 4, paragraphe 3, du Traité sur l'Union européenne (TUE), le règlement ne peut se concrétiser.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME