



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 54.452/1
van 20 december 2013

avis 54.452/1
du 20 décembre 2013

over

sur

een voorontwerp van wet
'betreffende de verzekeringen'

un avant-projet de loi 'relative
aux assurances'

Op 8 november 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Economie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 23 december 2013, een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'betreffende de verzekeringen'.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op de zittingen van 10 december 2013, 12 december 2013 en 17 december 2013. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, staatsraad, voorzitter, Kaat LEUS en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Marleen VERSCHRAEGHEN, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Paul DEPUYDT, eerste auditeur-afdelingshoofd.

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 20 december 2013.

*

Le 8 novembre 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de l'Économie à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 23 décembre 2013, sur un avant-projet de loi 'relative aux assurances'.

L'avant-projet a été examiné par la première chambre en ses séances des 10 décembre 2013, 12 décembre 2013 et 17 décembre 2013. La chambre était composée de Wilfried VAN VAERENBERGH, conseiller d'État, président, Kaat LEUS et Wouter PAS, conseillers d'État, Michel TISON, assesseur, et Marleen VERSCHRAEGHEN, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Paul DEPUYDT, premier auditeur chef de section.

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 20 décembre 2013.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt ertoe een algemene regeling tot stand te brengen inzake de bescherming van de verzekeringsverbruiker en inzake het toezicht op verzekeringsondernemingen door de Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten (hierna: de FSMA).

Daartoe brengt het ontwerp in hoofdzaak de bestaande verzekeringswetgeving met een algemene strekking, zowel wat betreft de normatieve bepalingen als wat betreft de bepalingen in verband met het toezicht, samen in één wet ter bescherming van de rechten van de verzekeringnemer, de verzekerde, de begunstigde en de derden die belang hebben bij de uitvoering van verzekeringsovereenkomsten.

Het ontwerp streeft hierbij de volgende doelstellingen na:

- het naleven van de verplichting tot implementatie van de (consumentgerichte) bepalingen van de richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 ‘betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II)’ (hierna: Solvabiliteit II-richtlijn) in de Belgische wetgeving;
- de vereenvoudiging van de bestaande wetgeving inzake de bescherming van de verzekeringsverbruiker door codificatie van de relevante bepalingen in één wet;
- de verduidelijking van de bestaande bevoegdheidsverdeling tussen de Nationale Bank van België (hierna: NBB) en de FSMA;
- de uitbreiding van de bescherming van de verzekeringsverbruiker op enkele specifieke domeinen, zoals bij de algemene informatieverplichtingen, de organisatie van de winstdeling en de segmentatie, waar met name de transparantie dient te worden vergroot, de voorwaarden waaronder een verzekeringsuitkeringen in bepaalde gevallen mogen worden verbonden aan beleggingsfondsen, en de bevoegdheden van de toezichthouder.

Het ontwerp is opgebouwd als volgt. Deel 1 bevat de algemene bepalingen, met in het bijzonder de definities van een aantal begrippen. Deel 2 bevat “[s]pecifieke bepalingen met betrekking tot de bedrijfsvoering” en herneemt en herschrijft in hoofdzaak bepalingen uit de wet van 9 juli 1975 ‘betreffende de controle der verzekeringsondernemingen’ (hierna: Controlewet). Dit deel bevat ook de omzetting van een aantal bepalingen uit de Solvabiliteit II-richtlijn. Deel 3

¹ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

regelt “[h]et aanbieden en sluiten van overeenkomsten: informatie, publiciteit, tarifiering, segmentatie en winstdeling” en bevat in hoofdzaak nieuwe bepalingen. Deel 4 handelt over “[d]e landverzekeringsovereenkomst” en bevat een codificatie van de wet van 25 juni 1992 ‘op de landverzekeringsovereenkomst’. Deel 5 houdt een regeling in inzake “[d]e verzekeringsovereenkomst, andere dan de landverzekeringsovereenkomst zoals bedoeld in Deel 4” en bevat een codificatie van de wet van 11 juni 1874 ‘houdende de titels X en XI van Boek I van het Wetboek van Koophandel. Verzekering in het algemeen. Enige verzekeringen in het bijzonder’. Deel 6 regelt de “[v]erzekeringsbemiddeling en de distributie van verzekeringen” en bevat een codificatie van de wet van 27 maart 1995 ‘betreffende de verzekerings- en herverzekeringsbemiddeling en de distributie van verzekeringen’. Deel 7 handelt over de “[o]rganisatie van het toezicht” en herneemt en herschrijft onder meer bepalingen uit de Controlewet. Deel 8 bevat “[s]trafbepalingen” en deel 9, ten slotte, bevat “[b]epalingen van verschillende aard”.

VORMVEREISTEN

3. Uit artikel 19/1, § 1, van de wet van 5 mei 1997 ‘betreffende de coördinatie van het federale beleid inzake duurzame ontwikkeling’ vloeit voort dat in beginsel elk voorontwerp van wet, elk ontwerp van koninklijk besluit en elk voorstel van beslissing dat ter goedkeuring aan de Ministerraad moet worden voorgelegd, aanleiding moet geven tot een voorafgaand onderzoek met betrekking tot de noodzaak om een effectbeoordeling inzake duurzame ontwikkeling uit te voeren.

Uit het dossier kan niet worden afgeleid dat aan dit vormvereiste reeds is voldaan, zodat dergelijk onderzoek wellicht nog dient te gebeuren. Indien uit dit voorafgaand onderzoek bovendien zou blijken dat een effectbeoordeling in de zin van artikel 19/2 van dezelfde wet noodzakelijk is, en als gevolg van die effectbeoordeling wijzigingen zouden worden aangebracht in de tekst van het ontwerp, zoals die thans om advies aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, is voorgelegd, zullen deze wijzigingen eveneens om advies moeten worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKINGEN

4.1. Luidens de memorie van toelichting ervan, bestaat één van de doelstellingen van het om advies voorgelegde ontwerp van wet erin om de bevoegdheidsverdeling tussen de FSMA en de NBB te verduidelijken, hierbij voortbouwend op de zogenaamde “Twin Peaks”-hervorming van het financieel toezicht waaraan vorm is gegeven met het koninklijk besluit van 3 maart 2011 ‘betreffende de evolutie van de toezichtsarchitectuur voor de financiële sector’, die met ingang van 1 april 2011 is ingevoerd. Het om advies voorgelegde ontwerp bouwt hierop verder, met name door de bepalingen van de Controlewet die tot de bevoegdheidssfeer van de FSMA behoren, af te splitsen en, samen met de wetgeving op het gebied van de verzekeringsovereenkomsten en de verzekeringstussenpersonen, in een nieuwe wet ter bescherming van de belangen van de verzekeringverbruiker onder te brengen. Tevens voorziet

het ontwerp in de omzetting van de bepalingen van de Solvabiliteit II-richtlijn die betrekking hebben op de bescherming van de verzekeringsverbruikers.²

4.2. De door de steller van het ontwerp voorgestelde benadering resulteert enerzijds in een hergroepering van bepalingen die de rechtsverhouding tussen de verzekeraars en de verzekeringnemer of begunstigde van de verzekering aanbelangen. Anderzijds leidt die benadering ertoe dat de bepalingen die het toezicht op verzekeringsondernemingen regelen, verspreid zullen liggen over uiteenlopende wetten. Het komt weliswaar in eerste instantie aan de wetgever toe om, rekening houdend met de uitgangspunten betreffende de organisatie van het financieel toezicht die reeds in eerdere wetgevende hervormingen werden vastgelegd, te bepalen op welke wijze de verschillende regelingen verder worden uitgewerkt. Het resultaat ervan moet evenwel, om redenen van rechtszekerheid, beantwoorden aan de vereisten van duidelijkheid en onderlinge consistentie, hierbij ook rekening houdend met de noodzaak om te voorzien in een correcte omzetting in intern recht van de Europese regulering inzake verzekeringen.

Het voorliggend wetsontwerp roept in dit verband meerdere vragen op.

4.3.1. Vooreerst, wat de opsplitsing van de regulering en het toezicht betreft tussen enerzijds het vergunningenstelsel en het bedrijfseconomisch ('prudentieel') toezicht, dat aan de NBB toekomt, en anderzijds de regulering van de verzekeringsovereenkomsten en het gedrag van de verzekeraars, waarvan het toezicht aan de FSMA wordt toevertrouwd, moet rekening worden gehouden met de bevoegdheidsverdeling die de Solvabiliteit II-richtlijn oplegt tussen de lidstaat van herkomst en de lidstaat van ontvangst ten aanzien van grensoverschrijdend actieve verzekeringsondernemingen binnen de Europese Economische Ruimte. De Solvabiliteit II-richtlijn gaat er met name van uit dat, behoudens uitdrukkelijke uitzonderingen, de regulering van en het toezicht op de in de richtlijn geharmoniseerde materies die raken aan het prudentiële statuut, uitsluitend toekomt aan het herkomstland van de verzekeringsonderneming.

Tegen deze achtergrond zijn de ontworpen bepalingen die betrekking hebben op het beleggingsbeleid van verzekeringen uit de groep activiteiten "leven" die verbonden zijn met een beleggingsfonds (artikelen 21 tot en met 23 van het ontwerp) problematisch. De stellers van het ontwerp refereren in dit verband aan artikel 133, lid 3, van de Solvabiliteit II-richtlijn, dat de lidstaten toelaat om, in afwijking van het principe van de beleggingsvrijheid, te voorzien in beperkingen op het beleggingsbeleid indien de verzekeringnemer een natuurlijke persoon is. Deze bepaling vormt evenwel een onderdeel van het bedrijfseconomisch statuut van verzekeringsondernemingen, zodat de Belgische wetgever deze beleggingsregelen enkel kan vastleggen voor de verzekeringsondernemingen waarvoor België de lidstaat van herkomst vormt. Artikel 23 van het ontwerp strekt er evenwel toe de beperkingen op het beleggingsbeleid toe te

² In dit verband wordt er op gewezen dat in de huidige versie van de Solvabiliteit II-richtlijn de omzetting in nationaal recht diende te zijn gebeurd tegen uiterlijk 30 juni 2013, met inwerkingtreding van deze omzettingbepalingen tegen uiterlijk 1 januari 2014 (artikel 309 Solvabiliteit II-richtlijn, zoals gewijzigd door richtlijn 2012/23/EU). Evenwel heeft de Europese Commissie een wijziging van de richtlijn voorgesteld die de omzettingstermijn zou verschuiven naar 1 januari 2015, met inwerkingtreding van deze bepalingen uiterlijk op 1 januari 2016 (zie COM(2013) 680 final van 2 oktober 2013).

passen zodra de verbintenis in België is gelegen³, waardoor ook verzekeringsondernemingen met hoofdzetel in een andere EER-lidstaat aan deze bepaling zijn onderworpen voor de overeenkomsten waarvan de verbintenis in België is gelokaliseerd. Ten aanzien van laatstgenoemde categorie van verzekeringsondernemingen kan het ontworpen artikel 23 dan ook geen doorgang vinden.

4.3.2. Eenzelfde vaststelling dringt zich op voor artikel 22 van het ontwerp, waarvan de regeling eveneens, als onderdeel van het beleggingsbeleid met betrekking tot de verzekeringsovereenkomst, het principe van de regulering en het toezicht door het land van herkomst volgt.

4.4.1. Het onderscheid tussen aangelegenheden die binnen de prudentiële bevoegdheidssfeer van de NBB vallen en deze die een onderdeel uitmaken van de gedragsregulering waarvoor de FSMA bevoegd zou zijn, wordt in de bepalingen van het voorliggende wetsontwerp niet steeds consequent doorgevoerd.

4.4.2. Zo voorzien de artikelen 8 en 9 van het ontwerp in het verbod voor vergunningsplichtige verzekeraars om in België verzekeringsactiviteiten te voeren of verzekeringsovereenkomsten aan te bieden of af te sluiten. Die bepalingen overlappen evenwel met de verbodsbepalingen die besloten liggen in de artikelen 2bis en 3, § 1, van de Controlewet. De genoemde bepalingen lijken bovendien overbodig om, zoals de memorie van toelichting aangeeft, de “perimetercontrole” door de FSMA op niet-vergunde (*i.e.* niet-toegelaten) verzekeringsactiviteiten te waarborgen: de wet van 2 augustus 2002 ‘betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten’ biedt de FSMA immers al de mogelijkheid om de onwettige uitoefening van een verzekeringsactiviteit in België op te sporen en gebeurlijk door middel van administratieve geldboetes te sanctioneren.⁴

4.4.3. Evenmin is duidelijk waarom de bepalingen van de ontworpen artikelen 19 en 20 worden overgeheveld uit de Controlewet naar de uit te vaardigen wet die thans in ontwerpvorm voorligt. De ontworpen bepalingen houden immers een vereenvoudigde regeling in betreffende de tegenstelbaarheid van verzekeringsovereenkomsten aan derden ingevolge een overdracht van verzekeringsovereenkomsten of verzekeringsportefeuilles die door de NBB of door de bevoegde autoriteiten van een andere lidstaat zijn toegestaan. Het betreft met andere woorden het rechtsgevolg van een beslissing die samenhangt met het prudentiële toezicht, en waaromtrent de FSMA geen bevoegdheid heeft in het door het ontwerp nader uitgewerkte bipolaire toezichtsmodel.

4.4.4. Eenzelfde vraag rijst wat het ontworpen artikel 55 betreft. In de mate deze bepaling ertoe strekt de verplichting op te leggen om een winstdelingsplan op te stellen wanneer wettelijk of contractueel in de mogelijkheid wordt voorzien om tot winstdeling over te gaan, rijst de vraag of deze bepaling wel thuishoort in het om advies voorgelegde ontwerp van wet, en of een dergelijke regeling niet nauwer aanleunt bij de prudentiële normen die mee de financiële

³ Dit is, op grond van het ontworpen artikel 5, 33°, van het ontwerp het geval wanneer hetzij de gewone verblijfplaats, hetzij, voor de verzekeringnemer die een rechtspersoon is, de vestiging van de verzekeringnemer zich in België bevindt.

⁴ Zie onder meer de artikelen 35 en 86bis van de wet van 2 augustus 2002.

soliditeit van de verzekeringsonderneming betreffen. In dat geval lijkt dergelijke regeling veeleer binnen het domein te vallen dat door de Controlewet wordt beheerst, zodat dient te worden overwogen om haar in die wet op te nemen. De omstandigheid dat de stellers van het ontwerp de ontworpen regeling niet wensen toe te passen op de EER-verzekeringsondernemingen, vormt alvast een aanwijzing in die zin, evenals artikel 57, 2°, van het ontwerp, nu die bepaling ter zake een verband met de solvabiliteitsvereisten legt. Dat artikel 57, 2°, strekt er immers toe de Koning te machtigen om bij een in de Ministerraad overlegd besluit, na advies van de FSMA en de NBB, voor één of meer verzekeringsactiviteiten te bepalen onder welke voorwaarden de verdeling van de winsten ten gunste van de verzekeringsovereenkomsten niet de definitieve afstand van deze bedragen inhoudt voor de verzekeringsonderneming, zodat deze gedurende een beperkte periode nog zouden kunnen worden aangewend voor de vervulling van de wettelijke solvabiliteitsvereisten.

4.5. Het ontwerp bevat tal van bevoegdheidsdelegaties aan de Koning. Soms worden ruime bevoegdheden gedelegeerd (zie bijvoorbeeld de artikelen 44, 49, § 2 en 164, tweede lid, van het ontwerp). Wat betreft delegaties van bevoegdheden aan de Koning, dient te worden herinnerd aan de beginselen die de verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht regelen. Overeenkomstig die beginselen dienen de essentiële beleidskeuzen door de wetgevende macht te worden vastgesteld maar mag de nadere uitwerking ervan aan de uitvoerende macht worden overgelaten. Die werkwijze verzekert dat over de essentie van de normering een debat kan worden gevoerd in een beraadslagende vergadering die democratisch is verkozen. Die vereiste is des te belangrijker wanneer daarbij fundamentele rechten zijn betrokken zoals de gelijke behandeling van rechtsonderhorigen, hetgeen bijvoorbeeld aan de orde kan zijn wanneer segmentatiecriteria worden bepaald (zie *infra*).

4.6. De hiervoor bedoelde machtigingen om (nadere) regelingen uit te vaardigen vereisen veelal een in de Ministerraad overlegd koninklijk besluit “op advies van de FSMA” of, nog, “op advies van de FSMA en de Bank” (zie bijvoorbeeld de artikelen 44, 47, § 2, 56, § 2, en 164, tweede lid, van het ontwerp). Op andere plaatsen in het ontwerp, althans in de Nederlandstalige versie ervan, wordt dan weer bepaald dat het betrokken koninklijk besluit wordt genomen “na advies van de FSMA en de Bank” (zie bijvoorbeeld de artikelen 23, § 5, 49, § 2, 55, § 4, en 57 van het ontwerp).

De woorden “op advies” – net zoals de woorden “sur avis” – lijken evenwel een samentrekking te zijn van enerzijds “na advies van” en anderzijds “op voorstel van”. De vraag rijst dan ook wat precies de bedoeling is. Indien de bedoeling voorligt dat het ontwerp van de uit te vaardigen regeling om advies wordt voorgelegd aan de FSMA en/of aan de NBB, dan is het beter te schrijven “na advies van”. Is het daarentegen de bedoeling dat de FSMA en/of de NBB zelf een ontwerp dienen uit te werken, dan is het beter te schrijven “op voorstel van”. Daarmee wordt duidelijker aangegeven wie het initiatief dient te nemen. Indien het de bedoeling is dat beide instanties (FSMA en NBB) een voorstel formuleren, kan het nuttig zijn aan te geven of zij dat gezamenlijk of afzonderlijk kunnen of moeten doen.

In ieder geval schept het gebrek aan redactionele uniformiteit (nu eens “op advies” dan weer “na advies”) verwarring nopens de draagwijdte ervan.

4.7. In tal van ontworpen bepalingen wordt het woord “artikel”, hoewel in een doorlopende tekst, met een hoofdletter geschreven, wat niet correct en bovendien storend is. Het ontwerp dient op dat punt te worden verbeterd.

DISPOSITIEF

Artikel 5

5.1. Het ontworpen artikel 5 bevat een wettelijke definitie van, enerzijds, de “[v]erzekeraar” (artikel 5, 1°), en anderzijds de “[v]erzekeringsonderneming” (artikel 5, 2°), waarbij eerstgenoemde notie een ruimere begripsinhoud heeft: de kwalificatie als “verzekeraar” geldt ongeacht de beroepshoedanigheid van de persoon die als contractspartij verzekeringsovereenkomsten aanbiedt,⁵ terwijl de kwalificatie als “verzekeringsonderneming” het bezit van de vereiste (administratieve) vergunning voor de toegang tot het verzekeringsbedrijf vereist.⁶ De memorie van toelichting bij de ontworpen bepaling vermeldt in dit verband wat het begrip “verzekeraar” betreft: “Het al dan niet onder het toepassingsgebied van het wetsontwerp vallen is enkel afhankelijk van de verrichte activiteit en niet van het al dan niet verkregen hebben van een vergunning voor die activiteit.”

Het is evenwel de vraag of het onderscheid tussen beide termen op voldoende consequente wijze wordt gehanteerd doorheen het ontwerp. Met name in de onderdelen van het ontwerp die veeleer de aspecten van gedragstoezicht betreffen (onder meer de delen 2 en 3)⁷ is het niet duidelijk in welke mate de toepassing van deze bepalingen denkbaar is op andere verzekeraars dan de vergunde “verzekeringsondernemingen”. In voorkomend geval dienen de stellers van het ontwerp dit nader te verduidelijken in de memorie van toelichting.

5.2. Het ontworpen artikel 5, 11°, begrijpt onder de notie “[t]oelating” hetzij de “vergunning” om verzekeringsactiviteiten uit te oefenen in de zin van artikel 14 van de Solvabiliteit II-richtlijn, hetzij “een toelating onder het bijzonder regime in uitvoering van artikel 4 van de Richtlijn 2009/138/EG, om verzekeringsactiviteiten te verrichten”. Artikel 4 van voornoemde richtlijn voorziet weliswaar in een afwijkend regime, waarbij verzekeringsondernemingen niet onderworpen zijn aan de richtlijn, maar koppelt dit niet aan een ‘toelating’ of enige andere administratieve rechtshandeling die vaststelt dat aan de voorwaarden is voldaan.⁸

De vraag rijst dan wat in het ontwerp precies wordt verstaan onder de notie “toelating”. Immers, zelfs indien het gaat om een onderneming van bescheiden omvang die

⁵ De notie “verzekeraar” wordt in de bestaande wet van 25 juni 1992 ‘betreffende de landverzekeringsovereenkomst’ ook gebruikt, doch zonder dat de wet hiervoor in een wettelijke definitie voorziet.

⁶ Aldus dient voor de reikwijdte van het begrip “verzekeringsonderneming” teruggegrepen te worden naar het personele toepassingsgebied van de Controlewet.

⁷ In tegenstelling tot de delen 4 en 5, die voornamelijk het verzekeringscontractenrecht betreffen, en waar het gebruik van de term “verzekeraar”, hoewel niet juridisch gedefinieerd, ook in de bestaande wetgeving al gangbaar was.

⁸ Enkel wanneer een verzekeringsonderneming aanvankelijk vergunningsplichtig was, maar haar activiteiten naderhand onder bepaalde kwantitatieve drempels blijven, kan de toezichthoudende overheid vaststellen dat de onderneming niet langer aan de richtlijn is onderworpen (artikel 4.4 Solvabiliteit II-richtlijn).

alsnog – mogelijkheid waarin artikel 4 van de Solvabiliteit II-richtlijn voorziet –, vrijwillig een vergunning aanvraagt en deze verkrijgt, dan wel de eerder verkregen vergunning, nadat zij niet langer vergunningsplichtig is, behoudt, blijft zij vallen onder het juridisch stelsel dat geldt voor vergunde ondernemingen. Betreft het daarentegen een niet-vergunningsplichtige onderneming die ook geen vergunning op vrijwillige basis heeft aangevraagd, dan gaat het eenvoudigweg om een toegelaten onderneming zonder dat deze daarvoor een voorafgaande “toelating” van overheidswege behoeft, hetgeen het gebruik van het begrip “toelating”, zij het verkeerdelijk, nochtans zou kunnen suggereren. De vraag rijst dan ook of niet beter het begrip “toegelaten onderneming” of “toegelaten verzekeraar” zou worden gehanteerd, in plaats van “toelating”. De “toegelaten verzekeraar” omvat dan zowel de vergunde (verplicht of vrijwillig) verzekeraar evenals de verzekeraar die zonder vergunning bepaalde verzekeringsactiviteiten mag ontplooiën op grond van artikel 4 van de Solvabiliteit II-richtlijn.

De definitie in artikel 5, 11°, van het ontwerp moet in ieder geval worden aangepast.

5.3. Meer in het algemeen stelt de Raad van State, afdeling Wetgeving, vast dat doorheen het ontwerp de term “toelating” niet steeds op eenduidige wijze wordt gebruikt,⁹ maar dat eveneens gebruik wordt gemaakt van andere termen, zoals “machtiging” of “goedkeuring”.¹⁰

Zo wordt bijvoorbeeld in het ontworpen artikel 8, eerste zin, gewag gemaakt van een “goedkeuring” terwijl eigenlijk een (voorafgaande) “vergunning” wordt bedoeld. Hetzelfde geldt wellicht voor artikel 8, tweede zin, waar het begrip “toelating” wordt gehanteerd terwijl allicht “vergunning” wordt bedoeld. Eenzelfde opmerking moet worden gemaakt wat artikel 9 betreft waar opnieuw sprake is van “goedkeuring” en “gemachtigd” terwijl telkens weer de rechtsfiguur van de vergunning lijkt te worden bedoeld. De vergunning is immers de door de bevoegde autoriteit uitgevaardigde eenzijdige administratieve rechtshandeling die krachtens de relevante regelgeving verplicht is gesteld en een voorafgaande machtiging impliceert opdat de rechtsonderhorige toegang zou krijgen tot de betrokken ondernemings- of bedrijfsactiviteit. Het betreft, als dusdanig, een vorm van preventieve controle. Zij is enkel niet vereist voor de ondernemingen gevisieerd door artikel 4 van de Solvabiliteit II-richtlijn, waarvoor derhalve het beginsel van de vrijheid van handel en nijverheid onverkort geldt.

Het verdient aanbeveling om, ter wille van de rechtszekerheid, een eenvormige terminologie te hanteren die toelaat om duidelijk af te bakenen welke ondernemingen precies door elk van de bepalingen worden bedoeld.

5.4. In de wettelijke definitie van “[v]erzekeringsovereenkomst” (ontworpen artikel 5, 17°) wordt bepaald dat een kapitalisatieverrichting voor de toepassing van de wet wordt gelijkgesteld met een verzekeringsovereenkomst, waarbij diegene die de kapitalisatieverrichting sluit als de “verzekeringnemer” wordt beschouwd. Terwijl deze gelijkstelling werkbaar is voor de toepassing van de regelen inzake “gedragstoezicht” die in het voorliggende ontwerp worden

⁹ Zie bijvoorbeeld artikel 6, § 4, van het ontwerp, dat, met verwijzing naar de wettelijk vereiste “toelating” om in België verzekeringsactiviteiten uit te oefenen, andere situaties omvat dan deze die onder de “toelating”, zoals gedefinieerd in artikel 5, 11°, vallen, met name voor ondernemingen die niet uit de EER afkomstig zijn.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld de artikelen 8, 9, 22, § 2, 272, § 1, 303, § 1, en 304, § 4, van het ontwerp.

opgenomen,¹¹ is deze gelijkstelling bij de toepassing van de bepalingen inzake verzekeringscontractenrecht (delen 4 en 5 van het ontwerp) minder eenduidig: aangezien kapitalisatieverrichtingen zich kenmerken door de afwezigheid van een verzekerd risico, zullen vele van deze bepalingen zonder betekenis of voorwerp zijn. De stellers van het ontwerp doen er goed aan eerst te onderzoeken welke de concrete implicaties zijn van deze gelijkstelling vooraleer deze door te voeren. In voorkomend geval dienen ze ook uitdrukkelijker aan te geven of de met een verzekeringsovereenkomst gelijkgestelde kapitalisatieverrichtingen op te vatten zijn als een landverzekeringsovereenkomst die onder de toepassing van deel 4 valt, dan wel als een andere verzekeringsovereenkomst, waarvoor deel 5 van het ontwerp geldt.

Artikel 7

6. Gevraagd of er geen gebrek aan concordantie is tussen de ontworpen bepaling enerzijds en de toelichting die erbij wordt verstrekt in de memorie van toelichting anderzijds, antwoordde de gemachtigde wat volgt:

“Inderdaad, de tekst van de Memorie kan duidelijker (zowel inhoudelijk als grammaticaal). De Memorie zou dan als volgt kunnen worden aangepast: ‘Dit artikel herneemt artikel 2, §§ 1 en 1bis, van de controlewet. Er werd tevens een verwijzing naar de controlewet zelf opgenomen. Dit artikel bepaalt uitdrukkelijk dat de toepassing van dit deel van de wet geen afbreuk aan de verplichtingen die voor de verzekeringsondernemingen voortvloeien uit de wet van 9 juli 1975, de arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 en de wet van 3 juli 1967 betreffende de preventie van of de schadevergoeding voor arbeidsongevallen, voor ongevallen op de weg naar en van het werk en voor beroepsziekten in de overheidssector. De uitdrukkelijke vermelding van de mogelijke toepasselijkheid van voormelde wetten werd overgenomen uit de controlewet. Dit betekent niet dat de bepalingen van andere wetgeving ter bescherming van de consument, zoals bijvoorbeeld de wet van 6 april 2010 betreffende de marktpraktijken en de consumentenbescherming en de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, niet van toepassing zouden zijn. Deze bepalingen blijven onverkort van toepassing inzake verzekeringen, tenzij de verzekeringswetgeving voorziet in een specifieke, meer verregaande bescherming.’

De bepaling in de wet zou ook kunnen worden verduidelijkt als volgt: ‘Dit deel doet geen afbreuk aan de verplichtingen die voor de verzekeringsondernemingen voortvloeien uit de wet van 9 juli 1975, de arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 en de wet van 3 juli 1967 betreffende de preventie van of de schadevergoeding voor arbeidsongevallen, voor ongevallen op de weg naar en van het werk en voor beroepsziekten in de overheidssector.’”

Met die voorstellen kan worden ingestemd.

¹¹ Overigens behoren kapitalisatieverrichtingen in de huidige verzekeringsregelgeving al tot de groep activiteiten “leven”: zie bijlage I bij het koninklijk besluit van 22 februari 1991 ‘houdende algemeen reglement betreffende de controle op de verzekeringsondernemingen’.

Artikel 9

7. Subsidiair aan de *sub* 4.4.2 gemaakte algemene opmerking, dienen de stellers van het ontwerp na te gaan op welke wijze de nietigheid van de overeenkomsten waarin artikel 9, § 2, van het ontwerp voorziet, zich verhoudt tot de mogelijkheid voor de rechter om de nietigheid uit te spreken van bepaalde door niet-vergunde verzekeraars gesloten levensverzekeringsovereenkomsten, die is opgenomen in artikel 86*ter*, § 1, 5°, van de wet van 2 augustus 2002 ‘betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten’. Dit klemmt des te meer, nu het ontworpen artikel 9, § 2, tweede lid, van de wet, de rechtsgevolgen van de nietigheid tempert voor de verzekeringnemer te goeder trouw, terwijl dit niet het geval is voor de sanctie vervat in artikel 86*ter* van de wet van 2 augustus 2002.

Daarenboven staat de nietigheidssanctie waarin artikel 9, § 2, van het ontwerp voorziet op gespannen voet met de Europeesrechtelijke beginselen van vrij verkeer, in de mate deze ook de loutere miskenning van de notificatieplicht voorafgaand aan het gebruik van het Europese paspoort door verzekeringsondernemingen met hoofdzetel in een andere lidstaat van de EER treft. Uit de omschrijving van de “krachtens de wet voor de uitoefening van verzekeringsactiviteit gemachtigde verzekeringsonderneming” in artikel 6, § 4, van het ontwerp, blijkt immers dat ook deze ondernemingen bedoeld zijn.

In haar interpretatieve mededeling betreffende “Vrij verrichten van diensten en algemeen belang in het verzekeringsbedrijf”, heeft de Europese Commissie hieromtrent het volgende gesteld:

“De Commissie is van mening dat de in de derde coördinatierichtlijnen voorziene kennisgevingsprocedure (zowel voor bijkantoren als voor het verrichten van diensten) louter gericht is op de wederzijdse informatie van de toezichthoudende autoriteiten en geen maatregel met betrekking tot de consumentenbescherming is. Zij moet volgens de Commissie niet worden beschouwd als een voorwaarde voor de geldigheid van verzekeringsovereenkomsten die zijn gesloten zonder dat vooraf aan deze procedure is voldaan.”

Ook op dit punt lijkt de ontworpen regeling, wat levensverzekeringsovereenkomsten betreft, onverenigbaar met het eerder aangehaalde artikel 86*ter* van de wet van 2 augustus 2002: artikel 86*ter*, § 3, voorziet immers precies dat de nietigheid niet geldt bij de miskenning van de kennisgevingsverplichtingen door ondernemingen die in België werkzaam wensen te zijn via de vestiging van een bijkantoor of de vrije dienstverlening.

Beide regimes dienen bijgevolg beter op elkaar te worden afgestemd.

Artikel 10

8. Artikel 10 van het ontwerp strekt ertoe verzekeringstussenpersonen te verbieden om te bemiddelen bij het sluiten van verzekeringsovereenkomsten die worden aangegaan in strijd met het in artikel 9 van het ontwerp vervatte verbod. Dit vormt een overlapping met hetgeen is bepaald in artikel 272, 5°, van het ontwerp.

Artikel 23

9.1. De Raad van State verwijst naar de algemene opmerking betreffende deze bepaling *sub* 4.3.1.

Bijkomend dient te worden opgemerkt dat er een discrepantie is tussen enerzijds de tekst van artikel 23, § 2, waarin melding wordt gemaakt van de techniek van een “kapitaalggarantie”, en anderzijds de memorie van toelichting, die gewag maakt van “kapitaalbescherming”. Nu aan beide termen in de context van andere financiële wetgeving een duidelijk onderscheiden begripsinhoud toekomt,¹² dient deze discrepantie te worden weggewerkt.

9.2. In paragraaf 4, eerste lid, dient de verwijzing naar “paragraaf 1, 3°” te worden vervangen door een verwijzing naar “paragraaf 1, c)”.

9.3. De onderlinge verhouding tussen enerzijds de in artikel 23, § 5, van het ontwerp verleende machtiging aan de Koning om bij besluit de regels te preciseren en anderzijds de mogelijkheid voor de FSMA om, op grond van paragraaf 4, eerste lid, van datzelfde artikel, in individuele gevallen afwijkingen te aanvaarden, dient nader verduidelijkt te worden. De vraag rijst immers of de uitvoering van de machtiging aan de Koning om verordenend op te treden tot gevolg heeft dat de FSMA niet langer individuele afwijkingen kan toestaan.

Artikel 25

10. Het ontworpen artikel 25 strekt ertoe te bepalen dat “[v]oor het vaststellen en toepassen van alle documenten die betrekking hebben op het sluiten en het uitvoeren van de verzekeringsovereenkomsten”, de verzekeraars en de verzekeringstussenpersonen ertoe gehouden zijn zich te gedragen naar de regels die krachtens de ontworpen wet door de Koning worden vastgesteld, “op advies” van de FSMA.

Het is onduidelijk wat wordt bedoeld met het “toepassen van alle documenten”. Dit dient te worden verduidelijkt.

Artikel 26

11.1. Artikel 26 van het ontwerp herneemt, in gewijzigde vorm, het bepaalde in artikel 19*bis* van de Controlewet – dat met artikel 347, eerste streepje, van het ontwerp wordt opgeheven –, naar luid waarvan de bepalingen in overeenkomsten die in strijd zijn met de Controlewet of haar uitvoeringsbesluiten of verordeningen, vanaf het sluiten van de overeenkomst geacht worden in overeenstemming te zijn met die bepalingen. De reikwijdte van het ontworpen artikel 26 verschilt in tweeërlei opzicht van het bestaande artikel 19*bis* van de Controlewet. Ten eerste, heeft artikel 19*bis* van de Controlewet betrekking op de miskennning van de verplichtingen die door of krachtens de Controlewet aan de verzekeringsondernemingen worden opgelegd. Artikel 26, § 1, van het ontwerp daarentegen, zoals het thans is verwoord, geldt

¹² Zie in het bijzonder artikel 68 van het koninklijk besluit van 4 maart 2005 ‘met betrekking tot bepaalde openbare instellingen voor collectieve belegging’, *BS* 9 maart 2005.

voor de miskennis van elke bepaling van het wetsontwerp en van de uitvoeringsbesluiten en -reglementen die op grond ervan zullen worden genomen, die zowel het eigenlijke gedragstoezicht als het verzekeringscontractenrecht omvatten, doch niet de prudentiële verplichtingen. Ten tweede, strekt artikel 19bis van de Controlewet zich uit tot alle verzekeringsondernemingen die in België actief zijn, terwijl het ruimtelijke toepassingsgebied van artikel 26 van het ontwerp, in samenhang gelezen met artikel 24 van het ontwerp, wordt afgebakend aan de hand van de lokalisatie van het risico of van de verbintenis in België.¹³

Die vaststellingen leiden tot het maken van de hierna volgende opmerkingen.

Vooreerst lijkt de plaats van het ontworpen artikel 26 in de algemene structuur van de wet aan te geven dat de erin vervatte bepaling enkel geldt wanneer de (voorwaarden van de) verzekeringsovereenkomsten niet in overeenstemming zijn met wetsbepalingen of uitvoeringsbepalingen die in deel 3 van het ontwerp zijn opgenomen. De ruime bewoordingen van het ontworpen artikel 26 lijken evenwel ook aan te geven dat dit artikel toepassing vindt op de miskennis van elke bepaling van het ontwerp of van de in uitvoering ervan te nemen besluiten of reglementen. Indien aan deze bepaling een dermate ruime draagwijdte wordt toegekend, dient te worden overwogen om de ontworpen bepaling in deel 1 van het ontwerp op te nemen.

Voorts dient te worden vastgesteld dat, door het ontworpen artikel 26 op te nemen in titel I van deel 3, het ruimtelijk toepassingsgebied van deze bepaling wordt beperkt tot de verzekeringsovereenkomsten waarvan hetzij het risico, hetzij de verbintenis in België is gelegen. Er dient in dat verband te worden opgemerkt dat de internationaalprivaatrechtelijke verwijzingsregelen betreffende verzekeringsovereenkomsten – voor de andere dan grote risico's een weliswaar beperkte – ruimte bieden voor de wilsautonomie bij de bepaling van het toepasselijke recht op verzekeringsovereenkomsten.¹⁴ Het gebruik van de lokalisatiecriteria betreffende het risico of de verbintenis voor de toepassing van het ontworpen artikel 26, heeft tot gevolg dat deze bepaling geen toepassing zal krijgen wanneer het risico of de verbintenis buiten België is gelegen, ook al hebben partijen in de overeenkomst die hen bindt een rechtskeuzebeding opgenomen ten gunste van het Belgisch recht. Het is bijgevolg de vraag of de met artikel 24 van het ontwerp doorgevoerde afbakening en de daarmee samenhangende gevolgen voor wat de toepassing van artikel 26 van het ontwerp betreft, in alle gevallen strookt met de bedoeling van de steller van het ontwerp.

Tot slot dient artikel 26, § 1, van het ontwerp in samenhang te worden gelezen met de overgangsbepaling vervat in artikel 322 van het ontwerp. Deze bepaling, die het thans bestaande artikel 19bis, tweede lid, van de Controlewet overneemt, komt erop neer dat het ontworpen artikel 26, § 1, van toepassing wordt verklaard op alle overeenkomsten die *sedert* de inwerkingtreding van de wet van 19 juli 1991 'tot wijziging van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen en tot vaststelling van een aantal bepalingen betreffende de werking van de Controledienst voor de Verzekeringen' werden

¹³ Zie voor de begrippen "Lidstaat van het risico" en "Lidstaat van de verbintenis" artikel 5, 33° respectievelijk artikel 5, 34° van het ontwerp.

¹⁴ Zie artikel 7 van de verordening 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 'betreffende het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I)', *Pb.EU* L 177, 4 juli 2008, p. 6.

gesloten, verlengd of gewijzigd. Aangezien zowel de materieelrechtelijke reikwijdte als de ruimtelijke afbakening van het ontworpen artikel 26, § 1, sterk zijn gewijzigd in vergelijking met het bestaande artikel 19bis van de Controlewet, dreigt deze overgangsbepaling ertoe te leiden dat op retroactieve wijze wordt ingegrepen in bestaande verzekeringsovereenkomsten die voorheen niet door artikel 19bis van de Controlewet werden gevat.

Uit wat voorafgaat volgt dat zowel de formulering van artikel 26 van het ontwerp en de plaats van deze bepaling in het ontwerp als de voormelde overgangsregeling nog aan een grondig onderzoek moeten worden onderworpen.

11.2. In de ontworpen bepaling worden de begrippen “bijzondere en speciale voorwaarden” naast elkaar gebruikt zonder dat duidelijk wordt gemaakt wat het onderscheid is tussen de bijzondere voorwaarden enerzijds en de speciale voorwaarden anderzijds. Eenzelfde opmerking geldt voor artikel 30 van het ontwerp, waar in de ontworpen paragraaf 2 opnieuw sprake is van “speciale voorwaarden”. Dit klemmt des te meer nu in de memorie van toelichting bij die laatste bepaling wordt gesteld dat er “een verschil bestaat in terminologie tussen de Franse en de Nederlandse versies van de richtlijn Solvabiliteit II en de Belgische regelgeving. Dit kan aanleiding geven tot onduidelijkheid over welke voorwaarden het precies gaat, de speciale, dan wel de bijzondere.”

Er dient dan ook te worden verduidelijkt in de tekst van het ontwerp, of minstens in de memorie van toelichting ervan, wat moet worden verstaan onder “bijzondere voorwaarden” respectievelijk “speciale voorwaarden” hetzij in deel 3 van het ontwerp, hetzij in artikel 5 ervan.

Artikel 27

12. Luidens de memorie van toelichting bij artikel 27 van het ontwerp strekt de ontworpen bepaling er toe de bescherming van de verzekeringsconsument te versterken. De ontworpen paragraaf 2 van dat artikel bepaalt dat ingeval van twijfel over de betekenis van een beding, de voor de verzekeringnemer meest gunstige interpretatie prevaleert indien de verzekeringnemer een natuurlijke persoon is.

Er wordt evenwel niet verantwoord waarom de ontworpen regeling slechts geldt in de gevallen waarin de verzekeraar een natuurlijke persoon is en niet geldt wanneer het een rechtspersoon betreft. Hierover ondervraagd door de auditeur-verslaggever, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Deze bepaling is analoog aan artikel 40, § 2 van de wet marktpraktijken. De ‘ongelijke behandeling’ vloeit voort uit de wens om de zwakkere partij in de contractuele verhouding te beschermen. Indien de verzekeringnemer een rechtspersoon is, kan de onderhandelingspositie van beide partijen in de meeste gevallen meer als gelijkwaardig worden beschouwd, waardoor de automatische wettelijke bescherming in geval van twijfel over een beding niet nodig is (desgevallend zal de rechter hier dan over moeten oordelen, o.a. rekening houdende met ontwerpartikel 27, § 1).”

In dat verband moet worden opgemerkt dat, terwijl in artikel 40, § 2, van de wet van 6 april 2010 ‘betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming’ de interpretatieregel wordt vastgelegd ten gunste van een “consument”, zoals gedefinieerd in artikel 2, 3°, van die

wet,¹⁵ artikel 27 van het ontwerp deze bescherming uitbreidt tot elke “natuurlijke persoon”, dat wil zeggen ook wanneer deze handelt binnen het kader van zijn beroepswerkzaamheden.

Indien het de bedoeling is, zoals de memorie van toelichting lijkt aan te geven, om de verzekeringsconsument in de zin van artikel 2, 3°, van de wet van 6 april 2010 te beschermen, dan dient de ontworpen bepaling in die zin te worden aangepast. Wanneer het daarentegen de bedoeling is, zoals de tekst van het ontwerp laat uitschijnen, om de verzekeringnemer die een natuurlijke persoon is ook te beschermen wanneer deze handelt binnen het kader van zijn beroepswerkzaamheden, doch eenzelfde bescherming niet te bieden aan de verzekeringnemer die een rechtspersoon is, dient daarvoor in het licht van het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel een in redelijkheid aanvaardbare verantwoording te kunnen worden gegeven.

De grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is een verschil in behandeling evenwel slechts verenigbaar met het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, wanneer dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betrokken maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

Voor de verschillende behandeling die uit de ontworpen regeling voortvloeit dient dan ook een verantwoording in voornoemde zin voorhanden te zijn. Het verdient aanbeveling om die verantwoording in de memorie van toelichting op te nemen.

Artikelen 32 en 33

13. Het ruimtelijk toepassingsgebied van de transparantievoorschriften opgenomen in deel 3, titel II, van het ontwerp wordt op grond van het ontworpen artikel 32 afgebakend met verwijzing naar de ligging van het risico of van de verbintenis in België. Artikel 33 van het ontwerp bakent de erin vervatte verplichtingen evenwel af door verwijzing naar de mededeling van documenten, dan wel het aanbod of de commercialisatie van verzekeringsovereenkomsten “in België”. De draagwijdte van laatstgenoemd ruimtelijk afbakeningscriterium is, gelezen in samenhang met artikel 32, niet duidelijk: indien het de bedoeling is om het in artikel 32 vervatte criterium verder in te perken, dienen de stellers van het ontwerp de draagwijdte ervan nader te bepalen, zo niet wordt de toevoeging “in België” in artikel 33 beter telkens geschrapt.

¹⁵ Artikel 2, 3°, van de wet van 6 april 2010 definieert “consument” als “iedere natuurlijke persoon die, uitsluitend voor niet-beroepsmatige doeleinden, op de markt gebrachte producten verwerft of gebruikt”.

Artikel 42

14. Artikel 42 van het ontwerp beoogt de Koning te machtigen om “op advies van de FSMA”, de vereiste inlichtingen als bedoeld in de artikelen 36 en 37 van het ontwerp verder uit te werken en bijkomende inlichtingen te bepalen die de verzekeraars of de tussenpersonen aan de verzekeringnemer moeten meedelen vóór het sluiten van de overeenkomst en gedurende de looptijd ervan, evenals de wijze waarop dit moet gebeuren.

Die machtiging moet uiteraard, zoals dat steeds het geval is, worden gelezen met inachtneming van artikel 185, punt 7, van de Solvabiliteit II-richtlijn, waarin is bepaald dat de lidstaat van de verbintenis van de levensverzekeringsondernemingen niet mag verlangen dat zij aanvullende gegevens verstrekken naast de gegevens die zijn vermeld in de punten 2 tot en met 5 van datzelfde artikel 185. Dit is slechts anders wanneer het verstrekken van die aanvullende gegevens nodig is voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis.

Het verdient voor de duidelijkheid aanbeveling om, met betrekking tot verzekeringen van de groep “leven” (zie de artikelen 39 en 40 van het ontwerp), laatstgenoemde voorwaarde uitdrukkelijk in de machtigingsbepaling op te nemen.

Artikel 44

15. In artikel 44, § 1, van het ontwerp, schrappe men de woorden “krachtens deze wet”, die overbodig zijn. Het is immers in de ontworpen regeling zelf dat aan de Koning de machtiging wordt verleend om “op advies van de FSMA en de Bank” de regels vast te stellen waarnaar de verzekeraars gehouden zijn zich te gedragen, voor het vaststellen en toepassen van hun tarieven en voorwaarden.

Artikelen 46 tot 50

16.1.1. Artikel 46 van het ontwerp, in samenhang gelezen met artikel 43 ervan, strekt ertoe, wat de verzekeringsovereenkomsten betreft waarvan het risico dan wel de verbintenis in België is gelegen, te bepalen dat de verzekeraar bij segmentatie gebonden is aan de wet van 10 mei 2007 ‘ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie’ en aan de wet van 10 mei 2007 ‘ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen’. Artikel 48 van het ontwerp bepaalt dat elke segmentatie op het vlak van acceptatie, tarifiering en/of de omvang van de dekking objectief moet worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk moeten zijn.

Gevraagd naar de verhouding tussen de artikelen 46 en 48 van het ontwerp en de anti-discriminatiewetten, antwoordde de gemachtigde wat volgt:

“Op grond van ontwerpartikel 46 is elke verzekeraar in zijn beslissingen op vlak van acceptatie, tarifiering en dekking voor overeenkomsten waarvan het risico dan wel de verbintenis in België is gelegen, gebonden door de antidiscriminatiewetgeving. Dit betekent dat de verzekeraar bij deze beslissingen niet mag discrimineren op grond van de

in deze wetgeving opgesomde criteria (religie, geslacht, ...). Het artikel is eigenlijk een loutere bevestiging van het van toepassing zijn van de antidiscriminatiewet in de (pre-)contractuele relaties tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer indien het een overeenkomst betreft waarvan het risico dan wel de verbintenis in België is gelegen.

De bescherming op grond van ontwerpartikel 48 gaat verder. Voor die verzekeringen die worden opgesomd in ontwerpartikel 47 (en voor zover de verzekeringnemer een consument is), moet elk onderscheid (op grond van eender welk criterium, dus niet enkel op grond van de criteria opgesomd in de antidiscriminatiewetgeving) op het vlak van acceptatie, tarifiering en dekking 'objectief worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en moeten de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn'.

Ontwerpartikel 46 is van toepassing van zodra het risico dan wel de verbintenis in België is gelegen, ontwerpartikel 48 is enkel van toepassing als ook de bijkomende voorwaarden uit ontwerpartikel 47 zijn vervuld (aard van de overeenkomst en hoedanigheid van de verzekeringnemer). Binnen haar beperktere toepassingsgebied 'omvat' ontwerpartikel 48 in zekere zin ontwerpartikel 46 wel, omdat op grond van ontwerpartikel 48 elk onderscheid (dus ook op grond van de criteria opgesomd in de antidiscriminatiewetgeving) op het vlak van acceptatie, tarifiering en dekking 'objectief worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en moeten de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.'

Gevraagd of het noodzakelijk is om de lijst van verzekeringsovereenkomsten in artikel 47, § 1, op te nemen, antwoordde de gemachtigde nog het volgende:

"Ja, want het is enkel voor die 'basisverzekeringen' dat de meer verregaande segmentatieregeling geldt (verbod op discriminerend onderscheid op basis van eender welk criterium (ontwerpartikel 48) + absolute transparantie over de gehanteerde criteria (ontwerpartikel 49, § 1, eerste zin) + motivering om aan te tonen dat het geen discriminatie is (ontwerpartikel 49, § 1, tweede zin))."

Wat ten slotte de verhouding tussen de ontworpen artikelen 46, 48 en 49 betreft, verklaarde de gemachtigde:

"Ontwerpartikel 49 bepaalt hoe de verzekeraar moet 'aantonen' dat hij ontwerpartikel 48 naleeft, door een transparantie- en motiveringsplicht in verband met de gebruikte criteria op te leggen¹⁶.

Er is geen directe verhouding tussen ontwerpartikel 49 en ontwerpartikel 46, aangezien ontwerpartikel 49 specifiek betrekking heeft op de situaties die onder ontwerpartikel 47 vallen. Zie ook hierboven, i.v.m. de verhouding tussen de ontwerpartikelen 46 en 48."

16.1.2. De verstrekte toelichting, met name dat specifiek voor de in artikel 47, § 1, van het ontwerp bedoelde "basisovereenkomsten", bovenop de verplichtingen die reeds voortvloeien uit de bestaande anti-discriminatiewetten, de in artikel 48¹⁷ ontworpen verplichting zal gelden dat elke segmentatie, ongeacht het criterium waarop zij is gesteund, objectief moet kunnen worden

¹⁶ In artikel 49, § 2, van het ontwerp wordt de Koning gemachtigd om bepaalde criteria te verplichten, dan wel uit te sluiten (ook al zou er voor het gebruik van dat criterium een "objectieve" en "passende" rechtvaardiging zijn in de zin van artikel 48 van het ontwerp).

¹⁷ Evenals de daarbij aansluitende motiverings- en transparantieplichtingen vermeld in de artikelen 49 en 50 van het ontwerp.

verantwoord door een legitiem doel en dat de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk moeten zijn, wordt beter met zoveel woorden in de memorie van toelichting opgenomen.

Voorts blijft het onduidelijk wat artikel 46 van het ontwerp, in samenhang gelezen met artikel 43 van het ontwerp, aan de bestaande rechtsordening toevoegt. Immers, de in artikel 46 van het ontwerp vermelde anti-discriminatiewetten zijn van toepassing zowel in de overheidssector als in de private sector, met inbegrip van overheidsinstanties, op alle personen met betrekking tot “de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn”. Indien de ontworpen bepaling, in samenhang gelezen met artikel 43 (dat alle verzekeringsovereenkomsten beoogt waarvan het risico dan wel de verbintenis in België gelegen is), als *lex specialis*, ertoe strekt alsnog het toepassingsgebied van de algemene anti-discriminatiewetten te beïnvloeden wat verzekeringsovereenkomsten betreft, moet dat worden toegelicht en, in voorkomend geval (in geval van een beperking van het toepassingsgebied) verantwoord kunnen worden. Immers, op het eerste gezicht vloeit de onderworpenheid aan de anti-discriminatiewetten reeds voort uit het toepassingsgebied van die wetten.

Bovendien rijst de vraag waarom in het ontworpen artikel 46 enkel naar de daarin vermelde anti-discriminatiewetten wordt verwezen. Zo wordt niet verwezen – bijvoorbeeld voor gevallen van indirecte discriminatie – naar de wet van 30 juli 1981 ‘tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden’.

16.2. Met artikel 47, § 2, van het ontwerp wordt de Koning gemachtigd om, bij een in de Ministerraad overlegd besluit genomen “op advies” van de FSMA, de toepassing van de bepalingen van het ontworpen hoofdstuk (waartoe de artikelen 46 tot 50 behoren) “geheel of gedeeltelijk” uit te breiden tot “andere verzekeringsovereenkomsten” en om de modaliteiten (lees: de nadere regelen) van die uitbreiding (“les modalités de cette extension”) te bepalen.

Het is niet duidelijk, nu ook artikel 46, dat alle verzekeringsovereenkomsten viseert waarvan het risico dan wel de verbintenis in België is gelegen, tot het betrokken hoofdstuk behoort, tot welke andere verzekeringsovereenkomsten de toepassing van dit artikel 46 kan worden uitgebreid. Evenmin is duidelijk of de machtiging tot uitbreiding van het toepassingsgebied van de artikelen 48 tot 50 waarin artikel 47, § 2, van het ontwerp voorziet, beperkt blijft tot andere verzekeringsovereenkomsten met een consument in de zin van artikel 2, 3°, van de wet van 6 april 2010 (zoals bedoeld is in artikel 47, § 1, van het ontwerp), dan wel of die machtiging tot uitbreiding en tot het bepalen van de nadere regelen ervan ook kan slaan op verzekeringsovereenkomsten met andere verzekeringnemers dan consumenten.

Dit dient dan ook in de ontworpen bepaling te worden verduidelijkt.

16.3. Voorts spoort het ontworpen artikel 47, § 2, niet met hetgeen daaromtrent wordt gesteld in de memorie van toelichting. Immers, in de ontworpen machtiging is bepaald dat de Koning het besluit, nadat het in de Ministerraad is overlegd, zal nemen “op advies van de FSMA” terwijl in de memorie van toelichting ervan gewag wordt gemaakt dat het te nemen uitbreidingsbesluit wordt genomen “op advies van de FSMA en de Nationale Bank” wat meer met de bedoeling van de stellers van het ontwerp lijkt te sporen. In ieder geval dient er op

toegezien te worden dat de ontworpen bepaling en de bespreking ervan in de memorie van toelichting met elkaar in overeenstemming worden gebracht.

16.4. Tot slot, bij artikel 49, § 2, van het ontwerp wordt de Koning ertoe gemachtigd om bij een in de Ministerraad overlegd koninklijk besluit genomen na advies van de FSMA, desgevallend per type van verzekeringsovereenkomst, aan te duiden welke segmenteringscriteria door de verzekeraar mogen worden gehanteerd, dan wel niet mogen worden gehanteerd. Het betreft hier een ruime delegatie waarbij de vraag rijst of deze niet een wezenlijk aspect van de regeling inzake segmentering betreft, zodat het veeleer aan de wetgever zou toekomen om hieromtrent de essentiële keuzen te maken. In ieder geval zal de Koning bij het te nemen besluit gebonden zijn door de hogere rechtsregels en, in het bijzonder, door het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, het verbod van discriminatie en de eerder vermelde anti-discriminatiewetgeving.

Artikel 52

17. In artikel 52 schrijve men, zoals elders in het ontwerp (zie artikel 33, § 2, van het ontwerp), “reclame” of, eventueel, “reclame en andere op de commercialisering gerichte documenten” in plaats van “publicitair materiaal”.

Artikel 135

18. Het ontworpen artikel 135, § 4, neemt de bestaande artikelen 68 en 69 van de Controlewet over, en bepaalt dat een verzekeraar die de door en krachtens artikel 135 van het ontwerp bepaalde verplichtingen niet naleeft, “wordt geacht niet meer in overeenstemming te zijn met de bepalingen van de wet van 9 juli 1975.” De draagwijdte van deze bepaling is niet duidelijk: indien het de bedoeling van de steller van het ontwerp is om het toezicht op de niet-naleving van deze bepaling toe te vertrouwen aan de NBB als onderdeel van haar algemeen toezicht op de naleving van de wet van 9 juli 1975, dient overwogen te worden om de bepaling niet naar het onderhavige wetsontwerp over te hevelen. Indien de stellers van het ontwerp het toezicht op de naleving van dit artikel daarentegen aan de FSMA wensen toe te vertrouwen, dient de verwijzing in artikel 135, § 4, naar de wet van 9 juli 1975 vervangen te worden door een verwijzing naar de wet die thans in ontwerpvorm voorligt.

Artikel 164

19. Wat de ruime draagwijdte van de bij artikel 164, tweede lid, van het ontwerp aan de Koning verleende machtiging betreft, wordt verwezen naar hetgeen *sub* 4.5 is opgemerkt.

Gevraagd naar de gevolgen van de ontworpen bepaling met betrekking tot de interpretatieve wet van 19 juli 2013 ‘ten aanzien van artikel 97 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst’, die kennelijk niet overgenomen wordt, verklaarde de gemachtigde:

“De interpretatieve wet bepaalt dat artikel 97 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst in die zin wordt uitgelegd dat, enerzijds, het toepassingsgebied van hoofdstuk II van titel III alle persoonsverzekeringsovereenkomsten bestrijkt waarbij het zich voordoen van het verzekerde voorval alleen afhankelijk is van de menselijke levensduur, zelfs indien de partijen de wederzijdse prestaties hebben geëvalueerd zonder rekening te houden met de voorvalswetten en, anderzijds, de bij dit hoofdstuk bedoelde verzekeringen geacht worden uitsluitend gericht te zijn op de uitkering van een vast bedrag.

De interpretatieve wet blijft momenteel bestaan, maar kan eventueel worden verwerkt in het ontwerp.”

Het ontwerp dient hieromtrent duidelijkheid te verschaffen.

Artikel 230

20. Het valt niet in te zien waarom voor de toepassing van deel 5 van het ontwerp, dat betrekking heeft op “[d]e verzekeringsovereenkomst, andere dan de landverzekeringsovereenkomst zoals bedoeld in Deel 4”, een afzonderlijke wettelijke definitie geldt van “verzekeringsovereenkomst” (zie artikel 5, 17°, van het ontwerp). Indien deze definitie alsnog zou worden geschrapt, moet erop worden toegezien dat in deel 5 van het ontwerp systematisch gewag wordt gemaakt van “verzekeringsovereenkomst” in plaats van “verzekering”.

Artikel 262

21. Artikel 262 van het ontwerp bevat een lijst van definities voor de toepassing van deel 6, “Verzekeringsbemiddeling en de distributie van verzekeringen”, waarbij het niet steeds duidelijk is welke de verhouding is tussen die lijst en de lijst van definities in artikel 5 van het ontwerp. Zo komt het begrip “verzekeringsbemiddeling” en de omschrijving ervan voor in artikel 5 van het ontwerp doch rijst de vraag of deze niet beter wordt verplaatst naar het ontworpen artikel 262. Dezelfde vraag rijst in omgekeerde zin voor de begrippen “verzekeringsmakelaar” en “verzekeringsagent” in artikel 262, 2° en 3°, van het ontwerp.

Nog in dat verband moet, meer in het algemeen, worden opgemerkt dat het opnemen van definities die specifiek voor deel 6 gelden (o.m. “lidstaat van herkomst”, “lidstaat van ontvangst”, “bevoegde autoriteiten”, ...) van aard is om onduidelijkheid te creëren, nu artikel 5 van het ontwerp al een algemene definitie voor identieke begrippen bevat die zal gelden voor de toepassing van het ontwerp en de in uitvoering daarvan te nemen besluiten. Het verdient dan ook aanbeveling om voldoende differentiatie door te voeren in de begrippen om begripsverwarring te vermijden. Zo kan bijvoorbeeld in deel 6 specifiek het begrip “lidstaat van herkomst van de verzekeringstussenpersoon” worden gedefinieerd, dat dan vervolgens in dat deel op consequente wijze moet worden gehanteerd.

Artikel 263

22. Gevraagd waarom het huidige artikel 2, § 1, van de wet van 27 maart 1995 ‘betreffende de verzekerings – en herverzekeringsbemiddeling en de distributie van verzekeringen’ niet wordt overgenomen in het ontwerp, waardoor noch het toepassingsgebied van deel 6 van het ontwerp, noch de door artikel 263 beoogde uitsluitingen, duidelijk zijn, antwoordde de gemachtigde:

“Artikel 2, § 1 W1995 wordt wel overgenomen, nl. in ontwerpartikel 4, § 2 (zie ook de informatieve concordantietabel). Het toepassingsgebied van de wet wordt in het algemene deel uiteengezet; het toepassingsgebied van deel 6 (en de uitsluitingen hierop wat dit deel betreft) wordt duidelijk door ontwerpartikel 4, § 2 samen te lezen met ontwerpartikel 263. Artikel 2, § 1 W1995 werd vooraan in het algemene deel opgenomen, omdat de ontwerpwet niet enkel in deel 6 verplichtingen voor tussenpersonen bevat.”

Artikel 264

23. Op de vraag of de zinsnede “die verzekeringsactiviteiten uitoefent” in het ontworpen artikel 264 wel correct wordt gebruikt nu die bepaling handelt over een verzekeringsonderneming die de activiteit van rechtstreekse distributie verricht en niet de activiteit van verzekeren, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Akkoord. Het begrip werd gewijzigd vanuit het algemene idee om doorheen de wet een coherent woordgebruik te hanteren, maar in deze bepaling kan de omschrijving inderdaad terug worden gewijzigd in de oorspronkelijke tekst van de W1995 ‘die in België werkzaam is’.”

Het ontworpen artikel dient in die zin te worden aangepast.

Artikel 303

24. In artikel 303, § 3, van het ontwerp, schrijve men “gespecialiseerde afdelingen” in plaats van “gespecialiseerde deels” en “afdelingen eigen aan” in plaats van “deels eigen aan”.

Artikelen 344 tot 346

25. Het is vanuit legistiek oogpunt ongebruikelijk om in een ontwerp van wet reeds bepalingen op te nemen die ertoe strekken wijzigingen aan te brengen in sommige bepalingen ervan, die dan in werking treden op een latere datum dan de ontworpen wet.

Er kan worden overwogen om in het ontwerp van de betrokken bepalingen twee versies op te nemen, te weten een versie die eerst in werking treedt en een tweede versie die in de toekomst zal gelden. Daarbij dient dan uitdrukkelijk te worden bepaald dat de tweede versie in werking zal treden op een door de Koning te bepalen datum en dat op dat ogenblik de eerste versie wordt opgeheven.

*

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet d'élaborer un régime général en matière de protection du consommateur d'assurances et de contrôle des entreprises d'assurances par l'Autorité des services et marchés financiers (ci-après : la FSMA).

À cet égard, le projet rassemble essentiellement la législation actuelle en matière d'assurances ayant une portée générale, tant en ce qui concerne les dispositions normatives qu'en ce qui concerne les dispositions relatives au contrôle, dans une seule loi dont l'objectif est d'assurer la protection des preneurs d'assurance, des assurés, des bénéficiaires et des tiers ayant un intérêt à l'exécution de contrats d'assurance.

Le projet poursuit à cet effet les objectifs suivants :

- le respect de l'obligation de transposer en droit belge les dispositions (relatives au consommateur) 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)' (ci-après: la directive Solvabilité II) ;
- la simplification de la législation actuelle concernant la protection du consommateur d'assurances en procédant à une codification des dispositions pertinentes dans une seule loi ;
- la clarification de la répartition actuelle des compétences entre la Banque nationale de Belgique (ci-après : la BNB) et la FSMA ;
- l'extension de la protection du consommateur d'assurances à quelques domaines spécifiques, tels que les obligations d'information générales, l'organisation de la participation aux bénéfices et la segmentation, lesquelles nécessitent notamment une plus grande transparence, les conditions auxquelles les prestations d'assurances peuvent dans certains cas être liées à des fonds d'investissement, et les compétences de l'autorité de contrôle.

Le projet est structuré comme suit. La partie 1 contient les dispositions générales, et plus particulièrement les définitions d'un certain nombre de notions. La partie 2 comporte des « [d]ispositions spécifiques concernant l'exercice des activités », emprunte et réécrit essentiellement des dispositions de la loi du 9 juillet 1975 'relative au contrôle des entreprises d'assurances' (ci-après : la loi de contrôle). Cette partie transpose également plusieurs dispositions de la directive Solvabilité II. La partie 3 règle « [l]'offre et la conclusion de contrats : information, publicité, tarification, segmentation et participation aux bénéfices » et comporte essentiellement de nouvelles dispositions. La partie 4 concerne « [l]e contrat d'assurance

¹ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

terrestre » et contient une codification de la loi du 25 juin 1992 ‘sur le contrat d’assurance terrestre’. La partie 5 règle « [l]e contrat d’assurance autre que le contrat d’assurance terrestre visé dans la partie 4 » et comporte une codification de la loi du 11 juin 1874 ‘contenant les titres X et XI, livre I^{er}, du Code de commerce. Des assurances en général – De quelques assurances terrestres en particulier’. La partie 6 règle « [l]’intermédiation en assurances et la distribution d’assurances » et comporte une codification de la loi du 27 mars 1995 ‘relative à l’intermédiation en assurances et en réassurances et à la distribution d’assurances’. La partie 7 traite de « [l]’organisation du contrôle », emprunte et réécrit notamment des dispositions de la loi de contrôle. La partie 8 contient des « [d]ispositions pénales » et la partie 9, enfin, des « [d]ispositions de nature diverse ».

FORMALITÉS

3. Il découle de l’article 19/1, § 1^{er}, de la loi du 5 mai 1997 ‘relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable’ que les avant-projets de loi, les projets d’arrêté royal et les propositions de décisions devant être soumises à l’approbation du Conseil des ministres, doivent en principe faire l’objet d’un examen préalable de la nécessité de réaliser une évaluation d’incidence sur le développement durable.

Il ne peut pas être déduit du dossier que cette formalité a déjà été accomplie, de sorte qu’un tel examen doit sans doute encore être réalisé. Si cet examen préalable devait en outre révéler qu’une évaluation d’incidence au sens de l’article 19/2 de cette même loi est nécessaire et si, consécutivement à cette évaluation d’incidence, des modifications devaient être apportées au texte du projet, tel qu’il est actuellement soumis pour avis au Conseil d’État, section de législation, il y aurait lieu de soumettre également ces modifications à l’avis de la section de législation.

EXAMEN DU TEXTE

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

4.1. Selon son exposé des motifs, l’un des objectifs du projet de loi soumis pour avis consiste à préciser la répartition des compétences entre la FSMA et la BNB en s’appuyant à cet égard sur la réforme dite « Twin Peaks » du contrôle financier, qui a été concrétisée par l’arrêté royal du 3 mars 2011 ‘mettant en œuvre l’évolution des structures de contrôle du secteur financier’, et instaurée le 1^{er} avril 2011. Le projet soumis pour avis poursuit sur cette base, plus particulièrement en scindant les dispositions de la loi de contrôle qui relèvent de la sphère de compétences de la FSMA et en les intégrant, avec la législation relative aux contrats d’assurance et aux intermédiaires d’assurances, dans une nouvelle loi visant la protection des intérêts du consommateur d’assurances. Par ailleurs, le projet transpose les dispositions de la directive Solvabilité II qui concernent la protection des consommateurs d’assurances².

² À cet égard, il faut relever que dans la version actuelle de la directive Solvabilité II, la transposition en droit national devait être effectuée le 30 juin 2013 au plus tard, ces dispositions de transposition devant entrer en vigueur

4.2. L'approche proposée par l'auteur du projet consiste, d'une part, à regrouper des dispositions concernant la relation juridique entre les assureurs et le preneur d'assurance ou le bénéficiaire de celle-ci. D'autre part, cette approche se traduira par un dispersement sur des lois disparates des dispositions régissant le contrôle des entreprises d'assurances. Certes, il revient en premier lieu au législateur de déterminer les modalités d'élaboration des différents régimes, en tenant compte des principes relatifs à l'organisation du contrôle financier qui ont déjà été arrêtés dans différentes réformes législatives antérieures. Toutefois, pour des raisons de sécurité juridique, le résultat doit répondre aux exigences de clarté et de cohérence interne tout en tant compte également de la nécessité de prévoir une transposition correcte en droit national de la régulation européenne en matière d'assurances.

Le projet de loi à l'examen soulève plusieurs questions à cet égard.

4.3.1. Tout d'abord, en ce qui concerne la ventilation de la régulation et du contrôle entre, d'une part, le système d'agrément et le contrôle prudentiel, qui revient à la BNB, et, d'autre part, la régulation des contrats d'assurance et le code de conduite des assureurs, dont le contrôle est confié à la FSMA, il faut tenir compte de la répartition des compétences que la directive Solvabilité II impose entre l'État membre d'origine et l'État membre d'accueil à l'égard des entreprises d'assurances exerçant des activités transfrontalières au sein de l'Espace économique européen. La directive Solvabilité II part notamment du principe que, sauf exceptions expresses, la régulation et le contrôle des matières harmonisées dans la directive touchant au statut prudentiel, sont du ressort exclusif du pays d'origine de l'entreprise d'assurances.

Dans ce contexte, les dispositions en projet qui portent sur la politique d'investissement des assurances du groupe d'activités « vie » liées à un fonds d'investissement (articles 21 à 23 du projet) posent problème. Les auteurs du projet se réfèrent à cet égard à l'article 133, paragraphe 3, de la directive Solvabilité II, qui autorise les États membres, par dérogation au principe de la liberté d'investissement, à prévoir des restrictions à la politique d'investissement si le preneur d'assurance est une personne physique. Cette disposition constitue toutefois un élément du statut prudentiel des entreprises d'assurances, de sorte que le législateur belge ne peut arrêter ces règles d'investissement que pour les entreprises d'assurances pour lesquelles l'État membre d'origine est la Belgique. L'article 23 du projet vise cependant à appliquer les restrictions à la politique d'investissement dès que l'engagement est situé en Belgique³, les entreprises d'assurances, dont le siège principal est établi dans un autre État membre de l'EEE, étant donc également soumises à cette disposition pour les contrats dont l'engagement est localisé en Belgique. L'article 23 en projet ne peut dès lors pas se concrétiser à l'égard de cette dernière catégorie d'entreprises d'assurances.

le 1^{er} janvier 2014 au plus tard (article 309 de la directive Solvabilité II, modifié par la directive 2012/23/UE). Toutefois, la Commission européenne a proposé une modification de la directive qui reporterait la date de transposition au 1^{er} janvier 2015, de ces dispositions entrant en vigueur le 1^{er} janvier 2016 au plus tard (Voir COM(2013) 680 final du 2 octobre 2013).

³ Tel est le cas, sur la base de l'article 5, 33°, en projet, lorsque soit la résidence habituelle, soit, pour le preneur d'assurances qui est une personne morale, l'établissement du preneur d'assurance est situé en Belgique.

4.3.2. Une constatation identique s'impose à l'égard de l'article 22 du projet, dont le régime, en tant qu'élément de la politique d'investissement relative au contrat d'assurance, suit également le principe de la régulation et du contrôle par le pays d'origine.

4.4.1. La distinction entre des matières qui relèvent de la sphère de compétences prudentielle de la BNB et celles qui constituent un élément de la régulation des règles de conduite qui relèveraient de la compétence de la FSMA, n'est pas toujours opérée de manière cohérente dans les dispositions du projet de loi à l'examen.

4.4.2. Ainsi, les articles 8 et 9 du projet interdisent aux assureurs soumis à agrément d'exercer des activités d'assurance ou de souscrire ou d'offrir des contrats d'assurance en Belgique. Toutefois, ces dispositions font double emploi avec les interdictions contenues dans les articles 2bis et 3, § 1^{er}, de la loi de contrôle. En outre, les dispositions précitées paraissent superflues, comme l'indique l'exposé des motifs, pour assurer le « contrôle du périmètre » par la FSMA sur les activités d'assurances non agréées (c'est-à-dire non autorisées) : en effet, la loi du 2 août 2002 'relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers' permet déjà à la FSMA de rechercher l'exercice illicite d'une activité d'assurance et de le sanctionner, le cas échéant, par des amendes administratives ⁴.

4.4.3. On n'aperçoit pas davantage pourquoi les dispositions des articles 19 et 20 en projet sont distraites de la loi de contrôle pour être insérées dans la loi à adopter, dont le projet est actuellement à l'examen. En effet, les dispositions en projet règlent de manière simplifiée l'opposabilité de contrats d'assurance à des tiers à la suite d'une cession de contrats d'assurance ou de portefeuilles d'assurances autorisée par la BNB ou par les autorités compétentes d'un autre État membre. Il s'agit en d'autres termes, de l'effet juridique d'une décision liée au contrôle prudentiel et à propos de laquelle la FSMA n'a aucune compétence dans le modèle bipolaire de contrôle développé dans le projet.

4.4.4. Une question identique se pose à propos de l'article 55 en projet. Dans la mesure où cette disposition vise à imposer l'établissement d'un plan de participation aux bénéfices lorsque la loi ou le contrat prévoit la possibilité de verser une participation aux bénéfices, la question se pose de savoir si cette disposition est bien à sa place dans le projet de loi soumis pour avis, et si un tel dispositif n'est pas davantage lié aux normes prudentielles qui concernent également la solidité financière de l'entreprise d'assurances. Dans ce cas, pareil dispositif semble plutôt relever du domaine régi par la loi de contrôle, de sorte que son insertion dans cette loi doit être envisagée. La circonstance que les auteurs du projet ne souhaitent pas appliquer le dispositif en projet aux entreprises d'assurances de l'EEE constitue en tout cas une indication en ce sens, au même titre que l'article 57, 2°, du projet, dès lors que cette disposition établit en la matière un lien avec les exigences de solvabilité. En effet, cet article 57, 2°, vise à habilitier le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, pris sur avis de la FSMA et de la BNB, à prévoir, pour une ou plusieurs activités d'assurances, à quelles conditions la répartition des bénéfices en faveur des contrats d'assurance n'emporte pas la renonciation définitive à ces montants dans le chef de l'entreprise d'assurances, de sorte que celle-ci pourra encore les utiliser, pendant une période limitée, aux fins du respect des exigences légales en matière de solvabilité.

⁴ Voir, notamment, les articles 35 et 86bis de la loi du 2 août 2002.

4.5. Le projet comporte de nombreuses délégations de pouvoirs au Roi. Des pouvoirs étendus sont parfois conférés (voir par exemple les articles 44, 49, § 2 et 164, alinéa 2, du projet). En ce qui concerne les délégations de pouvoirs au Roi, il y a lieu de rappeler les principes qui régissent les relations entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Conformément à ces principes, les choix politiques essentiels doivent être fixés par le pouvoir législatif mais le soin d'arrêter les modalités de leur mise en œuvre peut être laissé au pouvoir exécutif. Ce procédé garantit que l'essence des normes pourra faire l'objet d'un débat au sein d'une assemblée délibérante démocratiquement élue. Cette exigence est d'autant plus importante lorsque des droits fondamentaux y sont associés, telle l'égalité de traitement des justiciables, ce qui peut par exemple se poser lorsque des critères de segmentation sont fixés (voir ci-dessous).

4.6. Les habilitations précitées en vue d'adopter des réglementations (arrêter des modalités) requièrent généralement un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres « pris *sur* avis de la FSMA », ou encore « pris *sur* avis de la FSMA et de la Banque » (voir par exemple les articles 44, 47, § 2, 56, § 2, et 164, alinéa 2, du projet). À d'autres endroits du projet, à tout le moins dans sa version néerlandaise, il est par ailleurs prévu que l'arrêté royal concerné est pris « *na advies van de FSMA en de Bank* » (voir par exemple les articles 23, § 5, 49, § 2, 55, § 4, et 57 du projet).

Toutefois, les mots « sur avis » – à l'instar des mots « op advies » – semblent être la contraction, d'une part, des mots « après avis de », et, d'autre part, des mots « sur la proposition de ». La question se pose dès lors de savoir quelle est précisément l'intention. Si l'intention est de soumettre le projet de réglementation à adopter, pour avis, à la FSMA et/ou à la BNB, il est préférable d'écrire « après avis de ». Par contre, si l'intention est que la FSMA et/ou la BNB doivent elles-mêmes élaborer un projet, mieux vaudrait alors écrire « sur la proposition de ». On indiquerait ainsi avec plus de précision qui doit prendre l'initiative. Si l'intention est que les deux instances (FSMA et BNB) formulent une proposition, il peut être utile d'indiquer si elles peuvent ou doivent le faire conjointement ou séparément.

Quoi qu'il en soit, le manque d'uniformité rédactionnelle dans le texte néerlandais (tantôt « op advies », tantôt « na advies ») prête à confusion en ce qui concerne sa portée.

4.7. Dans bon nombre de dispositions du texte néerlandais, le mot « artikel » est écrit avec une majuscule, bien que dans un texte continu, ce qui n'est pas correct et, en outre, perturbant. Le projet doit être corrigé sur ce point.

DISPOSITIF

Article 5

5.1. L'article 5 en projet comporte une définition légale, d'une part, de l'« assureur » (article 5, 1°), et, d'autre part, de l'« entreprise d'assurances » (article 5, 2°), la première notion citée ayant un contenu plus étendu : la qualification d'« assureur » s'applique quelle que soit la qualité professionnelle de la personne qui, en tant que partie contractante, offre de souscrire des

contrats d'assurance⁵, alors que la qualification d'« entreprise d'assurances » exige d'être en possession de l'agrément (administratif) requis pour avoir accès aux activités d'assurance⁶. À cet égard, l'exposé des motifs concernant la disposition en projet mentionne à propos de la notion d'« assureur » : « Le fait de tomber ou non dans le champ d'application de la loi dépend uniquement de l'activité exercée et non de la détention ou non d'un agrément permettant d'exercer cette activité ».

Toutefois, la question se pose de savoir si la distinction opérée entre les deux mots est utilisée de manière suffisamment cohérente dans l'ensemble du projet. On n'aperçoit pas, notamment dans les parties du projet qui concernent plutôt les aspects du contrôle des règles de conduite (entre autres les parties 2 et 3)⁷, dans quelle mesure l'application de ces dispositions peut se concevoir à des assureurs autres que les « entreprises d'assurances » agréées. Le cas échéant, les auteurs du projet devront préciser ce point dans l'exposé des motifs.

5.2. L'article 5, 11°, en projet, comprend sous la notion d'« autorisation » soit l'« agrément » pour exercer des activités d'assurance au sens de l'article 14 de la directive Solvabilité II, soit « une autorisation obtenue sous le régime particulier prévu conformément à l'article 4 de la directive 2009/138/CE, pour exercer des activités d'assurance ». Certes, l'article 4 de la directive précitée prévoit un régime dérogatoire, en vertu duquel certaines entreprises d'assurances ne sont pas soumises à la directive, mais ne le lie pas à une « autorisation » ou à tout autre acte administratif constatant que les conditions sont remplies⁸.

Reste alors à savoir ce que le projet entend précisément par la notion d'« autorisation ». En effet, même s'il s'agit d'une entreprise d'une taille modeste qui néanmoins – possibilité que prévoit l'article 4 de la directive Solvabilité II – demande volontairement un agrément et l'obtient ou conserve l'agrément obtenu par le passé, alors qu'elle n'est plus soumise à agrément, elle continuera à relever du régime juridique applicable aux entreprises agréées. Par contre, s'il s'agit d'une entreprise qui n'est pas soumise à agrément et qui n'a pas non plus demandé d'agrément sur une base volontaire, il est alors tout simplement question d'entreprise autorisée, sans que celle-ci ait besoin à cet égard d'une « autorisation préalable » délivrée par les pouvoirs publics, ce qui pourrait cependant suggérer, fût-ce erronément, l'utilisation de la notion d'« autorisation ». La question se pose dès lors de savoir s'il ne vaudrait pas mieux utiliser la notion d'« entreprise autorisée » ou d'« assureur autorisé » au lieu de la notion d'« autorisation ». L'« assureur autorisé » engloberait alors tant l'assureur agréé (obligé ou volontaire) que l'assureur qui peut déployer certaines activités d'assurance sans agrément sur la base de l'article 4 de la directive Solvabilité II.

⁵ La notion d'« assureur » est également utilisée dans la loi actuelle du 25 juin 1992 'sur le contrat d'assurance terrestre', mais sans que la loi prévoit une définition légale à cet égard.

⁶ Ainsi, pour la portée de la notion d'« entreprises d'assurances », il convient de se reporter au champ d'application personnel de la loi de contrôle.

⁷ Contrairement aux parties 4 et 5, qui concernent principalement le droit des contrats d'assurance, et où l'utilisation du mot « assureur », même s'il n'est pas défini juridiquement, était déjà courante également dans la législation existante.

⁸ L'autorité de contrôle ne peut constater qu'une entreprise d'assurances n'est plus soumise à la directive que lorsque cette entreprise était initialement soumise à agrément, mais que ses activités ne dépassent pas par la suite des seuils quantitatifs déterminés (article 4.4 de la directive Solvabilité II).

La définition à l'article 5, 11°, du projet doit de toute façon être adaptée.

5.3. D'une manière plus générale, le Conseil d'État, section de législation, constate que le mot 'autorisation' n'est pas toujours utilisé de façon univoque dans l'ensemble du projet⁹, mais qu'il est également fait usage d'autres termes, comme 'habilitation' ou 'approbation'¹⁰.

Ainsi, par exemple, l'article 8, première phrase, en projet, fait état d'une « approbation », alors que l'on vise en fait un « agrément » (préalable). La même observation vaut sans doute pour l'article 8, deuxième phrase, du projet, qui utilise la notion d'« autorisation », alors que l'on vise sans doute « agrément ». Une observation identique doit être formulée à propos de l'article 9, qui mentionne de nouveaux « approbation » et « habilité », alors que la figure juridique de l'agrément semble chaque fois visée. En effet, l'agrément est l'acte administratif unilatéral émanant de l'autorité compétente qui, en vertu de la réglementation pertinente, est rendu obligatoire et implique une habilitation préalable pour permettre au justiciable d'avoir accès à l'activité visée de l'entreprise. Il s'agit, en tant que tel, d'une forme de contrôle préventif. Il n'est pas requis uniquement pour les entreprises visées à l'article 4 de la directive Solvabilité II auxquelles le principe de la liberté de commerce et d'industrie s'applique dès lors sans restrictions.

Dans un souci de sécurité juridique, il est recommandé d'utiliser une terminologie uniforme permettant de déterminer clairement quelles entreprises sont précisément visées par chacune des dispositions.

5.4. La définition légale de « contrat d'assurance » (article 5, 17°, en projet) dispose qu'une opération de capitalisation est assimilée, pour l'application de la loi, à un contrat d'assurance, dans le cadre duquel le preneur de l'opération de capitalisation est considéré comme le « preneur d'assurance ». Si cette assimilation est fonctionnelle pour l'application des règles en matière de « contrôle des règles de conduite » qui sont insérées dans le projet à l'examen¹¹, elle est plus ambiguë pour l'application des dispositions en matière de droit des contrats d'assurance (parties 4 et 5 du projet) : dès lors que des opérations de capitalisation se caractérisent par l'absence de risque assuré, bon nombre de ces dispositions seront dénuées de sens ou d'objet. Les auteurs du projet feraient bien d'examiner en premier lieu quelles sont les implications concrètes de cette assimilation avant de l'instaurer. Le cas échéant, ils devront également indiquer de manière plus explicite si les opérations de capitalisation assimilées à un contrat d'assurance doivent se concevoir comme un contrat d'assurance terrestre qui relève de l'application de la partie 4 ou comme un autre contrat d'assurance auquel s'applique la partie 5 du projet.

⁹ Voir par exemple l'article 6, § 4, du projet qui, en se référant à l'« autorisation » légalement requise pour exercer des activités d'assurance en Belgique, vise d'autres situations que celles qui relèvent de la notion d'« autorisation », définie à l'article 5, 11°, notamment pour des entreprises qui ne sont pas originaires de l'EEE.

¹⁰ Voir par exemple les articles 8, 9, 22, § 2, 272, § 1^{er}, 303, § 1^{er}, et 304, § 4, du projet.

¹¹ Au demeurant, les opérations de capitalisation font déjà partie, dans la réglementation actuelle sur les assurances, du groupe d'activités « vie » : voir annexe I de l'arrêté royal du 22 février 1991 'portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurances'.

Article 7

6. À la question de savoir s'il n'y a pas une discordance entre la disposition en projet, d'une part, et le commentaire y afférent dans l'exposé des motifs, d'autre part, le délégué a répondu ce qui suit :

« Inderdaad, de tekst van de Memorie kan duidelijker (zowel inhoudelijk als grammaticaal). De Memorie zou dan als volgt kunnen worden aangepast: 'Dit artikel herneemt artikel 2, §§ 1 en 1bis, van de controlewet. Er werd tevens een verwijzing naar de controlewet zelf opgenomen. Dit artikel bepaalt uitdrukkelijk dat de toepassing van dit deel van de wet geen afbreuk aan de verplichtingen die voor de verzekeringsondernemingen voortvloeien uit de wet van 9 juli 1975, de arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 en de wet van 3 juli 1967 betreffende de preventie van of de schadevergoeding voor arbeidsongevallen, voor ongevallen op de weg naar en van het werk en voor beroepsziekten in de overheidssector. De uitdrukkelijke vermelding van de mogelijke toepasselijkheid van voormelde wetten werd overgenomen uit de controlewet. Dit betekent niet dat de bepalingen van andere wetgeving ter bescherming van de consument, zoals bijvoorbeeld de wet van 6 april 2010 betreffende de marktpraktijken en de consumentenbescherming en de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, niet van toepassing zouden zijn. Deze bepalingen blijven onverkort van toepassing inzake verzekeringen, tenzij de verzekeringswetgeving voorziet in een specifieke, meer verregaande bescherming.'

De bepaling in de wet zou ook kunnen worden verduidelijkt als volgt: 'Dit deel doet geen afbreuk aan de verplichtingen die voor de verzekeringsondernemingen voortvloeien uit de wet van 9 juli 1975, de arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 en de wet van 3 juli 1967 betreffende de preventie van of de schadevergoeding voor arbeidsongevallen, voor ongevallen op de weg naar en van het werk en voor beroepsziekten in de overheidssector ».

On peut se rallier à ces propositions.

Article 9

7. Subsidiairement à l'observation générale formulée au point 4.4.2, les auteurs du projet doivent examiner de quelle manière la nullité des contrats prévue par l'article 9, § 2, du projet s'articule avec la possibilité pour le juge, prévue à l'article 86ter, § 1^{er}, 5°, de la loi du 2 août 2002 'relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers', de prononcer la nullité de certains contrats d'assurance vie conclus par des assureurs non agréés. Cette observation s'impose d'autant plus que l'article 9, § 2, alinéa 2, en projet, de la loi tempère les effets juridique de la nullité pour le preneur d'assurance de bonne foi, alors que tel n'est pas le cas de la sanction visée à l'article 86ter de la loi du 2 août 2002.

En outre, la sanction de la nullité prévue par l'article 9, § 2, du projet se heurte aux principes du droit européen de la libre circulation, dans la mesure où elle frappe également la simple méconnaissance de l'obligation de notification préalable à l'utilisation du passeport européen par des entreprises d'assurances ayant leur siège principal dans un autre État membre de l'EEE. En effet, il ressort de la définition d'« entreprise d'assurances habilitée en vertu de la loi à exercer des activités d'assurance », figurant à l'article 6, § 4, du projet, qu'il s'agit également de ces entreprises.

Dans sa communication interprétative concernant la « Liberté de prestation de services et intérêt général dans le secteur des assurances », la Commission européenne a déclaré à ce propos ce qui suit :

« La Commission considère que la procédure de notification prévue par les troisièmes directives de coordination (tant pour les succursales que pour la prestation de services) poursuit un simple objectif d'information mutuelle des autorités de contrôle et n'est pas une mesure visant la protection des consommateurs. Elle ne devrait pas être considérée, de l'avis de la Commission, comme une condition affectant la validité des contrats d'assurance conclus sans avoir préalablement rempli cette procédure. »

Sur ce point également, le dispositif en projet paraît, en ce qui concerne les contrats d'assurance vie, incompatible avec l'article 86*ter* précité de la loi du 2 août 2002 : en effet, l'article 86*ter*, § 3, prévoit précisément que la nullité ne s'applique pas en cas de méconnaissance des obligations de notification par les entreprises qui souhaitent exercer leurs activités en Belgique par le biais de l'établissement d'une succursale ou de la libre prestation de services.

Il convient dès lors de mieux harmoniser les deux régimes.

Article 10

8. L'article 10 du projet vise à interdire aux intermédiaires d'assurance d'intervenir dans la souscription de contrats d'assurance conclus en contravention avec l'interdiction contenue à l'article 9 du projet. Cette disposition fait double emploi avec la règle énoncée à l'article 272, 5°, du projet.

Article 23

9.1. Le Conseil d'État se réfère à l'observation générale relative à cette disposition formulée au point 4.3.1.

Subsidiairement, il convient d'observer qu'il y a une discordance entre, d'une part, le texte de l'article 23, § 2, qui fait mention de la technique d'une « garantie de capital », et d'autre part, l'exposé des motifs qui fait état de « protection de capital ». Dès lors que dans le contexte d'autres législations financières, la définition des deux termes est clairement différenciée¹², cette discordance doit être supprimée.

9.2. Au paragraphe 4, alinéa 1^{er}, il faut remplacer la référence au « paragraphe 1^{er}, 3° » par une référence au « paragraphe 1^{er}, c) ».

9.3. Il y a lieu de clarifier l'articulation entre, d'une part, l'habilitation conférée au Roi par l'article 23, § 5, du projet en vue de préciser les règles par arrêté et, d'autre part, la possibilité pour la FSMA d'accorder des dérogations dans des cas individuels en vertu du paragraphe 4,

¹² Voir, en particulier, l'article 68 de l'arrêté royal du 4 mars 2005 'relatif à certains organismes de placement collectif publics', *MB*, 9 mars 2005.

alinéa 1^{er}, de ce même article. En effet, la question se pose de savoir si la mise en œuvre de l'habilitation au Roi en vue d'édicter des règlements a pour effet de ne plus permettre à la FSMA d'accorder les dérogations individuelles.

Article 25

10. L'article 25 en projet vise à prévoir que « [p]our l'établissement et l'application de tous les documents relatifs à la conclusion et à l'exécution des contrats d'assurance », les assureurs et les intermédiaires d'assurances sont tenus de se conformer aux règles fixées, en vertu de la loi en projet, par le Roi « sur avis » de la FSMA.

On n'aperçoit pas ce que l'on entend par « l'application de tous les documents ». Il convient de le préciser.

Article 26

11.1. L'article 26 du projet reproduit, dans une forme modifiée, l'article 19bis de la loi de contrôle – abrogé par l'article 347, premier tiret, du projet –, selon lequel les clauses des contrats qui ne sont pas conformes à la loi de contrôle ou à ses arrêtés ou règlements pris pour son exécution sont censés, dès la conclusion du contrat, être en conformité avec ces dispositions. La portée de l'article 26 en projet diffère à double titre de l'article 19bis existant de la loi de contrôle. En premier lieu, l'article 19bis de la loi de contrôle porte sur la méconnaissance des obligations imposées par ou en vertu de la loi de contrôle aux entreprises d'assurances. L'article 26, § 1^{er}, du projet, dans sa formulation actuelle, s'applique en revanche à la méconnaissance de toute disposition du projet de loi et des arrêtés et règlements pris pour son exécution qui seront adoptés sur cette base, qui englobent tant le contrôle des règles de conduite proprement dit que le droit des contrats d'assurance, mais pas les obligations prudentielles. En deuxième lieu, l'article 19bis de la loi de contrôle s'étend à toutes les entreprises d'assurances actives en Belgique, alors que le champ d'application spatial de l'article 26 du projet, lu en combinaison avec l'article 24 du projet, est délimité sur la base de la localisation du risque ou de l'engagement en Belgique¹³.

Ces constatations donnent lieu aux observations formulées ci-dessous.

En premier lieu, la place de l'article 26 en projet dans la structure générale de la loi semble indiquer que la disposition qu'il contient ne s'applique que si les (conditions des) contrats d'assurance ne sont pas conformes aux dispositions légales ou aux dispositions d'exécution qui figurent dans la partie 3 du projet. Toutefois, la formulation en termes larges de l'article 26 en projet paraît également indiquer que cet article trouve à s'appliquer à la méconnaissance de chaque disposition du projet ou des arrêtés ou règlements à prendre en exécution de celui-ci. Si une portée aussi large est attribuée à cette disposition, il faut envisager d'insérer la disposition en projet dans la partie 1 du projet.

¹³ Voir, pour les notions de « État membre où le risque est situé » et « État membre de l'engagement », respectivement l'article 5, 33°, et l'article 5, 34°, du projet.

Ensuite, il y a lieu de constater qu'en insérant l'article 26 en projet dans le titre I^{er} de la partie 3, on restreint le champ d'application spatial de cette disposition aux contrats d'assurance dont soit le risque soit l'engagement est situé en Belgique. Il faut observer à cet égard que les règles de rattachement du droit international privé relatives aux contrats d'assurance laissant une marge – certes limitée pour les risques autres que les grands risques – à l'autonomie de volonté dans la détermination du droit applicable aux contrats d'assurance¹⁴. Il résulte de l'utilisation des critères de localisation concernant le risque ou l'engagement pour l'application de l'article 26 en projet que cette disposition ne s'appliquera pas lorsque le risque ou l'engagement est situé en dehors de la Belgique, même si les parties ont inclus dans le contrat qui les lie une clause de choix du droit applicable en faveur du droit belge. La question se pose dès lors de savoir si la délimitation instaurée par l'article 24 du projet, et les effets corrélatifs pour l'application de l'article 26 du projet, est conforme dans tous les cas à l'intention de l'auteur du projet.

Enfin, il convient de lire l'article 26, § 1^{er}, du projet conjointement avec la disposition transitoire contenue à l'article 322 du projet. Cette disposition, qui reproduit l'article 19*bis*, alinéa 2, actuel, de la loi de contrôle, revient à déclarer l'article 26, § 1^{er}, en projet, applicable à tous les contrats qui ont été conclus, prorogés ou modifiés *depuis* l'entrée en vigueur de la loi du 19 juillet 1991 'modifiant la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances et fixant certaines dispositions relatives au fonctionnement de l'Office de Contrôle des Assurances'. La portée matérielle ainsi que la délimitation spatiale de l'article 26, § 1^{er}, en projet, ayant été fortement modifiées par rapport à l'article 19*bis*, actuel, de la loi de contrôle, cette disposition transitoire risque d'affecter de manière rétroactive les contrats d'assurance existants, qui n'étaient pas précédemment visés par l'article 19*bis* de la loi de contrôle.

Il découle de ce qui précède que tant la formulation de l'article 26 du projet et la place de cette disposition dans le projet que le régime transitoire précité doivent encore faire l'objet d'un examen approfondi.

11.2. La disposition en projet utilise côte à côte les notions de « conditions particulières et spéciales » sans indiquer clairement la différence entre les conditions particulières, d'une part, et les conditions spéciales, d'autre part. La même observation vaut pour l'article 30 du projet, dont le paragraphe 2 en projet fait à nouveau mention de « conditions spéciales ». Cette observation s'impose d'autant plus que l'exposé des motifs précise en ce qui concerne cette dernière disposition qu'« il existe une différence de terminologie entre les versions française et néerlandaise de la directive Solvabilité II et la réglementation belge. Ce manque de cohérence peut être source de confusion quant à savoir de quelles conditions il s'agit exactement, soit des spéciales soit des particulières ».

Dans le texte du projet ou, à tout le moins, dans l'exposé des motifs, il faudra dès lors préciser soit dans la partie 3 du projet, soit dans son article 5 ce qu'il faut entendre par « conditions particulières » ou « conditions spéciales ».

¹⁴ Voir l'article 7 du règlement 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 'sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)', JO UE L 177, 4 juillet 2008, p. 6.

Article 27

12. Selon l'exposé des motifs concernant l'article 27 du projet, la disposition en projet vise à renforcer la protection du consommateur d'assurances. Le paragraphe 2 en projet de cet article dispose qu'en cas de doute sur le sens d'une clause c'est l'interprétation la plus favorable au preneur d'assurance qui prévaut si le preneur d'assurance est une personne physique.

Il n'est toutefois pas précisé pour quelle raison le dispositif en projet ne s'applique que dans les cas où l'assureur est une personne physique et non lorsqu'il s'agit d'une personne morale. Interrogé à ce sujet par l'auditeur rapporteur, le délégué a répondu ce qui suit :

« Deze bepaling is analoog aan artikel 40, § 2 van de wet marktpraktijken. De 'ongelijke behandeling' vloeit voort uit de wens om de zwakkere partij in de contractuele verhouding te beschermen. Indien de verzekeringnemer een rechtspersoon is, kan de onderhandelingspositie van beide partijen in de meeste gevallen meer als gelijkwaardig worden beschouwd, waardoor de automatische wettelijke bescherming in geval van twijfel over een beding niet nodig is (desgevallend zal de rechter hier dan over moeten oordelen, o.a. rekening houdende met ontwerpartikel 27, § 1) ».

À cet égard, il faut observer que si l'article 40, § 2, de la loi du 6 avril 2010 'relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur' fixe la règle d'interprétation en faveur d'un « consommateur », tel que défini à l'article 2, 3°, de cette loi¹⁵, l'article 27 du projet étend toutefois cette protection à toute « personne physique », c'est-à-dire également lorsque celle-ci agit dans le cadre de ses activités professionnelles.

Si l'intention est, comme semble le suggérer l'exposé des motifs, de protéger le *consommateur* d'assurances au sens de l'article 2, 3°, de la loi du 6 avril 2010, il conviendra d'adapter la disposition en projet en ce sens. Si en revanche l'intention est, comme le laisse entendre le texte du projet, de protéger également le preneur d'assurance qui est une personne physique lorsque celle-ci agit dans le cadre de ses activités professionnelles, mais de ne pas offrir la même protection au preneur d'assurance qui est une personne morale, il faut pouvoir y donner une justification raisonnablement admissible à la lumière du principe constitutionnel de l'égalité.

Les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, une différence de traitement ne peut toutefois se concilier avec le principe constitutionnel de l'égalité et de la non-discrimination que lorsque cette différence repose sur un critère objectif et est raisonnablement justifiée. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier compte tenu du but et des effets de la mesure concernée ainsi que de la nature des principes en cause; le principe d'égalité est violé lorsqu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

La différence de traitement qui découle du dispositif en projet doit dès lors faire l'objet d'une justification dans le sens précité. Il est recommandé d'insérer cette justification dans l'exposé des motifs.

¹⁵ L'article 2, 3°, de la loi du 6 avril 2010 définit le « consommateur » comme « toute personne physique qui acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel des produits mis sur le marché ».

Articles 32 et 33

13. Le champ d'application spatial des règles en matière de transparence figurant dans la partie 3, titre II, du projet, est délimité, sur la base de l'article 32 en projet, par référence à la situation du risque ou de l'engagement en Belgique. L'article 33 du projet délimite toutefois les obligations qui y sont contenues en faisant référence soit à la communication de documents, soit à l'offre ou à la commercialisation de contrats d'assurance « en Belgique ». La portée de ce dernier critère de délimitation spatial, combiné avec l'article 32, n'est pas claire : si l'intention est de limiter davantage le critère contenu à l'article 32, les auteurs du projet devront en préciser la portée, sinon mieux vaudrait supprimer chaque fois l'ajout « en Belgique » dans l'article 33.

Article 42

14. L'article 42 du projet vise à habiliter le Roi, « sur avis de la FSMA », à définir de manière plus précise les informations requises visées aux articles 36 et 37 du projet et à déterminer les informations complémentaires que les assureurs ou les intermédiaires doivent fournir au preneur d'assurance avant la conclusion du contrat et pendant la durée de celui-ci, ainsi que le mode de communication de ces informations.

Cette habilitation doit bien entendu toujours être lue en tenant compte de l'article 185, point 7, de la directive Solvabilité II, qui prévoit que l'État membre de l'engagement ne peut exiger des entreprises d'assurance vie la fourniture d'informations supplémentaires par rapport à celles mentionnées aux points 2 à 5 du même article 185. Il n'en va autrement que lorsque la fourniture de ces informations supplémentaires est nécessaire à la compréhension effective par le preneur des éléments essentiels de l'engagement.

Par souci de clarté, il est recommandé, pour les assurances du groupe « vie » (voir les articles 39 et 40 du projet), d'insérer expressément cette dernière condition dans la disposition d'habilitation.

Article 44

15. À l'article 44, § 1^{er}, du projet, on supprimera les termes « en vertu de la présente loi », qui sont superflus. En effet, c'est le dispositif en projet lui-même qui habilite le Roi à fixer, « sur avis de la FSMA et de la banque », les règles auxquelles les assureurs sont tenus de se conformer pour l'établissement et l'application de leurs tarifs et conditions.

Articles 46 à 50

16.1.1. L'article 46 du projet, combiné avec l'article 43 de celui-ci, tend à prévoir, en ce qui concerne les contrats d'assurance dont le risque ou l'engagement est situé en Belgique, qu'en cas de segmentation, l'assureur est tenu au respect de la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre certaines formes de discrimination' et de la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes'. L'article 48 du projet dispose que toute segmentation opérée sur le plan de l'acceptation, de la tarification et/ou de l'étendue de la garantie doit être objectivement justifiée par un objectif légitime, et les moyens de réaliser cet objectif doivent être appropriés et nécessaires.

Interrogé sur le rapport entre les articles 46 et 48 du projet et les lois anti-discrimination, le délégué a répondu ce qui suit :

« Op grond van ontwerpartikel 46 is elke verzekeraar in zijn beslissingen op vlak van acceptatie, tarifiering en dekking voor overeenkomsten waarvan het risico dan wel de verbintenis in België is gelegen, gebonden door de antidiscriminatiewetgeving. Dit betekent dat de verzekeraar bij deze beslissingen niet mag discrimineren op grond van de in deze wetgeving opgesomde criteria (religie, geslacht, ...). Het artikel is eigenlijk een loutere bevestiging van het van toepassing zijn van de antidiscriminatiewet in de (pre-)contractuele relaties tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer indien het een overeenkomst betreft waarvan het risico dan wel de verbintenis in België is gelegen.

De bescherming op grond van ontwerpartikel 48 gaat verder. Voor die verzekeringen die worden opgesomd in ontwerpartikel 47 (en voor zover de verzekeringnemer een consument is), moet elk onderscheid (op grond van eender welk criterium, dus niet enkel op grond van de criteria opgesomd in de antidiscriminatiewetgeving) op het vlak van acceptatie, tarifiering en dekking 'objectief worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en moeten de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn'.

Ontwerpartikel 46 is van toepassing van zodra het risico dan wel de verbintenis in België is gelegen, ontwerpartikel 48 is enkel van toepassing als ook de bijkomende voorwaarden uit ontwerpartikel 47 zijn vervuld (aard van de overeenkomst en hoedanigheid van de verzekeringnemer). Binnen haar beperktere toepassingsgebied 'omvat' ontwerpartikel 48 in zekere zin ontwerpartikel 46 wel, omdat op grond van ontwerpartikel 48 elk onderscheid (dus ook op grond van de criteria opgesomd in de antidiscriminatiewetgeving) op het vlak van acceptatie, tarifiering en dekking 'objectief worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en moeten de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn ».

Interrogé sur la nécessité d'insérer la liste des contrats d'assurance dans l'article 47, § 1^{er}, le délégué a encore répondu ce qui suit :

« Ja, want het is enkel voor die 'basisverzekeringen' dat de meer verregaande segmentatieregeling geldt (verbod op discriminerend onderscheid op basis van eender welk criterium (ontwerpartikel 48) + absolute transparantie over de gehanteerde criteria (ontwerpartikel 49, § 1, eerste zin) + motivering om aan te tonen dat het geen discriminatie is (ontwerpartikel 49, § 1, tweede zin)) ».

En ce qui concerne finalement le rapport entre les articles 46, 48 et 49, en projet, le délégué a déclaré :

« Ontwerpartikel 49 bepaalt hoe de verzekeraar moet ‘aantonen’ dat hij ontwerpartikel 48 naleeft, door een transparantie- en motiveringsplicht in verband met de gebruikte criteria op te leggen ¹⁶.

Er is geen directe verhouding tussen ontwerpartikel 49 en ontwerpartikel 46, aangezien ontwerpartikel 49 specifiek betrekking heeft op de situaties die onder ontwerpartikel 47 vallen. Zie ook hierboven, i.v.m. de verhouding tussen de ontwerpartikelen 46 en 48 ».

16.1.2. Mieux vaudrait que l'explication fournie, à savoir que, spécifiquement en ce qui concerne les « contrats de base » visés à l'article 47, § 1^{er}, du projet, outre les obligations qui découlent déjà des lois anti-discrimination existantes, s'appliquera l'obligation en projet à l'article 48 ¹⁷ selon laquelle chaque segmentation, quel que soit le critère sur lequel elle se fonde, doit pouvoir être justifiée objectivement par un but légitime et les moyens d'atteindre celui-ci doivent être appropriés et nécessaires, figure explicitement dans l'exposé des motifs.

Ensuite, on n'aperçoit pas ce qu'ajoute l'article 46 du projet, combiné avec l'article 43 du projet, à l'ordonnancement juridique existant. En effet, les lois anti-discrimination mentionnées à l'article 46 du projet sont applicables à toutes personnes, tant dans le secteur public que dans le secteur privé, en ce compris les pouvoirs publics, en ce qui concerne « l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public ». Si la disposition en projet, combinée avec l'article 43 (qui vise tous les contrats d'assurance dont le risque ou l'engagement est situé en Belgique), a pour objet, en tant que *lex specialis*, d'influencer encore le champ d'application des lois générales anti-discrimination à l'égard des contrats d'assurance, il y a lieu de le préciser et, le cas échéant (en cas de restriction du champ d'application) de pouvoir le justifier. En effet, à première vue, l'assujettissement aux lois anti-discrimination découle déjà du champ d'application de ces lois.

En outre, la question se pose de savoir pourquoi l'article 46 en projet se réfère uniquement aux lois anti-discrimination qui y sont mentionnées. Ainsi, il n'est pas fait référence – par exemple pour les cas de discrimination indirecte – à la loi du 30 juillet 1981 ‘tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie’.

16.2. L'article 47, § 2, du projet autorise le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, pris « sur avis » de la FSMA, à étendre, l'application « de tout ou partie » des dispositions du chapitre en projet (dont font partie les articles 46 à 50) à d'« autres contrats d'assurance » et à déterminer les modalités de cette extension.

Dès lors que l'article 46, qui vise tous les contrats d'assurance dont le risque ou l'engagement est situé en Belgique, fait également partie du chapitre concerné, on n'aperçoit pas à quels autres contrats d'assurance l'application de cet article 46 peut être étendue. On n'aperçoit

¹⁶ L'article 49, § 2, du projet habilite le Roi à imposer ou exclure certains critères (même si l'usage de ce critère nécessite une justification « objective » et « appropriée » au sens de l'article 48 du projet).

¹⁷ Ainsi que les obligations connexes en matière de motivation et de transparence, mentionnées aux articles 49 et 50 du projet.

pas non plus si l'habilitation à étendre le champ d'application des articles 48 à 50, que prévoit l'article 47, § 2, du projet, demeure limitée à d'autres contrats d'assurance conclus avec un consommateur au sens de l'article 2, 3°, de la loi du 6 avril 2010 (tel qu'il est visé à l'article 47, § 1^{er}, du projet), ou si cette habilitation en matière d'extension et de fixation des modalités de celle-ci peut également se rapporter à des contrats d'assurance conclus avec d'autres preneurs d'assurance que des consommateurs.

Il y a lieu dès lors de le préciser dans la disposition en projet.

16.3. Ensuite, l'article 47, § 2, en projet, ne concorde pas avec ce que l'exposé des motifs mentionne à ce sujet. En effet, l'habilitation en projet prévoit que le Roi prendra l'arrêté, après sa délibération en Conseil des ministres, « sur avis de la FSMA », alors que l'exposé des motifs indique que l'arrêté d'extension à adopter est pris « sur avis de la FSMA et de la Banque Nationale », ce qui paraît plus conforme à l'intention des auteurs du projet. En tout cas, il faudra veiller à ce que la disposition en projet et son commentaire dans l'exposé des motifs soient mis en conformité.

16.4. Enfin, l'article 49, § 2, du projet habilite le Roi à déterminer, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, pris sur avis de la FSMA, le cas échéant par type de contrat d'assurance, les critères de segmentation qui peuvent être utilisés par l'assureur ou qui ne peuvent pas l'être. Il s'agit en l'occurrence d'une délégation étendue dont on peut se demander si elle ne concerne pas un aspect essentiel du dispositif de segmentation, de sorte qu'il reviendrait plutôt au législateur d'opérer à ce sujet les choix essentiels. En tout cas, lorsqu'il prendra l'arrêté, le Roi sera lié par les normes supérieures et, en particulier, par le principe constitutionnel d'égalité, l'interdiction de discrimination et la législation anti-discrimination précitée.

Article 52

17. À l'article 52, on écrira, comme dans d'autres dispositions du projet (voir l'article 33, § 2, du projet), « publicités » ou éventuellement « publicités et autres documents de commercialisation » au lieu de « supports publicitaires ».

Article 135

18. L'article 135, § 4, en projet, reproduit les articles 68 et 69 existants de la loi de contrôle et prévoit qu'un assureur qui ne respecte pas les obligations prévues par ou en vertu de l'article 135 du projet « est présumé ne plus fonctionner en conformité avec les dispositions de la loi du 9 juillet 1975 ». La portée de cette disposition n'est pas claire : si l'intention de l'auteur du projet est de confier le contrôle du non-respect de cette disposition à la BNB en tant qu'élément de son contrôle général du respect de la loi du 9 juillet 1975, il y a lieu d'envisager de ne pas transférer la disposition dans le projet de loi à l'examen. Si, en revanche, les auteurs du projet entendent confier le contrôle du respect de cet article à la FSMA, il faudra remplacer la référence que l'article 135, § 4, fait à la loi du 9 juillet 1975 par une référence à la loi dont le projet est actuellement à l'examen.

Article 164

19. En ce qui concerne la portée étendue de l'habilitation accordée au Roi par l'article 164, alinéa 2, du projet, on se reportera à l'observation formulée au point 4.5.

Interrogé sur les effets de la disposition en projet en ce qui concerne la loi interprétative du 19 juillet 2013 'de l'article 97 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre', qui n'est manifestement pas reproduite, le délégué a déclaré :

« De interpretatieve wet bepaalt dat artikel 97 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst in die zin wordt uitgelegd dat, enerzijds, het toepassingsgebied van hoofdstuk II van titel III alle persoonsverzekeringsovereenkomsten bestrijkt waarbij het zich voordoen van het verzekerde voorval alleen afhankelijk is van de menselijke levensduur, zelfs indien de partijen de wederzijdse prestaties hebben geëvalueerd zonder rekening te houden met de voorvalswetten en, anderzijds, de bij dit hoofdstuk bedoelde verzekeringen geacht worden uitsluitend gericht te zijn op de uitkering van een vast bedrag.

De interpretatieve wet blijft momenteel bestaan, maar kan eventueel worden verwerkt in het ontwerp ».

Le projet doit apporter des précisions à cet égard.

Article 230

20. On n'aperçoit pas pourquoi une définition légale distincte des termes « contrat d'assurance » (voir l'article 5, 17°, du projet) vaut pour l'application de la partie 5 du projet, qui concerne « [l]e contrat d'assurance autre que le contrat d'assurance terrestre visé dans la partie 4 ». Si cette définition devait encore être supprimée, il faudrait veiller à ce que la partie 5 du projet fasse systématiquement mention de « contrat d'assurance » au lieu d'« assurance ».

Article 262

21. L'article 262 du projet comporte, pour l'application de la partie 6, « L'intermédiation en assurances et la distribution d'assurances », une liste de définitions dont le lien avec la liste des définitions figurant à l'article 5 du projet, n'est pas toujours claire. Ainsi, la notion de « intermédiation en assurances » et sa définition figurent à l'article 5 du projet, mais la question se pose de savoir s'il ne vaut pas mieux l'insérer dans l'article 262 en projet. La même question se pose en sens inverse pour les notions de « courtier d'assurances » et « agent d'assurances » figurant à l'article 262, 2° et 3°, du projet.

Toujours à ce propos, il faut observer de manière plus générale que l'insertion de définitions s'appliquant spécifiquement à la partie 6 (notamment « État membre d'origine », « État membre d'accueil », « autorités compétentes », ...) est de nature à créer une ambiguïté, dès lors que l'article 5 du projet contient déjà une définition générale de notions identiques, qui vaudra pour l'application du projet et des arrêtés à prendre en exécution de celui-ci. Il est dès lors recommandé de différencier suffisamment les notions pour éviter toute confusion à ce sujet. Ainsi, par exemple, la notion d'« État membre d'origine de l'intermédiaire d'assurances » peut

spécifiquement être définie dans la partie 6, laquelle notion doit alors être utilisée de manière conséquente dans cette partie.

Article 263

22. Interrogé sur le point de savoir pourquoi l'actuel article 2, § 1^{er}, de la loi du 27 mars 1995 'relative à l'intermédiation en assurances et en réassurances et à la distribution d'assurances' n'est pas reproduit dans le projet, ce qui ne contribue pas à la clarté du champ d'application de la partie 6 du projet ni à celle des exclusions visées à l'article 263, le délégué a répondu :

« Artikel 2, § 1 W1995 wordt wel overgenomen, nl. in ontwerpartikel 4, § 2 (zie ook de informatieve concordantietabel). Het toepassingsgebied van de wet wordt in het algemene deel uiteengezet; het toepassingsgebied van deel 6 (en de uitsluitingen hierop wat dit deel betreft) wordt duidelijk door ontwerpartikel 4, § 2 samen te lezen met ontwerpartikel 263. Artikel 2, § 1 W1995 werd vooraan in het algemene deel opgenomen, omdat de ontwerpwet niet enkel in deel 6 verplichtingen voor tussenpersonen bevat ».

Article 264

23. À la question de savoir si le membre de phrase « exerçant des activités d'assurance » figurant dans l'article 264 en projet est bien utilisé correctement, dès lors que cette disposition concerne une entreprise d'assurances exerçant l'activité de la distribution directe et non celle d'assurance, le délégué a répondu ce qui suit :

« Akkoord. Het begrip werd gewijzigd vanuit het algemene idee om doorheen de wet een coherent woordgebruik te hanteren, maar in deze bepaling kan de omschrijving inderdaad terug worden gewijzigd in de oorspronkelijke tekst van de W1995 'die in België werkzaam is' ».

Il y a lieu d'adapter l'article en projet dans ce sens.

Article 303

24. À l'article 303, § 3, du projet, on écrira dans le texte néerlandais « gespecialiseerde afdelingen » au lieu de « gespecialiseerde deels » et « afdelingen eigen aan » au lieu de « deels eigen aan ».

Articles 344 à 346

25. Du point de vue de la technique législative, il n'est pas d'usage d'insérer déjà dans un projet de loi des dispositions visant à modifier certaines dispositions de celui-ci, lesquelles entreront en vigueur à une date ultérieure à celle de la loi en projet.

Il peut être envisagé d'insérer dans le projet deux versions des dispositions concernées, à savoir une version qui entre d'abord en vigueur et une deuxième version qui s'appliquera dans le futur. À cet égard, il faudra alors prévoir explicitement que la deuxième version entrera en vigueur à une date à fixer par le Roi et qu'à cette date, la première version sera abrogée.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Marleen VERSCHRAEGHEN

Wilfried VAN VAERENBERGH