



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 58.419/1
van 9 december 2015

over

een voorontwerp van wet ‘op
het statuut van en het toezicht
op de verzekerings- of
herverzekeringsondernemingen’

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 58.419/1
du 9 décembre 2015

sur

un avant-projet de loi ‘relative
au statut et au contrôle des
entreprises d’assurance ou de
réassurance’

Op 3 november 2015 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Economie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘op het statuut van en het toezicht op de verzekerings- of herverzekeringsondernemingen’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 24 en 25 november 2015. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Wouter PAS, staatsraden, Marc RIGAUX en Michel TISON, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Karel VAN HULLE, expert, is bij toepassing van artikel 82, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, ter raadpleging geroepen.

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 Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 9 december 2015.

*

Le 3 novembre 2015, 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, sur un avant-projet de loi ‘relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance’.

L'avant-projet a été examiné par la première chambre les 24 et 25 novembre 2015. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Wouter PAS, conseillers d'État, Marc RIGAUX et Michel TISON, assesseurs, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Karel VAN HULLE, expert, a été appelé en consultation, en application de l'article 82, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

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 Marnix VAN DAMME, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 9 décembre 2015.

*

1. Overeenkomstig 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.

Rekening houdend met de omvang en de techniciteit van het om advies voorgelegde voorontwerp van wet en met de termijn die haar voor haar onderzoek is gelaten, heeft de afdeling Wetgeving het onderzoek meer in het bijzonder gericht op een aantal belangrijke aandachtspunten, waaronder in de eerste plaats de overeenstemming van het voorontwerp met 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” genoemd.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

2. De regeling met betrekking tot het prudentieel toezicht op verzekerings- en herverzekeringsondernemingen is, wat het interne recht betreft, in essentie vervat in twee wetten, zijnde de wet van 9 juli 1975², wat de controle der verzekeringsondernemingen betreft, en de wet van 16 februari 2009³, wat de controle der herverzekeringsondernemingen betreft. Deze wetten zijn tot stand gekomen ter omzetting van diverse Europese richtlijnen in de betrokken materie en hebben nadere uitvoering gekregen in uiteenlopende koninklijke besluiten.⁴

Op zowel het Europese als het internrechtelijke niveau werden een aantal nadelen ervaren met betrekking tot de bestaande regeling van prudentieel toezicht op verzekerings- en herverzekeringsondernemingen. Die nadelen situeerden zich onder meer op het vlak van de berekening van de risico's waaraan de verzekerings- of herverzekeringsondernemingen worden blootgesteld en waarbij niet steeds rekening zou worden gehouden met de werkelijke risico's. Voorts werd ook het gebrek aan voldoende geharmoniseerde regels inzake technische voorzieningen of op het vlak van *governance* en het toezicht op groepen van verzekeringsondernemingen als een nadeel ervaren. Zo zou bijvoorbeeld het gebrek aan een geharmoniseerde regeling inzake technische voorzieningen een concurrentievervalsing in de hand hebben gewerkt tussen ondernemingen die in verschillende lidstaten zijn gevestigd.

Om een antwoord te bieden op de nadelen van de bestaande regeling van prudentieel toezicht op verzekerings- en herverzekeringsondernemingen werd op het Europese niveau Solvabiliteit II tot stand gebracht. De regeling van deze Europese richtlijn is gesteund op

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

² Wet van 9 juli 1975 ‘betreffende de controle der verzekeringsondernemingen’.

³ Wet van 16 februari 2009 ‘op het herverzekeringsbedrijf’.

⁴ Zie onder meer het koninklijk besluit van 22 februari 1991 ‘houdende algemeen reglement betreffende de controle op de verzekeringsondernemingen’, het koninklijk besluit van 14 november 2003 ‘betreffende de levensverzekeringsactiviteit’, en het koninklijk besluit van 27 september 2009 ‘tot uitvoering van de wet van 16 februari 2009 op het herverzekeringsbedrijf’.

drie pijlers waarvan de finaliteit er telkens in bestaat om voor de toekomst de nadelen weg te werken waarmee de bestaande regeling gepaard is gegaan. Zo worden in Solvabiliteit II kwantitatieve vereisten geformuleerd met betrekking tot de technische voorzieningen en het eigen vermogen (eerste pijler). Daarnaast worden de kwalitatieve normen beschreven waaraan de verzekerings- en herverzekeringsondernemingen moeten voldoen inzake *governance* en risicobeheer. Ook het toezichtsproces waaraan deze ondernemingen door de toezichthouder worden onderworpen, wordt gedetailleerd uitgewerkt (tweede pijler). Tot slot worden de informatie- en publicatieverplichtingen van de betrokken ondernemingen naar zowel de toezichthouder als het publiek nader geregeld (derde pijler).

Solvabiliteit II houdt een herschikking in van al bestaande Europese richtlijnen met betrekking tot het prudentieel toezicht op verzekerings- en herverzekeringsondernemingen, en bevat daarnaast een groot aantal inhoudelijk nieuwe of meer in detail uitgewerkte voorschriften met betrekking tot dat toezicht. Belangrijk is ook te benadrukken dat, waar in het verleden het gebrek aan de vereiste harmonisatie werd aangeklaagd, met Solvabiliteit II wordt gestreefd naar een maximale harmonisatie van de in de lidstaten toe te passen regels met betrekking tot het toezicht op verzekerings- en herverzekeringsondernemingen.⁵ Deze vaststelling is niet onbelangrijk in het licht van het onderzoek van de overeenstemming van het om advies voorgelegde ontwerp van wet met Solvabiliteit II.

3. Het om advies voorgelegde ontwerp van wet strekt ertoe om de bepalingen van Solvabiliteit II in het interne recht om te zetten. Op een aantal bepalingen van het ontwerp na, die in werking treden op de dag van hun bekendmaking⁶, is het de bedoeling om de ontworpen regeling op 1 januari 2016 in werking te laten treden.⁷

Zoals in Solvabiliteit II het geval is, herschikt het ontwerp van wet reeds bestaande wetsbepalingen die vroegere Europese richtlijnen hebben omgezet in het interne recht en worden die bepalingen geïntegreerd in een nieuw, coherent geacht normengeheel. Daarnaast strekt de ontworpen regeling tot het implementeren van Solvabiliteit II door hetzij de bepalingen ervan zonder meer over te nemen, hetzij bepalingen ervan over te nemen maar deze tegelijk meer uit te werken ter wille van een efficiënte toepassing ervan in de Belgische rechtsorde.

4. Het ontwerp van wet bestaat uit tien boeken.

Boek I (artikelen 1 tot 16) bevat de algemene bepalingen betreffende het doel en het toepassingsgebied van de ontworpen wet. Ook worden een groot aantal definities ingeschreven en wordt het gebruik in België geregeld van gereserveerde namen zoals onder meer “verzekeringsonderneming” of “herverzekeraar”.

⁵ “Maximale harmonisatie in de gehele Gemeenschap van deze procedures en prudentiële beoordelingen is derhalve van essentieel belang” (Solvabiliteit II, overweging 75).

⁶ Artikel 763, tweede lid, van het ontwerp.

⁷ Artikel 763, eerste lid, van het ontwerp. De datum van 1 januari 2016 stemt overeen met die welke wordt voorgeschreven in artikel 309, lid 1, tweede alinea, van Solvabiliteit II, met dien verstande dat in artikel 309, lid 1, eerste alinea, van Solvabiliteit II wordt bepaald dat de lidstaten uiterlijk op 31 maart 2015 de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking doen treden om aan de in die alinea opgesomde artikelen en bijlagen van de richtlijn te voldoen.

Het omvangrijke Boek II (artikelen 17 tot 549) bevat de regelgeving betreffende de verzekerings- en herverzekeringsondernemingen naar Belgisch recht: de toegang tot het bedrijf (titel I), de bedrijfsuitoefeningsvoorwaarden (titel II), bijzondere bepalingen betreffende bepaalde categorieën verzekeringsondernemingen (titel III), het toezicht op de ondernemingen (titel IV), het toezicht op verzekerings- en herverzekeringsgroepen en aanvullend toezicht op financiële conglomeraten (titel V), in moeilijkheden of in een onregelmatige situatie verkerende verzekerings- en herverzekeringsondernemingen (titel VI) en het beëindigen van de vergunning (titel VII).

Boek III (artikelen 550 tot 601) heeft betrekking op de verzekerings- en herverzekeringsondernemingen naar buitenlands recht.

Boek IV (artikelen 602 en 603) betreft de dwangsommen en andere dwangmaatregelen.

Boek V (artikelen 604 tot 609) regelt de sancties.

Boek VI (artikelen 610 tot 639) bevat de voor verzekeringsondernemingen geldende regels van het internationaal privaatrecht inzake saneringsmaatregelen en liquidatieprocedures.

Boek VII (artikelen 640 tot 644) betreft de materieelrechtelijke aspecten van liquidatieprocedures.

Boek IX (artikelen 645 tot 762) bevat de slot-, wijzigings-, overgangs- en opheffingsbepalingen.

Boek X (artikel 763) tenslotte regelt de inwerkingtreding.

OVEREENSTEMMING MET SOLVABILITEIT II

5. In artikel 5, tweede lid, van het ontwerp wordt met het herverzekeringsbedrijf gelijkgesteld “de dekking die een herverzekeringsonderneming voor eigen rekening biedt aan een instelling voor bedrijfspensioenvoorziening die onder de toepassing valt van de titels II en III van de wet van 27 oktober 2006 betreffende het toezicht op de instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening”. Dit lijkt niet verenigbaar met de omschrijving van de activiteiten van herverzekering in artikel 13, lid 7, van Solvabiliteit II, waarbij ervan wordt uitgegaan dat een risico wordt overgedragen door een verzekeringsonderneming of een herverzekeringsonderneming. Een pensioenfonds bijvoorbeeld is geen verzekeringsonderneming en kan derhalve de risico's slechts overdragen aan een verzekeraar.

6. In artikel 22, eerste lid, van het ontwerp wordt bepaald dat bij de vergunningsaanvraag die aan de Bank⁸ wordt voorgelegd, een administratief dossier wordt gevoegd “dat voldoet aan de door de Bank gestelde voorwaarden en dat met name het in

⁸ De Nationale Bank van België (zie artikel 15, 82°, van het ontwerp).

artikel 35 bedoelde programma van werkzaamheden bevat, alsook een beschrijving van het governancesysteem van de verzekerings- of herverzekeringsonderneming en van de nauwe banden die zij met andere personen heeft”. Zoals artikel 22, eerste lid, van het ontwerp is geredigeerd, wordt het aan de Bank overgelaten om vrij de minimale inhoud van het administratief dossier te bepalen. Er moet evenwel op worden gewezen dat, via het vastleggen van de minimale inhoud van het administratief dossier, niet mag worden afgeweken van artikel 18 van Solvabiliteit II, waarin de voorwaarden voor het verlenen van een vergunning worden beschreven. Vraag is of, rekening houdend met deze vaststelling en de blijkbaar ruime bevoegdheid die op dat punt aan de Bank wordt gegeven, de bevoegdheid van deze laatste niet nauwkeuriger moet worden omschreven in de tekst van het ontwerp.

7. In artikel 26, derde lid, maar ook in andere bepalingen van het ontwerp,⁹ wordt melding gemaakt van de uitoefening van een “onafhankelijke controlefunctie”. Vraag is op welke wijze dat begrip zich verhoudt tot het begrip “sleutelfunctie”, zoals dat voorkomt in onder meer de artikelen 26, lid 3, en 42 van Solvabiliteit II. Die vraag is des te meer relevant ermee rekening houdend dat in artikel 42, § 1, 4°, van het ontwerp het begrip “onafhankelijke controlefuncties” wordt omschreven als “passende onafhankelijke sleutelfuncties inzake interne audit, risicobeheer, *compliance* en actuariaat” en in andere bepalingen van het ontwerp, zoals artikel 56, § 2, eerste lid, gebruik wordt gemaakt van de term “sleutelfuncties”. Ter wille van de eenvormigheid en de duidelijkheid kan worden geopteerd voor het gebruik van de term “sleutelfuncties” in plaats van “controlefuncties” zodat op die wijze tevens beter zou worden aangesloten bij de terminologie van Solvabiliteit II. In ieder geval verdient het aanbeveling om het begrip “sleutelfunctie” nader te omschrijven in de tekst van het ontwerp, al was het maar om het duidelijker af te bakenen ten aanzien van het begrip “controlefunctie”.

8. Het bepaalde in artikel 31, derde lid, van het ontwerp houdt in dat toepassing moet worden gemaakt van artikel 176, eerste alinea, van Solvabiliteit II, waarin ook voorzien wordt in een verplichte kennisgeving door de toezichthoudende autoriteiten van de lidstaten aan EIOPA¹⁰. In artikel 31, derde lid, van het ontwerp wordt enkel melding gemaakt van een kennisgeving aan de Europese Commissie en de toezichthouders van de andere lidstaten. In artikel 31, derde lid, van het ontwerp moet tevens van de kennisgeving aan EIOPA melding worden gemaakt.

Een gelijkaardige opmerking geldt ten aanzien van sommige andere bepalingen van het ontwerp zoals artikel 73¹¹.

9. Luidens artikel 42, § 2, van het ontwerp is het governancesysteem, bedoeld in paragraaf 1 van die bepaling, “uitputtend uitgewerkt” en staat het “in verhouding tot de aard, de omvang en de complexiteit van de risico’s die aan het bedrijfsmodel en aan de activiteiten van de verzekerings- of herverzekeringsonderneming zijn verbonden”.

⁹ Zie onder meer de artikelen 54 en 82 van het ontwerp.

¹⁰ *European Insurance and Occupational Pensions Authority*.

¹¹ Kennisgeving verplicht overeenkomstig artikel 176, derde alinea, van Solvabiliteit II.

In de commentaar die in de memorie van toelichting bij artikel 42, § 2, van het ontwerp, wordt gegeven, wordt het volgende vermeld:

“Paragraaf 2 van ontwerpartikel 42 zorgt voor de omzetting van [artikel 41, lid 2], van de Richtlijn.¹² Enerzijds bekrachtigt deze paragraaf een verplichting tot uitputtende uitwerking van de organisatieregeling, met name een organisatie die aangepast is aan de specifieke kenmerken van de onderneming en derhalve aan al haar activiteiten, en anderzijds het evenredigheidsbeginsel, dat kan leiden tot een verlichting van de vereisten voor kleinere structuren.”

Vastgesteld moet worden dat in artikel 41, lid 2, van Solvabiliteit II geen melding wordt gemaakt van het “uitputtend uitwerken” van het governancestelsel.¹³ Bovendien wordt met dergelijke terminologie de indruk gewekt dat er voor de betrokken ondernemingen geen enkele beoordelingsvrijheid meer wordt gelaten om hun governancestructuur op bepaalde punten zelf te organiseren. Ook draagt het gebruik van die terminologie niet bij tot de interne coherentie van de ontworpen regeling waarin, enerzijds, aan een zekere evenredigheid wordt gerefereerd en, anderzijds, een vereiste van een “uitputtende” uitwerking wordt voorgeschreven dat precies lijkt in te gaan tegen de evenredigheidsnotie.

Deze vaststelling wordt niet ongedaan gemaakt door de volgende toelichting van de gemachtigde:

“Le caractère exhaustif ne porte pas préjudice au principe de proportionnalité. Il indique qu’aucun aspect de la gouvernance des entreprises ne doit être exempt d’un examen déterminant les mesures que l’entreprise doit ou ne doit pas prendre, eu égard à sa situation concrète.

Het gebruik van de term ‘passend’ is niet strijdig met de in de Richtlijn gebruikte term ‘proportioneel’.

Artikel 42, § 2 van de ontwerpwet bevestigt bovendien uitdrukkelijk het evenredigheidsbeginsel, dat kan leiden tot een verlichting van de vereisten voor kleinere structuren.”

De tekst van het ontwerp zou op dit punt aan een bijkomend onderzoek moeten worden onderworpen.

10. In artikel 44 van het ontwerp wordt aan het wettelijk bestuursorgaan de eindverantwoordelijkheid opgedragen voor het functioneren van de verzekerings- of herverzekeringsonderneming, waaronder het vastleggen en controleren van de strategie en de doelstellingen van de onderneming alsmede het risicobeleid. In artikel 40 van Solvabiliteit II wordt er de lidstaten evenwel opgedragen om ervoor te zorgen “dat het bestuurlijk, beleidsbepalend of toezichhoudend orgaan van de verzekerings- of herverzekeringsonderneming de eindverantwoordelijkheid draagt voor de naleving door de betrokken onderneming van de

¹² In de Nederlandse tekst van de memorie van toelichting is de verwijzing naar “artikel 74, lid 2 van de Richtlijn” niet correct.

¹³ In artikel 41, lid 1, eerste alinea, van Solvabiliteit II wordt melding gemaakt van “een doeltreffend governancestelsel dat voor een gezonde en prudente bedrijfsvoering zorgt”, terwijl luidens artikel 41, lid 2, van dezelfde richtlijn het governancestelsel “proportioneel” is “aan de aard, omvang en complexiteit van de verrichtingen van de verzekerings- of herverzekeringsonderneming”.

wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die overeenkomstig deze richtlijn worden vastgesteld”. Aan het wettelijk bestuursorgaan wordt derhalve ook de eindverantwoordelijkheid opgedragen voor het naleven door de onderneming van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die in artikel 40 van Solvabiliteit II worden bedoeld. Dit zou duidelijker tot uitdrukking moeten worden gebracht in de tekst van artikel 44 van het ontwerp.

11. In artikel 56, § 2, eerste lid, van het ontwerp wordt bepaald dat “[h]et risicobeheersysteem (...) perfect geïntegreerd [is] in de organisatiestructuur en de besluitvormingsprocedures van de verzekerings- of herverzekeringsonderneming”. In artikel 44, lid 1, tweede alinea, van Solvabiliteit II wordt evenwel bepaald dat het “Risk managementsysteem (...) doeltreffend en goed geïntegreerd [is] in de organisatiestructuur en de besluitvormingsprocessen van de verzekerings- of herverzekeringsonderneming”. Een “perfecte integratie” wordt blijkbaar niet beoogd in Solvabiliteit II, afgezien nog van de vraag of dergelijke integratie in de praktijk mogelijk is. De tekst van artikel 56, § 2, eerste lid, van het ontwerp zou om die redenen het best de terminologie van Solvabiliteit II overnemen.

12. In de artikelen 74 en 75 van het ontwerp wordt iedere verzekerings- of herverzekeringsonderneming de verplichting opgelegd om voldoende eigen of kernvermogen te hebben om “permanent” het vastgestelde solvabiliteitskapitaalvereiste respectievelijk minimumkapitaalvereiste te dekken.

Het vereiste van permanente dekking roept vooral vragen op wat het solvabiliteitskapitaalvereiste betreft.¹⁴ Een permanente dekking impliceert immers dat het solvabiliteitskapitaalvereiste in de praktijk steeds boven honderd procent zal moeten zijn gesitueerd ermee rekening houdend dat het eigen vermogen als gevolg van de marktconsistente waardering volatiel is. In artikel 100, lid 1, van Solvabiliteit II wordt evenwel niet voorgeschreven dat er, wat het solvabiliteitskapitaalvereiste betreft, een “permanente” dekking moet zijn. De vraag rijst trouwens hoe in de praktijk zal worden nagegaan of er effectief een “permanente” dekking is van het solvabiliteitskapitaalvereiste, aangezien uit artikel 152, § 1, eerste lid, van het ontwerp voortvloeit dat het solvabiliteitskapitaalvereiste slechts “ten minste eenmaal per jaar” moet worden berekend door de verzekerings- of herverzekeringsondernemingen,¹⁵ hetgeen te weinig zou zijn om een voortdurend inzicht met betrekking tot de “permanente” dekking te verwerven.

Hetgeen voorafgaat maakt dat – zeker wat de “permanente” dekking van het solvabiliteitskapitaalvereiste betreft – de Raad van State, afdeling Wetgeving, zich afvraagt of

¹⁴ Inzake het minimumkapitaalvereiste wordt in artikel 128 van Solvabiliteit II evenmin in een vereiste van “permanente” dekking voorzien. Omdat het evenwel een vereiste betreft dat niet dezelfde functie heeft als het solvabiliteitskapitaalvereiste zou in voorkomend geval een verantwoording kunnen bestaan voor een “permanente” dekking van het minimumkapitaalvereiste, dat trouwens overeenkomstig artikel 189, § 4, eerste lid, van het ontwerp, “ten minste eenmaal per kwartaal” moet worden berekend door de verzekerings- of herverzekeringsondernemingen (zie ook artikel 129, lid 4, eerste lid, van Solvabiliteit II). Het verdient niettemin aanbeveling dat enige verduidelijking zou worden gegeven omtrent de reden waarom in het ontwerp het vereiste van “permanente” dekking van het minimumkapitaalvereiste wordt ingeschreven in tegenstelling tot wat in Solvabiliteit II het geval is.

¹⁵ Dat is in overeenstemming met het bepaalde in artikel 102, lid 1, van Solvabiliteit II.

niet het best wordt aangesloten bij Solvabiliteit II waarin het permanentievereiste niet wordt gesteld.

13. In artikel 81, § 1, eerste lid, van het ontwerp worden de verzekerings- of herverzekeringsondernemingen ertoe verplicht de Bank voorafgaandelijk in kennis te stellen van het voorstel tot benoeming van de leden van het wettelijk bestuursorgaan en van de leden van het directiecomité of, bij ontstentenis van een directiecomité, van de personen belast met de effectieve leiding, evenals van de verantwoordelijken voor de onafhankelijke controlefuncties. Uit artikel 81, § 2, eerste lid, van het ontwerp volgt dat de benoeming van de voornoemde personen voorafgaandelijk ter goedkeuring wordt voorgelegd aan de Bank.

Deze regeling lijkt moeilijk te sporen met de geest van Solvabiliteit II, zoals die treffend is beschreven in overweging 99 van de Gedelegeerde Verordening (EU) 2015/35 van de Commissie van 10 oktober 2014,¹⁶ waarin onder meer het volgende wordt vermeld:

“Teneinde de toezichthoudende autoriteit in staat te stellen, indien nodig, tijdig corrigerende maatregelen te treffen, dienen verzekerings- en herverzekeringsondernemingen tijdig de toezichthoudende autoriteit in kennis te stellen van informatie over alle personen die de onderneming daadwerkelijk besturen of voor andere sleutelfuncties verantwoordelijk zijn, en van andere informatie die vereist is om de deskundigheid en betrouwbaarheid van deze personen te beoordelen. In het besef dat moet worden vermeden dat verzekerings- of herverzekeringsondernemingen of toezichthouders te zwaar worden belast, behoeft deze kennisgeving door verzekerings- of herverzekeringsondernemingen echter niet van tevoren door de toezichthoudende autoriteit te worden goedgekeurd. Ingeval de toezichthoudende overheid concludeert dat een persoon niet aan de in Richtlijn 2009/138/EG vastgelegde deskundigheids- en betrouwbaarheidsvereisten voldoet, moet zij de bevoegdheid hebben van de onderneming te eisen dat zij de betrokken persoon vervangt.”

In artikel 81 van het ontwerp lijkt effectief te worden uitgegaan van het vereiste van een “voorafgaande goedkeuring” door de toezichthoudende overheid. Indien de tekst van het ontwerp op dat punt ongewijzigd zou blijven, doet de steller van het ontwerp er goed aan om in de memorie van toelichting te verduidelijken op welke wijze artikel 81 van het ontwerp volgens hem valt te verzoenen met de aan Solvabiliteit II ten grondslag liggende bedoeling zoals die in de aangehaalde overweging van de Gedelegeerde Verordening is beschreven.

14. In de inleidende zin van artikel 92, tweede lid, van het ontwerp wordt melding gemaakt van de uitbesteding van “operationele taken”. In de overeenkomstige bepaling van artikel 49, lid 2, van Solvabiliteit II wordt evenwel melding gemaakt van “kritieke of belangrijke operationele functies of werkzaamheden”. Gelet op het streven naar maximale harmonisatie dat aan Solvabiliteit II ten grondslag ligt, wordt de tekst van het ontwerp op dit punt het best meer afgestemd op artikel 49, lid 2, van Solvabiliteit II.

¹⁶ Gedelegeerde Verordening (EU) 2015/35 van de Commissie van 10 oktober 2014 ‘tot aanvulling van Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II)’.

15. Artikel 101 van het ontwerp luidt:

“De Bank kan de inhoud en de wijze van indiening van de in deze Afdeling bedoelde informatie preciseren bij reglement vastgesteld met toepassing van artikel 12bis, § 2 van de wet van 22 februari 1998.”

De bevoegdheid die aldus wordt toegekend aan de Bank om verdere invulling te geven aan het verslag over de solvabiliteit en de financiële positie lijkt hier op gespannen voet te kunnen komen met het bepaalde in artikel 56 van Solvabiliteit II dat op dat vlak bevoegdheden toekent aan de Commissie en EIOPA.

Ook met betrekking tot andere bepalingen van het ontwerp, zoals de artikelen 201 en 404, waarin aan de Bank een bevoegdheid wordt verleend die niet lijkt uit te sluiten dat zij mede de inhoud van de aan haar te verstrekken informatie vastlegt, moet worden nagegaan of dergelijke verdergaande reglementering wel in overeenstemming is met Solvabiliteit II en de uitvoeringsmaatregelen ervan.

16. In artikel 139 van het ontwerp wordt niet met zoveel woorden bepaald dat de Bank kan eisen dat een onderneming het niveau van haar technische voorzieningen verhoogt indien zij vaststelt dat de onderneming de bepalingen ter zake niet naleeft.

In de commentaar die in de memorie van toelichting bij artikel 139 van het ontwerp wordt gegeven, wordt in dat verband onder meer het volgende vermeld:

“Het spreekt voor zich dat de Bank kan eisen dat een onderneming het niveau van haar technische voorzieningen verhoogt indien ze vaststelt dat deze onderneming de bepalingen van deze onderafdeling niet naleeft. Vanuit dit oogpunt lijkt het niet nodig om artikel 85 van de Richtlijn uitdrukkelijk om te zetten.”

Deze vermelding in de memorie van toelichting ten spijt verdient het ter wille van de rechtszekerheid aanbeveling dat ook artikel 85 van Solvabiliteit II effectief wordt omgezet in de tekst van het ontwerp.

17. De artikelen 190 tot 193 van het ontwerp strekken tot het omzetten van diverse onderdelen van artikel 132 van Solvabiliteit II. Het bepaalde in artikel 133, lid 3, van Solvabiliteit II inzake de beperking van de beleggingsvrijheid voor tak 23-producten wordt blijkbaar niet omgezet. In de memorie van toelichting wordt onder “4. De opties van de Richtlijn en de Belgische keuzes”, in dat verband het volgende vermeld:

“Deze optie moet worden beschouwd als een maatregel ter bescherming van de verzekeringsconsumenten. In die hoedanigheid werd ze niet omgezet in het voorliggende wetsontwerp, maar wel in artikel 20 van de wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen.”

In de artikelen 20 tot 23 van de wet van 4 april 2014 ‘betreffende de verzekeringen’ wordt de beleggingsvrijheid voor levensverzekeringsovereenkomsten gekoppeld aan een beleggingsfonds (tak 23) in verschillende opzichten beperkt.

Met betrekking tot de vermelde regeling merkte de Raad van State, afdeling Wetgeving, in zijn advies betreffende het wetsontwerp dat de wet van 4 april 2014 is geworden¹⁷ het volgende op:

“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 passen zodra de verbintenis in België is gelegen, 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.”

In de memorie van toelichting bij het voornoemde wetsontwerp trad de Regering de zienswijze van de Raad van State als volgt bij:

“Zoals uiteengezet in het advies van de Raad van State (punt 4.3.1.), vormen de bepalingen in verband met de beleggingsregels en de principiële beleggingsvrijheid uit de richtlijn Solvabiliteit II een onderdeel van die bepalingen die het bedrijfseconomisch statuut van de ondernemingen regelen. Hoewel artikel 133, lid 3 van de richtlijn refereert naar de activa waaraan de verzekeringsuitkeringen zijn verbonden en bovendien uitdrukkelijk bepaalt dat het enkel die producten betreft waarvan het beleggingsrisico bij de verzekeringnemer ligt (en dus niet bij de verzekeringsonderneming), maakt ook deze bepaling, gelet op haar plaats in de richtlijn, deel uit van de bepalingen die het bedrijfseconomisch statuut van de ondernemingen regelen. Ten gevolge hiervan behoort de bevoegdheid inzake deze beleggingsbeperkingen dan ook tot de lidstaten van herkomst van de verzekeringsondernemingen. De lidstaten dienen de relevante bepalingen van de richtlijn echter maar om te zetten tegen 31 maart 2015. Deze datum werd bovendien al verschillende malen uitgesteld sinds de publicatie van de richtlijn. Bovendien wordt er met de in voorbereiding zijnde Europese regelgeving om de consumentenbescherming in de financiële dienstverlening te verbeteren een transversaal regelgevingskader voor de zogenaamde PRIPs (Packaged Retail Investment Products) in het vooruitzicht gesteld. Gelet hierop werd er voor geopteerd het toepassingsgebied van de in de wet opgenomen regels vooralsnog niet te beperken afhankelijk van de herkomst van de verzekeraar.”¹⁸

De Raad van State stelt vast dat, niettegenstaande het voornemen van de Regering om aan het advies van de Raad van State tegemoet te komen ter gelegenheid van de omzetting in het interne recht van Solvabiliteit II, het voorliggende wetsontwerp geen aanpassing doorvoert aan de regeling betreffende de beperkingen op de beleggingsvrijheid. Het komt de Raad van

¹⁷ Adv.RvS 54.452/1 van 20 december 2013 over een voorontwerp van wet ‘betreffende de verzekeringen’, *Parl.St. Kamer*, 2013-14, nr. 53-3361/001, p. 234.

¹⁸ *Parl.St. Kamer* 2013-14, nr. 53-3361/001, p. 21.

State, afdeling Wetgeving, voor dat wel degelijk zou moeten worden voorzien in een wijziging van artikel 20 van de wet van 4 april 2014, teneinde het toepassingsgebied ervan – in overeenstemming met Solvabiliteit II – te beperken tot de verzekeringsondernemingen waaraan door de Belgische toezichthouder vergunning is verleend.

18. In artikel 190, tweede lid, van het ontwerp, wordt aan de Bank de bevoegdheid verleend om te verduidelijken wat moet worden verstaan onder een “*prudent person*”. Het “*prudent person*”-beginsel wordt evenwel al omschreven in artikel 132, leden 2 tot 4, van Solvabiliteit II, welke bepalingen worden omgezet in de artikelen 191 tot 193 van het ontwerp. In de mate de aan de Bank verleende bevoegdheid om het begrip “*prudent person*” te verduidelijken, zou inhouden dat de omschrijving van dat begrip in artikel 132, leden 2 tot 4, van Solvabiliteit II wordt aangevuld, dreigt afbreuk te worden gedaan aan het streven naar maximale harmonisatie dat aan Solvabiliteit II ten grondslag ligt.

19. Aan het einde van artikel 191, derde lid, van het ontwerp, zijn de woorden “, waarbij rekening wordt gehouden met alle verwoorde beleidsdoelstellingen”, die voorkomen aan het einde van artikel 132, lid 2, derde alinea, van Solvabiliteit II, niet weergegeven. Tenzij er een bijzondere reden zou zijn waarom de richtlijn op dat punt niet wordt gevolgd – welke reden dan het best in de memorie van toelichting wordt uiteengezet – dient de redactie van artikel 191, derde lid, van het ontwerp op dat punt beter te worden afgestemd op die van artikel 132, lid 2, derde alinea, van Solvabiliteit II.

20. Overeenkomstig artikel 197, § 1, van het ontwerp mogen, onder de in die paragraaf vermelde voorwaarden, de verzekerings- of herverzekeringsondernemingen de activa die zij aanhouden ter dekking van de technische voorzieningen met betrekking tot risico's die in de Europese Economische Ruimte (EER) zijn gelegen, buiten die Ruimte lokaliseren.¹⁹

In zoverre deze bepaling de mogelijkheid insluit tot verplichte lokalisatie in de EER van activa die worden aangehouden ter dekking van de technische voorzieningen voor risico's gelegen in de EER, staat deze op gespannen voet met het bepaalde in artikel 134, lid 1, eerste alinea, van Solvabiliteit II, dat luidt:

“Met betrekking tot verzekeringsrisico's gelegen in de Gemeenschap verplichten de lidstaten niet dat de activa die worden aangehouden tegenover de technische voorzieningen met betrekking tot deze risico's, binnen de Gemeenschap of in een bepaalde lidstaat gelokaliseerd zijn.”

21. In artikel 214, eerste lid, van het ontwerp wordt bepaald dat, voor elk type van product dat het voorwerp uitmaakt van haar activiteit, de verzekeringsonderneming vóór de toepassing ervan, aan de Bank de grondslagen en de methodes meedeelt die zij gebruikt voor het opstellen van haar tarifiering, de berekening van de afkoopwaarden, de reductiewaarden en de technische voorzieningen, alsook de vergoedingen die ze toepast.

¹⁹ De redactie van de inleidende zin van artikel 197, § 1, zou in de Nederlandse tekst (“maar buiten die Ruimte lokaliseren”) aan duidelijkheid winnen indien zou worden geschreven “enkel buiten die Ruimte lokaliseren” of “slechts buiten die Ruimte lokaliseren”.

In dat verband moet worden gewezen op het bepaalde in artikel 182, eerste alinea, van Solvabiliteit II, dat luidt:

“De lidstaten eisen geen voorafgaande goedkeuring of systematische mededeling van de algemene en bijzondere voorwaarden van de verzekeringsovereenkomsten, de tarieven, de met name voor de berekening van de tarieven en de technische voorzieningen gehanteerde technische grondslagen en de formulieren en andere documenten waarvan de levensverzekeringsonderneming gebruik wil maken in haar betrekkingen met de verzekeringnemers.”

De Raad van State, afdeling Wetgeving, ziet niet op welke wijze de in artikel 214, eerste lid, van het ontwerp vervatte mededelingsplicht spoort met het verbod van “voorafgaande goedkeuring of systematische mededeling” dat voortvloeit uit artikel 182, eerste alinea, van Solvabiliteit II. De eerbiediging van dergelijk verbod is nochtans essentieel in het kader van de interne markt.

Deze conclusie wordt niet weerlegd door de gemachtigde waar die verklaart:

“Il ne s’agit pas d’une approbation mais d’une notification. Cette notification n’est donc pas une condition préalable à l’exercice de l’activité et le prescrit de la directive est respecté.”

Abstractie makend van de bedoeling die ten grondslag ligt aan de betrokken mededeling aan de Bank, moet worden opgemerkt dat in artikel 182, eerste alinea, van Solvabiliteit II, wel degelijk ook aan een “mededeling” wordt gerefereerd. Daarenboven blijkt niet uit de tekst van het ontwerp dat die mededeling niet een “condition préalable à l’exercice de l’activité” is, zoals de gemachtigde het omschrijft.

22. In artikel 241, § 1, van het ontwerp wordt aan de Koning de bevoegdheid verleend om “de in artikel 240 bedoelde vereisten [te] preciseren en [aan te vullen]”. Die bevoegdheid geldt evenwel “[o]nverminderd de bevoegdheden van de Europese Commissie als bepaald in artikel 210, lid 2 van Richtlijn 2009/138/EG”, d.w.z. dat de bevoegdheid die aan de Koning wordt toegekend om bijkomende eisen te stellen inzake finite herverzekering geen afbreuk kan doen aan de bevoegdheid van de Europese Commissie om op grond van artikel 210, lid 2, van Solvabiliteit II verdere maatregelen te nemen. Desondanks kan worden betwijfeld of dergelijke regeling strookt met artikel 210 van Solvabiliteit II, waarbij ervan wordt uitgegaan dat wordt gekomen tot een “*single EU rulebook*”. Dat is niet mogelijk indien elke lidstaat daar verdere regels aan toevoegt.

Een gelijkaardige vaststelling dringt zich op met betrekking tot de bevoegdheid die in artikel 243 van het ontwerp aan de Koning wordt gegeven om, op advies van de Bank, de voorwaarden vast te stellen voor het verlenen van vergunningen aan effectiseringsvehikels. Ook met betrekking tot die bepaling rijst de vraag of deze wel strookt met *in casu* artikel 211, lid 2, van Solvabiliteit II.

23. In artikel 272 van het ontwerp worden de voorwaarden opgesomd waaraan verzekeringsondernemingen moeten voldoen opdat zij onder de toepassing zouden vallen van hoofdstuk II, “Ondernemingen die wegens hun omvang aan een bijzondere regeling zijn

onderworpen”. In artikel 272, 4°, van het ontwerp wordt één van die voorwaarden omschreven als volgt: “het bedrijf van de onderneming omvat geen herverzekeringsverrichtingen”. Dat impliceert dat kleine verzekeringsondernemingen die herverzekeringsverrichtingen uitvoeren op een absolute wijze worden uitgesloten van de toepassing van het voornoemde hoofdstuk.

De gemachtigde deelde in dat verband het volgende mee:

“La quatrième condition prévue sous l'article 272 en projet vise l'interdiction de pratiquer une activité de réassurance.

De ce point de vue, la loi en projet est un peu plus sévère que la Directive dont l'article 4, paragraphe 1^{er}, e) permet une activité de réassurance très limitée.

En fait, la disposition précitée peut viser deux situations. La première est celle d'une entreprise qui ne pratiquerait que la réassurance. Dans ce cas, celle-ci doit, en matière de réassurance, limiter son encaissement à 500 000 EUR et ses provisions techniques à 2 500 000 EUR. Elle respecte par ailleurs les seuils prévus pour l'assurance puisqu'elle n'y a pas d'activité. Force est de constater que les seuils prévus par la Directive sont extrêmement bas surtout s'agissant d'une activité de réassurance. Il a été jugé préférable de ne pas autoriser une entreprise à ne pratiquer que la réassurance sous des niveaux hypothéquant fortement ses possibilités de survie et de développement.

La seconde situation vise une entreprise pratiquant à la fois l'assurance, pour laquelle elle doit respecter les seuils de l'article 4, paragraphe 1^{er}, a), b) et c) de la Directive (voir ci-dessus) et la réassurance, pour laquelle son encaissement et ses provisions techniques ne peuvent représenter que 10 % des montants correspondant de son activité d'assurance directe. A nouveau, il s'agit de seuils extrêmement bas pour une entreprise pratiquant la réassurance rendant l'exercice de cette dernière peu viable. En outre, dès lors qu'elles ne pratiquent pas la réassurance, cette exigence ne modifie en rien la situation actuelle des entreprises en activité qui peuvent prétendre au bénéfice des dispositions du présent Chapitre.

On notera qu'il n'est pas possible pour une entreprise de dépasser les seuils prévus par l'article 4 de la Directive en matière d'assurance et d'obtenir une quelconque dispense au motif qu'elle respecterait les seuils prévus pour la réassurance. La phrase liminaire de l'article 4, paragraphe 1^{er} précise en effet que toutes les conditions prévues aux points a) à e) doivent être remplies simultanément.

Les services de la Banque proposent d'ajouter l'explication ci-avant au commentaire des articles.”

De aangehaalde verduidelijking verantwoordt niet de absolute uitsluiting van kleine verzekeringsondernemingen die herverzekeringsverrichtingen uitvoeren en verklaart onvoldoende waarom dergelijke uitsluiting in overeenstemming zou kunnen worden geacht met de meer graduele benadering die ten grondslag ligt aan artikel 4, lid 1, e), van Solvabiliteit II, waarin slechts welbepaalde herverzekeringsactiviteiten worden beoogd.

24. In artikel 303 van het ontwerp is geen bepaling opgenomen die kan worden geacht de omzetting te zijn van het bepaalde in artikel 28, tweede alinea, van Solvabiliteit II, naar luid waarvan de toezichthoudende autoriteiten rekening moeten houden met de mogelijke procyclische effecten van hun optreden wanneer zich uitzonderlijke bewegingen op de financiële markten voordoen. Naar het zeggen van de gemachtigde zal artikel 303 van het ontwerp op dat punt worden aangevuld met het oog op een meer volledige omzetting van Solvabiliteit II.

25. Luidens artikel 34, lid 6, van Solvabiliteit II worden de toezichthoudende bevoegdheden tijdig en op proportionele wijze uitgeoefend. Deze bepaling wordt blijkbaar niet omgezet in artikel 304 van het ontwerp. De gemachtigde verwijst in dat verband naar het bepaalde in artikel 303, § 2, 3°, van het ontwerp – dat evenwel strekt tot het omzetten van artikel 29 van Solvabiliteit II – en naar “de algemene beginselen van administratief recht”. Niettemin zou de rechtszekerheid ermee zijn gebaat indien artikel 304 van het ontwerp zou worden aangevuld met een bepaling die op een meer uitgesproken wijze strekt tot het omzetten van artikel 34, lid 6, van Solvabiliteit II.

Een gelijkaardige opmerking kan worden gemaakt bij artikel 513 van het ontwerp waarin het bepaalde in artikel 141, tweede alinea, van Solvabiliteit II niet is omgezet.²⁰

26. In artikel 324 van het ontwerp wordt de informatie opgesomd die de Bank jaarlijks aan EIOPA moet verstrekken. De betrokken bepaling strekt tot het omzetten van artikel 52, lid 1, van Solvabiliteit II. Vraag is evenwel of daarmee ook wordt tegemoet gekomen aan de plicht tot informatieverstrekking aan EIOPA die voortvloeit uit artikel 77septies, lid 1, van Solvabiliteit II. Anders dan wat in de aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, meegedeelde concordantietabel wordt vermeld, valt immers niet in te zien waarom artikel 77septies van Solvabiliteit II geen omzetting in het interne recht zou behoeven.

27. In artikel 417, tweede lid, van het ontwerp wordt melding gemaakt van het meedelen aan de toezichthouders van “vertrouwelijke informatie” (informations confidentielles). In artikel 417, derde lid, van het ontwerp wordt dan weer melding gemaakt van “relevante informatie” (informations pertinentes). Ook in artikel 417, tweede lid, van het ontwerp zou het begrip “relevante informatie” moeten worden gebruikt. Dit zou niet enkel de redactionele eenvormigheid van artikel 417 van het ontwerp ten goede komen, maar zou tevens beter aansluiten op de terminologie van artikel 249, lid 1, van Solvabiliteit II.

28. Artikel 652, § 2, van het ontwerp luidt:

“In afwijking van artikel 56 beschikken de verzekerings- of herverzekeringsondernemingen over een termijn van zes maanden vanaf de inwerkingtreding van deze wet om te voldoen aan de verplichting tot oprichting van een risicobeheerfunctie in overeenstemming met het genoemde artikel 56.”

Er moet worden vastgesteld dat niet in dergelijke uitgestelde toepassing van de verplichtingen inzake de risicobeheerfunctie met zes maanden vanaf de inwerkingtreding van de wet wordt voorzien in Solvabiliteit II.

²⁰ In artikel 141, tweede alinea, van Solvabiliteit II, wordt melding gemaakt van “proportionele maatregelen” die de omvang en duur van de verslechtering van de solvabiliteitspositie van de betrokken verzekerings- of herverzekeringsonderneming weerspiegelen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKING

29. In het om advies voorgelegde ontwerp van wet komen diverse bepalingen voor waarin aan de Bank de bevoegdheid wordt verleend om, bij reglement vastgesteld met toepassing van artikel 12bis, § 2, van de wet van 22 februari 1998 ‘tot vaststelling van het organiek statuut van de Nationale Bank van België’, regelgevend op te treden (zie onder meer de artikelen 60, 83, § 3, tweede lid, en 281, § 2, derde lid, van het ontwerp).

De gemachtigde deelde in dat verband het volgende mee:

“Het wetsontwerp bepaalt duidelijk dat het reglementen betreft vastgesteld met toepassing van artikel 12bis, § 2 van de wet van 22 februari 1998 tot vaststelling van het organiek statuut van de Nationale Bank van België (hierna ‘de wet van 22 februari 1998’).

Artikel 12bis, § 2 van de wet van 22 februari 1998 bepaalt dat:

‘In de toezichtsaangelegenheden waarvoor zij bevoegd is, kan de Bank reglementen vaststellen ter aanvulling van de betrokken wettelijke of reglementaire bepalingen betreffende technische punten.

Zonder afbreuk te doen aan de raadpleging waarin in andere wetten of reglementen is voorzien, kan de Bank overeenkomstig de procedure van de open raadpleging, de inhoud van elk reglement dat zij overweegt vast te stellen, toelichten in een consultatieronde en deze bekendmaken op haar website voor eventuele opmerkingen van belanghebbende partijen.

Deze reglementen hebben slechts uitwerking na goedkeuring door de Koning en bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad. De Koning kan wijzigingen aanbrengen aan deze reglementen of deze regels zelf vaststellen indien de Bank geen reglement heeft vastgesteld.’

Gelet op de verwijzing naar artikel 12bis, § 2 van de wet van 22 februari 1998, spreekt het voor zich dat het toepassingsgebied van de regelgevende bevoegdheid van de Bank terzake beperkt is tot het vaststellen van reglementen ‘ter aanvulling van de betrokken wettelijke of reglementaire bepalingen betreffende technische punten’.

Deze regelgevende bevoegdheid laat toe om via reglement de wettelijke bepalingen over het zeer gespecialiseerde domein van het prudentieel toezicht op de verzekerings- en herverzekeringsondernemingen te verduidelijken en er nadere regels voor vast te stellen, om rekening te houden met de technische, specifieke en evolutieve aard van de aangelegenheden waarop zij van toepassing zullen zijn. Deze aanpak verhoogt de rechtszekerheid en zorgt ervoor dat de soepelheid bewaard blijft die nodig is om snel te kunnen reageren op evoluties.

Deze aanpak biedt dezelfde garanties als de uitoefening van de regelgevende bevoegdheid door de Koning aangezien de reglementen maar uitwerking hebben nadat ze zijn goedgekeurd door de Koning en in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd zijn.”

De aan de Bank met toepassing van artikel 12bis, § 2, van de wet van 22 februari 1998 gedelegeerde bevoegdheden kunnen toelaatbaar worden geacht, mits zij uiteraard niet verder strekken dat de “technische punten”, aan welk begrip uitdrukkelijk wordt gerefereerd in de betrokken wetsbepaling.

ARTIKELSGEWIJZE OPMERKINGENArtikel 15

30. In artikel 15, 26°, van het ontwerp vervange men in de Nederlandse tekst de term “vennootschapsvorm” door “rechtsvorm” (in de Franse tekst gebruikt men de term “forme sociale”). De term “rechtsvorm” omvat bijvoorbeeld ook de onderlinge verzekeringsverenigingen die geen vennootschappen zijn.

31. In de Nederlandse tekst van artikel 15, 46°, b), van het ontwerp vervange men na het tweede streepje het woord “kwaliteit” door het woord “hoedanigheid”.

Artikel 47

32. In artikel 47, eerste lid, van het ontwerp is de zinsnede “, met name ten opzichte van de betrokken groep,” niet duidelijk. De draagwijdte ervan zou minstens in de memorie van toelichting nader moeten worden uiteengezet, temeer daar het in het betrokken lid voor de Bank wordt mogelijk gemaakt om een gehele of gedeeltelijke afwijking van de verplichtingen die voortvloeien uit de artikelen 45 en 46 van het ontwerp toe te staan.

Artikel 54

33. In artikel 54, § 1, eerste lid, van het ontwerp wordt als één van de onafhankelijke “controlefuncties” vermeld “een risicobeheerfunctie”. De persoon die dergelijke functie uitoefent dient overeenkomstig artikel 54, § 1, tweede lid, van het ontwerp “onafhankelijk [te zijn] van de bedrijfseenheden en operationele functies van de onderneming”. In artikel 56, § 3, eerste lid, van het ontwerp wordt bepaald dat het hoofd van de risicobeheerfunctie lid is van het directiecomité. Vraag is of de laatstgenoemde persoon steeds zal kunnen worden geacht te beantwoorden aan het vereiste van onafhankelijkheid ten aanzien van de bedrijfseenheid die instaat voor het risicobeheer en of op dat punt de samenhang tussen de artikelen 54, § 1, tweede lid, en 56, § 3, eerste lid, van het ontwerp niet aan een bijkomend onderzoek moet worden onderworpen.

Artikel 100

34. In artikel 100 van het ontwerp wordt de verzekerings- of herverzekeringsondernemingen de mogelijkheid geboden om, mits toestemming van de Bank, bepaalde informatie niet in het jaarlijks te publiceren verslag over hun solvabiliteit en financiële positie op te nemen. Wanneer de onderneming hiervoor de toestemming heeft verkregen, moet ze hiervan melding maken in het verslag, met opgave van de redenen hiervoor.

Wanneer de verzekerings- of herverzekeringsonderneming een genoteerde onderneming is, is ze ertoe gehouden om onmiddellijk tot openbaarmaking over te gaan van voorkennis die rechtstreeks op haar betrekking heeft, evenwel met de mogelijkheid om de

bekendmaking onder strikte voorwaarden en op eigen verantwoordelijkheid uit te stellen.²¹ Bovendien zijn de genoteerde vennootschappen onderworpen aan bijzondere periodieke openbaarmakingsverplichtingen,²² bovenop de verplichtingen die op hen rusten op grond van het Wetboek van Vennootschappen.

Ter wille van de rechtszekerheid verdient het aanbeveling dat de steller van het ontwerp nader de onderlinge verhouding en wisselwerking zou verduidelijken tussen de informatieverplichtingen als genoteerde vennootschap, enerzijds, en de mogelijkheid om bepaalde informatie niet bekend te maken op grond van artikel 100 van het ontwerp, anderzijds.

Artikel 107

35. De artikelen 107 en volgende van het ontwerp hebben onder meer betrekking op de “opening” (ouverture) van dochterondernemingen en bijkantoren in het buitenland. Er dient op te worden toegezien dat telkens dezelfde terminologie wordt gebruikt wanneer hetzelfde begrip wordt beoogd. Dat lijkt nu niet steeds het geval te zijn. Zo wordt in artikel 107, eerste lid, van het ontwerp melding gemaakt van de “oprichting” (constituer) van een dochteronderneming in het buitenland.

Artikel 151

36. In artikel 151, § 2, tweede lid, van het ontwerp, moeten de woorden “solvabiliteitskapitaal” en “capital de solvabilité” worden vervangen door, respectievelijk, “solvabiliteitskapitaalvereiste” en “capital de solvabilité requis”.

Artikel 191

37. In artikel 191, derde lid, van het ontwerp hebben de woorden “in het belang van alle verzekeringnemers en begunstigden”, in de Nederlandse tekst, niet een identieke connotatie als de woorden “dans le meilleur intérêt de tous les preneurs d’assurance et de tous les bénéficiaires”, in de Franse tekst. Hetzelfde geldt voor de woorden “in het belang” en “au mieux des intérêts” in artikel 191, vierde lid, van het ontwerp. De terminologie in de Nederlandse en de Franse tekst van de ontworpen bepalingen zou op dat punt meer eenvormig moeten worden gemaakt.

Artikel 336

38. In artikel 336 van het ontwerp wordt melding gemaakt van “de leiders van de verzekerings- of herverzekeringsonderneming”. Dit begrip wordt niet nader omschreven in het

²¹ Zie artikel 10, § 1, van de wet van 2 augustus 2002 ‘betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten’.

²² Zie het koninklijk besluit van 14 november 2007 ‘betreffende de verplichtingen van emittenten van financiële instrumenten die zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereglementeerde markt’.

ontwerp, ook niet in boek II, titel II, hoofdstuk III, afdeling III, van het ontwerp (“Leiding en leiders”). Een omschrijving van dat begrip zou niet enkel de duidelijkheid ten goede komen, maar is ook wenselijk ermee rekening houdend dat de ontworpen wet diverse verplichtingen oplegt ten aanzien van de “leiders”.

Artikel 503

39. Naar het zeggen van de gemachtigde is het de bedoeling om in artikel 503, § 2, tweede lid, van het ontwerp te verwijzen naar artikel 19 (en niet artikel 17) van de betrokken verordeningen.

Artikel 549

40. In artikel 549 van het ontwerp wordt aan de Bank de mogelijkheid geboden om, in de context van de beëindiging van de vergunning van een verzekerings- of herverzekeringsonderneming, in geval van het verslechteren van de financiële situatie van de onderneming, deze situatie uit eigen beweging ter kennis te brengen van de rechtbank van koophandel. Deze mededeling geldt dan als een aangifte van faillissement in de zin van artikel 6 van de faillissementswet van 8 augustus 1997. De memorie van toelichting verduidelijkt dat artikel 549 van het ontwerp aan de Bank de mogelijkheid wil bieden om in te grijpen “[i]ndien er ondanks of als gevolg van de tenuitvoerlegging van de herstel- en/of afwikkelingsmaatregelen wordt vastgesteld dat een faillissementsprocedure moet worden geopend”.

Teneinde de bepaling beter te doen aansluiten bij de door de steller van het ontwerp beoogde bedoeling verdient het aanbeveling om in de tekst van de bepaling uitdrukkelijk te refereren aan de wettelijke voorwaarden voor faillietverklaring, in plaats van aan het vage criterium van de “verslechtering van de financiële situatie”. Ook doet de steller van het ontwerp er goed aan om nauwkeuriger in de wettekst te omschrijven in welke gevallen aan de Bank de mogelijkheid wordt geboden om een kennisgeving te doen aan de rechtbank van koophandel, met de eraan gekoppelde rechtsgevolgen: anders dan wat de memorie van toelichting thans laat uitschijnen, kan immers tot kennisgeving worden overgegaan in alle gevallen van verlies van de vergunning.

In artikel 549 van het ontwerp wordt de kennisgeving door de Bank aan de rechtbank van koophandel gelijkgesteld met een aangifte van faillissement, die, in het stelsel van de faillissementswet, als eenzijdige rechtshandeling in beginsel enkel toekomt aan de handelaar zelf. Het is de Raad van State, afdeling Wetgeving, niet duidelijk op welke wijze de gelijkstelling van de kennisgeving door de Bank met een aangifte van faillissement aan de verzekeringsonderneming zelf de gelegenheid biedt om partij te worden in de faillissementsprocedure en om in het bijzonder daarbij haar rechten van verdediging te laten gelden. Teneinde hieraan tegemoet te komen, en om redenen van consistentie met de algemene principes van de faillissementswet, zou de mogelijkheid voor de Bank om een faillissementsprocedure in te stellen beter ingebed moeten worden in een tegensprekelijke procedure, vergelijkbaar met de situatie waarbij de faillissementsprocedure wordt opgestart door

het Openbaar Ministerie of de voorlopige bewindvoerder als bedoeld in artikel 8 van de faillissementswet.

Artikelen 604 en 605

41. Artikel 604 van het ontwerp voorziet voor de Bank in de mogelijkheid om administratieve geldboetes op te leggen voor gedragingen die met toepassing van artikel 605 van het ontwerp evenzeer het voorwerp van strafrechtelijke tenlasteleggingen kunnen uitmaken. In dat verband verwijst de Raad van State, afdeling Wetgeving, naar de opmerking die hij heeft geformuleerd in advies 54.982/2 van 27 januari 2014 over de artikelen 347 en 348 van het voorontwerp van wet 'op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen'.²³

In dat advies merkte de Raad van State, afdeling Wetgeving, onder meer het volgende op:

“Wat het cumuleren van die twee types sancties betreft, wordt verwezen naar de algemene opmerking nr. 1 van advies 52.870/2, op 5 maart 2013 verstrekt, over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 30 juli 2013 'tot versterking van de bescherming van de afnemers van financiële producten en diensten alsook van de bevoegdheden van de Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten en houdende diverse bepalingen (I)', waarin het volgende gesteld wordt:

‘Sommige bepalingen van het voorontwerp voegen in verscheidene wetgevingen teksten in die ofwel rechtstreeks, ofwel door verwijzing naar artikel 36 van de wet van 2 augustus 2002 'betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten', inzonderheid naar paragraaf 2 ervan, ofwel door bepalingen te wijzigen die de administratieve geldboetes betreffen, het mogelijk maken dat zulke sancties worden opgelegd door de FSMA. Het betreft de artikelen 2, 9, 28, 46, 49, 53, 57, 58, 62 en 63.

In verband met een bepaling die een soortgelijke strekking had, te weten artikel 50, § 3, van het voorontwerp dat aanleiding heeft gegeven tot de wet van 21 december 2009 'op het statuut van de betalingsinstellingen en van de instellingen voor elektronisch geld, de toegang tot het bedrijf van betalingsdienstaanbieder en tot de activiteit van uitgifte van elektronisch geld en de toegang tot betalingssystemen', welk artikel zijn nummering heeft behouden in deze wet, heeft de afdeling Wetgeving van de Raad van State het volgende opgemerkt:

'De artikelen 50 en 51 van het voorontwerp, die zijn opgenomen in titel IV, met als opschrift 'Strafbepalingen', organiseren een regeling van respectievelijk bestuursrechtelijke sancties en strafrechtelijke sancties, zonder dat ze een gezamenlijke toepassing uitsluiten van deze twee soorten van sancties op identieke feiten.

Aangezien de maatregelen omschreven in artikel 50, althans die welke paragraaf 3 van deze bepaling voorschrijft, gelet op het voorwerp en de draagwijdte ervan als strafrechtelijk kunnen worden bestempeld in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, alsmede van artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, moet het beginsel non bis in idem worden in acht genomen, dat is vastgelegd in artikel 4 van Protocol nr. 7 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, alsook in artikel 14, lid 7, van het voornoemde Internationaal Verdrag, en dat in het interne recht omschreven

²³ Parl.St. Kamer 2013-14, nr. 3406/1.

wordt als 'une règle essentielle de procédure pénale laquelle constitue en droit belge un principe général du droit'²⁴. Overeenkomstig dit beginsel mag niemand strafrechtelijk worden vervolgd of gestraft wegens een strafbaar feit waarvoor hij reeds is vrijgesproken of veroordeeld.

De afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft in haar voornoemde advies 33.182/2 [op 29 april 2002 verstrekt over het voorontwerp van wet dat heeft geleid tot de wet van 2 augustus 2002 'betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten'], waarin soortgelijke bepalingen werden besproken als die welke thans worden onderzocht, gewag gemaakt van de moeilijkheden die deze mogelijkheid van cumulatie van straffen deed rijzen²⁵.

Dit advies wees op een ontwikkeling in de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met betrekking tot de interpretatie van dit beginsel: in een eerste fase had het Hof geoordeeld dat het beginsel non bis in idem geschonden is zodra 'eenzelfde gedrag' gestraft is met zowel een administratieve sanctie als een strafrechtelijke straf²⁶, terwijl het later heeft beschouwd dat eenzelfde feit tegelijk aanleiding kan geven tot een strafrechtelijke straf en een administratieve sanctie wanneer het strafrechtelijke feit bestaat uit twee aparte strafbare feiten²⁷.

Deze laatste jurisprudentie is achteraf bekrachtigd, evenwel genuanceerd²⁸⁻²⁹, maar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft onlangs, bij een arrest dat de Grote Kamer gewezen heeft op 10 februari 2009, teruggегреpen naar zijn oorspronkelijke standpunt: het verklaart erin dat 'l'article 4 du Protocole n° 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde "infraction" pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes'³⁰.

Dit versterkt bijgevolg de opmerking gemaakt in het voornoemde advies 33.182/2, volgens welke het 'beginsel non bis in idem zou moeten uitsluiten dat eenzelfde strafbaar

²⁴ Voetnoot 5 van het geciteerde advies: Voetnoot 12 van het geciteerde advies: J. VELU en R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Brussel, 1990, blz. 521.

²⁵ Voetnoot 6 van het geciteerde advies: Voetnoot 13 van het geciteerde advies: *Parl.St.* Kamer, 2001-02, nrs. 50-1842/1 en 50-1843/1, inz. blz. 250 tot 252.

²⁶ Voetnoot 7 van het geciteerde advies: Voetnoot 14 van het geciteerde advies: EHRM, Gradinger tegen Oostenrijk, 23 oktober 1995.

²⁷ Voetnoot 8 van het geciteerde advies: Voetnoot 15 van het geciteerde advies: EHRM, Oliveira tegen Zwitserland, 30 juli 1998.

²⁸ Voetnoot 9 van het geciteerde advies: Voetnoot 16 van het geciteerde advies: Zie inzonderheid arrest EHRM, Ponsetti en Chesnel tegen Frankrijk d.d. 14 september 1999, dat eveneens wordt vermeld in het voornoemde advies 33.182/2 van de Raad van State. In dezen, zie J. PUT, "Bis sed non idem", *RW* 2001-2002, p. 941, nr. 18; CH. KARAKOSTA, "Ne bis in idem: une jurisprudence peu lisible pour un droit intangible", *Rev. trim. dr. h.*, 2008, blz. 25 e.v.; H. MOCK, "Ne bis in idem: Strasbourg tranche en faveur de l'identité des faits", noot onder EHRM, GK, Zolotoukhine tegen Rusland, 10 februari 2009, *Rev. trim. dr. h.*, 2009, blz. 866 tot 881.

²⁹ Voetnoot 10 van het geciteerde advies: Voetnoot 17 van het geciteerde advies: Het EHRM heeft zelf toegegeven dat de verscheidenheid van de aspecten van deze jurisprudentie een « source d'une insécurité juridique incompatible avec ce droit fondamental » vormde (EHRM, GK, Zolotoukhine tegen Rusland, 10 februari 2009, punten 70 tot 78, inz. Punt 78).

³⁰ Voetnoot 11 van het geciteerde advies: Voetnoot 18 van het geciteerde advies: EHRM, GK, Zolotouchin tegen Rusland, 10 februari 2009, punt 82. Het Hof stelt het volgende in datzelfde arrest : « ... l'approche qui privilégie la qualification juridique des deux infractions est trop restrictive des droits de la personne, car si la Cour s'en tient au constat que l'intéressé a été poursuivi pour des infractions ayant une qualification juridique différente, elle risque d'affaiblir la garantie consacrée par l'article 4 du Protocole n° 7 et non de la rendre concrète et effective comme le requiert la Convention » (ibid., punt 81). Zie H. MOCK, loc. cit.

feit [...] kan worden bestraft met zowel een administratieve geldboete als, naderhand, een strafrechtelijke straf'.

In datzelfde advies werd daaromtrent het volgende geconcludeerd:

'De steller van het ontwerp dient na te gaan of, in het licht van de rechtspraak van het Europees Hof, het dus niet raadzaam is om de cumulatie van administratieve sancties en strafrechtelijke straffen uit te sluiten voor gedragingen die uit het oogpunt van hun bestanddelen identieke strafbare feiten kunnen vormen.

In artikel 73³¹ van het voorontwerp wordt weliswaar het volgende bepaald:

"Elke administratieve geldboete die door de CBF [welke de FSMA is geworden] aan een persoon wordt opgelegd en die definitief is geworden vooraleer de strafrechter zich definitief over dezelfde feiten of samenhangende feiten heeft uitgesproken, wordt aangerekend op het bedrag van elke strafboete die voor deze feiten ten aanzien van dezelfde persoon wordt uitgesproken."

Die bepaling lijkt evenwel ontoereikend opdat aan het beginsel 'non bis in idem' voldaan kan zijn. Als dat beginsel zou worden toegepast, zou het immers tot gevolg hebben, niet dat de ene straf opgaat in de andere, maar dat voor eenzelfde strafbare feit geen nieuwe vervolging meer kan worden ingesteld als degene die het strafbare feit heeft begaan, daarvoor reeds veroordeeld is.'

Op basis van het voornoemde arrest EHRM in zake Zolotoukhine tegen Rusland d.d. 10 februari 2009 wijst de afdeling Wetgeving van de Raad van State erop dat deze opmerking eveneens geldt wat betreft de artikelen 50 en 51 van het voorontwerp.

Deze bepalingen moeten worden herzien, zodat wordt vermeden dat voor eenzelfde feit gepleegd door eenzelfde persoon na een strafrechtelijke veroordeling een nieuwe procedure van bestuursrechtelijke aard kan worden ingesteld die kan leiden tot het opleggen van een administratieve sanctie welke als strafrechtelijk kan worden bestempeld in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en van artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, of - omgekeerd - dat, steeds voor hetzelfde feit, na het opleggen van zulk een administratieve sanctie strafvervolging kan worden ingesteld.³²

In de commentaar op de artikelen 50 en 51 van het ontwerp dat heeft geleid tot de voornoemde wet van 21 december 2009 wordt het volgende opgemerkt in verband met de bij deze bepalingen ingevoerde strafregeling:

'In zijn advies schrijft de Raad van State dienaangaande dat een regeling van bestuursrechtelijke sancties en strafrechtelijke sancties, zonder dat ze een gezamenlijke toepassing uitsluiten van deze twee soorten van sancties op identieke feiten, het beginsel non bis in idem schenden, welk beginsel is vastgelegd in artikel 4 van Protocol nr. 7 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, alsook in artikel 14, lid 7, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. [...] De Raad van State verwijst daarbij naar eerdere adviezen van de afdeling Wetgeving van de Raad van State, evenals naar recente rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten

³¹ Voetnoot 12 van het geciteerde advies: Voetnoot 19 van het geciteerde advies: Deze bepaling heeft haar nummer behouden in de op 2 augustus 2002 aangenomen wet, met enkele wijzigingen die niet raken aan de grond ervan (artikel 1 van het koninklijk besluit van 25 maart 2003 tot uitvoering van artikel 45, § 2, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, alsook artikel 176, 1° en 2°, van de programmawet van 27 april 2007).

³² Voetnoot 13 van het geciteerde advies: Advies 46.870/2, op 8 juli 2009 verstrekt over een voorontwerp dat heeft geleid tot de voornoemde wet van 21 december 2009, de opmerking gemaakt omtrent de artikelen 50 en 51, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 52-2182/1, 88 tot 90.

van de Mens. De Regering is zich ten volle bewust van de door de Raad van State in zijn advies aangehaalde problematiek. Zij zal de recente rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens onderzoeken en zonodig initiatieven nemen om het stelsel van administratieve sancties en strafrechtelijke straffen in de Belgische wetgeving aan te passen om zo nodig rekening te houden met de voormelde rechtspraak'.³³

De Raad van State kan met betrekking tot de voornoemde bepalingen van het voorontwerp niet anders dan zijn reeds aangehaalde advies 46.870/2 bevestigen wat betreft de cumulatie van strafrechtelijke en administratieve sancties, zoals volgt uit de artikelen 70 tot 73 van de voornoemde wet van 2 augustus 2002, welke eveneens toepasselijk zijn op andere wetgevingen die sanctionerende bevoegdheid verlenen aan de FSMA.

Bovendien is, sedert dat advies is verstrekt, Protocol nr. 7 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens door België bekrachtigd op 13 april 2012, terwijl de wet waarbij ingestemd is met die tekst dateert van 6 maart 2007, en is het wat België betreft in werking getreden op 1 juli 2012.

Er wordt eveneens verwezen naar het recente arrest dat de Grote Kamer van het Hof van Justitie van de Europese Unie op 26 februari 2013 heeft gewezen omtrent de draagwijdte van het beginsel 'ne bis in idem', zoals het wordt vermeld in artikel 50 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie; in dat arrest, dat zich in dezelfde zin uitspreekt als bij de laatste stand van zaken van de jurisprudentie van het EHRM, staat te lezen:

'[...] dat artikel 50 van het Handvest niet eraan in de weg staat dat een lidstaat voor dezelfde feiten, te weten niet-nakoming van aangifteverplichtingen op btw-gebied, een combinatie van fiscale en strafrechtelijke sancties oplegt [...]. Het kan dus gaan om bestuurlijke sancties, strafrechtelijke sancties of een combinatie van beide. Slechts wanneer de fiscale sanctie een strafrechtelijke sanctie is in de zin van artikel 50 van het Handvest en definitief is geworden, staat deze bepaling eraan in de weg dat voor dezelfde feiten strafvervolgning wordt ingesteld tegen dezelfde persoon'.³⁴³⁵

Uit wat voorafgaat volgt dat het samengaan van een administratieve en een strafrechtelijke sanctionering niet per definitie in strijd is met beginsel *non bis in idem*, zoals dit wordt uitgelegd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Unie. De steller van het ontwerp is zich daarvan bewust, zoals blijkt uit de anticiperende³⁶ commentaar bij de artikelen 604 en 605 van het ontwerp in de memorie van toelichting. Wel dient erop te worden toegezien dat de administratieve sanctionering niet van die aard is dat zij een intrinsiek strafrechtelijk karakter verkrijgt, in welk geval wel vragen zouden kunnen rijzen bij de eerbiediging van het beginsel *non bis in idem*.

³³ Voetnoot 14 van het geciteerde advies: Parl.St. Kamer 2008-09, nr. 52-2182/1, 36.

³⁴ Voetnoot 15 van het geciteerde advies: HvJ EU, GK, 26 februari 2013, C-617/10, Åklagaren t. Hans Åkerberg Fransson.

³⁵ Voetnoot 49 van advies 54.982/2: Parl.St. Kamer 2012-13, nr. 2872/1, 106 tot 118; in dezelfde zin, advies 54.963/2, op 22 januari 2014 verstrekt over een voorontwerp van wet 'inzake het statuut van en het toezicht op de onafhankelijk financieel planners en inzake het verstrekken van raad over financiële planning door geregementeerde ondernemingen', opmerking onder de artikelen 39 en 40. In de memorie van toelichting bij het voorliggende voorontwerp wordt slechts gezinspeeld op het beginsel *ne bis in idem* (p. 47).

³⁶ Volgens de memorie van toelichting anticiperend "op een opmerking die herhaaldelijk geformuleerd werd door de Raad van State over de naleving van het beginsel *non bis in idem* zoals dit geïnterpreteerd wordt door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Unie".

Artikel 658

42. In artikel 658, eerste lid, 1°, van het ontwerp, wordt melding gemaakt van de aanwijzing van een “voorlopige bewindvoerder” (un administrateur provisoire) met toepassing van artikel 517, § 1, 2°, van het ontwerp. Opgemerkt moet worden dat in artikel 517, § 1, 2°, van het ontwerp geen melding wordt gemaakt van “voorlopige bewindvoerders”, doch wel van “voorlopige bestuurders of zaakvoerders” (administrateurs of gérants provisoires). Tenzij er een specifieke reden bestaat om af wijken van de terminologie die wordt gebruikt in artikel 517, § 1, 2°, van het ontwerp, wordt in artikel 658, eerste lid, 1°, het best aangesloten op de terminologie die wordt gehanteerd in de bepaling waarnaar men uitdrukkelijk verwijst.

*

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 juridique ¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

Compte tenu de l'ampleur et de la technicité de l'avant-projet de loi soumis pour avis et du délai qui lui était imparti pour l'examiner, la section de législation a axé son examen plus particulièrement sur une série de points importants, dont avant tout la conformité de l'avant-projet avec 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)', dénommée ci-après « directive Solvabilité II ».

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

2. En ce qui concerne le droit interne, le régime de contrôle prudentiel des entreprises d'assurances et de réassurance est essentiellement inscrit dans deux lois, à savoir la loi du 9 juillet 1975 ², en ce qui concerne le contrôle des entreprises d'assurances, et la loi du 16 février 2009 ³, en ce qui concerne le contrôle des entreprises de réassurance. Ces lois ont été élaborées dans le but de transposer diverses directives européennes dans la matière concernée et ont été mises en oeuvre dans divers arrêtés royaux ⁴.

Le régime de contrôle prudentiel existant des entreprises d'assurances et de réassurance présentait plusieurs inconvénients, tant au niveau européen qu'au niveau du droit interne. Ces inconvénients concernaient notamment le calcul des risques auxquels les entreprises d'assurances ou de réassurance sont exposées et qui ne prendrait pas toujours en compte les risques réels. Par ailleurs, l'absence de règles suffisamment harmonisées en matière de provisions techniques ou de gouvernance et de contrôle des groupes d'entreprises d'assurances a également été perçue comme un inconvénient. Ainsi, par exemple, l'absence de règles harmonisées en matière de provisions techniques aurait créé une distorsion de concurrence entre entreprises établies dans différents États membres.

La directive Solvabilité II a été élaborée au niveau européen afin de pallier les inconvénients du régime de contrôle prudentiel existant des entreprises d'assurances et de réassurance. Les dispositions de cette directive européenne se fondent sur trois piliers dont la finalité consiste chaque fois à remédier pour l'avenir aux inconvénients du régime existant. Ainsi, la directive Solvabilité II formule des exigences quantitatives relatives aux provisions techniques et aux fonds propres (premier pilier). En outre, elle définit les normes qualitatives auxquelles les

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

² Loi du 9 juillet 1975 'relative au contrôle des entreprises d'assurances'.

³ Loi du 16 février 2009 'relative à la réassurance'.

⁴ Voir notamment l'arrêté royal du 22 février 1991 'portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurances', l'arrêté royal du 14 novembre 2003 'relatif à l'activité d'assurance sur la vie' et l'arrêté royal du 27 septembre 2009 'portant exécution de la loi du 16 février 2009 relative à la réassurance'.

entreprises d'assurances et de réassurance doivent répondre en matière de gouvernance et de gestion des risques. Le processus de supervision auquel ces entreprises sont soumises de la part de l'autorité de contrôle est également élaboré en détail (deuxième pilier). Enfin, les modalités des obligations d'information et de publication des entreprises concernées, tant à destination de l'autorité de contrôle que du public, sont réglées (troisième pilier).

La directive Solvabilité II emporte une refonte des directives européennes existantes relatives au contrôle prudentiel des entreprises d'assurances et de réassurance et comporte, en outre, un grand nombre de prescriptions de fond nouvelles ou plus détaillées concernant ce contrôle. Il importe également de souligner que si l'absence d'harmonisation requise a été dénoncée par le passé, la directive Solvabilité II poursuit une harmonisation maximale des règles relatives au contrôle des entreprises d'assurances et de réassurance⁵ qui doivent être appliquées dans les États membres. Cette constatation n'est pas sans importance au regard de l'examen de la conformité du projet de loi soumis pour avis avec la directive Solvabilité II.

3. Le projet de loi soumis pour avis a pour objet de transposer en droit interne les dispositions de la directive Solvabilité II. À l'exception de quelques dispositions du projet, qui entrent en vigueur le jour de leur publication⁶, l'intention est de faire entrer la réglementation en projet en vigueur le 1^{er} janvier 2016⁷.

À l'instar de la directive Solvabilité II, le projet de loi remanie des dispositions légales existantes qui ont transposé d'anciennes directives européennes en droit interne et les intègre dans un nouvel ensemble de normes, réputé cohérent. En outre, la réglementation en projet vise à mettre en œuvre la directive Solvabilité II, soit en reproduisant purement et simplement ses dispositions, soit en reproduisant des dispositions de celle-ci tout en les élaborant davantage afin d'en assurer une application efficace dans l'ordre juridique belge.

4. Le projet de loi se compose de dix livres.

Le livre I^{er} (article 1^{er} à 16) contient les dispositions générales relatives à l'objet et au champ d'application de la loi en projet. Il comporte également un grand nombre de définitions et règle l'usage en Belgique de dénominations réservées comme notamment « entreprise d'assurances » ou « réassureur ».

Le volumineux livre II (articles 17 à 549) contient la réglementation relative aux entreprises d'assurances et de réassurance de droit belge : l'accès à l'activité (titre 1^{er}), les conditions d'exercice de l'activité (titre II), les dispositions particulières relatives à certaines

⁵ « Une harmonisation maximale, dans l'ensemble de la Communauté, de ces procédures et de ces évaluations prudentielles est donc essentielle » (directive Solvabilité II, considérant 75).

⁶ Article 763, alinéa 2, du projet.

⁷ Article 763, alinéa 1^{er}, du projet. La date du 1^{er} janvier 2016 correspond à celle prescrite à l'article 309, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive Solvabilité II, étant entendu que l'article 309, paragraphe 1, premier alinéa, de cette directive dispose que les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer aux articles et annexes de la directive, énumérés dans cet alinéa, au plus tard le 31 mars 2015.

catégories d'entreprises d'assurances (titre III), le contrôle des entreprises (titre IV), le contrôle des groupes d'assurances et de réassurance et la surveillance complémentaire des conglomerats financiers (titre V), les entreprises d'assurances ou de réassurance en difficulté ou en situation irrégulière (titre VI) et la fin de l'agrément (titre VII).

Le livre III (articles 550 à 601) concerne les entreprises d'assurances et de réassurance de droit étranger.

Le livre IV (articles 602 et 603) porte sur les astreintes et autres mesures coercitives.

Le livre V (articles 604 à 609) règle les sanctions.

Le livre VI (articles 610 à 639) contient les règles de droit international privé en matière de mesures d'assainissement et de procédures de liquidation applicables à des entreprises d'assurances.

Le livre VII (articles 640 à 644) concerne les aspects de droit matériel des procédures de liquidation.

Le livre IX (articles 645 à 762) comporte les dispositions finales, modificatives, transitoires et abrogatoires.

Le livre X (article 763), enfin, règle l'entrée en vigueur.

CONFORMITÉ AVEC LA DIRECTIVE SOLVABILITÉ II

5. L'article 5, alinéa 2, du projet assimile à une activité de réassurance « la couverture, par une entreprise de réassurance, pour son propre compte, d'une institution de retraite professionnelle relevant du champ d'application des titres II et III de la loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle ». Cela ne paraît pas compatible avec la définition des activités de réassurance figurant à l'article 13, paragraphe 7, de la directive Solvabilité II, qui part du principe qu'un risque est cédé par une entreprise d'assurances ou une entreprise de réassurance. Un fonds de pension, par exemple, n'est pas une entreprise d'assurances et ne peut dès lors céder les risques qu'à un assureur.

6. L'article 22, alinéa 1^{er}, du projet, énonce que la demande d'agrément est soumise à la Banque ⁸, accompagnée d'un dossier administratif « répondant aux conditions qu'elle fixe et qui comporte notamment le programme d'activités visé à l'article 35 ainsi que la description du système de gouvernance de l'entreprise d'assurance[s] ou de réassurance et de ses liens étroits avec d'autres personnes ». Dans sa formulation actuelle, l'article 22, alinéa 1^{er}, du projet laisse à la Banque le soin de déterminer le contenu minimal du dossier administratif. On relèvera toutefois qu'en déterminant le contenu minimal du dossier administratif, on ne peut pas déroger à l'article 18 de la directive Solvabilité II, qui définit les conditions d'octroi d'un agrément. La

⁸ La Banque nationale de Belgique (voir l'article 15, 82°, du projet).

question se pose de savoir si, compte tenu de cette constatation et du pouvoir apparemment étendu qui est conféré à la Banque sur ce point, la compétence de cette dernière ne doit pas être définie de manière plus précise dans le texte du projet.

7. L'article 26, alinéa 3, mais également d'autres dispositions du projet ⁹, mentionne l'exercice d'une « fonction de contrôle indépendante ». Reste à savoir de quelle manière cette notion s'articule avec celle de « fonction clé », telle qu'elle figure notamment dans les articles 26, paragraphe 3, et 42 de la directive Solvabilité II. Cette question est d'autant plus pertinente, que l'article 42, § 1^{er}, 4^o, du projet définit la notion de « fonctions de contrôle indépendantes » comme des « fonctions clés d'audit interne, de gestion des risques, de vérification de la conformité (compliance) et actuarielle indépendantes adéquates » et que d'autres dispositions du projet, comme l'article 56, § 2, alinéa 1^{er}, emploient les mots « fonctions clés ». Dans un souci d'uniformité et de clarté, on pourrait opter pour l'emploi des mots « fonctions clés » au lieu de « fonctions de contrôle », ce qui permettrait de se rapprocher davantage de la terminologie utilisée dans la directive Solvabilité II. En tout état de cause, il est recommandé de définir plus précisément la notion de « fonction clé » dans le texte du projet, ne serait-ce que pour la circonscrire plus clairement par rapport à la notion de « fonction de contrôle ».

8. L'article 31, alinéa 3, du projet, implique qu'il faut faire application de l'article 176, premier alinéa, de la directive Solvabilité II, qui prévoit également une notification obligatoire par les autorités de contrôle des États membres à l'AEAPP ¹⁰. L'article 31, alinéa 3, du projet fait uniquement état d'une notification à la Commission européenne et aux autorités de contrôle des autres États membres. Il doit également mentionner la notification à l'AEAPP.

Une observation similaire peut être formulée à l'égard de plusieurs autres dispositions du projet, telles que l'article 73 ¹¹.

9. Selon l'article 42, § 2, du projet, le système de gouvernance visé au paragraphe 1^{er} de cette disposition présente « un caractère exhaustif » et est « proportionné à la nature, à l'ampleur et à la complexité des risques inhérents au modèle d'entreprise et aux activités de l'entreprise d'assurance[s] ou de réassurance ».

Le commentaire que donne l'exposé des motifs à propos de l'article 42, § 2, du projet mentionne ce qui suit :

« Le paragraphe 2 de l'article 42 en projet assure la transposition de l'article 41, paragraphe 2 de la Directive ¹². Il consacre, d'une part, une obligation d'exhaustivité du dispositif organisationnel, c'est-à-dire, son caractère approprié au regard des spécificités de l'entreprise et dès lors de l'ensemble [de] ses activités et, d'autre part, le principe de proportionnalité qui peut conduire à un allègement des exigences à l'égard des plus petites structures »

⁹ Voir notamment les articles 54 et 82 du projet.

¹⁰ *Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles.*

¹¹ Notification obligatoire conformément à l'article 176, troisième alinéa, de la directive Solvabilité II.

¹² Dans le texte néerlandais de l'exposé des motifs, la référence à l'« artikel 74, lid 2 van de Richtlijn » n'est pas correcte.

Force est de constater que l'article 41, paragraphe 2, de la directive Solvabilité II, ne fait pas mention du « caractère exhaustif » du système de gouvernance¹³. En outre, pareille terminologie donne à penser que plus aucune liberté d'appréciation n'est laissée aux entreprises concernées pour organiser elles-mêmes leur système de gouvernance sur certains points. L'emploi de cette terminologie ne favorise pas non plus la cohérence interne de la réglementation en projet qui, d'une part, fait référence à une certaine proportionnalité et, d'autre part, prescrit une exigence d'« exhaustivité » qui paraît précisément aller à l'encontre de la notion de proportionnalité.

Cette constatation n'est pas infirmée par la déclaration suivante du délégué :

« Le caractère exhaustif ne porte pas préjudice au principe de proportionnalité. Il indique qu'aucun aspect de la gouvernance des entreprises ne doit être exempt d'un examen déterminant les mesures que l'entreprise doit ou ne doit pas prendre, eu égard à sa situation concrète.

Het gebruik van de term 'passend' is niet strijdig met de in de Richtlijn gebruikte term 'proportioneel'.

Artikel 42, § 2 van de ontwerpwet bevestigt bovendien uitdrukkelijk het evenredigheidsbeginsel, dat kan leiden tot een verlichting van de vereisten voor kleinere structuren ».

Le texte du projet devrait être réexaminé sur ce point.

10. L'article 44 du projet attribue à l'organe légal d'administration la responsabilité finale du fonctionnement de l'entreprise d'assurances ou de réassurance, notamment la fixation et le contrôle de la stratégie et des objectifs de l'entreprise ainsi que la politique en matière de risques. Toutefois, l'article 40 de la directive Solvabilité II laisse aux États membres le soin de veiller « à ce que l'organe d'administration, de gestion ou de contrôle de l'entreprise d'assurance ou de réassurance assume la responsabilité finale du respect, par l'entreprise concernée, des dispositions législatives, réglementaires et administratives adoptées en vertu de la présente directive ». La responsabilité finale du respect des dispositions législatives, réglementaires et administratives, visées à l'article 40 de la directive Solvabilité II, est dès lors également conférée à l'organe légal d'administration. Il faudrait l'exprimer plus clairement dans le texte de l'article 44 du projet.

11. L'article 56, § 2, alinéa 1^{er}, du projet dispose que « [l]e système de gestion des risques est parfaitement intégré à la structure organisationnelle et aux procédures de prise de décision de l'entreprise d'assurance ou de réassurance ». Toutefois, l'article 44, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive Solvabilité II énonce que le « système de gestion des risques est efficace [et], parfaitement intégré à la structure organisationnelle et aux procédures de prise de décision de l'entreprise d'assurance ou de réassurance ». De toute évidence, la directive Solvabilité II ne vise pas une « intégration parfaite », indépendamment de la question de savoir si

¹³ L'article 41, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive Solvabilité II, mentionne « un système de gouvernance efficace, qui garantisse une gestion saine et prudente de l'activité », alors qu'aux termes de l'article 41, paragraphe 2, de la même directive, le système de gouvernance « est proportionné à la nature, à l'ampleur et à la complexité des opérations de l'entreprise d'assurance ou de réassurance ».

pareille intégration est possible dans la pratique. Pour ces raisons, mieux vaudrait que le texte de l'article 56, § 2, alinéa 1^{er}, du projet reproduise la terminologie utilisée dans la directive Solvabilité II.

12. Les articles 74 et 75 du projet imposent à chaque entreprise d'assurances ou de réassurance l'obligation de détenir suffisamment de fonds propres ou de fonds propres de base pour couvrir « en permanence » le capital de solvabilité requis ou le minimum de capital requis qui a été fixé ».

L'exigence de couverture permanente suscite des questions, principalement en ce qui concerne le capital de solvabilité requis ¹⁴. En effet, une couverture permanente implique que le capital de solvabilité requis devra dans la pratique toujours être supérieur à cent pour cents, eu égard à la volatilité des fonds propres consécutivement à l'évaluation consécutivement à l'évaluation en cohérence avec le marché. Toutefois, l'article 100, paragraphe 1, de la directive Solvabilité II ne prescrit pas l'obligation d'une couverture « permanente » en ce qui concerne le capital de solvabilité requis. Se pose d'ailleurs la question de savoir comment on vérifiera, dans la pratique, s'il existe effectivement une couverture « permanente » du capital de solvabilité requis, dès lors qu'il résulte de l'article 152, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet que ce capital ne doit être calculé qu'« au moins une fois par an » par les entreprises d'assurances ou de réassurance ¹⁵, ce qui serait insuffisant pour avoir un aperçu constant de la couverture « permanente ».

Il résulte de ce qui précède que – certainement en ce qui concerne la couverture « permanente » du capital de solvabilité requis – le Conseil d'État, section de législation, se demande s'il ne serait pas préférable de s'inspirer de la directive Solvabilité II, qui ne contient pas d'exigence de permanence.

13. L'article 81, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet oblige les entreprises d'assurances ou de réassurance à informer préalablement la Banque de la proposition de nomination des membres de l'organe légal d'administration et des membres du comité de direction ou, en l'absence de comité de direction, des personnes chargées de la direction effective, ainsi que des personnes responsables des fonctions de contrôle indépendantes. Il découle de l'article 81, § 2, alinéa 1^{er}, du projet que la nomination des personnes précitées est soumise à l'approbation préalable de la Banque.

¹⁴ En ce qui concerne le minimum de capital requis, l'article 128 de la directive Solvabilité II ne prévoit pas non plus une exigence de couverture « permanente ». Dès lors qu'il s'agit toutefois d'une exigence qui n'a pas la même fonction que le capital de solvabilité requis, la couverture « permanente » du minimum de capital requis qui, conformément à l'article 189, § 4, alinéa 1^{er}, du projet doit d'ailleurs être calculé « au moins une fois par trimestre » par les entreprises d'assurances ou de réassurance (voir également l'article 129, paragraphe 4, premier alinéa, de la directive Solvabilité II) pourrait trouver à se justifier en l'espèce. Il est néanmoins recommandé de fournir des précisions concernant la raison pour laquelle le projet, contrairement à la directive Solvabilité II, exige la couverture « permanente » du minimum de capital requis.

¹⁵ Ce qui est conforme à la disposition de l'article 102, paragraphe 1, de la directive Solvabilité II.

Cette procédure paraît difficilement se concilier avec l'esprit de la directive Solvabilité II, tel qu'il est justement décrit dans le considérant 99 du règlement délégué (UE) 2015/35 de la Commission du 10 octobre 2014¹⁶, qui mentionne notamment ce qui suit :

« Afin de permettre aux autorités de contrôle de prendre à temps toute mesure corrective requise, il conviendrait que les entreprises d'assurance et de réassurance notifient à celles-ci, en temps utile, les informations relatives à toutes les personnes qui dirigent effectivement l'entreprise ou qui occupent d'autres fonctions clés en son sein et les autres informations nécessaires pour apprécier la compétence et l'honorabilité de ces personnes. Toutefois, étant reconnue la nécessité de ne pas faire peser de contraintes indues sur les entreprises d'assurance et de réassurance et leurs autorités de contrôle, cette notification par les entreprises d'assurance et de réassurance ne devrait pas impliquer d'approbation préalable de la part de l'autorité de contrôle. Dans le cas où elle conclurait qu'une personne ne satisfait pas aux exigences de compétence et d'honorabilité énoncées dans la directive 2009/138/CE, l'autorité de contrôle devrait avoir le pouvoir d'exiger de l'entreprise qu'elle remplace cette personne ».

L'article 81 du projet semble effectivement partir du principe de l'exigence d'une « approbation préalable » par l'autorité de contrôle. Si le texte du projet devait demeurer en l'état sur ce point, l'auteur du projet serait bien avisé de préciser dans l'exposé des motifs comment l'article 81 du projet peut, selon lui, se concilier avec l'intention qui sous-tend la directive Solvabilité II, telle qu'elle est décrite dans le considérant cité du règlement délégué.

14. La phrase introductive de l'article 92, alinéa 2, du projet mentionne la sous-traitance de « tâches opérationnelles ». Or, la disposition correspondante de l'article 49, paragraphe 2, de la directive Solvabilité II fait état « d'activités ou de fonctions opérationnelles importantes ou critiques ». Eu égard à la volonté d'harmonisation maximale qui sous-tend la directive Solvabilité II, mieux vaudrait que le texte du projet s'aligne davantage à cet égard sur l'article 49, paragraphe 2, de la directive Solvabilité II.

15. L'article 101 du projet s'énonce comme suit :

« La Banque peut préciser le contenu et les modalités de présentation des informations prévues [dans] la présente Section, par voie de règlement adopté en application de l'article 12*bis*, § 2, de la loi du 22 février 1998 ».

Le pouvoir ainsi conféré à la Banque pour concrétiser le rapport sur la solvabilité et la situation financière paraît en l'occurrence susceptible de se heurter à la disposition de l'article 56 de la directive Solvabilité II qui, dans ce domaine, attribue des pouvoirs à la Commission et à l'AEAPP.

En ce qui concerne d'autres dispositions du projet également, telles que les articles 201 et 404, qui attribuent à la Banque un pouvoir qui ne paraît pas exclure qu'elle fixe également le contenu des informations qui doivent lui être fournies, il convient de vérifier si pareille réglementation plus étendue est bel et bien conforme à la directive Solvabilité II et à ses mesures d'exécution.

¹⁶ Règlement délégué (UE) 2015/35 de la Commission du 10 octobre 2014 'complétant la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II)'.

16. L'article 139 du projet ne dispose pas explicitement que la Banque peut exiger qu'une entreprise relève le niveau de ses provisions techniques si elle constate que cette entreprise ne respecte pas les dispositions en la matière.

À cet égard, le commentaire que donne l'exposé des motifs à propos de l'article 139 du projet mentionne ce qui suit :

« Il va de soi que la Banque peut exiger qu'une entreprise relève le niveau de ses provisions techniques si elle constate que cette entreprise ne respecte pas les dispositions de la présente sous-section. De ce point de vue, l'article 85 de la Directive ne paraît pas devoir faire l'objet d'une transposition expresse ».

Nonobstant cette mention dans l'exposé des motifs, il est recommandé, dans un souci de sécurité juridique, de transposer également effectivement l'article 85 de la directive Solvabilité II dans le texte du projet.

17. Les articles 190 à 193 du projet visent à transposer diverses subdivisions de l'article 132 de la directive Solvabilité II. L'article 133, paragraphe 3, de la directive Solvabilité II relatif à la limitation de la liberté d'investissement pour les produits de la branche 23 n'est de toute évidence pas transposé. À cet égard, l'exposé des motifs mentionne au point « 4. Les options de la directive et les choix de la Belgique » ce qui suit :

« Cette option doit être considérée comme une mesure de protection des consommateurs d'assurance. À ce titre, elle n'a pas fait l'objet d'une transposition par le présent projet de loi mais par l'article 20 de la loi du 4 avril 2014 sur les assurances ».

Les articles 20 à 23 de la loi du 4 avril 2014 'relative aux assurances' limitent la liberté d'investissement pour les contrats d'assurance sur la vie liés à un fonds d'investissement (branche 23) à des degrés divers.

En ce qui concerne le régime mentionné, le Conseil d'État, section de législation, dans son avis sur le projet de loi devenu la loi du 4 avril 2014¹⁷, a observé ce qui suit :

« 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 Belgique, 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

¹⁷ Avis C.E. 54.452/1 du 20 décembre 2013 sur un avant-projet de loi 'relative aux assurances', *Doc. parl.*, Chambre, 2013-14, n° 53-3361/001, p. 234.

Belgique. L'article 23 en projet ne peut dès lors pas se concrétiser à l'égard de cette dernière catégorie d'entreprises d'assurances ».

Dans l'exposé des motifs du projet de loi précité, le gouvernement a marqué son adhésion au point de vue du Conseil d'État en ces termes :

« Comme le Conseil d'État l'indique dans son avis (point 4.3.1.), les dispositions relatives aux règles d'investissement et au principe de la liberté d'investissement prôné par la directive Solvabilité II constituent un élément du statut prudentiel des entreprises. Bien que l'article 133, paragraphe 3, de la directive évoque les actifs auxquels les prestations d'assurance sont liées et dispose en outre expressément qu'il ne porte que sur les produits dont le risque d'investissement est supporté par le preneur d'assureur (et donc pas par l'entreprise d'assurances), cette disposition fait elle aussi partie, eu égard à la place qu'elle occupe dans la directive, des dispositions qui régissent le statut prudentiel des entreprises. Il en résulte que la compétence relative à ces limites d'investissement appartient aux États membres d'origine des entreprises d'assurances. Les États membres ne doivent toutefois transposer les dispositions pertinentes de la directive que pour le 31 mars 2015. Cette date a, en outre, déjà été postposée plusieurs fois depuis la publication de la directive. À cela s'ajoute qu'avec la réglementation européenne en préparation qui vise à améliorer la protection des consommateurs lors de la prestation de services financiers, un cadre réglementaire transversal pour les produits "PRIPs" (Packaged Retail Investment Products) sera normalement mis en place. Compte tenu de ces éléments, le choix a été fait de ne pas limiter, à ce stade, le champ d'application des règles prévues dans la loi en fonction de l'origine de l'assureur¹⁸ ».

Le Conseil d'État constate que, nonobstant l'intention du gouvernement de se conformer à son avis dans le cadre de la transposition en droit interne de la directive Solvabilité II, le projet de loi à l'examen n'apporte pas d'aménagements au régime relatif aux limitations de la liberté d'investissement. Il apparaît au Conseil d'État, section de législation, qu'il faudrait effectivement prévoir une modification de l'article 20 de la loi du 4 avril 2014, afin de limiter son champ d'application – en conformité avec la directive Solvabilité II – aux entreprises d'assurances agréées par l'autorité de contrôle belge.

18. L'article 190, alinéa 2, du projet, attribue à la Banque le pouvoir de préciser ce qu'il y a lieu d'entendre par « *personne prudente* ». Or, le principe de « *personne prudente* » est déjà défini à l'article 132, paragraphes 2 à 4, de la directive Solvabilité II, lesquelles dispositions sont transposées dans les articles 191 à 193 du projet. Dans la mesure où le pouvoir attribué à la Banque en vue de préciser la notion de « *personne prudente* » reviendrait à compléter la définition de cette notion contenue à l'article 132, paragraphes 2 à 4, de la directive Solvabilité II, il risque de porter atteinte à l'objectif d'harmonisation maximale qui préside à la directive Solvabilité II.

19. Les mots « , compte tenu de tout objectif publié », qui apparaissent à la fin de l'article 132, paragraphe 2, troisième alinéa, de la directive Solvabilité II, ne sont pas reproduits à la fin de l'article 191, alinéa 3, du projet. À moins d'une raison particulière justifiant de ne pas suivre la directive sur ce point – raison qu'il vaudrait alors mieux expliquer dans l'exposé des

¹⁸ Doc. parl., Chambre, 2013-14, n° 53-3361/001, p. 21.

motifs –, il s'impose d'accorder davantage la rédaction de l'article 191, alinéa 3, du projet à cet égard sur celle de l'article 132, paragraphe 2, troisième alinéa, de la directive Solvabilité II.

20. Conformément à l'article 197, § 1^{er}, du projet, les entreprises d'assurances ou de réassurance peuvent, aux conditions fixées dans ce paragraphe, localiser les actifs détenus pour couvrir les provisions techniques afférentes à des risques situés dans l'Espace économique européen (EEE) en dehors de cet Espace ¹⁹.

Dans la mesure où elle inclut la possibilité de localiser obligatoirement dans l'EEE des actifs détenus pour couvrir les provisions techniques pour des risques situés dans l'EEE, cette disposition se heurte à l'article 134, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive Solvabilité II, qui s'énonce comme suit :

« Pour ce qui concerne les risques d'assurance situés dans la Communauté, les États membres n'exigent pas que les actifs détenus pour couvrir les provisions techniques afférentes à ces risques soient situés dans la Communauté ou dans un État membre déterminé ».

21. L'article 214, alinéa 1^{er}, du projet dispose que, pour chaque type de produits faisant l'objet de son activité, l'entreprise d'assurances communique à la Banque, préalablement à leur mise en application, les bases et méthodes utilisées pour l'établissement de la tarification, le calcul des valeurs de rachat, de réduction et des provisions techniques, ainsi que les indemnités qu'elle applique.

On notera à cet égard la disposition contenue à l'article 182, premier alinéa, de la directive Solvabilité II, qui s'énonce comme suit :

« Les États membres ne peuvent pas exiger l'approbation préalable ou la notification systématique des conditions générales et particulières des polices d'assurance, des tarifs, des bases techniques, utilisées notamment pour le calcul des tarifs et des provisions techniques, et des formulaires et autres imprimés qu'une entreprise d'assurance vie se propose d'utiliser dans ses relations avec les preneurs d'assurance ».

Le Conseil d'État, section de législation, n'aperçoit pas comment l'obligation de notification inscrite à l'article 214, alinéa 1^{er}, du projet peut se concilier avec l'interdiction d'« approbation préalable ou de notification systématique » qui découle de l'article 182, premier alinéa, de la directive Solvabilité II. Le respect d'une telle interdiction est pourtant essentiel dans le cadre du marché intérieur.

Cette conclusion n'est pas réfutée par le délégué, lorsqu'il déclare :

« Il ne s'agit pas d'une approbation mais d'une notification. Cette notification n'est donc pas une condition préalable à l'exercice de l'activité et le prescrit de la directive est respecté ».

¹⁹ La rédaction de la phrase introductive du texte néerlandais de l'article 197, § 1^{er}, (« maar buiten die Ruimte lokaliseren ») gagnerait en clarté si elle était libellé comme suit : « enkel buiten die Ruimte lokaliseren » ou « slechts buiten die Ruimte lokaliseren ».

Abstraction faite de l'intention qui préside à la notification à la Banque concernée, il convient de noter que l'article 182, premier alinéa, de la directive Solvabilité II se réfère bel et bien aussi à une « notification ». En outre, il ne ressort pas du texte du projet que cette notification n'est pas une « condition préalable à l'exercice de l'activité », ainsi que précise le délégué.

22. L'article 241, § 1^{er}, du projet habilite le Roi à « préciser et compléter les exigences visées à l'article 240 ». Cette compétence est toutefois exercée « [s]ans préjudice des compétences de la Commission européenne telles que prévues par l'article 210, paragraphe 2 de la Directive 2009/138/CE »; autrement dit, la compétence conférée au Roi qui lui permet de poser des exigences supplémentaires en matière de réassurance finite ne peut pas porter atteinte à celle de la Commission européenne d'arrêter d'autres mesures sur la base de l'article 210, paragraphe 2, de la directive Solvabilité II. On peut malgré tout douter du fait que pareil régime soit compatible avec l'article 210 de la directive Solvabilité II, qui part du principe qu'on en arrive à un « *single EU rulebook* ». Cet objectif ne peut être atteint si chaque État membre y ajoute de nouvelles règles.

Une constatation similaire s'impose concernant la compétence octroyée au Roi par l'article 243 du projet, qui lui permet de fixer les conditions de l'agrément des véhicules de titrisation, sur avis de la Banque. Toujours concernant cette disposition, la question se pose de savoir si en l'espèce elle est bien compatible avec l'article 211, paragraphe 2, de la directive Solvabilité II.

23. L'article 272 du projet énumère les conditions auxquelles les entreprises d'assurances doivent satisfaire pour entrer dans le champ d'application du chapitre II, « Entreprises soumises à un régime particulier en raison de leur taille ». À l'article 272, 4^o, du projet, une de ces conditions est définie comme suit : « l'activité de l'entreprise ne comporte pas d'opérations de réassurance ». Cela implique que les petites entreprises d'assurances qui effectuent des opérations de réassurance sont exclues de manière absolue du champ d'application du chapitre précité.

À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« La quatrième condition prévue sous l'article 272 en projet vise l'interdiction de pratiquer une activité de réassurance.

De ce point de vue, la loi en projet est un peu plus sévère que la Directive dont l'article 4, paragraphe 1^{er}, e) permet une activité de réassurance très limitée.

En fait, la disposition précitée peut viser deux situations. La première est celle d'une entreprise qui ne pratiquerait que la réassurance. Dans ce cas, celle-ci doit, en matière de réassurance, limiter son encaissement à 500 000 EUR et ses provisions techniques à 2 500 000 EUR. Elle respecte par ailleurs les seuils prévus pour l'assurance puisqu'elle n'y a pas d'activité. Force est de constater que les seuils prévus par la Directive sont extrêmement bas surtout s'agissant d'une activité de réassurance. Il a été jugé préférable de ne pas autoriser une entreprise à ne pratiquer que la réassurance sous des niveaux hypothéquant fortement ses possibilités de survie et de développement.

La seconde situation vise une entreprise pratiquant à la fois l'assurance, pour laquelle elle doit respecter les seuils de l'article 4, paragraphe 1^{er}, a), b) et c) de la

Directive (voir ci-dessus) et la réassurance, pour laquelle son encaissement et ses provisions techniques ne peuvent représenter que 10 % des montants correspondant de son activité d'assurance directe. A nouveau, il s'agit de seuils extrêmement bas pour une entreprise pratiquant la réassurance rendant l'exercice de cette dernière peu viable. En outre, dès lors qu'elles ne pratiquent pas la réassurance, cette exigence ne modifie en rien la situation actuelle des entreprises en activité qui peuvent prétendre au bénéfice des dispositions du présent Chapitre.

On notera qu'il n'est pas possible pour une entreprise de dépasser les seuils prévus par l'article 4 de la Directive en matière d'assurance et d'obtenir une quelconque dispense au motif qu'elle respecterait les seuils prévus pour la réassurance. La phrase liminaire de l'article 4, paragraphe 1^{er} précise en effet que toutes les conditions prévues aux points a) à e) doivent être remplies simultanément.

Les services de la Banque proposent d'ajouter l'explication ci-avant au commentaire des articles ».

Ces précisions ne justifient pas l'exclusion absolue de petites entreprises d'assurances qui effectuent des opérations de réassurance et elles n'expliquent pas suffisamment pourquoi cette exclusion pourrait être réputée conforme à l'approche plus graduelle qui préside à l'article 4, paragraphe 1, e), de la directive Solvabilité II, qui ne vise que certaines activités de réassurance.

24. L'article 303 du projet ne comprend pas de disposition qui peut être réputée transposer l'article 28, deuxième alinéa, de la directive Solvabilité II, aux termes duquel les autorités de contrôle doivent prendre en compte les éventuels effets procycliques de leurs actions dans les périodes d'extrême instabilité des marchés financiers. Selon le délégué, l'article 303 du projet sera complété à cet égard en vue d'une transposition plus complète de la directive Solvabilité II.

25. Selon l'article 34, paragraphe 6, de la directive Solvabilité II, les pouvoirs de contrôle sont exercés en temps utile et d'une manière proportionnée. Cette disposition n'a de toute évidence pas été transposée dans l'article 304 du projet. À cet égard, le délégué renvoie à l'article 303, § 2, 3^o, du projet – qui vise cependant la transposition de l'article 29 de la directive Solvabilité II – et aux « principes généraux du droit administratif ». Néanmoins, la sécurité juridique se trouverait renforcée si l'article 304 du projet était complété par une disposition visant de manière plus explicite la transposition de l'article 34, paragraphe 6, de la directive Solvabilité II.

Une observation similaire peut être formulée concernant l'article 513 du projet, qui ne transpose pas l'article 141, deuxième alinéa, de la directive Solvabilité II²⁰.

26. L'article 324 du projet énumère les informations que la Banque doit fournir chaque année à l'AEAPP. La disposition concernée a pour objet de transposer l'article 52, paragraphe 1, de la directive Solvabilité II. La question se pose toutefois de savoir s'il est ainsi

²⁰ L'article 141, deuxième alinéa, de la directive Solvabilité II fait mention de « mesures proportionnées » qui tiennent compte du degré et de la durée de la détérioration de la solvabilité de l'entreprise d'assurance ou de réassurance concernée.

également satisfait à l'obligation de fournir des informations à l'AEAPP, qui découle de l'article 77*septies*, paragraphe 1, de la directive Solvabilité II. En effet, contrairement à ce que mentionne la table de concordance communiquée au Conseil d'État, section de législation, on n'aperçoit pas pourquoi l'article 77*septies* de la directive Solvabilité II ne nécessiterait pas une transposition en droit interne.

27. L'article 417, alinéa 2, du projet mentionne la communication d'« informations confidentielles » (*vertrouwelijke informatie*) aux autorités de contrôle. L'article 417, alinéa 3, du projet, pour sa part, fait mention d'« informations pertinentes » (*relevante informatie*). Il faudrait utiliser la notion d'« informations pertinentes » à l'article 417, alinéa 2, du projet également. Non seulement l'article 417 du projet serait rédigé d'une manière plus uniforme, mais il serait également plus conforme à la terminologie utilisée à l'article 249, paragraphe 1, de la directive Solvabilité II.

28. L'article 652, § 2, du projet s'énonce comme suit :

« Par dérogation à l'article 56, les entreprises d'assurance[s] ou de réassurance bénéficient d'un délai de six mois à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi pour satisfaire à l'obligation de mettre en place une fonction de gestion des risques en conformité avec ledit article 56 ».

Force est de constater que la directive Solvabilité II ne prévoit pas que cette application des obligations relatives à la fonction de gestion des risques soit différée de six mois à compter de l'entrée en vigueur de la loi.

EXAMEN DU TEXTE

OBSERVATION GÉNÉRALE

29. Le projet de loi soumis pour avis comporte plusieurs dispositions habilitant la Banque à intervenir par voie de règlement pris en application de l'article 12*bis*, § 2, de la loi du 22 février 1998 'fixant le statut organique de la Banque nationale de Belgique' (voir notamment les articles 60, 83, § 3, alinéa 2, et 281, § 2, alinéa 3, du projet).

À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Het wetsontwerp bepaalt duidelijk dat het reglementen betreft vastgesteld met toepassing van artikel 12*bis*, § 2 van de wet van 22 februari 1998 tot vaststelling van het organiek statuut van de Nationale Bank van België (hierna 'de wet van 22 februari 1998').

Artikel 12*bis*, § 2 van de wet van 22 februari 1998 bepaalt dat:

‘In de toezichtsaangelegenheden waarvoor zij bevoegd is, kan de Bank reglementen vaststellen ter aanvulling van de betrokken wettelijke of reglementaire bepalingen betreffende technische punten.

Zonder afbreuk te doen aan de raadpleging waarin in andere wetten of reglementen is voorzien, kan de Bank overeenkomstig de procedure van de open raadpleging, de inhoud van elk reglement dat zij overweegt vast te stellen,

toelichten in een consultatieronde en deze bekendmaken op haar website voor eventuele opmerkingen van belanghebbende partijen.

Deze reglementen hebben slechts uitwerking na goedkeuring door de Koning en bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad. De Koning kan wijzigingen aanbrengen aan deze reglementen of deze regels zelf vaststellen indien de Bank geen reglement heeft vastgesteld.'

Gelet op de verwijzing naar artikel 12bis, § 2 van de wet van 22 februari 1998, spreekt het voor zich dat het toepassingsgebied van de regelgevende bevoegdheid van de Bank terzake beperkt is tot het vaststellen van reglementen 'ter aanvulling van de betrokken wettelijke of reglementaire bepalingen betreffende technische punten'.

Deze regelgevende bevoegdheid laat toe om via reglement de wettelijke bepalingen over het zeer gespecialiseerde domein van het prudentieel toezicht op de verzekerings- en herverzekeringsondernemingen te verduidelijken en er nadere regels voor vast te stellen, om rekening te houden met de technische, specifieke en evolutieve aard van de aangelegenheden waarop zij van toepassing zullen zijn. Deze aanpak verhoogt de rechtszekerheid en zorgt ervoor dat de soepelheid bewaard blijft die nodig is om snel te kunnen reageren op evoluties.

Deze aanpak biedt dezelfde garanties als de uitoefening van de regelgevende bevoegdheid door de Koning aangezien de reglementen maar uitwerking hebben nadat ze zijn goedgekeurd door de Koning en in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd zijn ».

Les compétences déléguées à la Banque en application de l'article 12bis, § 2, de la loi du 22 février 1998 peuvent être réputées admissibles, pour autant bien sûr qu'elles n'excèdent pas les « points d'ordre technique », notion à laquelle la disposition légale visée fait expressément référence.

OBSERVATIONS CONCERNANT LES ARTICLES

Article 15

30. Dans le texte néerlandais de l'article 15, 26°, du projet, on remplacera le terme « vennootschapsvorm » par « rechtsvorm » (le texte français utilise le terme « forme sociale »). Le terme « rechtsvorm » inclut par exemple également les associations d'assurance mutuelle qui ne sont pas des sociétés.

31. Dans le texte néerlandais de l'article 15, 46°, b), du projet, après le deuxième tiret, on remplacera le mot « kwaliteit » par le mot « hoedanigheid ».

Article 47

32. À l'article 47, alinéa 1^{er}, du projet, le segment de phrase « notamment au regard du groupe concerné » n'est pas clair. Sa portée devrait à tout le moins être précisée dans l'exposé des motifs, d'autant plus que l'alinéa concerné permet à la Banque de déroger, en tout ou en partie, aux obligations qui découlent des articles 45 et 46 du projet.

Article 54

33. L'article 54, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet mentionne « une fonction de gestion des risques » comme étant l'une des « fonctions de contrôle indépendantes ». La personne qui exerce une telle fonction doit, conformément à l'article 54, § 1^{er}, alinéa 2, du projet, être « indépendante des unités et fonctions opérationnelles de l'entreprise ». L'article 56, § 3, alinéa 1^{er}, du projet dispose que la fonction de gestion des risques est dirigée par un membre du comité de direction. La question se pose de savoir si cette dernière personne pourra toujours être réputée répondre à l'exigence d'indépendance à l'égard de l'unité qui est responsable de la gestion des risques et s'il n'y a pas lieu, en l'espèce, de soumettre la corrélation entre les articles 54, § 1^{er}, alinéa 2, et 56, § 3, alinéa 1^{er}, du projet à un examen complémentaire.

Article 100

34. L'article 100 du projet offre aux entreprises d'assurances ou de réassurance la possibilité, moyennant autorisation de la Banque, de ne pas publier dans le rapport annuel certaines informations relatives à leur solvabilité et à leur situation financière. Lorsque l'entreprise a reçu une autorisation en ce sens, elle doit l'indiquer dans le rapport et en expliquer les raisons.

Lorsque l'entreprise d'assurances ou de réassurance est une entreprise cotée, elle est tenue de rendre publique immédiatement toute information privilégiée qui la concerne directement, avec toutefois la possibilité de différer la publication à des conditions strictes et sous sa propre responsabilité²¹. En outre, les sociétés cotées sont soumises à des obligations de publication périodique particulières²², en plus des obligations qui leur incombent en vertu du Code des sociétés.

Dans un souci de sécurité juridique, il est recommandé que l'auteur du projet précise davantage la corrélation et l'interaction entre les obligations d'information en tant que société cotée, d'une part, et la possibilité de ne pas publier certaines informations sur la base de l'article 100 du projet, d'autre part.

Article 107

35. Les articles 107 et suivants du projet concernent notamment l'« ouverture » (opening) de filiales et de succursales à l'étranger. On veillera à utiliser chaque fois la même terminologie quand on vise la même notion, ce qui ne semble cependant pas toujours être le cas. Ainsi, l'article 107, alinéa 1^{er}, du projet fait mention de « constituer » (oprichting) une filiale à l'étranger.

²¹ Voir l'article 10, § 1^{er}, de la loi du 2 août 2002 'relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers'.

²² Voir l'arrêté royal du 14 novembre 2007 'relatif aux obligations des émetteurs d'instruments financiers admis à la négociation sur un marché réglementé'.

Article 151

36. À l'article 151, § 2, alinéa 2, du projet, il y a lieu de remplacer les mots « solvabiliteitskapitaal » et « capital de solvabilité » par « solvabiliteitskapitaalvereiste » et « capital de solvabilité requis », selon le cas.

Article 191

37. À l'article 191, alinéa 3, du projet, les mots « dans le meilleur intérêt de tous les preneurs d'assurance et de tous les bénéficiaires » dans le texte français n'ont pas la même connotation que les mots « in het belang van alle verzekeringnemers en begunstigden » dans le texte néerlandais. Il en va de même pour les mots « au mieux des intérêts » et « in het belang » à l'article 191, alinéa 4, du projet. La terminologie des textes français et néerlandais des dispositions en projet devrait être davantage uniformisée sur ce point.

Article 336

38. L'article 336 du projet fait mention des « dirigeants de l'entreprise d'assurance[s] ou de réassurance ». Cette notion n'est pas définie plus en détail dans le projet, ni dans le livre II, titre II, chapitre III, section III, du projet (« Direction et dirigeants »). Une définition de cette notion améliorerait non seulement la clarté du projet, mais elle est également souhaitable compte tenu du fait que la loi en projet impose différentes obligations à l'égard des « dirigeants ».

Article 503

39. Selon le délégué, il s'agit que l'article 503, § 2, alinéa 2, du projet vise l'article 19 (et non l'article 17) des règlements concernés.

Article 549

40. L'article 549 du projet permet à la Banque, dans le cadre de la fin de l'agrément d'une entreprise d'assurances ou de réassurance, en cas de détérioration de la situation financière de l'entreprise, de porter d'initiative cette situation à la connaissance du tribunal de commerce. Cette notification vaut aveu de faillite au sens de l'article 6 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites. L'exposé des motifs explique que l'article 549 du projet veut donner à la Banque la possibilité d'intervenir « [d]ès lors que malgré ou qu'à la suite de la mise en œuvre des mesures de redressement et/ou de résolution, il y a lieu de procéder au constat selon lequel il convient d'ouvrir une procédure de faillite ».

Afin de mieux faire coïncider la disposition avec l'intention de l'auteur du projet, il est recommandé de faire expressément référence, dans le texte de cette disposition, aux conditions légales pour la déclaration de faillite, plutôt qu'au vague critère de la « détérioration de la situation financière ». L'auteur du projet serait également bien avisé de définir plus

précisément dans le texte de loi dans quels cas la Banque peut faire une notification au tribunal de commerce, avec les conséquences juridiques que cela entraîne : contrairement à ce que l'exposé des motifs laisse paraître actuellement, tous les cas de perte de l'agrément peuvent en effet faire l'objet d'une notification.

L'article 549 du projet assimile la notification par la Banque au tribunal de commerce à un aveu de faillite qui, dans le régime de la loi sur les faillites, est un acte juridique unilatéral que seul le commerçant lui-même peut en principe poser. Le Conseil d'État, section de législation, n'aperçoit pas comment l'assimilation de la notification par la Banque à un aveu de faillite permet à l'entreprise d'assurances elle-même de devenir partie à la procédure en faillite et en particulier de faire valoir ses droits à la défense dans ce cadre. Afin de remédier à cette situation et dans un souci de cohérence avec les principes généraux de la loi sur les faillites, mieux vaudrait inscrire la possibilité pour la Banque de lancer une procédure en faillite dans une procédure contradictoire comparable à la situation où la procédure en faillite est engagée par le Ministère public ou par l'administrateur provisoire au sens de l'article 8 de la loi sur les faillites.

Articles 604 et 605

41. L'article 604 du projet prévoit la possibilité pour la Banque d'infliger des amendes administratives pour des agissements qui, en application de l'article 605 du projet, peuvent également faire l'objet d'incriminations pénales. À cet égard, le Conseil d'État, section de législation, renvoie à l'observation qu'il a formulée dans l'avis 54.982/2 du 27 janvier 2014 à propos des articles 347 et 348 de l'avant-projet de loi 'relative au statut et au contrôle des établissements de crédit'²³.

Dans cet avis, le Conseil d'État, section de législation, a notamment observé ce qui suit :

« Il est renvoyé en ce qui concerne le cumul de ces deux types de sanction à l'observation générale n° 1 de l'avis 52.870/2 donné le 5 mars 2013 sur l'avant-projet devenu la loi du 30 juillet 2013 'visant à renforcer la protection des utilisateurs de produits et services financiers ainsi que les compétences de l'Autorité des services et marchés financiers, et portant des dispositions diverses (I)', qui expose ce qui suit :

'Plusieurs dispositions de l'avant-projet insèrent dans diverses législations des textes qui, soit directement, soit en renvoyant à l'article 36 de la loi du 2 août 2002 'relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers', spécialement à son paragraphe 2, soit encore par la modification apportée à des dispositions dont l'objet porte sur des amendes administratives, permettent l'infliction de pareilles sanctions par la FSMA. Il s'agit des articles 2, 9, 28, 46, 49, 53, 57, 58, 62 et 63.

À propos d'une disposition dont l'objet était analogue, à savoir l'article 50, § 3, de l'avant-projet devenu, avec la même numérotation, la loi du 21 décembre 2009 'relative au statut des établissements de paiement et des établissements de monnaie électronique, à l'accès à l'activité de prestataire de services de paiement, à l'activité d'émission de monnaie électronique et à l'accès aux systèmes de paiement', la section de législation du Conseil d'État a émis les considérations suivantes :

²³ Doc. parl., Chambre, 2013-14, n° 3406/1.

‘Les articles 50 et 51, situés dans le titre IV, intitulé ‘Sanctions’, de l’avant-projet organisent respectivement des régimes de sanctions administratives et de sanctions pénales, sans exclure une application cumulée de ces deux types de sanctions à des faits identiques.

Dès lors que, compte tenu de leur objet et de leur portée, les mesures envisagées par l’article 50, en tout cas celles qui sont prévues par le paragraphe 3 de cette disposition, peuvent être qualifiées de pénales au sens de l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme et de l’article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il importe que soit respecté le principe ‘*non bis in idem*’ consacré par l’article 4 du Protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l’homme ainsi que par l’article 14, § 7, du Pacte précité et qui constitue, en droit interne, ‘une règle essentielle de procédure pénale laquelle constitue en droit belge un principe général du droit’²⁴. Selon ce principe, nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d’une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné.

Dans son avis 33.182/2 [donné le 29 avril 2002 sur l’avant-projet devenu la loi du 2 août 2002 ‘relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers’] qui contenait des dispositions analogues à celles faisant l’objet des dispositions à l’examen, la section de législation du Conseil d’État a fait état des difficultés que suscitait cette possibilité de cumul de sanctions²⁵.

Cet avis relevait une évolution dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme relative à l’interprétation de ce principe: après que, dans un premier temps, la Cour ait considéré que le principe ‘*non bis in idem*’ était violé dès lors qu’un ‘même comportement’ avait fait l’objet à la fois d’une sanction administrative et d’une sanction pénale²⁶, elle a considéré plus tard qu’un même fait pouvait donner lieu tout à la fois à une sanction pénale et à une sanction administrative dès lors que le même fait pénal se décompose en deux infractions distinctes²⁷.

Cette dernière jurisprudence a été confirmée ultérieurement, avec des nuances²⁸⁻²⁹, mais, récemment, par un arrêt rendu en Grande Chambre le 10 février 2009, la Cour européenne des droits de l’homme est revenue à sa conception première : elle y déclare que ‘l’article 4 du Protocole n° 7 doit être compris, comme interdisant de poursuivre ou de juger une

²⁴ Note de bas de page 5 de l’avis cité : Note de bas de page 12 de l’avis cité : J. Velu et R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 521.

²⁵ Note de bas de page 6 de l’avis cité : Note de bas de page 13 de l’avis cité : *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 50-1842/1 et 50-1843/1, spéc. pp. 250 à 252.

²⁶ Note de bas de page 7 de l’avis cité : Note de bas de page 14 de l’avis cité : *Cour eur. dr. h.*, Gradinger c. Autriche, 23 octobre 1995.

²⁷ Note de bas de page 8 de l’avis cité : Note de bas de page 15 de l’avis cité : *Cour eur. dr. h.*, Oliveira c. Suisse, 30 juillet 1998.

²⁸ Note de bas de page 9 de l’avis cité : Note de bas de page 16 de l’avis cité : Voir notamment l’arrêt Ponsetti et Chesnel c. France du 14 septembre 1999 de la Cour européenne des droits de l’homme, également cité dans l’avis 33.182/2, précité, du Conseil d’État. Sur ces questions, cons. J. Put, « *Bis sed non idem* », *R.W.*, 2001-2002, p. 941, n° 18; Ch. Karakosta, « *Ne bis in idem* : une jurisprudence peu lisible pour un droit intangible », *Rev. trim. dr. h.*, 2008, pp. 25 et s. ; H. Mock, « *Ne bis in idem* : Strasbourg tranche en faveur de l’identité des faits », note sous *Cour eur. dr. h.*, Gde Ch., Zolotoukhine c. Russie, 10 février 2009, *Rev. trim. dr. h.*, 2009, pp. 866 à 881.

²⁹ Note de bas de page 10 de l’avis cité : Note de bas de page 17 de l’avis cité : La Cour européenne des droits de l’homme a elle-même admis que la diversité des approches adoptées par cette jurisprudence avait été la « source d’une insécurité juridique incompatible avec ce droit fondamental » (*Cour eur. dr. h.*, Gde Ch., Zolotoukhine c. Russie, 10 février 2009, §§ 70 à 78, spéc. le paragraphe 78).

personne pour une seconde "infraction" pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes³⁰.

La considération figurant dans l'avis 33.182/2, précité, selon laquelle 'le principe "*non bis in idem*" devrait exclure qu'une même infraction [...] puisse être sanctionnée tout à la fois par une amende administrative et ultérieurement par une sanction pénale' s'en trouve en conséquence renforcée.

Le même avis concluait sur ce point par les considérations suivantes :

'Il appartient à l'auteur du projet d'apprécier si, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne, il ne convient dès lors pas d'exclure le cumul de sanctions administratives et pénales pour des comportements susceptibles de constituer – au regard de leurs éléments constitutifs – des infractions identiques.

Certes, l'article 73³¹ de l'avant-projet prévoit-il que :

"Toute amende administrative imposée par la CBF [devenu la FSMA] à une personne et devenue définitive avant que le juge pénal ait statué définitivement sur les mêmes faits ou des faits connexes, s'impute sur le montant de toute amende pénale qui serait prononcée pour ces faits à l'égard de la même personne".

Mais cette disposition ne paraît pas suffisante pour satisfaire à l'exigence du principe '*non bis in idem*'. Si ce principe venait à s'appliquer, il aurait en effet pour conséquence non d'exiger l'absorption d'une peine par une autre mais de rendre irrecevable la poursuite ultérieure d'une même infraction pour laquelle son auteur a déjà été condamné.'

L'arrêt *Zolotoukhine c. Russie* du 10 février 2009, précité, de la Cour européenne des droits de l'homme ne peut que conduire la section de législation du Conseil d'État à réitérer cette observation pour les articles 50 et 51 de l'avant-projet.

Ces dispositions devraient être revues de manière à éviter que, pour un même fait commis par la même personne, après une condamnation pénale, une nouvelle procédure, à caractère administratif, puisse être diligentée pouvant conduire à l'infliction d'une sanction administrative pouvant être qualifiée de pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ou, à l'inverse, que, toujours pour un même fait, pareille sanction administrative puisse être suivie de poursuites pénales³².

³⁰ *Note de bas de page 11 de l'avis cité* : Note de bas de page 18 de l'avis cité : Cour eur. dr. h., Gde Ch., *Zolotoukhine c. Russie*, 10 février 2009, § 82. Dans ce même arrêt, la Cour expose que « l'approche qui privilégie la qualification juridique des deux infractions est trop restrictive des droits de la personne, car si la Cour s'en tient au constat que l'intéressé a été poursuivi pour des infractions ayant une qualification juridique différente, elle risque d'affaiblir la garantie consacrée par l'article 4 du Protocole n° 7 et non de la rendre concrète et effective comme le requiert la Convention » (*ibid.*, § 81). Voir H. Mock, *loc. cit.*

³¹ *Note de bas de page 12 de l'avis cité* : Note de bas de page 19 de l'avis cité : Cette disposition a gardé sa numérotation dans la loi adoptée du 2 août 2002, moyennant des modifications n'affectant pas sa substance (article 1^{er} de l'arrêté royal du 25 mars 2003 portant exécution de l'article 45, § 2, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers et article 176, 1° et 2°, de la loi-programme du 27 avril 2007).

³² *Note de bas de page 13 de l'avis cité* : Avis 46.870/2 donné le 8 juillet 2009 sur un avant-projet devenu la loi précitée du 21 décembre 2009, observation formulée sur les articles 50 et 51, *Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n° 52-2182/1, pp. 88 à 90.

Le commentaire des articles 50 et 51 du projet devenu la loi précitée du 21 décembre 2009 expose ce qui suit au sujet du régime de sanctions instauré par ces dispositions :

‘Dans son avis, le Conseil d’État relève à ce sujet que prévoir des régimes de sanctions administratives et de sanctions pénales, sans exclure une application cumulée de ces deux types de sanctions à des faits identiques, est susceptible d’entraîner une violation du principe *non bis in idem* consacré par l’article 4 du Protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l’homme ainsi que par l’article 14, § 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. [...] Le Conseil d’État fait à cet égard référence à des avis antérieurs de la section de législation du Conseil d’État, ainsi qu’à une jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l’homme. Le Gouvernement est tout à fait conscient de la problématique soulevée par le Conseil d’État dans son avis. Il examinera la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l’homme et prendra, si nécessaire, des initiatives visant à adapter le régime des sanctions administratives et des sanctions pénales dans la législation belge afin de tenir compte, si besoin est, de la jurisprudence précitée’³³.

Le Conseil d’État ne peut que confirmer, au sujet des dispositions mentionnées plus haut de l’avant-projet, son avis 46.870/2 précité sur le cumul des régimes de sanctions pénales et administratives, tel qu’il résulte des articles 70 à 73 de la loi précitée du 2 août 2002, applicables aussi aux autres législations accordant des pouvoirs de sanction à la FSMA.

En outre, depuis que cet avis a été rendu, le Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l’homme a été ratifié par la Belgique le 13 avril 2012, la loi portant assentiment à cet instrument datant du 6 mars 2007, et est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2012 à l’égard de la Belgique.

Il est également fait référence au récent arrêt prononcé en Grande Chambre le 26 février 2013 par la Cour de justice de l’Union européenne sur la portée du principe ‘*ne bis in idem*’, tel qu’il est énoncé à l’article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne, qui, se prononçant dans le même sens que le dernier état de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, énonce ce qui suit :

‘l’article 50 de la Charte ne s’oppose pas à ce qu’un État membre impose, pour les mêmes faits de non-respect d’obligations déclaratives dans le domaine de la TVA, une combinaison de sanctions fiscales et pénales. [...] [Les sanctions applicables] peuvent donc prendre la forme de sanctions administratives, de sanctions pénales ou d’une combinaison des deux. Ce n’est que lorsque la sanction fiscale revêt un caractère pénal, au sens de l’article 50 de la Charte, et est devenue définitive que ladite disposition s’oppose à ce que des poursuites pénales pour les mêmes faits soient diligentées contre une même personne’³⁴ »³⁵.

Il ressort de ce qui précède que la combinaison d’une sanction administrative et d’une sanction pénale ne se heurte pas en soi au principe *non bis in idem*, comme cela a été

³³ Note de bas de page 14 de l’avis cité : Doc. parl., Chambre, 2008-2009, n° 52-2182/1, p. 36.

³⁴ Note de bas de page 15 de l’avis cité : C.J.U.E., Gde Ch., 26 février 2013, C-617/10, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson.

³⁵ Note de bas de page 49 de l’avis 54.982/2 : Doc. parl., Chambre, 2012-2013, n° 2872/1, pp. 106 à 118 ; dans le même sens, l’avis 54.963/2 donné le 22 janvier 2014 sur un avant-projet de loi ‘relative au statut et au contrôle des planificateurs financiers indépendants et à la fourniture de consultations en planification financière par des entreprises réglementées’, observation formulée sur les articles 39 à 40. Ce n’est que de manière allusive que l’exposé des motifs de l’avant-projet à l’examen évoque le principe « *non bis in idem* » (p. 47).

expliqué par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de justice de l'Union européenne. L'auteur du projet en est conscient, ainsi qu'il ressort du commentaire anticipatif³⁶ relatif aux articles 604 et 605 du projet dans l'exposé des motifs. On veillera toutefois à ce que la sanction administrative ne soit pas de nature à revêtir un caractère intrinsèquement pénal, auquel cas des questions pourraient bien se poser quant au respect du principe *non bis in idem*.

Article 658

42. L'article 658, alinéa 1^{er}, 1^o, du projet mentionne, dans le texte néerlandais, la désignation d'un « voorlopige bewindvoerder » (administrateur provisoire) en application de l'article 517, § 1^{er}, 2^o, du projet. Il y a lieu d'observer que l'article 517, § 1^{er}, 2^o, du projet ne fait pas mention de « voorlopige bewindvoerders », mais bien de « voorlopige bestuurders of zaakvoerders » (administrateurs ou gérants provisoires). À moins d'une raison spécifique justifiant de déroger à la terminologie utilisée à l'article 517, § 1^{er}, 2^o, du projet, mieux vaudrait, à l'article 658, alinéa 1^{er}, 1^o, se conformer à la terminologie utilisée dans la disposition à laquelle on fait expressément référence.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME

³⁶ Anticipant, selon l'exposé des motifs, « une observation récurrente du Conseil d'État relative au respect du principe *non bis in idem* tel qu'interprété par la Cour européenne des Droits de l'Homme et la Cour de justice de l'Union européenne ».