



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 70.151/1
van 6 oktober 2021

avis 70.151/1
du 6 octobre 2021

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot uitvoering van
artikel 677 van de wet van
13 maart 2016 op het statuut
van en het toezicht op de
verzekerings- of
herverzekeringsondernemingen'

un projet d'arrêté royal
'portant exécution de
l'article 677 de la loi du
13 mars 2016 relative au statut
et au contrôle des entreprises
d'assurance ou de réassurance'

Op 8 september 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Werk verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot uitvoering van artikel 677 van de wet van 13 maart 2016 op het statuut van en het toezicht op de verzekerings- of herverzekeringsondernemingen’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 30 september 2021. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wouter PAS en Inge VOS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Arne CARTON, auditeur.

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 6 oktober 2021.

*

Le 8 septembre 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre du Travail à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal ‘portant exécution de l'article 677 de la loi du 13 mars 2016 relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance’.

Le projet a été examiné par la première chambre le 30 septembre 2021. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wouter PAS et Inge VOS, conseillers d'État, Michel TISON et Johan PUT, assesseurs, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Arne CARTON, auditeur.

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 6 octobre 2021.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1. In artikel 1 van het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit wordt bepaald dat “verzekeringsmaatschappijen van onderlinge bijstand zijn vrijgesteld van de naleving van de verplichtingen voorzien door artikel 83/1 van de wet van 13 maart 2016 op het statuut van en het toezicht op de verzekerings- of herverzekeringsondernemingen op voorwaarde dat deze vrijstelling op individuele basis geen afbreuk doet aan de geschiktheid van het governancesysteem van de verzekeringsmaatschappij van onderlinge bijstand, in het bijzonder de geschiktheid van haar toezichtstructuren op de effectieve leiding en van de collegialiteit van die laatste”. Tevens wordt de “Controledienst voor de ziekenfondsen” (zie verder opmerking *sub* 12) opgedragen om toe te zien op de naleving van deze voorwaarde.

Op grond van artikel 83/1, eerste lid, van de wet van 13 maart 2016 ‘op het statuut van en het toezicht op de verzekerings- of herverzekeringsondernemingen’ mogen de leden van het wettelijk bestuursorgaan en de leden van het directiecomité geen functie als loontrekkende uitoefenen in de verzekerings- of herverzekeringsonderneming of in een vennootschap waarin de verzekerings- of herverzekeringsonderneming een deelneming heeft.

Het is de bedoeling om het tot stand te brengen koninklijk besluit in werking te laten treden “op de dag van de inwerkingtreding van artikel 83/1 van de voornoemde wet van 13 maart 2016” (artikel 2 van het ontwerp).

2.1. Het ontworpen koninklijk besluit vindt in essentie rechtsgrond in artikel 677 van de voornoemde wet van 13 maart 2016, waarnaar wordt verwezen in het eerste lid van de aanhef van het ontwerp, en dat luidt:

“Onverminderd de bepalingen van Richtlijn 2009/138/EG en de uitvoeringsmaatregelen ervan, kan de Koning bij een koninklijk besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad en op advies van de Bank of van de FSMA, ieder voor wat zijn bevoegdheden betreft, en van de Controledienst voor de ziekenfondsen, de verzekeringsmaatschappijen van onderlinge bijstand vrijstellen van de toepassing van sommige bepalingen van deze wet en aangeven welke regels in plaats daarvan van toepassing zijn”.¹

2.2. Waar aan het einde van artikel 1 van het ontwerp wordt bepaald dat de “Controledienst voor de ziekenfondsen” toeziet op de naleving van de betrokken voorwaarde kan daarvoor rechtsgrond worden gevonden in artikel 108 van de Grondwet, waarin de algemene bevoegdheid van de Koning is vervat om de wetten uit te voeren, gelezen in samenhang met artikel 52, eerste lid, 11°, van de wet van 6 augustus 1990 ‘betreffende de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen’. In de laatstgenoemde wetsbepaling wordt als één van de opdrachten van de Controledienst vermeld “er op toe te zien dat [de maatschappijen van onderlinge bijstand] handelen volgens de bepalingen van de [wet] van 13 maart 2016 op het statuut van en het toezicht op de verzekerings- of herverzekeringsondernemingen (...) die op hen van toepassing zijn, [en] de uitvoeringsmaatregelen ervan (...)”.

¹ Zoals door de gemachtigde werd verduidelijkt, kan voor de ontworpen regeling als rechtsgrond geen beroep worden gedaan op de specifieke uitzonderingsregeling waarin wordt voorzien in artikel 83/1, tweede lid, van de wet van 13 maart 2016.

ALGEMENE OPMERKINGEN

3. De vrijstelling van de naleving van de verplichtingen vermeld in artikel 83/1 van de wet van 13 maart 2016, geldt niet voor alle categorieën van verzekeringsmaatschappijen, maar enkel voor de verzekeringsmaatschappijen van onderlinge bijstand die aan de desbetreffende voorwaarden voldoen. In de nota aan de Ministerraad wordt uiteengezet waarom de specificiteit van de verzekeringsmaatschappijen van onderlinge bijstand verantwoordt dat zij van de verplichtingen vermeld in het voornoemde artikel 83/1 van de wet van 13 maart 2016 worden vrijgesteld. Door de gemachtigde werden in dat verband nog de volgende, bijkomende verduidelijkingen verstrekt:

“Voor de wijzigingen die bij wet van 26 april 2010 houdende diverse bepalingen inzake de organisatie van de aanvullende ziekteverzekering (I) in de wet van 6 augustus 1990 betreffende de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen zijn aangebracht, boden de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen hun leden naast de producten en diensten in het kader van de sociale zekerheid, facultatieve ziekteverzekeringen aan. In een met redenen omkleed advies was de Europese Commissie evenwel van mening dat deze activiteit, die concurreert met die van de private verzekeringsmaatschappijen, aan dezelfde prudentiële regels moest worden onderworpen als die welke bij de omzetting van de verzekeringsrichtlijnen in de nationale wetgevingen van de verschillende lidstaten werden voorzien.

Om aan deze eis te voldoen, legt de wet van 6 augustus 1990 nu op dat de facultatieve ziektekostenverzekeringen uitsluitend mogen worden aangeboden door verzekeringsmaatschappijen van onderlinge bijstand die zijn opgericht binnen het kader van de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen. Deze nieuwe rechtsvorm heeft dus uitsluitend tot doel de activiteiten en het vermogen te scheiden van de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen, met als doel het aanbieden van facultatieve ziektekostenverzekeringen te onderwerpen aan de wetgeving inzake het toezicht op private verzekeringen (onder andere de voormalige wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen, op dit moment de wet van 13 maart 2016 op het statuut van en het toezicht op verzekering op verzekerings- of herverzekeringsondernemingen).

In de praktijk – en vooral vanuit het oogpunt van de verzekeringnemer, die ook lid is van een ziekenfonds dat de VMOB heeft opgericht – lijkt het onderscheid kunstmatig. Een VMOB kan zich enkel richten tot de aangesloten leden van de ziekenfondsen die haar hebben opgericht en de facultatieve verzekeringen worden via dezelfde kanalen gedistribueerd als de producten en diensten die worden aangeboden in het kader van de sociale zekerheid.

Het specifieke karakter van de VMOB's bestaat derhalve uit een sterke integratie binnen de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen die hen hebben opgericht, waarbij hun bestaan uitsluitend wordt gerechtvaardigd door de behoeften van het prudentiële toezicht waaraan zij onderworpen zijn.

Er wordt op gewezen dat de VMOB's, naast de wetgeving van toepassing op verzekeringsondernemingen, eveneens onderworpen zijn aan de mutualistische wetgeving, met name voor wat de samenstelling van hun organen betreft, die worden samengesteld op basis van een systeem van mutualistische verkiezingen. Binnen de mutualistische sector is het dan ook een gangbare praktijk dat bepaalde werknemers van de entiteit eveneens zetelen in de organen van deze entiteit en dit met het oog op het creëren van een unieke samenwerking tussen verkozen personen en professionelen (experten van op het terrein).

Tot op heden werden er, noch bij de klassieke mutualistische entiteiten, noch bij de VMOB's, problemen – zoals deze aangehaald in voetnoot 2 van de nota van de Ministerraad van 28 juni 2021 – vastgesteld die veroorzaakt zouden worden doordat een lid van een orgaan van de entiteit daarnaast eveneens tewerk was gesteld op basis van een arbeidsovereenkomst bij diezelfde entiteit. Er werd evenmin enige impact vastgesteld op de doeltreffendheid van het toezicht van de raad van bestuur op de effectieve leiding, noch op de goede werking en de collegialiteit van het directiecomité.

Naast de historische evolutie, zijn er nog een aantal elementen die kunnen verklaren waarom dergelijke problemen niet voorkomen binnen de mutualistische sector:

(i) Er zijn vooreerst geen aandeelhouders en er is geen winsttoegmerk aanwezig. Dit brengt onder andere met zich mee dat elk lid van een raad van bestuur of een directiecomité van een VMOB op gelijke voet staat en evenveel inspraak heeft en dit ongeacht of men naast het mandaat eveneens verbonden is aan de VMOB op basis van een arbeidsovereenkomst. Het belang van de leden, die tevens de enige verzekerden zijn, primeert.

(ii) Het aantal bestuurders die eveneens werknemer zijn van de VMOB is beperkt tot maximum één vierde van de raad van bestuur (cf. 20 § 2, in samenlezing met artikel 70, § 9, van voornoemde wet van 6 augustus 1990). De overgrote meerderheid van de bestuurders worden niet door de VMOB bezoldigd, waardoor er in principe geen noemenswaardige impact kan zijn op de doeltreffendheid van het toezicht van de raad van bestuur op de effectieve leiding”.

Gelet op de aldus beschreven specifieke aard van de verzekeringsmaatschappijen van onderlinge bijstand kan worden aangenomen dat uitsluitend ten aanzien van deze verzekeringsmaatschappijen in de mogelijkheid van vrijstelling van de in artikel 83/1 van de wet van 13 maart 2016 opgenomen verplichtingen wordt voorzien, zonder dat op dat punt noodzakelijkerwijze tot een onverantwoorde ongelijke behandeling van andere categorieën van verzekeringsmaatschappijen zou moeten worden besloten.

4. De vraag zou kunnen rijzen hoe de ontworpen regeling tot vrijstelling van de verplichtingen die zijn opgenomen in artikel 83/1 van de wet van 13 maart 2016 zich verhoudt tot het bepaalde in artikel 46, § 1, tweede lid, van dezelfde wet, dat luidt:

“Onverminderd de bepalingen van deze wet of de rechtstreeks toepasselijke normen van het Europees recht, dient het juridisch statuut van de leden van het directiecomité te voldoen aan de vereisten die voor de leden van de in artikel 7:107 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen bedoelde directieraad zijn vastgesteld, inzonderheid het tweede lid van dat artikel 7:107”.²

² Artikel 7:107, tweede lid, van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen luidt: “Leden van de directieraad kunnen in deze hoedanigheid niet door een arbeidsovereenkomst met de vennootschap zijn verbonden”.

De gemachtigde verduidelijkt dat de ontworpen afwijking op het verbod opgelegd door artikel 83/1, eerste lid, van de wet van 13 maart 2016 moet worden gelezen in samenhang met de bestaande wettelijke verplichting om, op grond van artikel 46, § 1, tweede lid, van de wet van 13 maart 2016 *juncto* artikel 7:107, tweede lid, van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen, niet in de hoedanigheid van lid van een directiecomité door een arbeidsovereenkomst te zijn verbonden. De gemachtigde verwoordde het als volgt:

“Artikel 46, § 1, van de wet van 13 maart 2016 omhelst het bijzondere karakter van de duale beleidsstructuur van verzekeringsondernemingen. Dit model wijkt af van de regels van het gemene vennootschapsrecht, zoals voorzien in artikel 7:107 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen, in die zin dat twee leden van het directiecomité van de verzekeringsonderneming eveneens lid moeten zijn van het wettelijke bestuursorgaan van die onderneming. In het geval van kredietinstellingen geldt de regel dat alle leden van het directiecomité ook lid moeten zijn van het wettelijk bestuursorgaan.

Artikel 46, § 1, van de wet van 13 maart 2016 doet daarentegen geen afbreuk aan het verbod, opgelegd door artikel 7:107 van het WVV, voor de leden van het directiecomité om deze functie op basis van een arbeidsovereenkomst uit te oefenen. Artikel 7:107 van het WVV bepaalt in lid 2: ‘Leden van de directieraad kunnen in deze hoedanigheid niet door een arbeidsovereenkomst met de vennootschap zijn verbonden’.

Wat aan de basis van de afwijking ligt is het verrichten van arbeid in de hoedanigheid van werknemer in de verzekeringsonderneming door een persoon die terzelfdertijd lid is van het directiecomité of de raad van bestuur en die in deze organen zetelt op basis van een mandaat. Artikel 83/1, eerste lid, van de wet van 13 maart 2016 voorziet in een verbod van een dergelijke cumul, waardoor elke functie als loontrekkende naast het mandaat van bestuurder of lid van het directiecomité in de verzekeringsonderneming is uitgesloten. Het ontwerp van koninklijk besluit voorziet een uitzondering op dit principe ten gunste van de leden van de organen van de VMOB's”.

De aangehaalde toelichting bevestigt dat de artikelen 83/1, eerste lid, en 46, § 1, tweede lid, van de wet van 13 maart 2016 op diverse punten van elkaar verschillen, dat het de bedoeling is dat beide wetsbepalingen in onderlinge samenhang worden gelezen, en dat de ontworpen mogelijkheid tot afwijking van de verplichtingen in artikel 83/1 van de wet niet inhoudt dat daardoor ook zou kunnen worden afgeweken van artikel 46, § 1, tweede lid, van dezelfde wet. Dit impliceert dat de verplichtingen, bedoeld in deze laatste wetsbepaling, onverkort van toepassing zullen blijven op de verzekeringsmaatschappijen van onderlinge bijstand die het ontwerp beoogt. Mede rekening houdend met de complexiteit van de regelgeving op dat vlak en ter wille van de rechtszekerheid zou de verhouding tussen de voornoemde wetsbepalingen duidelijker in de ontworpen regeling tot uitdrukking moeten worden gebracht (zie verder opmerking *sub* 9).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

5. Rekening houdend met hetgeen *sub* 2.2 is opgemerkt met betrekking tot de rechtsgrond, dienen, onmiddellijk voorafgaand aan het eerste lid van de aanhef van het ontwerp,

zoals het om advies is voorgelegd en waarin wordt gerefereerd aan artikel 677 van de wet van 13 maart 2016, twee leden te worden toegevoegd, luidende:

“Gelet op de Grondwet, artikel 108;

Gelet op de wet van 6 augustus 1990 betreffende de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen, artikel 52, eerste lid, 11°, ingevoegd bij de wet van 26 april 2010 en gewijzigd bij de wetten van 17 juli 2015 en 13 maart 2016;”.

6. Zoals het vanuit legistiek oogpunt hoort, dienen de voordrachtformule en de vermelding van de beraadslaging in de Ministerraad, die nu worden weergegeven in het tweede lid van de aanhef, te worden opgenomen aan het einde daarvan en voor de formule “Hebben Wij besloten en besluiten Wij:”.³

7. In de aanhef van het ontwerp wordt onder meer melding gemaakt van een advies van de Nationale Bank van België van 4 juni 2021. De aan de afdeling Wetgeving meegedeelde documenten wijzen er nochtans op dat het betrokken advies niet van 4 juni 2021, doch wel van 1 juni 2021 dateert. De betrokken datum zal zo nodig moeten worden aangepast in de aanhef.

8. Er werd met betrekking tot de ontworpen regeling een regelgevingsimpactanalyse uitgevoerd waarvan ook nog melding zal moeten worden gemaakt in de aanhef van het ontwerp. Daartoe zou in een apart lid van de aanhef kunnen worden geschreven “Gelet op de regelgevingsimpactanalyse, uitgevoerd overeenkomstig de artikelen 6 en 7 van de wet van 15 december 2013 houdende diverse bepalingen inzake administratieve vereenvoudiging;”.

Artikel 1

9. Om geen twijfel te laten bestaan over de verhouding tussen artikel 1 van het ontwerp en artikel 46, § 1, tweede lid, van de wet van 13 maart 2016 (zie hoger *sub* 4) vangt de ontworpen bepaling het best aan als volgt: “Onverminderd artikel 46, § 1, tweede lid, van de wet van 13 maart 2016 op het statuut van en het toezicht op de verzekerings- of herverzekeringsondernemingen, zijn de verzekeringsmaatschappijen van onderlinge bijstand vrijgesteld van de naleving van de verplichtingen zoals bedoeld in artikel 83/1 van dezelfde wet op voorwaarde dat ...”.⁴

10. Het is naar het zeggen van de gemachtigde enkel de bedoeling om met de ontworpen regeling af te wijken van het eerste lid van artikel 83/1 van de wet van 13 maart 2016.

³ *Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, Hoofdstuk 7, “Koninklijk besluit (F 7)”, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

⁴ In het tekstvoorstel wordt verwezen naar “artikel 83/1 van dezelfde wet” ermee rekening houdend dat in het tekstvoorstel al melding wordt gemaakt van de datum en het opschrift van de betrokken wet; tevens wordt de zinsnede “voorzien door artikel 83/1 van de wet” om taalkundige redenen vervangen door de zinsnede “zoals bedoeld in artikel 83/1 van dezelfde wet”.

Die bedoeling zou moeten worden geëxpliciteerd in artikel 1 van het ontwerp door erin te verwijzen naar “artikel 83/1, eerste lid,” van de betrokken wet.⁵

11. In artikel 1 van het ontwerp wordt melding gemaakt van een “vrijstelling op individuele basis” (“[une] dispense ... sur une base individuelle”). De gemachtigde verstrekte in dat verband de volgende verduidelijking:

“De uitdrukking heeft betrekking op de verzekeringsonderneming (d.w.z. de verzekeringsmaatschappij van onderlinge bijstand) en niet op de leden van haar organen. Dit betekent dat de Controledienst voor de ziekenfondsen kan weigeren de afwijking van het ontwerpbesluit toe te kennen aan een VMOB die niet de nodige waarborgen biedt voor de goede werking van haar governancestelsel, ook al zouden andere VMOB's wel kunnen genieten van de bepalingen van het ontwerpbesluit.”

Teneinde te vermijden dat de woorden “vrijstelling op individuele basis” de indruk zouden wekken dat ermee wordt bedoeld op een individueel aan de leden toegekende vrijstelling, wordt de zinsnede “op individuele basis” het best weggelaten en kan worden geschreven “op voorwaarde dat deze vrijstelling geen afbreuk doet aan de geschiktheid van het governancestelsel van de betrokken verzekeringsmaatschappij van onderlinge bijstand.”

12. Er moet rekening worden gehouden met de terminologie die voorkomt in de reeds genoemde wet van 6 augustus 1990. In overeenstemming met artikel 49, § 1, eerste lid, van die wet, moet aan het einde van artikel 1 van het ontwerp worden geschreven “De Controledienst voor de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen ziet toe op de naleving van deze voorwaarde”.

Artikel 2

13. In artikel 2 van het ontwerp wordt bepaald dat het besluit in werking treedt “op de dag van de inwerkingtreding van artikel 83/1 van de voornoemde wet van 13 maart 2016”.

Het voornoemde artikel 83/1 werd in de wet van 13 maart 2016 ingevoegd door artikel 199 van de wet van 27 juni 2021 ‘houdende diverse financiële bepalingen’ en is met toepassing van artikel 418 van die wet op 19 juli 2021 in werking getreden. Er wordt aan de ontworpen regeling derhalve terugwerkende kracht verleend.

Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is enkel toelaatbaar indien voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling waarbij, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen worden toegekend of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast.

De door de gemachtigde verstrekte toelichting doet ervan blijken dat de terugwerkende kracht feitelijk neerkomt op een regularisatie ten gunste van de verzekeringsmaatschappijen van onderlinge bijstand die tot dusver weliswaar niet de

⁵ De sub 9 gedane tekstsuggestie moet dan evenzeer worden aangepast in die zin.

verplichtingen bedoeld in artikel 83/1, eerste lid, van de wet van 13 maart 2016 hebben nageleefd maar die, op het ogenblik van de inwerkingtreding van die wetsbepaling, er wel op de hoogte van waren gebracht dat een regeling werd voorbereid die hen van de naleving van de betrokken verplichtingen zou vrijstellen. De ontworpen regeling kan zodoende worden beschouwd als een regeling waarbij, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen worden toegekend, zodat de retroactiviteit kan worden ingepast in de reeds opgesomde voorwaarden van toelaatbaarheid.

14. De inwerkingtreding van een regeling wordt bij voorkeur niet vastgesteld door middel van een verwijzing naar de inwerkingtreding van een andere regeling.⁶ De datum waarop een regeling in werking treedt dient immers zo precies mogelijk uit de regeling zelf te kunnen worden afgeleid zonder dat daartoe een andere normatieve tekst moet worden geconsulteerd. Daarenboven moet de bepaling van inwerkingtreding duidelijk tot uitdrukking brengen dat aan de betrokken regeling terugwerkende kracht wordt gegeven. Om al deze redenen wordt voor artikel 2 van het ontwerp de volgende redactie voorgesteld:

“Dit besluit heeft uitwerking met ingang van 19 juli 2021”.

*

⁶ Zie de in voetnoot 3 vermelde *Handleiding*, nr. 152.2.

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

1. L'article 1^{er} du projet d'arrêté royal soumis pour avis dispose que « [l]es sociétés mutualistes d'assurance sont dispensées du respect des obligations prévues par l'article 83/1 de la loi du 13 mars 2016 relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance à la condition que cette dispense ne porte pas atteinte, sur une base individuelle, au caractère adéquat du système de gouvernance de la société mutualiste d'assurance en particulier l'adéquation de ses structures de surveillance de la direction effective et de la collégialité de cette dernière ». En outre, l'« Office de contrôle des mutualités » (voir l'observation 12 ci-après) est chargé de veiller au respect de cette condition.

L'article 83/1, alinéa 1^{er}, de la loi du 13 mars 2016 'relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance' dispose que les membres de l'organe légal d'administration et les membres du comité de direction ne peuvent pas exercer une fonction en qualité de salarié au sein de l'entreprise d'assurance ou de réassurance ou d'une société dans laquelle l'entreprise d'assurance ou de réassurance détient une participation.

L'intention est de faire entrer l'arrêté royal à élaborer en vigueur « le jour de l'entrée en vigueur de l'article 83/1 de la loi précitée du 13 mars 2016 » (article 2 du projet).

2.1. Pour l'essentiel, l'arrêté royal en projet trouve un fondement juridique dans l'article 677 de la loi du 13 mars 2016 précitée, auquel il est fait référence au premier alinéa du préambule du projet, et qui s'énonce comme suit :

« Sans préjudice des dispositions de la Directive 2009/138/CE et de ses mesures d'exécution, le Roi peut, par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres et sur avis de la Banque ou de la FSMA, chacune dans son domaine de compétence, et de l'Office de contrôle des mutualités, dispenser les sociétés mutualistes d'assurance de l'application de certaines dispositions de la présente loi et préciser les règles qui leur sont éventuellement applicables en lieu et place »¹.

2.2. Dans la mesure où, à la fin de l'article 1^{er} du projet, il est prévu que « [l]' Office de contrôle des mutualités veille au respect de cette condition », un fondement juridique à cet effet peut être trouvé dans l'article 108 de la Constitution, qui consacre le pouvoir général du Roi d'exécuter les lois, combiné avec l'article 52, alinéa 1^{er}, 11°, de la loi du 6 août 1990 'relative aux mutualités et aux unions nationales de mutualités'. Cette dernière disposition précise que l'une des missions de l'Office de contrôle est « de veiller à ce que [les sociétés mutualistes] agissent conformément aux dispositions [de la loi du] 13 mars 2016 relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance (...) qui leur sont applicables et à leurs mesures d'exécution (...) ».

¹ Comme l'a précisé le délégué, le dispositif en projet ne peut pas trouver de fondement juridique dans le régime d'exception spécifique prévu à l'article 83/1, alinéa 2, de la loi du 13 mars 2016.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

3. La dispense du respect des obligations prévues à l'article 83/1 de la loi du 13 mars 2016 ne s'applique pas à toutes les catégories de sociétés d'assurance, mais uniquement aux sociétés mutualistes qui remplissent les conditions requises. La note au Conseil des ministres explique pourquoi la spécificité des sociétés mutualistes justifie qu'elles soient dispensées des obligations prévues à l'article 83/1, précité, de la loi du 13 mars 2016. À cet égard, le délégué a encore ajouté les précisions suivantes :

« Voor de wijzigingen die bij wet van 26 april 2010 houdende diverse bepalingen inzake de organisatie van de aanvullende ziekteverzekering (I) in de wet van 6 augustus 1990 betreffende de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen zijn aangebracht, boden de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen hun leden naast de producten en diensten in het kader van de sociale zekerheid, facultatieve ziekteverzekeringen aan. In een met redenen omkleed advies was de Europese Commissie evenwel van mening dat deze activiteit, die concurreert met die van de private verzekeringsmaatschappijen, aan dezelfde prudentiële regels moest worden onderworpen als die welke bij de omzetting van de verzekeringsrichtlijnen in de nationale wetgevingen van de verschillende lidstaten werden voorzien.

Om aan deze eis te voldoen, legt de wet van 6 augustus 1990 nu op dat de facultatieve ziektekostenverzekeringen uitsluitend mogen worden aangeboden door verzekeringsmaatschappijen van onderlinge bijstand die zijn opgericht binnen het kader van de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen. Deze nieuwe rechtsvorm heeft dus uitsluitend tot doel de activiteiten en het vermogen te scheiden van de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen, met als doel het aanbieden van facultatieve ziektekostenverzekeringen te onderwerpen aan de wetgeving inzake het toezicht op private verzekeringen (onder andere de voormalige wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen, op dit moment de wet van 13 maart 2016 op het statuut van en het toezicht op verzekering op verzekerings- of herverzekeringsondernemingen).

In de praktijk – en vooral vanuit het oogpunt van de verzekeringnemer, die ook lid is van een ziekenfonds dat de VMOB heeft opgericht – lijkt het onderscheid kunstmatig. Een VMOB kan zich enkel richten tot de aangesloten leden van de ziekenfondsen die haar hebben opgericht en de facultatieve verzekeringen worden via dezelfde kanalen gedistribueerd als de producten en diensten die worden aangeboden in het kader van de sociale zekerheid.

Het specifieke karakter van de VMOB's bestaat derhalve uit een sterke integratie binnen de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen die hen hebben opgericht, waarbij hun bestaan uitsluitend wordt gerechtvaardigd door de behoeften van het prudentiële toezicht waaraan zij onderworpen zijn.

Er wordt op gewezen dat de VMOB's, naast de wetgeving van toepassing op verzekeringsondernemingen, eveneens onderworpen zijn aan de mutualistische wetgeving, met name voor wat de samenstelling van hun organen betreft, die worden samengesteld op basis van een systeem van mutualistische verkiezingen. Binnen de mutualistische sector is het dan ook een gangbare praktijk dat bepaalde werknemers van de entiteit eveneens zetelen in de organen van deze entiteit en dit met het oog op het creëren van een unieke samenwerking tussen verkozen personen en professionelen (experten van op het terrein).

Tot op heden werden er, noch bij de klassieke mutualistische entiteiten, noch bij de VMOB's, problemen – zoals deze aangehaald in voetnoot 2 van de nota van de Ministerraad van 28 juni 2021 – vastgesteld die veroorzaakt zouden worden doordat een lid van een orgaan van de entiteit daarnaast eveneens tewerk was gesteld op basis van een arbeidsovereenkomst bij diezelfde entiteit. Er werd evenmin enige impact vastgesteld op de doeltreffendheid van het toezicht van de raad van bestuur op de effectieve leiding, noch op de goede werking en de collegialiteit van het directiecomité.

Naast de historische evolutie, zijn er nog een aantal elementen die kunnen verklaren waarom dergelijke problemen niet voorkomen binnen de mutualistische sector:

(i) Er zijn vooreerst geen aandeelhouders en er is geen winstoogmerk aanwezig. Dit brengt onder andere met zich mee dat elk lid van een raad van bestuur of een directiecomité van een VMOB op gelijke voet staat en evenveel inspraak heeft en dit ongeacht of men naast het mandaat eveneens verbonden is aan de VMOB op basis van een arbeidsovereenkomst. Het belang van de leden, die tevens de enige verzekerden zijn, primeert.

(ii) Het aantal bestuurders die eveneens werknemer zijn van de VMOB is beperkt tot maximum één vierde van de raad van bestuur (cf. 20 § 2, in samenlezing met artikel 70, § 9, van voornoemde wet van 6 augustus 1990). De overgrote meerderheid van de bestuurders worden niet door de VMOB bezoldigd, waardoor er in principe geen noemenswaardige impact kan zijn op de doeltreffendheid van het toezicht van de raad van bestuur op de effectieve leiding ».

Compte tenu de la spécificité des sociétés mutualistes d'assurance ainsi décrite, il peut être admis que la possibilité d'être dispensé des obligations mentionnées à l'article 83/1 de la loi du 13 mars 2016 est prévue uniquement pour ces sociétés d'assurance, sans qu'il faille nécessairement conclure qu'il en résulte une inégalité de traitement injustifiée des autres catégories de sociétés d'assurance sur ce point.

4. La question pourrait se poser de savoir comment le régime de dispense des obligations prévues à l'article 83/1 de la loi du 13 mars 2016, en projet, s'articule avec les dispositions de l'article 46, § 1^{er}, alinéa 2, de la même loi, qui est rédigé comme suit :

« Sans préjudice des dispositions prévues par la présente loi ou par les normes de droit européen directement applicables, le statut juridique des membres du comité de direction répond aux exigences prévues pour les membres du conseil de direction visé à l'article 7:107 du Code des sociétés et des associations, en particulier l'alinéa 2 dudit article 7:107 »².

Le délégué a précisé que la dérogation en projet à l'interdiction imposée par l'article 83/1, alinéa 1^{er}, de la loi du 13 mars 2016 doit être lue en combinaison avec l'obligation légale existante, prévue à l'article 46, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 13 mars 2016, combiné avec l'article 7:107, alinéa 2, du Code des sociétés et des associations, de ne pas être lié par un contrat de travail en qualité de membre d'un comité de direction. Le délégué s'est exprimé en ces termes :

« Artikel 46, § 1, van de wet van 13 maart 2016 omhelst het bijzondere karakter

² L'article 7:107, alinéa 2, du Code des sociétés et des associations dispose : « Les membres du conseil de direction ne peuvent, en cette qualité, être liés à la société par un contrat de travail ».

van de duale beleidsstructuur van verzekeringsondernemingen. Dit model wijkt af van de regels van het gemene vennootschapsrecht, zoals voorzien in artikel 7:107 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen, in die zin dat twee leden van het directiecomité van de verzekeringsonderneming eveneens lid moeten zijn van het wettelijke bestuursorgaan van die onderneming. In het geval van kredietinstellingen geldt de regel dat alle leden van het directiecomité ook lid moeten zijn van het wettelijk bestuursorgaan.

Artikel 46, § 1, van de wet van 13 maart 2016 doet daarentegen geen afbreuk aan het verbod, opgelegd door artikel 7:107 van het WVV, voor de leden van het directiecomité om deze functie op basis van een arbeidsovereenkomst uit te oefenen. Artikel 7:107 van het WVV bepaalt in lid 2: 'Leden van de directieraad kunnen in deze hoedanigheid niet door een arbeidsovereenkomst met de vennootschap zijn verbonden'.

Wat aan de basis van de afwijking ligt is het verrichten van arbeid in de hoedanigheid van werknemer in de verzekeringsonderneming door een persoon die terzelfdertijd lid is van het directiecomité of de raad van bestuur en die in deze organen zetelt op basis van een mandaat. Artikel 83/1, eerste lid, van de wet van 13 maart 2016 voorziet in een verbod van een dergelijke cumul, waardoor elke functie als loontrekkende naast het mandaat van bestuurder of lid van het directiecomité in de verzekeringsonderneming is uitgesloten. Het ontwerp van koninklijk besluit voorziet een uitzondering op dit principe ten gunste van de leden van de organen van de VMOB's ».

L'explication citée confirme que les articles 83/1, alinéa 1^{er}, et 46, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 13 mars 2016 diffèrent à plusieurs égards, que l'intention est de lire conjointement les deux dispositions légales et que la possibilité en projet de déroger aux obligations de l'article 83/1 de la loi n'implique pas qu'il serait également possible de déroger à l'article 46, § 1^{er}, alinéa 2, de la même loi. Il s'ensuit que les obligations visées dans cette dernière disposition légale continueront à s'appliquer intégralement aux sociétés mutualistes d'assurance visées dans le projet. Compte tenu notamment de la complexité de la réglementation dans ce domaine et dans un souci de sécurité juridique, la relation entre les dispositions légales susmentionnées devrait être exprimée plus clairement dans le dispositif en projet (voir également l'observation 9).

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

5. Compte tenu de ce qui a été observé au point 2.2 en ce qui concerne le fondement juridique, on ajoutera, immédiatement avant le premier alinéa du préambule du projet tel qu'il a été soumis pour avis et qui fait référence à l'article 677 de la loi du 13 mars 2016, deux alinéas, rédigés comme suit :

« Vu la Constitution, l'article 108;

Vu la loi du 6 août 1990 relative aux mutualités et aux unions nationales de mutualités, l'article 52, alinéa 1^{er}, 11^o, inséré par la loi du 26 avril 2010 et modifié par les lois des 17 juillet 2015 et 13 mars 2016 ; ».

6. Afin de se conformer aux règles de la légistique, la formule de proposition et la mention de la délibération en Conseil des ministres qui, pour l'heure, figurent dans le deuxième alinéa du préambule, seront inscrites à la fin de celui-ci et avant la formule « Nous avons arrêtés et arrêtons: »³.

7. Le préambule du projet mentionne notamment un avis de la Banque nationale de Belgique du 4 juin 2021. Cependant, les documents communiqués à la section de législation indiquent que l'avis concerné ne date pas du 4 juin 2021, mais du 1^{er} juin 2021. Le cas échéant, la date concernée devra être adaptée dans le préambule.

8. Le dispositif en projet a fait l'objet d'une analyse d'impact de la réglementation dont il faudra également encore faire mention dans le préambule du projet. À cet effet, on pourrait rédiger un alinéa distinct du préambule, énoncé comme suit : « Vu l'analyse d'impact de la réglementation, réalisée conformément aux articles 6 et 7 de la loi du 15 décembre 2013 portant des dispositions diverses concernant la simplification administrative; ».

Article 1^{er}

9. Afin d'écarter tout doute relativement à la relation entre l'article 1^{er} du projet et l'article 46, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 13 mars 2016 (voir le point 4 ci-dessus), mieux vaudrait rédiger le début de la disposition en projet comme suit : « Sans préjudice de l'article 46, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 13 mars 2016 relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance, les sociétés mutualistes d'assurance sont dispensées du respect des obligations visées à l'article 83/1 de la même loi à la condition que... »⁴.

10. Selon le délégué, le dispositif en projet vise seulement à déroger à l'alinéa 1^{er} de l'article 83/1 de la loi du 13 mars 2016. Cette intention devrait être explicitée dans l'article 1^{er} du projet en faisant référence à « l'article 83/1, alinéa 1^{er}, » de la loi concernée⁵.

11. L'article 1^{er} du projet mentionne une « dispense ... sur une base individuelle » (« vrijstelling op individuele basis »). À ce sujet, le délégué a précisé ce qui suit :

« De uitdrukking heeft betrekking op de verzekeringsonderneming (d.w.z. de verzekeringsmaatschappij van onderlinge bijstand) en niet op de leden van haar organen. Dit betekent dat de Controledienst voor de ziekenfondsen kan weigeren de afwijking van het ontwerpbesluit toe te kennen aan een VMOB die niet de nodige waarborgen biedt voor de goede werking van haar governancestelsel, ook al zouden andere VMOB's wel kunnen genieten van de bepalingen van het ontwerpbesluit ».

³ *Principes de technique législative – Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, Chapitre 7, « Arrêté royal (F 7) », à consulter sur le site internet du Conseil d'État (www.raadvstconsetat.be).

⁴ La proposition de texte fait référence à « l'article 83/1 de la même loi » compte tenu du fait que la proposition de texte mentionne déjà la date et l'intitulé de la loi concernée; en outre, le segment de phrase « prévues par l'article 83/1 de la loi » sera remplacé par le segment de phrase « visées à l'article 83/1 de la même loi » pour des raisons linguistiques.

⁵ La proposition de texte mentionnée au point 9 devra dans ce cas également être adaptée en ce sens.

Afin d'éviter que les mots « dispense ... sur une base individuelle » puissent être interprétés en ce sens qu'il s'agit d'une dispense accordée individuellement aux membres, mieux vaudrait omettre le membre de phrase « sur une base individuelle » et écrire « à la condition que cette dispense ne porte pas atteinte au caractère adéquat du système de gouvernance de la société mutualiste d'assurance concernée ».

12. Il convient de tenir compte de la terminologie utilisée dans la loi du 6 août 1990 précitée. Conformément à l'article 49, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de cette loi, il y a lieu d'écrire à la fin de l'article 1^{er} du projet : « L'Office de contrôle des mutualités et des unions nationales de mutualités est chargé de contrôler le respect de cette condition ».

Article 2

13. L'article 2 du projet dispose que l'arrêté entre en vigueur « le jour de l'entrée en vigueur de l'article 83/1 de la loi précitée du 13 mars 2016 ».

L'article 83/1 précité a été inséré dans la loi du 13 mars 2016 par l'article 199 de la loi du 27 juin 2021 'portant des dispositions financières diverses' et est entré en vigueur le 19 juillet 2021 en application de l'article 418 de cette loi. Les dispositions en projet se voient donc attribuer un effet rétroactif.

L'attribution d'un effet rétroactif aux arrêtés n'est admissible que dans les cas où la rétroactivité repose sur une base légale, où elle concerne une règle qui confère des avantages dans le respect du principe d'égalité, ou dans la mesure où elle s'impose pour assurer la continuité ou le bon fonctionnement de l'administration, et ne porte pas atteinte, en principe, à des situations acquises.

Il ressort des explications fournies par le délégué que l'effet rétroactif s'apparente en fait à une régularisation en faveur des sociétés mutualistes d'assurance qui, bien qu'elles ne se soient pas encore conformées aux obligations visées à l'article 83/1, alinéa 1^{er}, de la loi du 13 mars 2016, avaient cependant été informées, au moment de l'entrée en vigueur de cette disposition légale, qu'un régime était en préparation qui les dispenserait du respect des obligations concernées. Le dispositif en projet peut ainsi être considéré comme un régime accordant des avantages dans le respect du principe d'égalité, de sorte que la rétroactivité peut s'inscrire dans les conditions d'admissibilité déjà énumérées.

14. Il est préférable que l'entrée en vigueur d'une réglementation ne soit pas déterminée par référence à l'entrée en vigueur d'une autre réglementation⁶. La date d'entrée en vigueur d'une réglementation doit en effet pouvoir être déduite aussi précisément que possible de la réglementation proprement dite, sans devoir consulter un autre texte normatif à cet effet. En outre, la disposition relative à l'entrée en vigueur doit exprimer clairement que la réglementation concernée a un effet rétroactif. Pour tous ces motifs, il est proposé de rédiger l'article 2 du projet ainsi qu'il suit :

⁶ Voir le *Guide* cité dans la note 3, n° 152.2.

« Le présent arrêté produit ses effets le 19 juillet 2021 ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME