

Numéro du rôle : 5063
Arrêt n° 180/2011 du 24 novembre 2011

A R R E T

En cause : le recours en annulation partielle de la loi du 26 avril 2010 portant des dispositions diverses en matière d'organisation de l'assurance maladie complémentaire (I), introduit par l'Union professionnelle des entreprises d'assurances Assuralia.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents M. Bossuyt et R. Henneuse, et des juges E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul et F. Daoût, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président M. Bossuyt,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* * *

I. *Objet du recours et procédure*

Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 26 novembre 2010 et parvenue au greffe le 29 novembre 2010, l'Union professionnelle des entreprises d'assurances Assuralia, dont le siège est établi à 1000 Bruxelles, square de Meeûs 29, a introduit un recours en annulation des articles 2, 4, 2°, 5, 13, 5°, 16, 20, 21, 28, 29, 30, 1° et 5°, 41, 42, 44 à 50, 52 à 54 et 56 à 67 de la loi du 26 avril 2010 portant des dispositions diverses en matière d'organisation de l'assurance maladie complémentaire (I) (publiée au *Moniteur belge* du 28 mai 2010, deuxième édition).

Des mémoires ont été introduits par :

- l'« Alliance nationale des Mutualités chrétiennes », dont le siège est établi à 1031 Bruxelles, chaussée de Haecht 579, l'« Union nationale des Mutualités libres », dont le siège est établi à 1150 Bruxelles, rue Saint-Hubert 19, l'« Union nationale des mutualités libérales », dont le siège est établi à 1050 Bruxelles, rue de Livourne 25, l'« Union nationale des mutualités neutres », dont le siège est établi à 1060 Bruxelles, chaussée de Charleroi 145, l'« Union nationale des mutualités socialistes », dont le siège est établi à 1000 Bruxelles, rue Saint-Jean 32-38, la « Christelijke Mutualiteit Limburg », dont le siège est établi à 3500 Hasselt, Prins-Bisschopssingel 75, la société mutualiste « Mutuelle Entraide Hospitalisation » (Hospitalia), dont le siège est établi à 1150 Bruxelles, rue Saint-Hubert 19;

- le Conseil des ministres.

La partie requérante a introduit un mémoire en réponse.

Des mémoires en réplique ont été introduits par :

- l'« Alliance nationale des Mutualités chrétiennes », l'« Union nationale des Mutualités libres », l'« Union nationale des mutualités libérales », l'« Union nationale des Mutualités neutres », l'« Union nationale des mutualités socialistes », la « Christelijke Mutualiteit Limburg » et la société mutualiste « Mutuelle Entraide Hospitalisation » (Hospitalia);

- le Conseil des ministres.

Par ordonnance du 13 juillet 2011, la Cour a déclaré l'affaire en état et fixé l'audience au 20 septembre 2011, après avoir invité les parties à répondre, dans un mémoire complémentaire à introduire le 2 septembre 2011 au plus tard, et dont elles communiqueraient une copie aux autres parties dans le même délai, aux questions suivantes :

« Quels sont les services que les entités mutualistes peuvent offrir en tant qu'opérations ' au sens de l'article 2 de la loi du 26 avril 2010 portant des dispositions diverses en matière d'organisation de l'assurance maladie complémentaire (I) ? Ces services peuvent-ils avoir le caractère d'une couverture contre un risque pouvant faire l'objet de contrats au sens de l'article 1 A de la loi sur le contrat d'assurance terrestre ? ».

Des mémoires complémentaires ont été introduits par :

- la partie requérante;
- l'« Alliance nationale des Mutualités chrétiennes » et autres;
- le Conseil des ministres.

A l'audience publique du 20 septembre 2011 :

- ont comparu :
 - . Me B. Martel et Me J. Bocken *loco* Mr. K. Leus, avocats au barreau de Bruxelles, pour la partie requérante;
 - . Me B. van de Walle de Ghelcke et Me L. Swartenbroux, avocats au barreau de Bruxelles, pour l'« Alliance nationale des Mutualités chrétiennes » et autres;
 - . Me P. Slegers et Me C. Poupez, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;
- les juges-rapporteurs T. Merckx-Van Goey et P. Nihoul ont fait rapport;
- les avocats précités ont été entendus;
- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

II. *En droit*

- A -

Quant à l'intérêt de la partie requérante

A.1.1. Pour étayer son intérêt au recours en annulation, la partie requérante indique qu'elle est une union professionnelle fondée en 1920. Elle représente, à ce jour, les intérêts de la quasi-totalité des compagnies d'assurance belges et étrangères qui opèrent sur le marché belge.

Son objet social consiste en l'étude, la protection et le développement des intérêts professionnels de ses membres. Dans cet esprit, ses statuts lui confèrent plus particulièrement une fonction de représentation, de coordination, d'étude et de concertation, principalement dans les domaines statistiques, d'information et de sensibilisation. Son intérêt à agir a déjà été admis par la Cour.

Selon la partie requérante, l'intérêt collectif des entreprises d'assurance, membres de la requérante, est affecté directement et défavorablement par les dispositions attaquées, qui touchent à la compétitivité des entreprises d'assurance.

A.1.2. La recevabilité du recours n'est pas mise en cause.

Quant à l'intervention de l'« Alliance nationale des Mutualités chrétiennes » et autres

A.2.1. Dans leur mémoire commun, l'« Alliance nationale des Mutualités chrétiennes » et les autres intervenants déclarent avoir un intérêt à intervenir dans l'affaire pendante devant la Cour, dès lors que les dispositions attaquées affectent directement leur situation.

Les cinq premières parties intervenantes sont les unions nationales de mutualités. La sixième partie intervenante est une mutualité. La septième partie intervenante est une société mutualiste qui ne propose pas d'opérations et qui, sur la base de la loi attaquée, demandera l'agrément lui permettant de proposer des assurances.

A.2.2. La partie requérante conteste la recevabilité de l'intervention au motif qu'en l'absence des statuts des parties intervenantes, il n'est pas possible d'examiner si ces dernières remplissent les conditions de capacité et de qualité pour ester en justice.

A.2.3. Chaque partie intervenante a joint des copies de ses statuts au mémoire en réplique commun. Ce mémoire indique aussi, pour chaque partie, l'organe qui a pris la décision d'ester en justice et le mandat en vertu duquel cette décision a été prise.

Quant au premier moyen

A.3.1. Le premier moyen, dirigé contre les articles 2 et 67 de la loi du 26 avril 2010 portant des dispositions diverses en matière d'organisation de l'assurance maladie complémentaire (I) (ci-après : la loi du 26 avril 2010), est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 2 de la première directive 73/239/CEE du Conseil du 24 juillet 1973 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice (ci-après : la première directive).

La partie requérante estime que les dispositions attaquées violent la première directive dans la mesure où elles permettent que des mutualités continuent à proposer des opérations qui sont en réalité des produits d'assurance, sans être soumises aux conditions fixées dans la première directive. Les mutualités bénéficient ainsi d'un cadre légal et réglementaire plus favorable, ce qui fausse de manière illicite la concurrence entre les mutualités et les entreprises d'assurance.

A.3.2. Les parties intervenantes soutiennent que les articles 2 et 67 de la loi du 26 avril 2010 sont conformes à l'article 2 de la première directive et qu'ils ne sont dès lors pas contraires au principe constitutionnel d'égalité.

L'exclusion hors du champ d'application de la première directive est, selon l'article 2 de celle-ci, réservée aux « opérations des organismes de prévoyance et de secours dont les prestations varient d'après les ressources disponibles » et elle exige également que la contribution des adhérents soit déterminée « forfaitairement ».

Les activités des mutualités relèvent de cette définition. Les services qu'elles proposent, comme l'intervention financière pour l'achat de verres de lunettes, les traitements d'orthodontie, les cures de convalescence, les soins postnataux, le prêt de matériel, l'indemnisation de frais médicaux exposés à l'étranger, la défense des membres et l'assistance en cas d'accident, sont liés à des besoins complémentaires des assurés sociaux, en plus de l'assurance maladie légale, et ils correspondent à la principale raison d'être des mutualités. Les entités mutualistes proposent ces prestations en proportion des moyens financiers disponibles.

Pour ce qui est du caractère forfaitaire des cotisations, les parties intervenantes estiment qu'il ressort des travaux préparatoires de l'article 67 attaqué que les cotisations ne peuvent varier suivant l'âge ou la durée d'affiliation. Seule une différenciation des cotisations sur la base de la composition du ménage ou du statut social est possible (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52-2292/004, p. 6).

Les opérations ne constituent donc nullement un produit d'assurance, puisque l'importance de la cotisation ne dépend pas du niveau de risque mais de critères abstraits qui permettent de mener une politique sociale. Le fait qu'une certaine variation des cotisations soit possible sur la base de la composition du ménage ou du statut social n'enlève rien au caractère forfaitaire exigé des cotisations.

A.3.3.1. Le Conseil des ministres expose que la loi attaquée du 26 avril 2010 tend à adapter la législation aux directives européennes, sur la base d'un accord-cadre conclu entre le Collège intermutualiste national et l'actuelle partie requérante. Ni la Commission européenne ni le Conseil d'Etat n'ont émis d'objections à l'encontre de la nouvelle réglementation. La Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt d'octobre 2010, n'a pas davantage rejeté la loi actuellement attaquée (CJUE, 28 octobre 2010, C-41/10, *Commission c. Royaume de Belgique*).

A.3.3.2. Le Conseil des ministres souligne la distinction entre les primes d'assurance, qui représentent la contrepartie d'un risque, et les cotisations, qui ne sont pas liées à un risque mais reposent sur le principe de la solidarité.

Le caractère forfaitaire des contributions visées à l'article 2, point 2, b), de la première directive s'appuie sur la jurisprudence de la Cour de justice « en ce qui concerne le principe de solidarité sur la base duquel le caractère économique d'une activité a été exclu » (*Doc. parl.* Chambre, 2009-2010, DOC 52-2292/001, p. 10). La variation limitée et strictement réglée qui peut intervenir pour la cotisation forfaitaire s'inscrit dans ce cadre : l'article 67 attaqué de la loi du 26 avril 2010 ne prévoit pas la possibilité d'augmenter les cotisations pour certaines catégories d'affiliés. Au contraire, cet article dispose que les personnes qui ont un statut social précaire peuvent bénéficier d'une cotisation moins élevée. Ces personnes sont justement celles qui bénéficient, dans le cadre de l'assurance obligatoire, d'une intervention financière majorée et d'une dispense de cotisation. Ces personnes peuvent payer une cotisation moindre pour les opérations auxquelles elles sont obligées de s'affilier. Ainsi, ces personnes – qui, en outre, présentent souvent un risque plus élevé – jouissent d'un tarif plus bas. Ceci montre *a contrario* que les cotisations sont effectivement forfaitaires : la cotisation est parfaitement indépendante du risque.

A.3.3.3. En outre, les directives européennes concernent des activités économiques. Le Conseil des ministres renvoie à l'arrêt de la Cour de justice du 5 mars 2009 (CJUE, 5 mars 2009, C-350/07, *Kattner Stahlbau GmbH*), dans lequel la Cour a déclaré qu'une institution qui propose des services répondant aux conditions de solidarité et de contrôle étatique exerce une activité qui n'est pas une activité économique. En l'espèce, il existe une cotisation forfaitaire qui est obligatoire et égale pour tous, et les restrictions formulées dans les articles 2 et 67 de la loi du 26 avril 2010 constituent une forme de contrôle par l'Etat.

Le Conseil des ministres conclut qu'une « opération », au sens des articles 2 et 67 de la loi du 26 avril 2010, ne constitue pas une « activité économique » au sens de la jurisprudence de la Cour de justice et que le moyen manque par conséquent en droit.

A.3.4.1. La partie requérante répond que la Cour de justice ne s'est pas prononcée sur le régime actuellement attaqué et qu'il ne peut se déduire du prétendu silence de la Commission européenne que le régime attaqué serait conforme au droit européen. Le 6 avril 2011, la Commission européenne a annoncé qu'elle examinait encore l'affaire et qu'elle se demandait déjà de quelle manière les prestations dépendaient des moyens financiers disponibles, comme l'exige l'article 2, point 2, b), de la première directive.

La partie requérante confirme qu'elle a pris part aux négociations tenues à la suite de l'avis motivé de la Commission européenne sur l'absence de mise en œuvre des directives européennes. Cependant, la loi attaquée n'est pas la traduction d'un soi-disant accord entre la partie requérante et les représentants des mutualités.

A.3.4.2. La partie requérante prend acte de ce que ni les parties intervenantes ni le Conseil des ministres ne contestent le fait que les cotisations en question peuvent être différenciées sur la base de la composition du ménage ou du statut social des membres. Le raisonnement du Conseil des ministres selon lequel les cotisations restent forfaitaires ne peut dès lors pas être suivi.

L'article 2, point 2, b), de la première directive ne prévoit aucune exception qui permettrait une différenciation des contributions et il doit être interprété strictement puisqu'il s'agit d'un régime de faveur.

La distinction alléguée par le Conseil des ministres entre les primes et les cotisations ne convainc pas la partie requérante. Le régime attaqué permet effectivement une différenciation des cotisations, de sorte que le régime privilégié instauré par l'article 2, point 2, b), de la première directive ne peut pas s'appliquer aux « opérations » proposées par les mutualités.

La partie requérante estime que la directive n'autorise aucune différenciation dans les cotisations, même si cette différenciation est « limitée » et « strictement réglée », comme le soutient le Conseil des ministres. Le régime attaqué permet notamment de facturer une cotisation plus élevée aux membres ayant charge d'enfants, avec comme seule limitation une cotisation maximale par « ménage mutualiste ». Le fait que la cotisation puisse être réduite pour des personnes ayant un statut social précaire ne la rend pas pour autant compatible avec le droit de l'Union. L'article 67, alinéa 1er, e), de la loi du 26 avril 2010 rend « une différenciation des cotisations [...] possible sur la base de la composition du ménage ou du statut social au sens de l'article 37, §§ 1er, 2 et 19, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994 », ce qui revient à une différenciation sur la base de l'âge ou de l'état de santé.

En outre, les mutualités peuvent librement déterminer les risques couverts par les opérations obligatoires. Tous ces éléments offrent aux mutualités une flexibilité suffisante pour déterminer le niveau de la cotisation en proportion du risque assuré. En tout état de cause, il s'agit de produits qui constituent une alternative à certains services et couvertures proposés par des entreprises d'assurance. La thèse du Conseil des ministres selon laquelle les cotisations qui sont réclamées pour ces opérations sont complètement indépendantes du risque assuré n'est pas sérieuse, selon la partie requérante.

A.3.4.3. La partie requérante conteste la thèse du Conseil des ministres selon laquelle les opérations que proposent les mutualités n'ont pas un caractère économique.

En premier lieu, la première directive s'applique indépendamment du caractère économique ou non des opérations. L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 5 mars 2009 (CJUE, 5 mars 2009, C-350/07, *Kattner Stahlbau GmbH*) auquel le Conseil des ministres fait référence n'est pas pertinent pour l'interprétation de la première directive, puisque, dans cette affaire, la question portait sur l'application ou non de la législation européenne en matière de concurrence.

En deuxième lieu, les parties intervenantes ne partagent pas le point de vue du Conseil des ministres et reconnaissent que la directive s'applique aux opérations proposées par les mutualités. Les parties intervenantes soutiennent seulement - à tort - que le régime attaqué est conforme à l'article 2, point 2, b), de la première directive.

En troisième lieu, les opérations proposées ont bien un caractère économique : le régime attaqué n'est pas un régime obligatoire poursuivant un objectif social; le régime ne donne pas exécution au principe de la solidarité et ne se trouve pas sous contrôle de l'Etat.

A.3.4.4. En ordre subsidiaire, pour autant que la Cour ait des doutes sur l'incompatibilité du régime attaqué avec l'article 2, point 2, b), de la première directive, la partie requérante invite la Cour à poser la question préjudicielle suivante à la Cour de justice :

« L'article 2, paragraphe 2, point b), de la directive 73/239/CEE du Conseil du 24 juillet 1973 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice fait-il obstacle à une réglementation permettant aux mutualités de proposer des opérations, en concurrence avec des entreprises d'assurance, sans qu'il doive être tenu compte à cet égard des conditions et des obligations découlant de la directive 73/239/CEE, bien que la contribution que réclament les mutualités pour ces opérations puisse être différenciée en fonction du statut social du preneur d'assurance et de la composition de son ménage, la contribution n'étant donc pas égale pour tous les membres affiliés aux mutualités ? ».

A.3.5.1. Dans leur mémoire en réplique, les parties intervenantes soulignent que ni le texte ni l'objectif de la première directive n'empêchent une différenciation des cotisations, pour autant que les cotisations soient déterminées de manière forfaitaire.

Les tarifs ne peuvent pas être calculés en fonction du risque assuré, mais une adaptation destinée à prendre en compte, pour des motifs sociaux, la situation d'une certaine catégorie de membres n'est pas exclue. Cette différenciation ne peut s'opérer que dans un esprit de solidarité et doit être liée aux principes de prévoyance et de secours.

Le renvoi, dans l'article 67, alinéa 1er, e), attaqué, à l'article 37 de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, et notamment à certaines catégories de personnes pouvant bénéficier d'une intervention financière majorée, indique que l'article 67 ne permet pas une augmentation des cotisations mais qu'il tend à permettre de réduire les cotisations pour certaines personnes socialement plus faibles. Dans cette optique, l'arrêté royal du 2 mars 2011 portant exécution de l'article 67, alinéas 2 à 4, de la loi du 26 avril 2010 portant des dispositions diverses en matière de l'organisation de l'assurance maladie complémentaire (I) prévoit que la cotisation minimale est ramenée à 0 euro si le ménage mutualiste comprend un titulaire en faveur duquel les cotisations peuvent être différenciées.

La thèse de la partie requérante disant que les mutualités peuvent librement déterminer les risques qu'elles couvrent et les cotisations qu'elles demandent est inexacte. Les cotisations sont limitées à 250 euros par ménage mutualiste. Les mutualités peuvent uniquement offrir une couverture minimale et générale et non pas couvrir n'importe quel risque. De surcroît, chaque service proposé en tant qu'opération nécessite l'approbation de l'Office de contrôle des mutualités et des unions nationales de mutualités (ci-après : l'OCM).

En outre, chaque mutualité est tenue de proposer toutes ses opérations à tous ses membres, sans limite d'âge et sans exclusion de maladies préexistantes. Les mutualités ne peuvent pas fixer les cotisations sur la base du risque individuel assuré.

A.3.5.2. En ce qui concerne le courrier de la Commission européenne mentionné par la partie requérante, les parties intervenantes répliquent qu'il s'agit d'une réponse à une demande de l'OCM, à savoir si la condition d'un fonds de roulement était compatible avec la notion d'opérations dans la première directive. L'idée d'un fonds de roulement a cependant été abandonnée entretemps.

A.3.5.3. Les parties intervenantes souhaitent encore faire observer qu'il n'y avait peut-être pas d'accord global et définitif mais qu'il existait un accord sur tous les principes, comme celui de la distinction entre les opérations et les assurances. Il ne subsistait de réserves qu'en ce qui concerne certaines mesures d'exécution.

A.3.5.4. En ordre subsidiaire, et pour autant qu'une question préjudicielle s'avérerait nécessaire, les parties intervenantes suggèrent de formuler la question de la manière suivante :

« L'article 2, paragraphe 2, point b), de la directive 73/239/CEE du Conseil du 24 juillet 1973 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice, et plus précisément la disposition selon laquelle les contributions des adhérents sont déterminées forfaitairement, doit-il être interprété en ce sens qu'il exclut l'application de toute différenciation des contributions effectuée par des organismes de prévoyance et de secours lorsqu'une telle différenciation est prévue conformément à la législation nationale, non pas en fonction du risque assuré mais de certaines caractéristiques sociales bien définies telle que le statut social des adhérents ? ».

A.3.6.1. Le Conseil des ministres réplique lui aussi que le courrier de la Commission européenne concerne seulement la possibilité de constituer un fonds de roulement. Le courrier démontre que la Commission continue à suivre strictement le dossier et qu'elle n'a pas émis d'objections quant au coeur de l'affaire, à savoir la possibilité de traiter différemment les entreprises d'assurance et les entités mutualistes.

A.3.6.2. En ce qui concerne l'accord-cadre entre la partie requérante et les entités mutualistes, le Conseil des ministres répond qu'il n'a jamais déclaré que cet accord aurait force de loi. Le Conseil des ministres constate seulement que la partie requérante, comme la Commission européenne et le Conseil d'Etat, ont été consultés lors de la préparation de la loi attaquée et que personne n'a suivi l'argumentation développée actuellement par la partie requérante.

A.3.6.3. Selon le Conseil des ministres, le caractère forfaitaire des cotisations découle surtout du fait qu'elles ne sont pas liées à un risque. Seules les personnes socialement plus faibles qui présentent souvent un risque plus élevé bénéficient d'un tarif plus bas. Ceci indique *a contrario* que les cotisations sont effectivement forfaitaires et indépendantes du risque assuré.

Le Conseil des ministres expose ensuite que les opérations sont proposées dans un cadre strict et sous le contrôle de l'OCM.

Selon le Conseil des ministres, la définition de la notion d'opérations dans les dispositions attaquées exclut la méconnaissance des première et troisième directives. Le caractère économique ou non des opérations a effectivement une importance, dès lors que les directives reposent sur les dispositions du traité en matière de liberté d'établissement.

A.3.6.4. Le Conseil des ministres considère enfin qu'il n'y a pas lieu de poser une question préjudicielle. La question doit tout au moins être simplifiée et précisée.

Quant au deuxième moyen

A.4.1. Le deuxième moyen, dirigé contre les articles 2 et 67 de la loi du 26 avril 2010, est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec la liberté d'établissement et la libre prestation de services, garanties par les articles 49 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : TFUE).

La partie requérante critique le fait que les membres d'une mutualité sont obligés, en vertu de la loi attaquée, de s'affilier également à une opération proposée par leur mutualité. Les mutualités obtiennent ainsi, au détriment des entreprises d'assurance, un chiffre d'affaires légalement garanti, en proposant des opérations dont elles peuvent librement définir le contenu.

Les prestataires de services étrangers sont ainsi privés d'une part considérable de leur clientèle potentielle. De même, les membres des mutualités n'ont pas libre accès aux services et sont tenus de recourir aux services de leur mutualité. Les mutualités, quant à elles, conservent une grande liberté pour déterminer les services qu'elles proposent en tant qu'opérations et pour fixer les cotisations y afférentes.

A.4.2. Les parties intervenantes renvoient en premier lieu à leur défense développée dans le cadre du premier moyen. Puisque la directive a opéré une harmonisation de cette matière, il convient d'effectuer le contrôle au regard de la directive et non plus au regard du droit européen primaire.

En ordre subsidiaire, les parties requérantes soutiennent que les dispositions attaquées ne constituent pas une entrave injustifiée à la libre circulation des services et à la liberté d'établissement. L'obligation pour les mutualités de proposer au moins une opération est justifiée dans le cadre de la protection sociale. La Cour de justice de l'Union européenne a admis la protection sociale comme étant un motif impérieux d'intérêt général. En outre, la Cour a récemment confirmé que l'obligation d'affiliation constituait un choix politique adéquat pour réaliser l'équilibre financier d'un objectif social.

L'affiliation obligatoire est raisonnable et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire. Tout d'abord, il n'existe pas d'obligation absolue d'affiliation : il est toujours possible de s'inscrire auprès de la Caisse auxiliaire d'assurance maladie-invalidité qui ne propose pas d'opérations. En outre, la liberté des mutualités de fixer les montants des cotisations sera limitée par arrêté royal et les entités mutualistes ne pourront proposer à leurs membres qu'une couverture complémentaire limitée.

En outre, l'affiliation obligatoire est nécessaire afin de garantir l'équilibre financier du système. Afin d'assurer une couverture à chacun et de maintenir les cotisations au niveau le plus bas possible, il est nécessaire que tous les membres s'affilient parce qu'ainsi, les « bons » comme les « mauvais » risques sont couverts.

Les parties intervenantes concluent que les dispositions attaquées ne méconnaissent pas les articles 49 et 56 du TFUE et qu'il ne peut être question d'une violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

A.4.3. Le Conseil des ministres fait valoir que le moyen part à tort de l'hypothèse que les « opérations » définies dans la loi attaquée ne correspondent pas à la définition européenne de cette notion, ce qui, selon lui, a déjà été infirmé lors de la discussion du premier moyen.

Le Conseil des ministres renvoie aux conditions de l'article 67 de la loi attaquée.

Le Conseil des ministres fait également référence à l'arrêt n° 23/92 du 2 avril 1992 et fait observer que la Cour y déclarait déjà que les services de l'assurance complémentaire visés à l'article 3, § 1er, b) de la loi du 6 août 1990 relative aux mutualités et aux unions nationales de mutualités (ci-après : la loi relative aux mutualités) - qui constituent désormais des « opérations » - doivent répondre aux trois principes de « prévoyance », d'« assistance mutuelle » et de « solidarité ». Les critères contenus dans l'article 67 attaqué limitent la nature des services qui peuvent être proposés par des mutualités, conformément à l'article 3 de la loi relative aux mutualités. En outre, les anciennes restrictions, dont la Cour a déjà dit qu'elles limitaient manifestement la liberté des mutualités de proposer des services d'assurance, continuent à s'appliquer.

De plus, les conditions contenues dans l'article 67 de la loi attaquée correspondent au principe de solidarité et au contrôle par l'Etat, que la Cour de Justice retient comme critères pour définir des activités comme étant « non économiques ». En ce qui concerne ces conditions, le Conseil des ministres fait respectivement référence aux arrêts de la Cour de justice du 22 janvier 2002 (CJUE, 22 janvier 2002, C-218/00, *Cisal*) et du 5 mars 2009 (CJUE, 5 mars 2009, C-350/07, *Kattner Stahlbau GmbH*). Le Conseil des ministres en déduit que les opérations litigieuses ne sont pas des activités économiques au sens du droit européen.

Le Conseil des ministres conclut que les articles 49 et 56 du TFUE, qui portent sur des activités économiques, ne peuvent pas avoir été violés.

A.4.4.1. La partie requérante répond que le Conseil des ministres part à tort de l'idée que le deuxième moyen repose sur le premier et que les opérations que proposent les mutualités seraient conformes aux exigences de la première directive. L'objet des deux moyens est fondamentalement différent. Le deuxième moyen est dirigé contre l'obligation faite aux adhérents mutualités de s'affilier aux opérations proposées. A cet égard, la question n'est plus de savoir si les mutualités doivent respecter les obligations de la première directive lorsqu'elles proposent ces opérations.

Selon la partie requérante, il a déjà été démontré, à l'occasion du premier moyen, que les opérations proposées par les mutualités en vertu de l'article 3 de la loi relative aux mutualités ont effectivement un caractère économique.

Ensuite, pour l'examen au regard des articles 49 et 56 du TFUE, il n'est pas pertinent de savoir si les opérations ont un caractère économique ou non. La partie requérante ne soutient pas que les dispositions du traité empêcheraient les mutualités de proposer des opérations mais bien que ces dispositions interdisent que la liberté d'établissement et la libre prestation des services de certaines entreprises soient entravées. Pour l'application de l'interdiction contenue dans les articles 49 et 56 du TFUE, il suffit que l'obligation d'affiliation litigieuse constitue une entrave aux possibilités des entreprises d'assurance étrangères de proposer leurs services.

La partie requérante constate que le Conseil des ministres ne conteste pas que les mutualités proposent des opérations telles que des assurances hospitalisation, des services en matière de transport de malades et de frais de déplacement, l'assistance et l'aide médicale à l'étranger ainsi que le rapatriement, des soins médicaux, paramédicaux et intra-muraux et des soins à domicile. Ces services entrent *de facto* en concurrence avec des services proposés par les entreprises d'assurance et sont également proposés et commercialisés par différentes mutualités comme étant des « assurances complémentaires ».

A.4.4.2.2 La partie requérante répond également à l'argument des parties intervenantes selon lequel les articles 49 et 56 du TFUE ne seraient pas pertinents en raison de l'harmonisation réalisée sur la base de la directive. Selon la partie requérante, les dispositions du traité demeurent intégralement applicables aux règles nationales qui contiennent une obligation de s'affilier à un système d'assurance bien déterminé. Elle fait une nouvelle fois référence à l'arrêt de la Cour de justice du 5 mars 2009 (CJUE, C-350/07, *Kattner Stahlbau GmbH*).

La partie requérante estime en outre que les conditions cumulatives pour qu'une entrave à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services soit justifiée ne sont pas remplies. La réglementation attaquée ne poursuit pas un objectif social au sens de la jurisprudence de la Cour de justice. En toute hypothèse, l'obligation d'affiliation litigieuse n'est pas nécessaire et n'est pas proportionnée, comme le montre entre autres la circonstance que la Caisse auxiliaire d'assurance maladie-invalidité ne propose pas d'opérations et le fait qu'il n'existe aucune forme de solidarité entre les différentes mutualités.

A.4.4.3. En ordre subsidiaire, pour autant que la Cour ait malgré tout des doutes sur l'incompatibilité du régime attaqué avec les articles 49 et 56 du TFUE, la partie requérante invite la Cour à poser la question préjudicielle suivante à la Cour de justice :

« Les articles 49 et 56 du TFUE font-ils obstacle à un régime qui oblige les membres d'une mutualité individuelle à s'affilier aux opérations que propose leur mutualité, en application de l'article 3 de la loi relative aux mutualités, et dont celle-ci détermine dans une large mesure le contenu et le prix, tandis que des entreprises d'assurance nationales et étrangères proposent ou peuvent proposer des services qui entrent en concurrence avec ces opérations obligatoires et que la Caisse auxiliaire d'assurance maladie-invalidité (CAAMI) publique, qui se charge également de l'assurance maladie obligatoire, ne propose pas de telles opérations à ses membres ? ».

A.4.5.1. Les parties intervenantes rétorquent, dans leur mémoire en réplique, que l'existence éventuelle de différences entre les opérations proposées par les différentes mutualités n'enlève rien au fait que la réglementation belge poursuit un objectif général de protection sociale. Les parties intervenantes renvoient, à cet égard, à un arrêt de la Cour de justice du 3 mars 2011 dans l'affaire C-437/09, *AG2R Prévoyance c. Beaudout Père et Fils SARL*, §§ 43-44 et 47-50.

A.4.5.2. Selon les parties intervenantes, le fait que la Caisse auxiliaire d'assurance maladie-invalidité ne soit pas tenue de proposer des opérations n'enlève rien à l'objectif social de la réglementation et à la nécessité de l'affiliation chez les mutualités. La partie requérante perd de vue que la Caisse auxiliaire dispose d'un statut particulier et propose seulement des services dans le cadre de la sécurité sociale obligatoire. Une obligation d'affiliation aux opérations n'aurait aucun sens étant donné que la Caisse auxiliaire ne propose pas de telles opérations. La personne affiliée à la Caisse auxiliaire peut volontairement s'adresser pour cela aux mutualités.

A.4.5.3. L'argument selon lequel l'absence de solidarité entre les mutualités contredirait la nécessité et la proportionnalité de l'obligation d'affiliation n'est pas non plus pertinent, de l'avis des parties intervenantes. Ni la première directive ni aucune autre disposition du droit de l'Union ne prévoient qu'il puisse seulement être question d'un objectif social s'il existe une solidarité entre les différentes entités d'un Etat membre.

A.4.5.4. Les parties intervenantes estiment enfin que la question préjudicielle proposée est suggestive et subjective. Selon les parties intervenantes, il n'existe aucun doute sur l'interprétation des articles 49 et 56 du TFUE et il n'y a dès lors aucune raison de poser la question.

Si la Cour estimait toutefois qu'une question préjudicielle est nécessaire, les parties intervenantes proposent de formuler cette question comme suit :

« Les articles 49 et 56 du TFUE doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils feraient obstacle à toute réglementation obligeant les adhérents, d'une mutualité individuelle à s'affilier aux opérations au sens de l'article 2, paragraphe 2, point b), de la directive 73/239/CEE du Conseil du 24 juillet 1973 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice, que propose leur mutualité, en application de la législation nationale pertinente (dans le cas présent, l'article 3 de la loi relative aux mutualités), en vertu du principe de solidarité ? ».

A.4.6.1. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres soutient que la partie requérante ne conteste pas la défense du Conseil des ministres mais donne au moyen une autre formulation, ce qui revient à prendre un moyen nouveau et tardif, lequel est irrecevable.

A.4.6.2. Le Conseil des ministres expose ensuite que le législateur pouvait raisonnablement estimer que les principes de prévoyance, d'assistance mutuelle et de solidarité ainsi que la stricte application de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de solidarité justifient que tous les membres d'une mutualité soient couverts par une opération. Le législateur pouvait considérer que seules les mutualités qui proposent une telle opération ont une plus-value par rapport à la Caisse auxiliaire d'assurance maladie-invalidité et que cette plus-value était requise pour doter une mutualité de la personnalité juridique.

A.4.6.3. Le Conseil des ministres considère en ordre principal qu'une question préjudicielle n'est pas nécessaire. En ordre subsidiaire, le Conseil des ministres suggère que la question préjudicielle proposée soit reformulée.

Quant au troisième moyen

A.5.1. Le troisième moyen, dirigé contre les articles 2 et 67 de la loi du 26 avril 2010, est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec la liberté de commerce et d'industrie.

La partie requérante critique le fait que la loi attaquée réserve aux mutualités la possibilité de proposer certaines opérations, qui sont en réalité des assurances. Ceci empêche *de facto* les entreprises d'assurance de proposer de telles opérations.

A.5.2. Les parties intervenantes déclarent que le caractère « exclusif » de l'offre d'opérations par les entités mutualistes découle du texte de la première directive et de la loi relative aux mutualités.

Les mutualités satisfont aux conditions de l'article 2, point 2, b), de la première directive, lequel concerne les « opérations des organismes de prévoyance et de secours dont les prestations varient d'après les ressources disponibles ». L'article 9 de la loi relative aux mutualités, modifié par l'article 5 de la loi attaquée du 26 avril 2010, prescrit que les statuts doivent mentionner que les prestations seront proposées dans la mesure des ressources disponibles.

La législation sur les assurances et, en particulier, la première directive, interdisent aux entreprises d'assurance de proposer d'autres produits que des produits d'assurance. La différence de traitement ne résulte dès lors pas de la loi attaquée mais de la législation sur les assurances.

En outre, les parties intervenantes font valoir que la liberté de commerce et d'industrie n'est pas illimitée. Le législateur ne violerait cette liberté que s'il la limitait sans qu'existe une quelconque nécessité pour ce faire ou si cette limitation était totalement disproportionnée au but poursuivi. A l'occasion de l'examen du deuxième moyen, il a déjà été exposé que l'obligation d'affiliation était nécessaire, adéquate et proportionnée pour garantir la protection sociale complémentaire envisagée.

En ce qui concerne le contrôle de proportionnalité, les parties intervenantes estiment que l'autre solution proposée par la partie requérante – à savoir obliger chaque habitant à s'affilier à une opération tout en gardant le libre choix du prestataire – n'est pas réalisable. Les entreprises d'assurance particulières attireraient alors les « bons » risques, tandis que les mutualités continueraient à couvrir essentiellement les « mauvais » risques. L'équilibre financier du système mutualiste s'en trouverait ainsi compromis et on ne pourrait prévoir un système accessible et abordable pour tous.

Les parties intervenantes soulignent que, dans la pratique, les mutualités ne jouissent pas d'une exclusivité complète. Elles offrent seulement une couverture générale et limitée. Les assurés sociaux ont toujours la possibilité de conclure des assurances particulières ayant une couverture plus large.

Enfin, le fonctionnement des entreprises d'assurance, qui poursuivent un but de lucre et qui font dépendre leurs cotisations des risques, ne permet pas de réaliser le but social du législateur.

Les parties intervenantes concluent que l'obligation d'affiliation, imposée par les articles 2 et 67 de la loi du 26 avril 2010, ne constitue pas une limitation inadmissible de la liberté de commerce et d'industrie.

A.5.3. Le Conseil des ministres considère que ce moyen repose à tort sur l'idée que les opérations sont en réalité des services d'assurance. Les dispositions attaquées réservent aux mutualités un certain nombre d'opérations qui ne constituent pas des activités économiques. L'une des conditions pour qu'une opération puisse être considérée comme telle est précisément de ne pas être un service d'assurance au sens de l'arrêté royal du 22 février 1991 portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurances.

Les opérations sont donc, par hypothèse, des services qui ne sont pas proposés par les entreprises d'assurance. La liberté de ces dernières n'est donc nullement limitée.

Les opérations sont des services qui, en vertu des trois principes fondamentaux de « solidarité », d'« assistance mutuelle » et de « prévoyance », sont considérés comme une « assurance complémentaire ». En raison de la différence essentielle existant entre les mutualités et les entreprises d'assurance, qui repose précisément sur ces trois principes fondamentaux, le législateur pouvait choisir de réserver ces services spécifiques aux mutualités.

Le Conseil des ministres fait observer qu'il est inexact de déclarer que chacun est tenu de s'affilier à une mutualité. Il est également possible de s'affilier à la Caisse auxiliaire d'assurance maladie-invalidité.

Le Conseil des ministres renvoie encore aux arrêts n^{os} 23/92 du 2 avril 1992 et 70/99 du 17 juin 1999. Dans son arrêt n^o 23/92, la Cour a déjà rejeté un moyen dans lequel la violation de la liberté de commerce et d'industrie avait été avancée.

A.5.4.1. La partie requérante répond que le moyen, contrairement à ce que soutient le Conseil des ministres, ne repose pas sur la prémisse que les opérations doivent être juridiquement qualifiées de produits d'assurance. Il repose sur le constat que les services proposés par les mutualités comme opérations entrent *de facto* en concurrence avec les produits et services que peuvent proposer les entreprises d'assurance, cependant que ces dernières sont *de facto* privées de cette possibilité en raison de l'obligation d'affiliation litigieuse.

La partie requérante rappelle que les services proposés par les mutualités en tant qu'opérations ont effectivement un caractère économique. La définition extrêmement large, introduite par l'article 2 attaqué, n'exclut pas que les mutualités proposent à leurs membres, au moyen des opérations obligatoires, des services ou produits qui peuvent tout aussi bien être proposés par des entreprises d'assurance.

L'étendue du marché qui est ainsi réservé aux mutualités est énorme : avec environ sept millions de membres, à concurrence de 250 euros par personne, il s'agit d'un chiffre d'affaires potentiel de 1,75 milliard d'euros. C'est presque le double du chiffre d'affaires total réalisé en 2009 par l'ensemble des entreprises d'assurance dans le secteur des assurances hospitalisation.

La circonstance qu'il soit en effet possible de ne pas devenir membre d'une mutualité mais de s'affilier à la Caisse auxiliaire d'assurance maladie-invalidité ne change *de facto* rien à ce constat, dès lors qu'en 2009, plus de 98 % des bénéficiaires ont choisi de s'affilier à une mutualité.

Enfin, la partie requérante constate que le Conseil des ministres ne conteste pas que la solidarité visée par le législateur puisse être atteinte à l'aide de mesures qui limitent la liberté de commerce et d'industrie des entreprises d'assurance de manière moins radicale. Elle renvoie à l'autre solution, consistant à obliger chaque habitant à s'affilier à une opération tout en ayant le libre choix du prestataire.

A.5.4.2. La partie requérante déclare que les parties intervenantes lisent le troisième moyen de manière incorrecte. Par ce moyen, la partie requérante ne s'oppose pas au fait que la loi attaquée ou la première directive n'autoriseraient que les entités mutualistes à proposer les opérations au sens de l'article 2, point 2, b), de cette directive. Dans ce moyen, la partie requérante s'élève contre le fait que les entreprises d'assurance sont *de facto* empêchées de proposer certains produits d'assurance, parce que ceux-ci sont proposés par les mutualités sous forme d'opérations et que leurs membres sont tenus de souscrire à ces services.

La partie requérante estime que cette différence de traitement est discriminatoire, que la discrimination soit combinée ou non avec la liberté de commerce et d'industrie, laquelle ne peut être limitée sans nécessité. A l'occasion de l'examen du deuxième moyen, il a déjà été amplement démontré que l'obligation d'affiliation contestée n'est en aucun cas nécessaire, ni *a fortiori* proportionnée.

Le fait que les affiliés de la Caisse auxiliaire d'assurance maladie-invalidité ne sont pas tenus de souscrire à une opération montre que la suppression de cette obligation d'affiliation ne compromettrait pas l'équilibre financier du système de sécurité sociale. En outre, l'obligation d'affiliation n'est pas efficace, étant donné qu'il n'existe pas de solidarité financière entre les mutualités.

A.5.5. Dans leur mémoire en réplique, les parties intervenantes font observer que la partie requérante ne s'oppose pas au fait que l'offre d'opérations soit réservée aux entités mutualistes, conformément à la première directive.

Les parties intervenantes renvoient à leur réponse concernant le deuxième moyen dans la mesure où la partie requérante se réfère également à l'argumentation qu'elle a développée dans le cadre de ce moyen.

A.5.6.1. Le Conseil des ministres réplique que le moyen repose sur la supposition inexacte que les opérations seraient des produits d'assurance et qu'il est dès lors non fondé.

Le Conseil des ministres renvoie à l'arrêt n° 139/2008 du 22 octobre 2008, dans lequel la Cour a rejeté un moyen similaire relatif à l'extension de l'assurance maladie obligatoire aux « petits risques » pour les indépendants. Le fait qu'un tel service soit proposé par une mutualité n'interdit pas aux entreprises d'assurance de continuer à proposer ce même service. En outre, l'objectif poursuivi avec l'assurance obligatoire est légitime. Même si toutes les mutualités proposaient la même opération et que la couverture était aussi avantageuse que celle offerte par les entreprises d'assurance, il ne s'agirait néanmoins que d'un seul des nombreux services que les entreprises d'assurance peuvent proposer. Les dispositions attaquées ne limitent dès lors pas de manière déraisonnable ou injustifiée la liberté de commerce et d'industrie.

A.5.6.2. Le Conseil des ministres expose encore que, pour qu'il puisse être question d'une opération, les dispositions attaquées imposent des conditions plus strictes que la première directive. Ces conditions ont précisément pour but d'instaurer une distinction claire par rapport aux produits d'assurance. Une des conditions est que l'opération ne peut pas être un service d'assurance au sens de l'arrêté royal du 22 février 1991 portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurances.

A.5.6.3. Le Conseil des ministres réplique encore que la Cour ne se mêle pas des choix politiques opérés par le législateur. Personne n'est obligé de s'affilier à une mutualité, puisque l'on peut également s'affilier à la Caisse auxiliaire d'assurance maladie-invalidité. Le législateur a donc fait un choix politique : pour qu'une mutualité puisse participer au système d'assurance maladie obligatoire, elle doit proposer au moins une assurance complémentaire, sous la forme d'une opération et dans le respect des principes de « prévoyance », d'« assistance mutuelle » et de « solidarité ». La solidarité entre les membres se trouve ainsi renforcée. L'objectif annoncé – préserver la solidarité – est donc effectivement poursuivi.

A.5.6.4. Le Conseil des ministres renvoie enfin à nouveau à la jurisprudence de la Cour et, en particulier, à l'arrêt n° 23/92 du 2 avril 1992.

Quant au quatrième moyen

A.6.1. Le quatrième moyen, dirigé contre l'article 4, 2°, de la loi du 26 avril 2010, est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les articles 8, 16 et 17 de la première directive.

Selon la partie requérante, les entreprises d'assurance sont discriminées par rapport aux unions de mutualités en ce qui concerne les obligations qui doivent être respectées lors de l'organisation du service d'épargne prénuptiale, service qui est en réalité une assurance, plus précisément une assurance de personnes, et en particulier une assurance vie, au sens de l'article 97 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (ci-après : la loi sur le contrat d'assurance terrestre).

Le législateur n'oblige les unions nationales qu'à établir des fonds de réserve, à un niveau encore à déterminer par le Roi, et il les autorise à effectuer d'autres activités, tandis que la première directive interdit aux entreprises d'assurance d'exercer d'autres activités commerciales et leur impose une série d'obligations telles que la constitution d'une marge de solvabilité suffisante et la création d'un fonds de garantie minimum.

A.6.2. Les parties intervenantes soulignent d'abord que la disposition attaquée n'est pas nouvelle mais qu'elle est reprise de l'ancien article 28, § 1er, de la loi relative aux mutualités.

Ensuite, les parties intervenantes déclarent que si l'épargne prénuptiale était une assurance vie, comme le prétend la partie requérante, la première directive ne serait pas d'application.

Les parties intervenantes considèrent cependant que l'épargne prénuptiale n'est pas un produit d'assurance. Le montant garanti est en tout état de cause versé lorsque l'affilié atteint 30 ans, qu'il soit marié ou non à ce moment. Le paiement ne dépend donc pas d'un événement futur incertain. Seulement, le montant à allouer est supérieur en cas de mariage. Le montant n'est pas non plus établi de manière fixe à l'origine, comme dans le cas

d'une assurance vie ou d'une assurance de personnes, mais il dépend de la décision de l'assemblée générale quant au montant de la prime d'accroissement. L'épargne prénuptiale n'est donc pas un produit d'assurance mais une prime d'accroissement.

Les parties intervenantes distinguent l'épargne prénuptiale des assurances nuptialité, qui sont effectivement des assurances. Par ailleurs, les assurances nuptialité n'entrent pas non plus dans le champ d'application de la première directive.

A.6.3. Le Conseil des ministres estime que l'épargne prénuptiale est une assurance vie et que la première directive ne concerne pas les assurances vie, y compris l'assurance nuptialité.

Par conséquent, la disposition attaquée ne saurait violer la première directive.

Par ailleurs, l'épargne prénuptiale n'est plus subventionnée par les autorités.

A.6.4.1. Quant à l'observation des parties intervenantes selon laquelle la disposition attaquée n'est pas une nouvelle disposition, la partie requérante répond qu'il suffit que le législateur ait exprimé la volonté de maintenir la possibilité de proposer l'épargne prénuptiale.

A.6.4.2. La partie requérante constate que le Conseil des ministres reconnaît que l'épargne prénuptiale est une assurance vie. Le moyen ne dénonce pas la violation de la première directive mais la discrimination existant entre les entreprises d'assurance et les unions nationales de mutualités, dès lors que ces dernières peuvent proposer l'épargne prénuptiale sans être soumises aux conditions imposées par le droit européen à cet égard.

Lorsque des entreprises d'assurance proposent des assurances vie, la directive 2002/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie les soumet aux mêmes conditions que celles qui découlent de la première directive. En ce qui concerne l'épargne prénuptiale que proposent les unions nationales de mutualités, les obligations en matière de spécialisation, de fonds de garantie minimum et de marge de solvabilité ne s'appliquent pas. Cette différence de traitement n'est pas raisonnablement justifiée, selon la partie requérante.

La partie requérante n'aperçoit pas clairement où le Conseil des ministres veut en venir en observant que l'épargne prénuptiale n'est plus subventionnée.

A.6.4.3. En ce qui concerne le point de vue des parties intervenantes, la partie requérante observe que celui-ci contraste avec l'opinion du Conseil des ministres. Pour les parties intervenantes, l'épargne prénuptiale ne serait pas une assurance mais une formule d'épargne.

Si tel était le cas, l'épargne prénuptiale devrait alors être soumise à la réglementation spécifique des produits bancaires et d'épargne. La partie requérante a toutefois démontré qu'il s'agissait d'un produit d'assurance appartenant à la catégorie des assurances de personnes autres que les assurances vie.

La partie requérante ne conteste pas que l'épargne prénuptiale doive être distinguée de l'assurance nuptialité. Cet élément n'exclut toutefois pas que l'épargne prénuptiale doive être qualifiée de produit d'assurance.

A.6.5. Dans leur mémoire en réplique, les parties intervenantes maintiennent que l'épargne prénuptiale est une formule d'épargne et non un produit d'assurance.

Elles renvoient encore à l'article 254 de l'arrêté royal du 3 mars 2011 mettant en œuvre l'évolution des structures de contrôle du secteur financier, qui habilite les mutualités et les unions nationales de mutualités à recevoir du public des fonds remboursables pour les opérations d'épargne prénuptiale. Cette disposition reproduit ce qui était déjà prévu à l'article 4 de la loi du 22 mars 1993 relatif au statut et au contrôle des établissements de crédit.

L'épargne prénuptiale est par conséquent un simple produit financier et ne peut pas être simultanément un produit d'assurance. Il ne peut dès lors pas être exigé que les unions nationales, pour autant qu'elles proposent des épargnes prénuptiales, soient soumises au principe de spécialisation et aux obligations relatives au fonds de garantie minimum et à la marge de solvabilité.

A.6.6. Le Conseil des ministres réplique que la partie requérante reconnaît que son moyen, tel qu'il était formulé à l'origine, n'était pas fondé. Le nouvel argument, selon lequel la directive 2002/83/CE contient les mêmes obligations à l'égard des assurances vie, est tardif et irrecevable.

Selon le Conseil des ministres, la loi du 26 avril 2010 n'affecte pas la possibilité des unions nationales de proposer des épargnes prénuptiales. La prétendue discrimination ne découle pas de l'article 4, 2°, attaqué, de cette loi, qui oblige seulement les unions nationales à constituer des fonds de réserve pour ce service.

Quant au cinquième moyen

A.7.1. Le cinquième moyen, dirigé respectivement contre les articles 41, 44, 16 et 5, 7°, de la loi du 26 avril 2010, est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

La partie requérante dénonce la différence de traitement entre les sociétés mutualistes qui peuvent exercer une activité d'assurance (ci-après : les sociétés mutualistes d'assurance) et les autres entreprises d'assurance, en ce qui concerne la manière dont la loi sur le contrat d'assurance terrestre s'applique.

Quant à l'article 41 de la loi du 26 avril 2010

A.7.2.1. L'article 41 attaqué habilite le Roi à déterminer les dispositions de la loi sur le contrat d'assurance terrestre qui ne sont pas applicables aux sociétés mutualistes d'assurance et à préciser les modalités selon lesquelles d'autres dispositions s'y appliquent, afin de tenir compte des particularités de cette forme d'assurance. La partie requérante n'aperçoit pas clairement en quoi consisteraient ces particularités et à quelles dérogations elles pourraient donner lieu.

A.7.2.2. Les parties intervenantes soulignent la jurisprudence constante de la Cour relative aux délégations par voie de loi. Il ne résulte pas de la délégation que le législateur ait eu l'intention d'habiliter le Roi à prendre des arrêtés d'exécution contraires au principe d'égalité. Le juge administratif ou judiciaire devra, le cas échéant, examiner si les arrêtés d'exécution respectent la Constitution.

Dans un souci d'exhaustivité, les parties intervenantes font observer que l'article 2, § 2, de l'actuelle loi sur le contrat d'assurance terrestre contient déjà une délégation identique, afin de tenir compte des particularités des associations d'assurance mutuelle.

Il était difficile pour le législateur de prévoir de manière exhaustive quelles dispositions de la loi sur le contrat d'assurance terrestre ne seraient pas pleinement adaptées à la nature particulière des sociétés mutualistes d'assurance. De tels constats ne pourront être faits que lors de l'application concrète du nouveau système. Il ressort des travaux préparatoires que le législateur a également voulu éviter que la loi sur le contrat d'assurance terrestre soit contraire aux dispositions de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances (ci-après : loi relative au contrôle des entreprises d'assurances) et de la loi relative aux mutualités, qui sont toutes les deux d'ordre public.

Pour finir, les parties intervenantes signalent qu'aucun arrêté d'exécution n'a encore été pris en vertu du paragraphe 3 de l'article 2 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre, tel qu'il a été complété par l'article 41 attaqué.

A.7.2.3. Le Conseil des ministres fait tout d'abord observer que l'article 2, § 1^{quater}, de la loi relative au contrôle des entreprises d'assurances dispose lui aussi que le Roi peut prévoir des règles dérogatoires pour les associations d'assurance mutuelle et pour les sociétés coopératives et que l'article 2, § 2, de la loi sur le contrat d'assurance terrestre prévoit lui aussi déjà un tel régime. La disposition attaquée n'instaure donc pas quelque chose d'unique mais adapte seulement la réglementation existante, compte tenu de l'introduction d'une nouvelle forme de société d'assurance.

Selon le Conseil des ministres, le moyen repose sur la supposition que le Roi, lors de l'exécution de Sa mission légale, violerait l'égalité entre les sociétés mutualistes d'assurance et les entreprises d'assurance. La prétendue discrimination est toutefois purement hypothétique et ne réside pas dans la loi.

En outre, l'article 41 attaqué mentionne expressément qu'une différence peut être faite afin de tenir compte des particularités de la nouvelle forme de société d'assurance. La règle a pour effet qu'en l'absence de telles particularités, aucun arrêté royal ne saurait être adopté.

A.7.2.4. La partie requérante répond que le cinquième moyen ne critique pas en soi l'habilitation donnée au Roi mais bien le choix politique du législateur qui confère au Roi le pouvoir de faire une distinction entre les entreprises d'assurance et les sociétés mutualistes d'assurance lors de la mise en application de la loi sur le contrat d'assurance terrestre.

Cette différence de traitement ne peut être justifiée, selon la partie requérante, même en vertu des soi-disant particularités des sociétés mutualistes d'assurance. Le fait que ces sociétés exercent leurs activités sans but lucratif, qu'elles aient la forme d'une société civile et soient constituées par des mutualités n'est pas pertinente pour l'application de la loi sur le contrat d'assurance terrestre. Il ne faut pas perdre de vue que les sociétés mutualistes d'assurance concurrencent les entreprises d'assurance, étant donné qu'elles exercent une activité économique et proposent des services commerciaux qui sont fort comparables aux services offerts par les entreprises d'assurance.

La partie requérante observe que le Roi n'a jusqu'à présent adopté aucune disposition sur la base de l'article 2, § 2, de la loi sur le contrat d'assurance terrestre. Cependant, les entités mutualistes ne se considèrent manifestement pas liées par le cadre contraignant de la loi sur le contrat d'assurance terrestre.

A.7.2.5. Dans leur mémoire en réplique, les parties intervenantes déclarent que la disposition attaquée n'instaure elle-même aucune différence de traitement. Elles font référence aux arrêts de la Cour n^{os} 78/2003 du 11 juin 2003 et 201/2005 du 21 décembre 2005, qui portent sur des délégations conférées par le législateur.

Elles renvoient également à l'habilitation analogue prévue à l'égard des associations d'assurance mutuelle par l'article 2, § 2, de la loi sur le contrat d'assurance terrestre, disposition qui, à l'époque, a vu le jour à la suite d'un avis du Conseil d'Etat.

Les parties intervenantes estiment que les particularités des sociétés mutualistes d'assurance justifient une différence de traitement. Par exemple, en raison de la limitation imposée aux sociétés mutualistes d'assurance qui est de ne proposer des assurances qu'aux membres des mutualités affiliés chez elles, le Roi devra concilier le cas d'un membre qui change de mutualité avec les dispositions de la loi sur le contrat d'assurance terrestre relative à la durée perpétuelle du contrat d'assurance maladie. C'est ainsi qu'il est également possible de résilier l'adhésion à une mutualité tous les trois mois, tandis que les primes d'assurance sont normalement payées sur une base annuelle.

Pour les sociétés mutualistes d'assurance, il faudra tenir compte de diverses lois qui sont d'ordre public ou de droit impératif, comme la loi relative aux mutualités, la loi relative au contrôle des entreprises d'assurances et la loi sur le contrat d'assurance terrestre. Une adaptation simultanée de toutes les dispositions sera parfois impossible et l'habilitation donnée au Roi doit servir à résoudre ce problème.

Enfin, les parties intervenantes contestent que les entités mutualistes ne se considèrent pas liées par le cadre impératif de la loi sur le contrat d'assurance terrestre.

A.7.2.6. Le Conseil des ministres réplique qu'un moyen qui s'oppose au choix politique d'un législateur au lieu de s'opposer à la loi n'est pas recevable.

Selon le Conseil des ministres, aucune discrimination ne résulte de la délégation, bien au contraire. S'il s'avère qu'un autre contrôle est nécessaire pour les sociétés mutualistes d'assurance, le principe d'égalité exige que d'autres règles leur soient applicables.

Quant à l'article 44 de la loi du 26 avril 2010

A.7.3.1. L'article 44 attaqué dispose que l'arrêté royal est proposé conjointement par le ministre de la Justice et par le ministre qui a les assurances dans ses attributions, ainsi que par le ministre des Affaires sociales. Normalement, les arrêtés portant exécution de la loi sur le contrat d'assurance terrestre sont pris sur la proposition conjointe des deux ministres cités en premier lieu.

A.7.3.2. Les parties intervenantes considèrent qu'il est justifié que le ministre des Affaires sociales, qui est compétent pour l'application de la loi relative aux mutualités, propose conjointement l'arrêté d'exécution dans lequel le Roi indiquera les dispositions spécifiques de la loi sur le contrat d'assurance terrestre qui ne s'appliquent pas aux sociétés mutualistes d'assurance ou la manière dont ces dispositions s'appliqueront. Cette proposition conjointe a précisément été instaurée pour veiller à ce que le Roi agisse dans le respect de l'équilibre introduit par la loi attaquée.

A.7.3.3. Le Conseil des ministres considère qu'il n'est pas manifestement déraisonnable de prévoir l'intervention du ministre des Affaires sociales. Ce ministre est compétent pour le contrôle des mutualités et la caractéristique des sociétés mutualistes d'assurance est d'être fondées par une ou plusieurs mutualités.

A.7.3.4. La partie requérante répond que les prétendues « caractéristiques propres » des sociétés mutualistes d'assurance ne distinguent pas leurs activités de celles des entreprises d'assurance. L'argument purement formel selon lequel les sociétés mutualistes d'assurance sont régies de manière organique par la loi relative aux mutualités n'est, selon elle, pas pertinent. La question se pose de savoir si ce régime ne serait pas davantage à sa place dans la loi relative au contrôle des entreprises d'assurances.

A.7.3.5. Les parties intervenantes répondent que la proposition conjointe, associant le ministre des Affaires sociales, est objectivement et raisonnablement justifiée, étant donné qu'une partie importante des dispositions relatives aux sociétés mutualistes d'assurance sont contenues dans la loi relative aux mutualités, pour laquelle ce ministre est compétent.

A.7.3.6. Le Conseil des ministres renvoie à son mémoire et à son argumentation relative à l'article 41 attaqué.

Quant à l'article 16 de la loi du 26 avril 2010

A.7.4.1. Le fait que le nouveau régime donnera lieu à des différences de traitement ressort déjà, selon la partie requérante, de l'article 16 attaqué, qui introduit un nouvel article 44bis, § 2, alinéa 2, 2°, dans la loi relative aux mutualités. Selon cette disposition, un rapport doit être rédigé avant l'assemblée générale en cas de fusion de sociétés mutualistes d'assurance. Ce rapport doit décrire les conséquences de la fusion sur les droits et obligations des membres et des personnes à leur charge, ce qui implique que ces droits et obligations peuvent être modifiés. En revanche, les entreprises d'assurance restent tenues de respecter leurs obligations préexistantes envers leurs clients lors d'une fusion.

A.7.4.2. Les parties intervenantes observent que l'article 78quaterdecies de la loi relative au contrôle des entreprises d'assurances prévoit un régime similaire pour la fusion d'associations d'assurance mutuelle. En cas de fusion de sociétés commerciales ou d'associations d'assurance mutuelle, l'existence d'un rapport décrivant les conséquences de la fusion n'implique nullement que les droits des intéressés seront modifiés à la suite de la fusion; tel n'est pas non plus le cas lors de la fusion de sociétés mutualistes d'assurance. Le fait que le nouvel article 44bis, § 2, 2°, de la loi relative aux mutualités mentionne non seulement les membres mais également les personnes à leur charge n'enlève rien à ce constat. De l'avis des parties intervenantes, cette branche du moyen repose sur une lecture non fondée et purement hypothétique de la disposition attaquée.

A.7.4.3. Selon le Conseil des ministres, l'article 16 attaqué contient seulement une disposition bien précise en cas de fusion de sociétés mutualistes d'assurance : un rapport doit être rédigé, décrivant, à l'intention des membres de l'assemblée générale, les conséquences de la fusion sur les droits et obligations des membres et des personnes à leur charge. La loi attaquée ne porte pas atteinte aux obligations découlant de la loi sur le contrat d'assurance terrestre et n'affecte nullement les protections que celle-ci contient.

A.7.4.4. La partie requérante prend acte du point de vue du Conseil des ministres et de celui des parties intervenantes selon lequel la protection de l'assuré reste intégralement applicable conformément à la loi sur le contrat d'assurance terrestre en cas de fusion de sociétés mutualistes d'assurance. Ce point de vue ne trouve toutefois aucun appui dans le texte de l'article 41 attaqué.

En ce qui concerne les parties intervenantes, la partie requérante répond avoir déjà exposé dans la requête en quoi le régime attaqué déroge au droit commun et quelles en sont les conséquences. La partie requérante ajoute que les parties intervenantes ne démontrent nullement que les droits et obligations des personnes à charge ne peuvent pas être modifiés.

A.7.4.5. Dans leur mémoire en réplique, les parties intervenantes maintiennent que la disposition attaquée n'implique pas que les sociétés mutualistes d'assurance concernées par la fusion pourraient modifier leurs obligations.

A.7.4.6. Le Conseil des ministres lui aussi maintient sa thèse selon laquelle la disposition attaquée ne permet nullement de méconnaître la protection des personnes à charge. Si le rapport concernant la fusion mentionnait une telle chose, la modification statutaire pourrait être refusée.

Quant à l'article 5, 7°, de la loi du 26 avril 2010

A.7.5.1. Selon la partie requérante, il résulte de l'article 9, § 1^{er}septies, de la loi relative aux mutualités, complété par l'article 5, 7°, également attaqué, de la loi du 26 avril 2010, que les sociétés mutualistes d'assurance peuvent déterminer elles-mêmes et modifier dans leurs statuts à peu près tous les éléments des assurances qu'elles proposent. Les entreprises d'assurance, au contraire, doivent respecter les articles 138bis-3 et 138bis-4 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre. Selon ces dispositions, les contrats d'assurance maladie doivent être conclus à vie et la prime, les franchises et les conditions de couverture ne peuvent être modifiées par l'assureur qu'en vertu de l'index médical ou, conformément à l'article 21octies de la loi relative au contrôle des entreprises d'assurances, moyennant l'autorisation de la Commission bancaire, financière et des assurances (ci-après : la CBFA), si l'application du tarif donne lieu ou risque de donner lieu à des pertes.

A.7.5.2. Les parties intervenantes considèrent que cette branche du moyen repose elle aussi sur une lecture non fondée et purement hypothétique de la disposition attaquée. Il ne ressort d'aucune disposition de la loi du 26 avril 2010, y compris l'article 5, 7°, de celle-ci, que les conditions essentielles des assurances proposées par les sociétés mutualistes d'assurance pourront être modifiées en violation des dispositions de la loi sur le contrat d'assurance terrestre.

A.7.5.3. Selon le Conseil des ministres, la différence de traitement résulte nécessairement de la nature des sociétés mutualistes d'assurance : leurs clients sont également leurs membres. Il ressort manifestement des travaux préparatoires que le contrat conclu entre les clients et l'assureur est nécessairement contenu dans les statuts de la société mutualiste d'assurance concernée. La différence de traitement entre les entreprises d'assurance et les sociétés mutualistes d'assurance est donc justifiée par la particularité des sociétés mutualistes d'assurance et se limite en même temps au strict nécessaire.

A.7.5.4. La partie requérante maintient que les sociétés mutualistes d'assurance, contrairement aux entreprises d'assurance, peuvent modifier des conditions essentielles de l'assurance par le biais d'une modification statutaire. La partie requérante prend acte de ce que le Conseil des ministres et les parties intervenantes prétendent que tel n'est pas le cas, mais seul le point de vue de la partie requérante trouve un appui dans la loi.

Ensuite, ce que les parties intervenantes entendent par « conditions essentielles de l'assurance » n'est pas clair. Entre autres, l'Union des mutualités chrétiennes semble ne pas appliquer les dispositions de la loi sur le contrat d'assurance terrestre en matière de durée à vie du contrat et d'immutabilité des primes.

Selon la partie requérante, l'argument puisé par le Conseil des ministres dans les travaux préparatoires, disant que les mentions qui figurent dans les contrats des assurances ordinaires sont inscrits dans les statuts des sociétés mutualistes d'assurance, n'est pas pertinent. On n'aperçoit pas pourquoi les sociétés mutualistes d'assurance ne pourraient pas conclure des contrats individuels d'assurance dans lesquels la relation avec l'assuré serait déterminée plutôt que de l'être dans les statuts. Dans les statuts, les relations peuvent être modifiées, même en l'absence d'unanimité des membres de l'assemblée générale, sans parler même de l'accord des assurés. Selon la partie requérante, il y a lieu de craindre que, faute de contrôle préalable, les sociétés mutualistes d'assurance modifieront souvent leurs statuts, également en ce qui concerne la durée de l'assurance.

A.7.5.5. Les parties intervenantes contestent que le texte de l'article 5, 7°, attaqué, étairait l'interprétation de la partie requérante.

A.7.5.6. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres se réfère à l'argumentation qu'il a développée antérieurement.

Quant au sixième moyen

A.8.1. Le sixième moyen, dirigé contre l'article 46 de la loi du 26 avril 2010, est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

La partie requérante critique la différence de traitement entre les intermédiaires en (ré)assurances des entités mutualistes et les autres intermédiaires en (ré)assurances pour ce qui concerne la manière dont la loi du 27 mars 1995 relative à l'intermédiation en assurances et en réassurances et à la distribution d'assurances s'applique aux différentes catégories de personnes. Eu égard à l'objectif de la loi, qui consiste à garantir au consommateur des informations suffisamment dignes de foi, on n'aperçoit pas pourquoi le Roi pourrait décider que les entités mutualistes, sous le prétexte que la médiation en assurances ou la distribution d'assurances ne constituerait qu'une partie limitée de leurs tâches, ne devraient disposer, par union nationale ou par région ou par groupe de succursales, que de quelques responsables pour la distribution, tandis qu'un tel assouplissement n'existerait pas pour d'autres intermédiaire en (ré)assurances et en particulier pour ceux qui disposeraient d'un nombre égal ou même supérieur de succursales.

A.8.2. Les parties intervenantes déclarent que l'article attaqué n'instaure lui-même aucune différence de traitement. Il mentionne seulement de manière générale les critères (« organisation et activités de l'intermédiaire ») qui doivent être utilisés et habilite le Roi à fixer, compte tenu de ces critères, le nombre de responsables pour la distribution, pour l'ensemble du secteur des assurances.

Pour autant que les critères mentionnés dans la loi instaurent une différence de traitement entre certaines catégories d'intermédiaires dans le secteur des assurances, cette différence est raisonnablement justifiée, selon les parties intervenantes. Les produits d'assurance proposés sont très divers et n'ont pas tous le même niveau de complexité. Ils n'exigent pas toujours la présence, sur place, d'un responsable pour la distribution. La nature des produits d'assurance proposés constitue un critère de distinction pertinent pour établir le nombre de responsables requis.

Par souci d'exhaustivité, les parties intervenantes font observer que le Roi n'a pas encore fait usage de l'habilitation légale pour établir le nombre de responsables pour la distribution.

A.8.3. Le Conseil des ministres considère que la partie requérante part à tort de l'hypothèse que le Roi pourrait méconnaître le principe d'égalité. La Cour ne se prononce pas sur une violation hypothétique et future du principe d'égalité par le Roi.

Par ailleurs, la disposition attaquée s'applique à tous les assureurs.

De surcroît, le Conseil des ministres souligne qu'il ressort des travaux préparatoires que la disposition attaquée a pour objectif de remédier à un problème qui avait été soulevé par la CBFA. Celle-ci avait constaté que des sociétés de crédit, par exemple, qui disposent d'un nombre considérable de points d'exploitation sur l'ensemble du pays, n'avaient pas de responsable de distribution dans chaque point d'exploitation. En outre, l'OCM et la CBFA avaient souligné que l'application de l'article 4 de la loi constituerait un obstacle important pour le secteur mutualiste, dans lequel l'activité d'intermédiation en assurances ne constituera qu'une part limitée de l'ensemble des tâches alors que chaque mutualité dispose d'un nombre considérable de succursales. La disposition attaquée permet seulement au Roi de prévoir des différences marginales, compte tenu du caractère particulier en matière d'organisation et d'activités des intermédiaires.

A.8.4. La partie requérante répond que c'est l'article 46 qui contient la différence de traitement, dès lors que le Roi s'est vu confier une liberté totale pour établir le nombre de responsables pour la distribution, compte tenu de « l'organisation des activités de l'intermédiaire ».

La partie requérante prend acte de l'argument selon lequel le régime attaqué donnera seulement lieu à des « différences marginales » et qu'il peut se justifier de faire correspondre le nombre de responsables exigé à la nature des produits d'assurance proposés, pour l'ensemble du secteur des assurances. Il s'agit d'une tout autre interprétation que celle contenue dans les travaux préparatoires. Dans ceux-ci, ce ne sont pas la nature ou la complexité des produits d'assurance qui ont été cités comme critères de distinction mais seulement la circonstance que les sociétés mutualistes disposent de nombreuses succursales mais n'exerceraient qu'une activité limitée en matière d'intermédiation en assurances.

Par rapport au souci de protéger le consommateur, il n'est pas justifié, selon la partie requérante, de faire une différence en ce qui concerne le nombre de responsables, pas même en vertu de la soi-disant spécificité des sociétés mutualistes d'assurance. A cet égard, la circonstance que les mutualités exercent leurs activités sans but lucratif ou qu'il s'agit de personnes morales civiles créées par des mutualités n'est pas pertinente.

La référence, dans les travaux préparatoires, à la situation des sociétés de crédit n'est pas non plus pertinente, selon la partie requérante.

La partie requérante conclut que la disposition attaquée est discriminatoire dès lors que l'on peut s'attendre - ce que le Conseil des ministres et les parties intervenantes ne nient pas - à ce que les produits des sociétés mutualistes d'assurance soient proposés avec une charge moins lourde que chez d'autres intermédiaires en (ré)assurances avec lesquels elles sont en concurrence.

A.8.5. Les parties intervenantes rétorquent dans leur mémoire en réplique que le moyen repose sur une supposition erronée. Même si une différence de traitement résulterait de la disposition attaquée, celle-ci ne concerne pas les catégories de personnes comparées. Il résulte des travaux préparatoires que d'autres intermédiaires que les intermédiaires des sociétés mutualistes d'assurance ont également intérêt à une nouvelle fixation du nombre de responsables pour la distribution.

Par ailleurs, la disposition attaquée permet de tenir compte non seulement de l'importance des activités mais également de la nature des produits d'assurance. Le critère de l'activité ne conduira pas à une différence dans la protection du consommateur, selon que celui-ci est en contact avec un intermédiaire d'une sociétés mutualistes d'assurance ou d'une entreprise d'assurance. En outre, les intermédiaires qui proposent l'assurance maladie des sociétés mutualistes d'assurance ne peuvent pas servir d'intermédiaire pour d'autres assurances.

A.8.6. Le Conseil des ministres renvoie à son mémoire. Il ajoute que la disposition attaquée dispose que le Roi doit tenir compte de l'organisation et des activités de l'intermédiaire afin de protéger le consommateur. L'égalité n'est pas violée mais précisément garantie, en tenant compte de la particularité de chaque situation.

Quant au septième moyen

A.9.1. Le septième moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution par les articles 20, 21, 28, 29, 30, 1° et 5°, 42, 44, 45, 47, 48, 49, 50, 52, 53 et 54 de la loi du 26 avril 2010.

La partie requérante dénonce la différence de traitement entre les sociétés mutualistes d'assurance et les entreprises d'assurances en ce qui concerne la manière dont le contrôle du respect du droit des assurances est organisé. Ce contrôle est confié à l'OCM en ce qui concerne les sociétés mutualistes d'assurance, tandis que le contrôle sur les autres entreprises d'assurance est exercé par la CBFA.

En outre, l'article 30, également attaqué, habilite le Roi à dispenser les sociétés mutualistes d'assurance de l'application d'un certain nombre de dispositions de la loi relative au contrôle des entreprises d'assurances et à indiquer les dispositions qui s'appliquent en lieu et place de celles-ci.

Le fait que le régime attaqué donnera lieu à un traitement différencié des sociétés mutualistes d'assurance et d'autres entreprises d'assurances ressort déjà de l'article 58, § 4, 4°, de la loi du 26 avril 2008, qui prescrit qu'une société mutualiste d'assurance qui est transformée (en une des autres formes juridiques permettant d'exercer des activités d'assurance) est agréée par la CBFA « pour autant qu'elle respecte ou continue à respecter les exigences légales et réglementaires en la matière ». Ceci montre que les sociétés mutualistes d'assurance, tant qu'elles ne sont pas transformées, peuvent remplir des conditions légales et réglementaires qui ne sont pas celles qui s'appliquent aux autres entreprises d'assurance.

A.9.2.1. Les parties intervenantes soutiennent en ordre principal que la société mutualiste d'assurance est une entité ayant des caractéristiques spécifiques qui la distinguent des autres entreprises d'assurance en matière de fonctionnement et de structure. Les sociétés mutualistes d'assurance et les autres entreprises d'assurance ne constituent dès lors pas des catégories comparables de personnes.

En ordre subsidiaire, les parties intervenantes déclarent que la désignation de l'OCM en tant qu'organe de contrôle unique des sociétés mutualistes d'assurance atteste un souci de cohérence. L'OCM approuve déjà la constitution des sociétés mutualistes d'assurance. Simultanément, il exerce le contrôle sur celles-ci en ce qui concerne le respect de la loi relative aux mutualités. Il leur impose également les sanctions prévues par cette loi. Il est en outre chargé du contrôle des mutualités, qui sont les fondateurs des sociétés mutualistes d'assurance ou qui en feront partie. Eu égard aux caractéristiques spécifiques précitées des sociétés mutualistes d'assurance, l'OCM est bien placé pour exercer l'ensemble du contrôle sur lesdites sociétés mutualistes d'assurance, notamment en raison de ses autres tâches de contrôle des mutualités et des unions nationales.

Le législateur a pris, en outre, des mesures, dans le cadre de l'organisation du contrôle effectué par l'OCM, afin de garantir l'uniformité du contrôle du respect de la législation sur les assurances. L'OCM a une fonction de contrôle purement exécutive, tandis que la compétence réglementaire revient à la CBFA. De plus, l'unité du contrôle de l'ensemble du secteur des assurances sera garantie par un protocole de coopération que l'OCM et la CBFA devront conclure.

A.9.2.2. Selon les parties intervenantes, l'article 30 attaqué n'indique pas lui-même les dispositions de la loi relative au contrôle des entreprises d'assurances qui s'appliqueront ou non aux sociétés mutualistes d'assurance ou les dispositions qui les remplaceront. La loi attaquée n'instaure dès lors elle-même aucune différence de traitement et ne peut pas être interprétée en ce sens que le Roi serait habilité à édicter des dispositions contraires à la Constitution.

Une fois de plus, le Roi n'a adopté aucun arrêté en vertu du nouvel article 2, § 1^{er}, de la loi relative au contrôle des entreprises d'assurances.

La difficulté de prévoir, dès l'adoption de la loi, tous les problèmes pratiques qui pourraient se poser concernant le respect de la loi relative au contrôle des entreprises d'assurances et la nécessité de résoudre de manière souple ces problèmes pratiques justifient que le Roi soit habilité à prévoir les dérogations qui seraient éventuellement nécessaires.

Par ailleurs, les travaux préparatoires de la loi attaquée font référence à des modifications qui doivent encore être apportées à la loi relative au contrôle des entreprises d'assurances et qui sont dictées par le droit européen, plus particulièrement par la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) (ci-après : la directive Solvabilité II). Ces modifications futures justifient également que le Roi soit habilité à élaborer un cadre adapté aux sociétés mutualistes d'assurance lors de cette transposition en droit national. En tout état de cause, le Roi ne peut user du pouvoir qui Lui a été conféré qu'après avis tant de la CBFA que de l'OCM. Ceci constitue une garantie supplémentaire pour l'uniformité des dispositions applicables.

En ce qui concerne l'article 58, § 4, 4^o, de la loi attaquée, les parties intervenantes considèrent que cette disposition ne prouve nullement que les sociétés mutualistes d'assurance devraient remplir d'autres conditions que les autres entreprises d'assurance. La CBFA doit contrôler le respect des exigences qui sont propres à la forme juridique des sociétés commerciales et qui ne s'appliquent naturellement pas aux sociétés mutualistes d'assurance. Cette disposition ne doit donc pas être considérée comme une indication que les sociétés mutualistes d'assurance ne devaient pas remplir, auparavant, les conditions visées.

A.9.3.1. Le Conseil des ministres observe que l'argumentation de la partie requérante repose à nouveau principalement sur le fait que le Roi, dans l'exercice de sa mission légale, pourrait méconnaître le principe d'égalité. Tout comme pour les autres moyens qui reposent sur cette hypothèse, l'argument selon lequel la Cour refuse à juste titre de sanctionner une hypothétique méconnaissance future du principe d'égalité par le Roi vaut ici aussi.

A.9.3.2. Le Conseil des ministres déclare que le législateur a estimé, compte tenu de la particularité des sociétés mutualistes d'assurance, qu'il était recommandé d'en confier le contrôle à l'OCM plutôt qu'à la CBFA. Ce choix politique repose sur le lien qui existe entre les sociétés mutualistes d'assurance et les mutualités, en particulier en ce qui concerne les possibles sanctions qui peuvent être imposées aux sociétés mutualistes d'assurance en application de la loi relative aux mutualités. En outre, ce système permet qu'une même instance - en l'espèce l'OCM - contrôle la comptabilité analytique des mutualités et de leurs sociétés mutualistes d'assurance, ce qui renforce la qualité et l'efficacité de ce contrôle.

De surcroît, le législateur a veillé à ce que le contrôle s'effectue de manière comparable et ce, en vertu des mêmes critères. A cette fin, il est prévu qu'un accord de coopération sera conclu entre l'OCM et la CBFA, afin que le contrôle de l'exécution de la loi puisse s'effectuer de la même manière.

Le Conseil des ministres rappelle que les sociétés mutualistes d'assurance sont soumises aux mêmes principes d'« assistance mutuelle », de « prévoyance » et de « solidarité » que les mutualités, contrairement aux entreprises d'assurance. En outre, elles ne peuvent poursuivre un but de lucre et elles sont composées de manière comparable aux mutualités. Ces éléments rapprochent à ce point les sociétés mutualistes d'assurance des mutualités que le contrôle pouvait raisonnablement être confié à la même instance, qui connaît le mieux ces critères.

Enfin, le Conseil des ministres souligne que la loi du 26 avril 2010 contient différents mécanismes destinés à garantir l'égalité du contrôle. Outre le fait qu'un accord de coopération doit être conclu entre l'OCM et la CBFA, l'article 23 prévoit que le ministre des Affaires sociales et le ministre ayant les assurances dans ses attributions peuvent désigner conjointement, sur proposition de la CBFA, un observateur de cette institution au sein du comité technique instauré par l'OCM pour les matières visées à l'article 52, alinéa 1er, 11° et 12°. En outre, un délégué de l'OCM assiste aux réunions de la commission des assurances de la CBFA.

A.9.4.1. La partie requérante conteste la thèse des parties intervenantes selon laquelle les sociétés mutualistes d'assurance et les autres entreprises d'assurance ne seraient pas comparables.

La comparabilité découle déjà de la circonstance qu'elles proposent des services similaires, à savoir des produits d'assurance. Par ailleurs, la Cour a déjà admis à plusieurs reprises la comparabilité des activités des mutualités et des entreprises d'assurance.

A.9.4.2. La partie requérante soutient que le constat que les sociétés mutualistes d'assurance exercent leurs activités sans but lucratif et que leur forme juridique a un caractère civil n'est pas pertinent en ce qui concerne la question de savoir à quelle instance est confié le contrôle du respect de la législation sur les assurances.

Les mesures prudentielles que doit adopter l'assureur ne sont pas différentes selon qu'il s'agit de sociétés mutualistes d'assurance ou d'autres entreprises d'assurance. La réglementation attaquée néglige le fait que les sociétés mutualistes d'assurance sont en réalité des entreprises d'assurance qui, en raison du principe de spécialité, exercent seulement des activités d'assurance. En ce qui concerne leurs activités et le contrôle à exercer sur celles-ci, elles appartiennent davantage au monde de l'assurance qu'aux entités mutualistes.

A.9.4.3. La partie requérante conteste que les mesures qui viseraient à garantir l'uniformité aboutiront effectivement à ce résultat.

Etant donné que deux services de contrôle coexistent, le contrôle du respect de la législation sur les assurances, exercé par deux instances dotées de larges compétences discrétionnaires, sera irrémédiablement différent, *a fortiori* dès lors que la réglementation sur les assurances utilise souvent des notions ouvertes.

Le fait que l'OCM soit seulement chargé du contrôle et que la compétence réglementaire appartienne uniquement à la CBFA n'est pas pertinent, selon la partie requérante. En ce qui concerne les sociétés mutualistes d'assurance individuelles, seul l'OCM déterminera comment il utilisera sa compétence discrétionnaire.

La partie requérante renvoie par analogie à l'arrêt n° 146.728 du 27 juin 2005 dans lequel le Conseil d'Etat a annulé la nomination du titulaire d'une fonction de gestion, parce que la procédure de sélection prévoyait deux commissions de sélection distinctes, selon le rôle linguistique des candidats.

A.9.4.4. En ce qui concerne la délégation conférée au Roi par l'article 30, la partie requérante répond que le moyen ne s'oppose pas à l'habilitation en tant que telle mais au choix politique qui fait que le Roi est investi du pouvoir d'opérer une distinction entre les sociétés mutualistes d'assurance et les entreprises d'assurance en ce qui concerne le contrôle.

Si l'habilitation était nécessaire pour, ultérieurement, mettre aussi en œuvre la directive Solvabilité II, on n'aperçoit pas pourquoi cela ne s'appliquerait qu'aux sociétés mutualistes d'assurance.

A.9.5.1. Dans leur mémoire en réplique, les parties intervenantes maintiennent qu'il résulte des nombreuses différences entre les sociétés mutualistes d'assurance et les entreprises d'assurance qu'elles ne sont pas comparables en ce qui concerne la question de savoir si ces deux catégories doivent relever du même organe de contrôle.

Pour le contrôle des sociétés mutualistes d'assurance, le législateur devait choisir entre la solution dans laquelle deux organes seraient compétents, l'un pour le contrôle du respect de la loi relative aux mutualités et l'autre pour le contrôle du respect de la législation sur les assurances, et la solution dans laquelle un seul organe de contrôle serait chargé du contrôle du respect des deux lois. Cette dernière option a l'avantage que le contrôle est effectué par un seul organe de contrôle qui connaît le secteur mutualiste duquel les sociétés mutualistes d'assurance continuent de relever. Il n'appartient pas à la Cour d'examiner l'opportunité ou le caractère souhaitable de ce choix. Par ailleurs, la première directive n'interdit pas l'existence de différents organes de contrôle.

A.9.5.2. Les parties intervenantes rappellent que l'habilitation conférée par l'article 30 n'instaure en soi aucune différence de traitement. L'habilitation déjà existante, permettant de déroger à la loi relative au contrôle des entreprises d'assurances en ce qui concerne les associations d'assurance mutuelle, n'a pas non plus conduit à une quelconque différence de traitement.

La référence à la transposition de la directive Solvabilité II est bien pertinente. L'habilitation permet de tenir compte, le cas échéant, des dispositions futures.

De même, la référence faite aux problèmes pratiques qui pourraient surgir lors de l'exercice du contrôle est pertinent, selon les parties intervenantes. Lors de l'élaboration de la loi, il ne pouvait être exclu que de tels problèmes surviendraient.

De plus, la décision du législateur n'est pas déraisonnable compte tenu des mesures d'accompagnement, telles que l'accord de coopération, qui limitent l'éventualité que des pratiques prudentielles divergentes apparaissent.

A.9.6. Le Conseil des ministres renvoie à son mémoire, mais souhaite rappeler que le principe d'égalité ne requiert pas que toutes les entreprises d'assurance soient contrôlées par un seul organe.

Selon le Conseil des ministres, la partie requérante n'invoque aucun argument étayant le fait que l'existence de différents organes de contrôle violerait le principe d'égalité. Le fait que la partie requérante ne partage pas le choix politique des autorités ne constitue pas en soi une violation de ce principe.

Quant au huitième moyen

A.10.1. Le huitième moyen, dirigé contre les articles 5, 13, 5^o (lire : 2^o), 29, 6^o, et 56 à 66 de la loi du 26 avril 2010, est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec la liberté de commerce et d'industrie.

La partie requérante critique le fait que seules les mutualités puissent constituer une société mutualiste d'assurance et que seules les sociétés mutualistes (non assureurs) puissent adopter la forme juridique de la société mutualiste d'assurance, tandis que les entreprises d'assurance ne le peuvent pas.

A.10.2. Selon les parties intervenantes, la différence de traitement critiquée ne résulte pas des dispositions attaquées. Afin de respecter la première directive, le législateur était tenu de créer une nouvelle forme juridique au sein du secteur mutualiste. Conformément à l'article 2, § 1er, de la loi relative aux mutualités, les mutualités ne peuvent exercer des activités liées à la santé que dans un esprit de prévoyance, d'assistance mutuelle et de solidarité, et seulement sans but lucratif. Il s'ensuit que la nouvelle entité érigée par les mutualités ne pouvait être qu'une forme juridique répondant également à ces caractéristiques. Pour les entreprises d'assurance qui poursuivent un but lucratif, la loi relative au contrôle des entreprises d'assurances exige qu'elles adoptent la forme juridique d'une société commerciale. L'éventuelle différence de traitement ne résulte donc pas de la loi attaquée mais des dispositions de la loi relative au contrôle des entreprises d'assurances, combinées avec la législation sur les sociétés.

En ordre subsidiaire, les parties intervenantes énumèrent une série de différences dont il découle, selon elles, que les sociétés mutualistes d'assurance et les autres entreprises d'assurance ne sont pas comparables.

En ordre infiniment subsidiaire, les parties intervenantes soutiennent que les différences citées entre les sociétés mutualistes d'assurance et les autres entreprises d'assurance justifient objectivement et raisonnablement la distinction critiquée. Elles font également observer que les sociétés mutualistes d'assurance peuvent seulement proposer des services limités, notamment en raison de leur nature et de leur structure. Il est raisonnable que le législateur ait permis à ces sociétés mutualistes d'assurance de se transformer en entreprises d'assurance. Au contraire, il n'est pas dans la nature d'une entreprise d'assurance de se transformer en un organisme sans but lucratif à caractère civil, dont l'offre de produits et les éventuelles parties contractantes sont en outre limitées.

A.10.3. Le Conseil des ministres fait référence aux travaux préparatoires, dont il découle, selon lui, que les dispositions attaquées ont pour objet de respecter les directives européennes concernant les produits d'assurance qu'offrent les mutualités.

L'objectif du législateur était, sans exclure les mutualités du marché des assurances, d'imposer également à ces acteurs économiques une forme d'entreprise bien précise pour proposer leurs produits d'assurance. Dès lors que cette forme juridique doit également respecter le principe de spécialité, il n'y a en principe aucune différence entre les entreprises d'assurance et les sociétés mutualistes d'assurance.

Selon le Conseil des ministres, le choix de la forme spécifique des sociétés mutualistes d'assurance est un choix politique sur lequel la Cour n'a pas à porter de jugement.

En l'espèce, une autre forme juridique a été créée, à côté des formes classiques d'entreprises d'assurance. Quiconque peut adopter cette forme pour autant qu'il respecte toutes les conditions. Les conditions imposées aux sociétés mutualistes d'assurance diffèrent de celles qui sont imposées à d'autres formes d'entreprises d'assurance, mais cette différence est parfaitement en phase avec l'objectif poursuivi par le législateur.

A.10.4. La partie requérante répond que les parties intervenantes et le Conseil des ministres n'abordent pas l'essence du moyen, qui dénonce le fait que des entreprises d'assurance ordinaires ne peuvent pas adopter la forme d'une société mutualiste d'assurance.

Selon la partie requérante, le Conseil des ministres ne justifie pas cette différence de traitement. Le fait qu'il s'agirait d'un « choix politique » n'implique nullement que le principe d'égalité ne serait pas applicable.

La partie requérante n'aperçoit pas comment les parties intervenantes peuvent prétendre que les sociétés mutualistes d'assurance et les entreprises d'assurance ne sont pas comparables, dès lors qu'elles exercent la même activité, à savoir proposer des assurances.

Selon la partie requérante, les parties intervenantes ne démontrent aucunement pourquoi la forme juridique de la société mutualiste d'assurance serait réservée aux mutualités. *A fortiori*, n'apparaîtrait pas ce qui justifierait que les sociétés mutualistes d'assurance puissent se transformer par la suite en une forme juridique telle que celle des autres entreprises d'assurance, alors que ces dernières ne pourraient pas se transformer en une société mutualiste d'assurance.

Le fait que ce n'est pas dans la nature d'une entreprise d'assurance de se transformer en un organisme sans but lucratif à caractère civil manque en fait, selon la partie requérante. Il existe des entreprises d'assurance, comme la SA « DKV », qui opèrent exclusivement sur le marché de l'assurance maladie. Et toutes les entreprises d'assurance ne poursuivent pas un but lucratif, telles les associations d'assurance mutuelle, qui ont une forme civile.

A.10.5. Les parties intervenantes répliquent que la partie requérante ne répond pas à l'argument selon lequel la différence de traitement résulte de la combinaison de deux autres lois.

Les parties intervenantes exposent encore que le législateur a fait un choix politique en permettant aux entités mutualistes de continuer à proposer l'assurance maladie complémentaire par l'intermédiaire des sociétés mutualistes d'assurance, avec les particularités et les limitations de ces sociétés.

La possibilité de transformer une société mutualiste d'assurance en une autre forme de société d'assurance est surtout liée à la situation historique de la septième partie intervenante, la société mutualiste « Mutuelle Entraide Hospitalisation » (Hospitalia). Il était permis à cette société de proposer des assurances complémentaires aux personnes qui n'étaient pas membres de l'union nationale concernée, ce qui n'est pas possible pour les sociétés mutualistes d'assurance actuelles. Les dispositions attaquées permettent à cette société de se transformer en une association d'assurance mutuelle.

A.10.6. Le Conseil des ministres réplique que la critique de la partie requérante est dirigée contre un choix en opportunité du législateur d'introduire une nouvelle forme de société, spécifique pour les mutualités. La législation belge n'empêche pas que des entreprises d'assurance qui souhaitent constituer une société mutualiste d'assurance ou qui souhaitent adopter cette forme, fondent une mutualité et, pour autant qu'elles répondent à toutes les conditions, créent une société mutualiste d'assurance.

En outre, le Conseil des ministres rappelle que la liberté de commerce et d'industrie n'est pas absolue. On n'aperçoit pas comment cette liberté serait violée. Il était nécessaire d'adapter la législation en raison de l'avis motivé adressé par la Commission européenne.

Le législateur a voulu instaurer une nouvelle forme de société d'assurance pour des produits d'assurance qui sont proposés par des mutualités, en respectant les principes fondamentaux en matière de solidarité, d'assistance mutuelle et de prévoyance. Chacun peut adopter la forme d'une société mutualiste d'assurance, pour autant que toutes les conditions soient respectées. Les conditions imposées aux sociétés mutualistes d'assurance diffèrent de celles qui sont imposées aux autres entreprises d'assurance, mais elles sont parfaitement en phase avec l'objectif poursuivi par le législateur.

A.11.1. En réponse aux questions posées par la Cour, la partie requérante fait observer en premier lieu dans son mémoire complémentaire qu'il n'est pas encore possible d'indiquer avec certitude quels sont les services que les entités mutualistes proposeront en tant qu'opérations, puisque la loi du 26 avril 2010 ne les contraint à instaurer les opérations, conformément à la loi, qu'à partir du 1er janvier 2012.

En se basant sur les rapports annuels de l'OCM et sur l'examen des services que proposent les mutualités dans la pratique, la partie requérante déduit que les mutualités continueront probablement à couvrir de « manière complémentaire » les risques suivants en tant qu'opérations :

- « - Frais d'hospitalisation et frais ambulatoires, y compris
 - Frais de séjour et de soins à l'hôpital;
 - Frais liés aux soins prodigués par les dentistes (orthodontie), les médecins généralistes et les spécialistes (y compris la pédiatrie et la gynécologie);
 - Frais liés aux soins infirmiers à domicile;
 - Frais de logopédie, de prothèses et de lunettes;
 - Frais exposés pour des médecines alternatives et l'acupuncture;
 - Frais pour le transport de malades et frais de déplacement en Belgique (transport par ambulance ou hélicoptère, déplacements pour examen ou pour consultation, transport d'organes, de plasma ou de sang, ...);
 - Incapacité de travail;
 - Assistance à l'étranger en cas de maladie soudaine ou d'accident lors d'un séjour à l'étranger, ainsi que le rapatriement du malade ou de la dépouille mortelle;
 - Frais exposés pour des soins de santé imprévisibles et urgents prodigués à l'étranger;
 - Frais pour des soins non médicaux;
 - Frais engagés pour des procédures juridiques dans le cadre des rapports avec les prestataires de soins (assistance juridique);
 - Epargne pré-nuptiale ».

A.11.2. La partie requérante expose ensuite que ces opérations couvrent intégralement ou tout au moins partiellement les mêmes risques que des produits d'assurance, comme c'est le cas, par exemple, du « pack confort » proposé par l'Union nationale des Mutualités libres et de l'assurance hospitalisation complémentaire d'« Euromut Mutualité Libre 509 », affiliée à cette union nationale. Le Service public fédéral Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie conseille du reste aux consommateurs, sur son site internet, de faire un choix entre les assurances hospitalisation proposées soit par les entreprises d'assurance privées, soit par les sociétés mutualistes d'assurance, soit par les entités mutualistes.

En outre, il s'avère qu'un certain nombre de mutualités se réassurent auprès d'une entreprise d'assurance privée pour une partie des frais d'hospitalisation et qu'une union nationale a conclu un accord de coopération avec le groupe d'assurance « Mondial Assistance ».

Le fait que les entités mutualistes puissent appliquer aux opérations une certaine différenciation des risques confirme également que ces opérations que proposeront les entités mutualistes ont le caractère d'une assurance.

Enfin, le caractère « assurantiel » des opérations ressort aussi de la marge – allant de 30 à 250 euros – dont disposent les entités mutualistes pour fixer la cotisation s'appliquant à l'ensemble des opérations qu'elles proposent, conformément à l'arrêté royal du 2 mars 2011 portant exécution de l'article 67, alinéas 2 à 4, de la loi du 26 avril 2010 portant des dispositions diverses en matière d'organisation de l'assurance maladie complémentaire (I).

La partie requérante conclut que la loi du 26 avril 2010 permet aux entités mutualistes de proposer des opérations qui ne peuvent pas être distinguées des services qu'elles proposent à l'heure actuelle en tant qu'« assurances complémentaires » et dont les instances européennes ont estimé qu'elles sont de nature économique et qu'elles constituent une concurrence pour les entreprises d'assurance.

A.12.1. Les parties intervenantes présentent dans leur mémoire complémentaire un certain nombre d'exemples de services qu'elles considèrent à l'heure actuelle comme des opérations : intervention dans l'achat de lunettes, dans les traitements d'orthodontie, les cures de convalescence, les soins postnataux, le prêt de matériel, l'indemnisation des frais médicaux exposés à l'étranger, la défense des membres et l'assistance en cas d'accident.

A.12.2. Bien qu'il puisse y avoir un certain nombre de similitudes entre ces opérations et des assurances, les parties intervenantes estiment qu'il existe des différences fondamentales :

- les opérations sont proposées dans un esprit de solidarité par des institutions qui travaillent dans le domaine des soins et de l'assistance;
- les opérations sont proposées sans but lucratif et couvrent également les risques préexistants;
- les membres des entités mutualistes n'ont pas nécessairement un « intérêt assurable », ce qui est caractéristique des assurances;
- dans le cas des opérations, il n'y a pas de différenciation des risques et les cotisations ne sont pas calculées en fonction du risque couvert;
- les entreprises d'assurance fixent en principe librement le montant des primes, tandis que les cotisations des membres des entités mutualistes sont plafonnées par ménage mutualiste;
- les entités mutualistes ne capitalisent pas les cotisations;
- la couverture des opérations est accordée en fonction des ressources disponibles et n'offre aucune garantie;
- les opérations ne sont pas proposées en vertu d'un contrat mais sur la base de l'adhésion aux statuts des entités mutualistes;
- l'affiliation au service est obligatoire pour tous les membres des entités mutualistes;
- tous les membres ont accès au service, quels que soient leur âge, leur sexe et leur état de santé;
- les membres ne peuvent pas être exclus en raison de leur âge ou de leur état de santé, tandis que les entreprises d'assurance ont la possibilité de mettre un terme au contrat, par exemple en cas d'aggravation du risque ou après un sinistre.

Le fait que les opérations et les assurances puissent couvrir un même risque n'enlève rien à ces différences fondamentales. La manière dont une entreprise d'assurance couvre un risque est en effet tout à fait différente. Ces caractéristiques particulières excluent que les opérations revêtent le caractère d'une couverture contre un risque pouvant faire l'objet de contrats au sens de l'article 1, A, de la loi sur le contrat d'assurance terrestre.

A.12.3. Les parties intervenantes ajoutent encore que la notion d'opérations couvre tous les services qui sont proposés par des institutions qui travaillent dans le domaine des soins de santé et de l'assistance, à condition que les prestations diffèrent selon les ressources disponibles et que la cotisation soit fixée forfaitairement pour les membres. La première directive ne limite pas les opérations aux services qui n'ont pas le caractère d'une couverture contre un risque pouvant faire l'objet de contrats au sens de la loi sur le contrat d'assurance terrestre. Le texte et l'objectif de cette directive n'empêchent pas que certains services, qui présentent peut-être des caractéristiques d'assurances, soient considérés comme des opérations et soient exclus du champ d'application de la directive.

A.13.1. Le Conseil des ministres définit comme suit les opérations que peuvent proposer les entités mutualistes :

« - Il ne s'agit nullement d'assurances ' au sens de la branche 2 de l'annexe I de l'arrêté royal du 22 février 1991 portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurances '.

- Elles ne peuvent pas davantage constituer une couverture ' des risques qui relèvent de l'assistance visée dans la branche 18 de l'annexe I de l'arrêté royal précité '.

- Elles peuvent seulement concerner la promotion de la santé, telle que la définit l'Organisation mondiale de la santé.

- Elles doivent répondre à des conditions strictes (contenues dans l'article 67 de la loi du 26 avril 2010), empruntées à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ».

Les opérations concernées sont donc des services qui offrent une garantie contre des risques dans le secteur de la promotion de la santé, qui sont proposés dans le respect des trois principes fondamentaux du secteur mutualiste (« prévoyance », « assistance mutuelle » et « solidarité »), sans but lucratif et à l'exclusion des assurances au sens de la branche 2 de l'annexe I de l'arrêté royal du 22 février 1991 portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurances et de la couverture des risques qui relèvent de l'assistance visée à la branche 18 de l'annexe I de l'arrêté royal précité.

A.13.2. Selon le Conseil des ministres, les opérations que proposent les entités mutualistes sont similaires aux contrats d'assurance visés à l'article 1, A, de la loi sur le contrat d'assurance terrestre, mais elles ne sont nullement identiques. La similitude se limite au secteur de la promotion de la santé, mais la couverture est fondamentalement différente.

L'intervention des entités mutualistes dans le cadre d'une opération est limitée de plusieurs manières. La principale limitation est que, conformément à l'article 67, alinéa 1er, h), de la loi du 26 avril 2010, l'octroi des prestations dépend des ressources disponibles et n'est pas garanti.

Le Conseil des ministres conclut que les opérations n'ont pas le caractère d'une couverture contre un risque pouvant faire l'objet de contrats au sens de l'article 1, A, de la loi sur le contrat d'assurance terrestre.

– B –

Quant à la recevabilité de l'intervention de l'« Alliance nationale des mutualités chrétiennes » et autres

B.1.1. La partie requérante conteste la recevabilité de l'intervention de l'« Alliance nationale des mutualités chrétiennes » et autres, parce qu'en l'absence des statuts, on ne saurait vérifier s'il est satisfait aux exigences pour ester en justice.

B.1.2. Les parties intervenantes ont notamment joint des copies de leurs statuts à leur mémoire en réplique.

B.1.3. L'exception est rejetée.

Quant à la loi attaquée

B.2.1. Le recours est dirigé contre plusieurs dispositions de la loi du 26 avril 2010 portant des dispositions diverses en matière d'organisation de l'assurance maladie complémentaire (I) (ci-après : « la loi du 26 avril 2010 »).

La loi du 26 avril 2010 a un impact fondamental sur la manière dont les mutualités et les unions nationales de mutualités ainsi que les sociétés mutualistes d'assurance créées par ces dernières (ci-après : « les entités mutualistes ») peuvent offrir des services parallèlement aux activités qui sont les leurs dans le cadre de la sécurité sociale obligatoire.

Le législateur entendait, d'une part, se conformer aux directives européennes non-vie en vigueur en la matière et, d'autre part, fixer le cadre dans lequel les entités mutualistes peuvent proposer des services qui ne relèvent pas du champ d'application de ces directives.

B.2.2. La loi du 26 avril 2010 fait suite à l'avis motivé n° 2006/4293 du 6 mai 2008 de la Commission européenne dans lequel cette dernière communiquait, à l'occasion d'une plainte déposée par la partie requérante, que la législation belge relative aux assurances maladie complémentaires proposées par les entités mutualistes transposait de manière incorrecte et incomplète la directive 73/239/CEE du Conseil du 24 juillet 1973 « portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice » (ci-après : la première directive) et la directive 92/49/CEE du Conseil du 18 juin 1992 « portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE » (ci-après : la troisième directive).

Ces directives soumettent l'offre d'assurances relevant de leur champ d'application à une série de conditions. Ainsi, les entreprises d'assurance concernées doivent, pour obtenir des autorités de l'Etat membre d'origine l'agrément préalable requis (article 6 de la première directive), adopter une des formes juridiques appropriées (article 8, paragraphe 1, point a)) et

limiter leur objet social à l'activité d'assurance et aux opérations qui en découlent directement, à l'exclusion de toute autre activité commerciale (article 8, paragraphe 1, point b)). Elles doivent en outre présenter un programme d'activités (articles 8, paragraphe 1, point c) et 9), posséder le minimum du fonds de garantie (articles 8, paragraphe 1, point d) et 17), et être dirigées de manière effective par « des personnes qui remplissent les conditions requises d'honorabilité et de qualification ou d'expérience professionnelles » (article 8, paragraphe 1, point e), complété par la troisième directive). Les directives prévoient encore une série de conditions supplémentaires visant à garantir la bonne santé financière des entreprises d'assurance et à éviter que ces entreprises soient dans l'impossibilité de respecter leurs obligations vis-à-vis du consommateur.

Selon la Commission – suivie entre-temps sur ce point par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 28 octobre 2010, C-41/10, *Commission européenne c. Royaume de Belgique*, point 25 –, les assurances maladie complémentaires ne relèvent pas du régime légal de la sécurité sociale, qui est exclu du champ d'application des directives (article 2, point 1, d), de la première directive), et constituent des activités économiques mettant les entités mutualistes en concurrence avec les entreprises d'assurance commerciales.

B.2.3. En vertu de la loi du 26 avril 2010, les entités mutualistes peuvent continuer à proposer certaines assurances par l'intermédiaire d'une personne morale distincte - la société mutualiste - dont les activités relèvent en principe du régime des assurances, inspiré entre autres des directives précitées.

B.2.4.1. Les autres services proposés par les entités mutualistes relèvent toujours de la loi du 6 août 1990 relative aux mutualités et aux unions nationales de mutualités (ci-après : « la loi relative aux mutualités »), telle qu'elle a été modifiée par la loi attaquée.

A cet égard, il est fait une distinction entre les « opérations » et les services qui ne sont ni des opérations, ni des assurances.

B.2.4.2. La notion d' « opérations » est empruntée à l'article 2, point 2, b), de la première directive, qui dispose que la directive ne concerne pas les « opérations d'organismes de prévoyance et de secours dont les prestations varient d'après les ressources disponibles et dans lesquels la contribution des adhérents est déterminée forfaitairement ». D'après les travaux préparatoires, « il s'agit des services auxquels l'affiliation est toujours obligatoire et qui doivent répondre à une série de critères cumulatifs, basés sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en ce qui concerne le principe de solidarité, parmi lesquels l'accès garanti à ce service pour tous les membres, l'impossibilité d'exclure une personne en raison de son âge ou de son état de santé, le caractère forfaitaire des cotisations, la couverture de situations préexistantes, ... » (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52-2292/001, p. 7).

Ces opérations peuvent être proposées par les entités mutualistes dans le cadre prévu principalement par les articles 2 et 67 de la loi du 26 avril 2010.

B.2.4.3. Les services qui ne peuvent être considérés comme des assurances ni comme des opérations sont toujours régis par la loi relative aux mutualités.

En vertu de l'article 1er de l'arrêté royal du 12 mai 2011 portant exécution de l'article 67, alinéa 6, de la loi du 26 avril 2010 portant des dispositions diverses en matière d'organisation de l'assurance maladie complémentaire (I), il s'agit des services suivants :

« 1° le service visant à informer les membres quant aux avantages offerts;

2° le service qui ne fait qu'exécuter l'assurance soins, dont les avantages et les cotisations à payer sont fixées par un décret d'une Communauté, et ce, au nom et pour le compte de la Communauté concernée, à savoir sans supporter le risque couvert. Par assurance soins, il faut d'entendre la prise en charge de frais encourus, par des membres affectés par une autonomie réduite prolongée, pour la prestation d'aides et de services non médicaux;

3° le service qui a pour objet la perception des cotisations pour le fonds spécial de réserve légal ' responsabilité financière ' prévu à l'article 199 de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994;

4° le service qui vise la perception des cotisations destinées à combler un éventuel mali en frais d'administration de l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, visé à

l'article 195, § 5, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994 et ce, dans la mesure des cotisations perçues;

5° sans préjudice des dispositions de l'article 3, alinéa 1er, c), de la loi du 6 août 1990 relative aux mutualités et aux unions nationales de mutualités, les services ayant pour objet le financement d'actions collectives ou le subventionnement de structures socio-sanitaires dans la mesure où ces services n'ouvrent pas de droit individuel à une intervention répondant à un événement incertain et futur ».

Quant au fond

B.3. Chacun des huit moyens est pris de la violation du principe d'égalité et de non-discrimination garanti par les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec des principes généraux du droit ou avec des normes de droit international.

La Cour examine d'abord les moyens relatifs aux activités d'assurance (cinquième à huitième moyens), examine ensuite le quatrième moyen, qui concerne l'épargne prénuptiale, et conclut par l'examen des moyens relatifs aux « opérations » (premier à troisième moyens).

En ce qui concerne le cinquième moyen

B.4.1. Dans ce moyen, dirigé contre les articles 5, 7°, 16, 41 et 44, de la loi du 26 avril 2010, la partie requérante dénonce la différence de traitement créée entre les sociétés mutualistes qui peuvent exercer une activité d'assurance (ci-après : les sociétés mutualistes d'assurance) et les entreprises d'assurance, en ce qui concerne les modalités d'application de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre.

B.4.2.1. Le cinquième moyen est tout d'abord dirigé contre l'article 41 de la loi du 26 avril 2010, qui dispose :

« L'article 2 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, modifié par la loi du 16 mars 1994, est complété par un § 3 rédigé comme suit :

‘ § 3. La présente loi est applicable aux sociétés mutualistes visées aux articles 43*bis*, § 5, et 70, §§ 6, 7 et 8, de la loi du 6 août 1990 relative aux mutualités et aux unions nationales de mutualités.

Afin de tenir compte des particularités de cette forme d’assurance, le Roi peut toutefois déterminer les dispositions qui ne leur sont pas applicables et préciser les modalités selon lesquelles d’autres dispositions le sont. ’ ».

La disposition attaquée rend la loi sur le contrat d’assurance terrestre applicable aux nouvelles sociétés mutualistes d’assurance qui seront créées (article 43*bis*, § 5, de la loi relative aux mutualités, inséré par l’article 13 de la loi du 26 avril 2010) ou transformées (article 70, §§ 6, 7 et 8 de la loi relative aux mutualités, inséré par l’article 29 de la loi du 26 avril 2010).

Le législateur concrétise ainsi l’objectif énoncé en B.2.3, qui est de n’autoriser les entités mutualistes à proposer des assurances que par l’intermédiaire d’une personne morale distincte, soumise à la législation sur les assurances. De cette manière, il se conforme aux directives européennes précitées et met sur un pied d’égalité les entités mutualistes et les entreprises d’assurances, en ce qui concerne l’offre d’assurances.

B.4.2.2. La partie requérante dénonce le fait que le législateur a habilité le Roi à déterminer, le cas échéant, les dispositions de la loi sur le contrat d’assurance terrestre qui ne sont pas applicables aux sociétés mutualistes d’assurance et à préciser les modalités selon lesquelles d’autres dispositions le sont, compte tenu des caractéristiques particulières de ces sociétés.

L’article 2, § 2, de la loi sur le contrat d’assurance terrestre contient déjà une délégation analogue en ce qui concerne les associations d’assurance mutuelle.

B.4.2.3. Lorsqu’un législateur délègue, il faut supposer – sauf indications contraires – qu’il entend exclusivement habiliter le délégué à faire de son pouvoir un usage conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution. C’est au juge administratif et au juge judiciaire qu’il appartient de contrôler dans quelle mesure le délégué aurait excédé les limites de l’habilitation qui lui a été conférée.

B.4.2.4. Les articles 10 et 11 de la Constitution ne sont pas violés par le simple fait que le législateur habilite le Roi à déterminer les dispositions de la loi sur le contrat d'assurance terrestre qui ne sont pas applicables aux sociétés mutualistes d'assurance et à préciser les modalités selon lesquelles certaines dispositions de cette loi doivent leur être appliquées. Le Roi doit concilier l'application de dispositions d'ordre public ou de droit impératif prévues dans diverses lois, telles que la loi sur le contrat d'assurance terrestre, la loi relative aux mutualités et la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances, et Il doit, en tout cas, tenir compte des caractéristiques particulières des sociétés mutualistes d'assurance.

B.4.2.5. La partie requérante ne démontre pas que la disposition attaquée produirait par elle-même des effets disproportionnés. Il ne ressort pas de l'habilitation en soi que cette disposition donnerait lieu à une concurrence déloyale entre les sociétés mutualistes d'assurance et les entreprises d'assurances, dont la partie requérante défend les intérêts.

Du reste, le législateur a limité les activités d'assurance des sociétés mutualistes d'assurance aux assurances maladie relevant de la branche 2 de l'annexe I de l'arrêté royal du 22 février 1991 portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurances – à savoir l'assurance maladie par prestations forfaitaires, par prestations indemnitaires ou par combinaison de ces types de prestations –, ainsi qu'à la couverture, à titre complémentaire, des risques relevant de l'assistance visée par la branche 18 de l'annexe I de l'arrêté royal précité – à savoir l'assistance aux personnes en difficulté au cours de déplacements ou d'absences du domicile ou du lieu de résidence permanente ou dans d'autres circonstances –, à condition qu'elles reçoivent au préalable l'agrément à cette fin de l'Office de contrôle et qu'elles n'exercent aucune autre activité. En outre, les sociétés mutualistes d'assurance ne peuvent proposer ce type d'assurances qu'aux personnes auxquelles elles peuvent s'adresser en vertu de la loi, c'est-à-dire aux membres des mutualités auxquelles les sociétés mutualistes sont liées et aux personnes à leur charge.

B.4.2.6. En ce qu'il est dirigé contre l'article 41 de la loi du 26 avril 2010, le cinquième moyen n'est pas fondé.

B.4.3.1. Le cinquième moyen est également dirigé contre le troisième alinéa de l'article 141 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre, inséré par l'article 44 de la loi du 26 avril 2010, qui dispose :

« De plus, les arrêtés royaux délibérés en Conseil des Ministres portant exécution de l'article 2, § 3 de la présente loi, sont pris sur la proposition conjointe du Ministre de la Justice, du Ministre qui a les Assurances dans ses attributions et du Ministre des Affaires sociales ».

Le paragraphe 3 de l'article 2 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre, auquel fait référence la disposition attaquée, a été inséré dans cette loi par l'article 41, cité plus haut, de la loi du 26 avril 2010. Ce paragraphe concerne les arrêtés royaux qui peuvent déterminer les dispositions de la loi sur le contrat d'assurance terrestre qui ne sont pas applicables aux sociétés mutualistes d'assurance et préciser les modalités selon lesquelles d'autres dispositions le sont.

B.4.3.2. La partie requérante dénonce le fait que le ministre des Affaires sociales soit, en l'espèce, associé à ces propositions, alors que les arrêtés d'exécution relatifs à la loi sur le contrat d'assurance terrestre sont généralement pris sur proposition du ministre de la Justice et du ministre qui a les assurances dans ses attributions.

B.4.3.3. La proposition conjointe critiquée n'est pas dénuée de justification raisonnable à l'égard des sociétés mutualistes d'assurance.

B.4.3.4. En ce qu'il est dirigé contre l'article 44 de la loi du 26 avril 2010, le cinquième moyen n'est pas fondé.

B.4.4.1. La partie requérante dénonce ensuite le fait qu'il découle de l'article 16 de la loi du 26 avril 2010 que les sociétés mutualistes d'assurance peuvent, en cas de fusion, modifier leurs droits et obligations, alors que les entreprises d'assurance sont tenues, en cas de fusion, de continuer à respecter leurs obligations existantes vis-à-vis de leurs clients.

Le grief est plus particulièrement dirigé contre l'article 44*bis*, § 2, alinéa 2, 2°, de la loi relative aux mutualités, inséré par l'article 16 attaqué :

« Art. 44bis. [...] »

§ 2. Dans chaque société mutualiste concernée, le réviseur désigné établit un rapport écrit sur les conséquences financières de la fusion pour les membres de ladite société mutualiste.

Ce rapport est transmis aux membres de l'assemblée générale dans le délai visé au § 1er, alinéa 6, et doit au moins :

1° indiquer si les informations financières et comptables contenues dans la convocation visée au § 1er, sont fidèles et suffisantes pour éclairer l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la fusion;

2° décrire les conséquences de la fusion sur les droits et obligations des membres et des personnes à leur charge.

[...] ».

B.4.4.2. D'après les travaux préparatoires de l'article 16 attaqué, ce régime « est basé sur celui applicable pour la fusion par absorption d'autres entreprises d'assurances, tout en tenant compte d'un certain nombre de spécificités de la société mutualiste concernée, à savoir qu'elle n'a pas d'actionnaires, qu'elle ne poursuit pas de but lucratif, qu'elle a un caractère civil, la composition de son assemblée générale et le fait qu'elle n'offre que des assurances de la branche 2 et le cas échéant, une couverture, à titre complémentaire, des risques qui appartiennent à l'assistance telle que visée dans la branche 18. » (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52-2292/001, p. 20).

Contrairement à ce qu'affirme la partie requérante, le seul fait que la disposition attaquée prévoit qu'en cas de fusion de sociétés mutualistes d'assurance, le réviseur doit décrire dans son rapport à l'assemblée générale les conséquences de la fusion sur les droits et obligations des membres et des personnes à leur charge, ne signifie pas que ces droits et obligations pourraient être modifiés en cas de fusion.

B.4.4.3. En ce qu'il procède d'une lecture erronée de l'article 16, attaqué, de la loi du 26 avril 2010, le cinquième moyen n'est pas fondé.

B.4.5.1. La partie requérante fait enfin valoir, dans le cinquième moyen, qu'il découle de l'article 5, 7°, de la loi du 26 avril 2010 que les sociétés mutualistes d'assurance peuvent, par

une simple modification de leurs statuts, modifier les conditions essentielles des assurances maladie qu'elles proposent, alors que la prime, les franchises et les conditions de couverture ne peuvent être modifiées par les entreprises d'assurance que conformément aux exigences des articles 138*bis*-3 et 138*bis*-4 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre.

B.4.5.2. L'article 5, 7°, attaqué insère, dans l'article 9 de la loi relative aux mutualités, un paragraphe 1*er septies* qui prévoit, en son alinéa 1*er*, que les sociétés mutualistes d'assurance jouissent de la personnalité juridique à compter du jour où leurs statuts sont publiés.

L'alinéa 2 de ce même paragraphe fixe les données que les statuts doivent mentionner, comme, notamment, la dénomination, le siège et l'objet social, et plus particulièrement :

« 6° les assurances qui sont offertes, les avantages qui sont accordés et les conditions auxquelles ils sont octroyés, y compris le montant des cotisations à payer;

7° le mode de fixation et de recouvrement des cotisations;

8° la durée de l'affiliation aux assurances offertes ».

Ces règles tiennent compte des circonstances objectives, à savoir que les preneurs d'assurance des sociétés mutualistes d'assurance sont les membres des entités mutualistes auxquelles les sociétés mutualistes d'assurance sont liées et que la relation entre les sociétés mutualistes d'assurance et ces membres et les personnes à leur charge n'est pas définie dans des contrats d'assurance individuels mais dans les statuts.

Il n'en découle toutefois pas que les sociétés mutualistes d'assurance pourraient, par une modification des statuts, disposer comme bon leur semble des droits et obligations des membres et des personnes à charge de ces derniers. Au contraire, elles sont tenues, au même titre que les entreprises d'assurance, au respect de la loi sur le contrat d'assurance terrestre, sauf les modalités qui seraient fixées par le Roi, sur la base de l'habilitation prévue par l'article 41, attaqué, de la loi du 26 avril 2010, compte tenu des caractéristiques particulières des sociétés mutualistes d'assurance.

B.4.5.3. En ce qu'il procède d'une interprétation erronée de l'article 5, 7°, attaqué, de la loi du 26 avril 2010, le cinquième moyen n'est pas fondé.

B.4.5.4. Le cinquième moyen n'est pas fondé.

En ce qui concerne le sixième moyen

B.5.1. La partie requérante demande l'annulation de l'article 46 de la loi du 26 avril 2010 pour cause de violation des articles 10 et 11 de la Constitution. Selon la partie requérante, cette disposition fait naître une différence de traitement injustifiée entre les intermédiaires en assurances et en réassurances des entités mutualistes, pour lesquels le Roi est habilité à limiter le nombre de responsables de la distribution, et les autres intermédiaires en assurances et en réassurances, plus particulièrement ceux qui possèdent un nombre considérable de succursales, pour lesquels il n'est pas prévu de réglementation plus souple.

B.5.2. L'article 46, attaqué, dispose :

« L'article 4 de [la loi du 27 mars 1995 relative à l'intermédiation en assurances et en réassurances et à la distribution d'assurances], modifié par la loi du 22 février 2006, est remplacé par la disposition suivante :

‘ Art. 4. Les intermédiaires en assurances et en réassurances ainsi que les entreprises d'assurances désignent une ou plusieurs personnes physiques comme responsables de la distribution. Leur nombre est adapté à l'organisation et aux activités de l'intermédiaire ou de l'entreprise. Le Roi fixe ce nombre sur proposition conjointe du Ministre ayant les Assurances dans ses attributions et du Ministre des Affaires sociales ’ ».

Dans les travaux préparatoires, cette disposition est justifiée comme suit :

« L'article 46 remplace l'actuel article 4 de la loi du 27 mars 1995 par un article 4 nouveau. L'article 4 abrogé par le projet de disposition prévoit que les intermédiaires d'assurances et de réassurances ainsi que les entreprises d'assurances désignent au minimum un responsable de la distribution pour le siège central et un par succursale où est exercée, respectivement une activité d'intermédiation en assurances ou de distribution d'assurances. Si plus de cinq personnes y opèrent en matière d'intermédiation en assurances ou en réassurances, ils désignent au moins deux responsables de la distribution pour le siège central.

Un responsable de la distribution est toute personne physique appartenant à la direction d'un intermédiaire d'assurances ou d'une entreprise d'assurances, ou tout employé au service d'un tel intermédiaire, et qui, *de facto*, assume la responsabilité de l'activité d'intermédiation en assurances ou en exerce le contrôle.

Les responsables de la distribution doivent satisfaire aux conditions en matière de connaissance professionnelle, d'aptitude et d'honorabilité professionnelle visées à l'article 10, 1°, 2°*bis* et 3°, de la loi.

Le respect de cette disposition entraîne une charge particulièrement lourde pour les entreprises qui ont un nombre considérable de succursales et dont l'activité principale n'est au demeurant pas une activité d'assurance.

La CBFA a constaté, dans le cadre de l'actualisation des dossiers d'intermédiaires d'assurances inscrits, que par exemple les sociétés de crédit, qui disposent d'un nombre considérable de points d'exploitation répartis sur l'ensemble du pays, ne disposent pas en chaque point d'un responsable de la distribution.

Par ailleurs, l'OCM a indiqué à la CBFA que l'application de l'article 4 de la loi constituerait un obstacle important pour le secteur mutualiste, au sein duquel l'activité d'intermédiation en assurances ne constituera en outre qu'une partie limitée des missions qui lui sont dévolues. Du reste, chaque mutualité dispose *de facto* d'un nombre considérable de succursales.

Puisque la directive européenne 2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance (ci-après 'la directive') n'impose pas d'exigences minimales concernant le nombre de responsables de la distribution, il est proposé de prévoir à l'article 4 que le nombre obligatoire de responsables à désigner soit fonction de l'organisation et des activités de l'intermédiaire ou de l'entreprise. Le Roi fixera ce nombre sur la proposition conjointe du ministre ayant les assurances dans ses attributions et du ministre des Affaires Sociales » (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52-2292/001, pp. 41-42).

B.5.3. Il ne ressort ni du texte ni des travaux préparatoires de l'article 46 de la loi du 26 avril 2010 que le législateur ait voulu instaurer une différence de traitement entre, d'une part, les sociétés mutualistes d'assurance et, d'autre part, les entreprises d'assurance, en ce qui concerne le nombre de responsables de la distribution.

Les articles 10 et 11 de la Constitution ne sont pas violés par la disposition attaquée, qui ne fait qu'habiliter le Roi à fixer le nombre de responsables de la distribution des activités d'assurance en fonction de l'organisation et des activités de l'intermédiaire ou de l'entreprise. Cette habilitation s'applique tant à l'égard des entreprises d'assurance qu'à l'égard des sociétés mutualistes d'assurance.

Par ailleurs, l'article 46 de la loi du 26 avril 2010 n'impose pas, en soi, aux entreprises d'assurance une charge disproportionnée qui pourrait les mettre en situation de concurrence déloyale par rapport aux sociétés mutualistes d'assurance.

B.5.4. Le sixième moyen n'est pas fondé.

En ce qui concerne le septième moyen

B.6.1. Le septième moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution par les articles 20, 21, 28, 29, 30, 1^o et 5^o, 42, 44, 45, 47, 48, 49, 50, 52, 53 et 54 de la loi du 26 avril 2010, en ce que ces dispositions confient, pour ce qui est des sociétés mutualistes d'assurance, le contrôle du respect du droit des assurances à l'Office de contrôle des mutualités et des unions nationales de mutualités (ci-après : « l'OCM »), alors que, pour les autres entreprises d'assurances, ce contrôle est exercé par la Commission bancaire, financière et des assurances (ci-après : « la CBFA »).

Dans ce moyen, la partie requérante dénonce aussi le fait que l'article 30 de la loi du 26 avril 2010 habilite le Roi à dispenser les sociétés mutualistes d'assurance de l'application d'un certain nombre de dispositions de la loi relative au contrôle des entreprises d'assurances et à préciser les règles qui leur sont applicables en lieu et place.

B.6.2. En ce qui concerne l'habilitation prévue par l'article 30, 1^o, de la loi du 26 avril 2010, il convient de rappeler que lorsqu'un législateur délègue, il faut supposer – sauf indications contraires – qu'il entend exclusivement habiliter le délégué à faire de son pouvoir un usage conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution. C'est au juge administratif et au juge judiciaire qu'il appartient de contrôler dans quelle mesure le délégué aurait excédé les limites de l'habilitation qui lui a été conférée.

Dans les travaux préparatoires, la mesure a été justifiée comme suit :

« Le Conseil d'Etat demande, dans son avis n^o 47.106/1 du 24 septembre 2009, de citer de manière précise les dispositions de la loi du 9 juillet 1975 dont l'application aux sociétés mutualistes offrant des assurances peut être exemptée par le Roi. Il n'a pas été donné suite à cette demande étant donné qu'il n'est pas possible d'apporter déjà actuellement cette précision. Tout d'abord, c'est l'application, dans la pratique, des règles prudentielles reprises dans ladite loi du 9 juillet 1975 qui va révéler quelles sont les dispositions qui créent des

problèmes insurmontables pour les sociétés mutualistes. Par ailleurs, dans le cadre de la transposition en droit belge de la directive dite ‘ *Solvency II* ’, qui, sauf en ce qui concerne les exceptions qui y sont prévues, entrera en vigueur encore cette année, la loi précitée du 9 juillet 1975, ou une partie de celle-ci, devra être remaniée en profondeur. La délégation au Roi offre la possibilité, si nécessaire, de dispenser les sociétés mutualistes de certaines obligations et de développer un cadre ‘ *solvency* ’ adapté à leurs activités. Il va de soi que le régime dérogatoire pour lesdites sociétés mutualistes devra être conforme à la réglementation européenne » (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52-2292/001, p. 34).

Il n’est pas déraisonnable d’habiliter le Roi à apporter, par arrêté délibéré en Conseil des ministres et sur avis de la CBFA (depuis l’entrée en vigueur de l’arrêté royal du 3 mars 2011 mettant en œuvre l’évolution des structures de contrôle du secteur financier : la Banque nationale de Belgique ou l’Autorité des services et marchés financiers, chacune en ce qui concerne ses compétences) ainsi que de l’OCM, une solution à d’éventuels problèmes qui pourraient survenir en cas d’application simultanée, aux sociétés mutualistes d’assurance, de dispositions d’ordre public ou de droit impératif issues de plusieurs lois, telles que la loi sur le contrat d’assurance terrestre, la loi relative au contrôle des entreprises d’assurances et la loi relative aux mutualités, et de la législation future transposant 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*).

Enfin, il ne ressort pas de l’article 30, 1^o, attaqué que l’habilitation entraînerait par elle-même une concurrence déloyale entre les sociétés mutualistes d’assurance et les entreprises d’assurance.

B.6.3. Contrairement à ce qu’affirment les parties intervenantes, les sociétés mutualistes d’assurance et les entreprises d’assurance sont – malgré les différences énoncées – suffisamment comparables dans le cadre du contrôle au regard du principe d’égalité et de non-discrimination pour que puisse être examiné s’il est justifié que le contrôle des activités d’assurance exercées par ces deux catégories soit confié à des organes distincts.

B.6.4. En ce qui concerne le choix du législateur de confier à l’OCM le contrôle du respect, par les sociétés mutualistes d’assurance, de la législation relative aux assurances, les travaux préparatoires indiquent notamment ce qui suit :

« Toutefois, étant donné que ces sociétés mutualistes seront créées par des mutualités, le cadre légal proposé prévoit que, comme ces mutualités, ces sociétés auront un caractère civil, qu'elles agiront sans but lucratif, qu'elles ne peuvent être actives que dans le domaine de la santé et en faveur des membres des mutualités concernées et qu'elles seront agréées et contrôlées par l'Office de contrôle des mutualités et des unions nationales de mutualités. Le présent projet de loi prévoit à cet égard qu'un accord de coopération sera conclu entre cet Office de contrôle et la CBFA afin de veiller à une application uniforme des dispositions légales à l'ensemble des entreprises d'assurances » (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52-2292/004, p. 5).

Les directives européennes précitées ne prévoient pas que le contrôle des activités de tous les organismes assureurs doive être centralisé auprès d'une seule et même autorité publique.

Le législateur pouvait raisonnablement décider de confier à l'OCM, qui est le mieux placé pour contrôler les entités mutualistes, le contrôle des sociétés mutualistes d'assurance, qui sont liées aux mutualités, sont aussi soumises aux principes fondamentaux d'« assistance mutuelle », de « prévoyance » et de « solidarité » et ne poursuivent pas un but lucratif. Dans la mesure où le contrôle du respect de la réglementation en matière d'assurances par les sociétés mutualistes d'assurance est aussi confié à l'OCM, il appartient à cette autorité de veiller au respect de cette réglementation. Par ailleurs, le législateur a prévu que les organes de contrôle respectivement compétents doivent conclure un accord de coopération réglant, entre autres, l'échange d'informations et l'application uniforme de la loi.

Selon la partie requérante, il ressort plus particulièrement de l'article 58, § 4, 4°, de la loi du 26 avril 2010, qui dispose qu'en cas de transformation d'une société mutualiste d'assurance en une autre forme d'entreprise d'assurance, la nouvelle entreprise sera agréée par la CBFA « pour autant qu'elle respecte ou continue à respecter les exigences légales et réglementaires en la matière », que les sociétés mutualistes d'assurance peuvent satisfaire à d'autres conditions que celles qui s'appliquent aux autres entreprises d'assurance. Les termes « respecte ou continue à respecter » font toutefois apparaître que la réglementation en matière d'assurances s'applique également aux sociétés mutualistes d'assurance, sous réserve des modalités éventuelles que le Roi fixerait. La Cour a déjà jugé que le fait d'habiliter le Roi à tenir compte des caractéristiques particulières des sociétés mutualistes d'assurance pour l'application des lois concernées n'était pas discriminatoire.

Pour le surplus, il ne semble pas que les dispositions attaquées produisent des effets disproportionnés à l'égard des entreprises d'assurance. En particulier, celles-ci ne subissent pas de concurrence déloyale du simple fait que différents organes de contrôle sont compétents à l'égard, respectivement, des sociétés mutualistes d'assurance et des entreprises d'assurance.

B.6.5. Le septième moyen n'est pas fondé.

En ce qui concerne le huitième moyen

B.7.1. Le huitième moyen, dirigé contre les articles 5, 13, 5° (lire : 2°), 29, 6°, et 56 à 66 de la loi du 26 avril 2010, est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec la liberté de commerce et d'industrie, en ce que seules les mutualités peuvent créer une société mutualiste d'assurance et en ce que les sociétés mutualistes « non-assureurs » peuvent prendre la forme d'une société mutualiste d'assurance, alors que les entreprises d'assurance ne le peuvent pas.

B.7.2. Contrairement à ce que les parties intervenantes font valoir, les mutualités et les entreprises d'assurance sont comparables, dans le cadre du contrôle au regard du principe d'égalité et de non-discrimination, en ce qui concerne la différence relative à la possibilité de créer une société mutualiste d'assurance ou de se transformer en une telle société.

B.7.3. Ainsi qu'il a été exposé en B.2.2, le législateur avait pour objectif de se conformer au point de vue de la Commission européenne selon lequel les directives européennes en matière d'assurance s'appliquent aux assurances maladie complémentaires proposées par les entités mutualistes. Ces directives prévoient que de telles assurances ne peuvent être proposées que par des associations ayant une forme juridique appropriée et exerçant exclusivement des activités d'assurance.

En vertu de l'article 8, paragraphe 1, point a), de la première directive, tel qu'il a été remplacé par l'article 6 de la troisième directive, les formes juridiques appropriées pour les entreprises d'assurances en Belgique sont la société anonyme, la société en commandite par actions, l'association d'assurance mutuelle ou la société coopérative.

L'article 9, § 1er, de la loi relative au contrôle des entreprises d'assurances dispose :

« Les entreprises privées d'assurances de droit belge doivent être constituées sous forme de sociétés par actions ou de sociétés coopératives ou d'associations d'assurances mutuelles; leur objet social doit être limité aux opérations d'assurance, de capitalisation ou de gestion de fonds collectifs de retraite, ainsi qu'aux opérations qui en découlent directement [...] ».

L'article 31 de la loi du 26 avril 2010 y ajoute l'alinéa suivant :

« Par dérogation à l'alinéa 1er, les entreprises d'assurances de droit belge peuvent être constituées sous la forme d'une société mutualiste, en application de l'article 43bis, § 5, ou de l'article 70, §§ 6, 7 ou 8, de la loi du 6 août 1990 ».

L'article 17, paragraphe 1, de la directive Solvabilité II, combiné avec l'annexe III à cette directive, ajoute également, pour la Belgique, la société mutualiste dans l'énumération qui figure à l'article 8, paragraphe 1, point a), précité, de la première directive. La directive Solvabilité II, dont la transposition doit avoir lieu au plus tard le 31 octobre 2012 (article 309), abroge les première et troisième directives, avec effet au 1er novembre 2012 (article 310).

B.7.4. La loi du 26 avril 2010 crée un cadre dans lequel les entités mutualistes peuvent continuer à proposer les assurances maladie complémentaires qu'elles offrent, mais en étant désormais tenues de se conformer aux directives européennes, dont les instances européennes ont jugé qu'elles s'appliquaient à ce type d'activité.

Le législateur a pu raisonnablement prévoir un régime transitoire permettant d'apporter les activités concernées dans une forme juridique spécialement prévue à cet effet, sans rompre le lien avec les entités mutualistes et leurs membres. Les sociétés mutualistes d'assurance restent soumises aux principes fondamentaux d'« assistance mutuelle », de « prévoyance » et de « solidarité », ne poursuivent pas un but lucratif et ne peuvent s'adresser qu'aux membres des entités mutualistes auxquelles elles sont liées. Les articles 56 à 66 de la loi du 26 avril

2010 prévoient également la possibilité de transformer les sociétés mutualistes d'assurance en sociétés commerciales ou en associations d'assurance mutuelle.

Compte tenu de l'objectif précité, il n'est pas sans justification que le législateur n'ait pas prévu expressément, pour les entreprises d'assurance, la possibilité d'une transformation en société mutualiste d'assurance. Il ne peut être reproché au législateur de ne pas avoir tenu compte de l'hypothèse, peu probable, qu'une entreprise d'assurance, qui poursuit un but lucratif, voudrait prendre la forme d'une société mutualiste d'assurance sans but lucratif et obligée de se limiter, conformément aux principes mutualistes précités, aux activités d'assurance mentionnées en B.4.2.5.

Mais même sans prévoir expressément cette possibilité, la loi du 26 avril 2010 n'exclut pas qu'une entreprise d'assurance puisse se transformer en une société mutualiste d'assurance ou que des personnes créent une nouvelle société mutualiste d'assurance. Pour ce faire, il y a toutefois lieu de satisfaire aux mêmes conditions que celles qui sont applicables aux entités mutualistes qui créent une société mutualiste d'assurance.

Il s'ensuit que les dispositions attaquées ne limitent pas de manière injustifiée ou disproportionnée la liberté de commerce et d'industrie des entreprises d'assurance.

B.7.5. Le huitième moyen n'est pas fondé.

En ce qui concerne le quatrième moyen

B.8.1. D'après le quatrième moyen, l'article 4, 2°, de la loi du 26 avril 2010 viole les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les articles 8, 16 et 17 de la première directive, en ce que cette disposition législative n'oblige les unions nationales de mutualités à constituer des fonds de réserve que pour l'épargne pré-nuptiale, qui serait une activité d'assurance, alors que la première directive interdit aux entreprises d'assurance d'exercer d'autres activités commerciales et leur impose une série d'obligations, telles que la constitution d'une marge de solvabilité suffisante et la création d'un fonds de garantie minimum.

B.8.2. En ce qu'il est dirigé contre la possibilité proprement dite, pour les entités mutualistes, de proposer une épargne prénuptiale, le moyen n'est pas recevable *ratione temporis*, étant donné que cette activité est réglée par l'article 7, § 4, alinéa 1er, de la loi relative aux mutualités, qui n'est pas modifié par la loi du 26 avril 2010.

La disposition actuellement attaquée y ajoute toutefois ce qui suit :

« Les unions nationales sont tenues de constituer des fonds de réserves pour l'épargne prénuptiale.

Sur avis de l'Office de contrôle, le Roi détermine, par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres, le niveau que ces fonds de réserves doivent atteindre par rapport aux engagements pris.

Ces fonds de réserves doivent être couverts par des actifs équivalents.

L'Office de contrôle détermine le mode de calcul de ces fonds de réserves, les paramètres à prendre en compte, ainsi que ce qu'il faut entendre par actifs équivalents ».

Le fait que ces dispositions ne fassent que reprendre ce qui était prévu auparavant à l'article 28, § 1er, de la loi relative aux mutualités ne signifie pas que le recours contre l'article 4, 2°, de la loi du 26 avril 2010 serait irrecevable *ratione temporis*, puisque le législateur a manifesté sa volonté de régler à nouveau cette matière.

B.8.3. L'épargne prénuptiale proposée par les entités mutualistes est un produit financier qui ne peut être considéré comme une activité d'assurance au sens de la première directive.

Etant donné la différence entre l'épargne prénuptiale proposée sans but lucratif par les unions nationales de mutualités et les services offerts par les entreprises d'assurance, il est raisonnablement justifié d'imposer certaines règles aux unions nationales en ce qui concerne la constitution de fonds de réserve pour ce service et d'imposer d'autres obligations aux entreprises d'assurance, que ces obligations découlent ou non de directives européennes.

Par ailleurs, il n'apparaît pas que cette différence de traitement donne lieu à une concurrence déloyale au détriment des entreprises d'assurance.

B.8.4. Dans la mesure où elle reconnaît, dans son mémoire en réponse, que l'épargne prénuptiale ne constitue pas une activité d'assurance au sens de la première directive, mais soutient que les mêmes obligations découlent de la directive 2002/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie, la partie requérante invoque un moyen nouveau, qui est irrecevable. En effet, l'article 87, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle ne permet pas, contrairement à l'article 85, que de nouveaux moyens soient formulés dans le mémoire.

B.8.5. Le quatrième moyen n'est pas fondé.

En ce qui concerne les premier, deuxième et troisième moyens

B.9. Les premier, deuxième et troisième moyens, qui sont dirigés contre les articles 2 et 67 de la loi du 26 avril 2010, sont pris chacun de la violation du principe d'égalité et de non-discrimination combiné ou non avec des principes généraux du droit ou avec des normes de droit international. Ces moyens sont examinés conjointement.

B.10. Le premier moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 2 de la première directive, en ce que les dispositions attaquées permettent aux mutualités de continuer à proposer des opérations qui sont en réalité des produits d'assurance, sans soumettre ces mutualités au respect des conditions contenues dans la première directive, de sorte que les mutualités bénéficient d'un cadre légal et réglementaire plus favorable, ce qui entraîne une distorsion illicite de la concurrence entre les mutualités et les entreprises d'assurance.

Le deuxième moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec la liberté d'établissement et avec la libre prestation de services, garanties par les articles 49 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : le TFUE), en ce que la loi attaquée oblige les membres d'une mutualité à s'affilier à une opération proposée par leur mutualité et réserve de cette manière une part considérable de la clientèle potentielle aux mutualités, au détriment des entreprises d'assurance belges et

européennes, une grande liberté étant laissée aux mutualités pour déterminer les services qu'elles proposent en tant qu'opérations et pour fixer les cotisations demandées pour ceux-ci.

Le troisième moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec la liberté de commerce et d'industrie, en ce que les dispositions attaquées réservent aux mutualités la possibilité de proposer certaines opérations, qui sont en réalité des assurances, et empêchent, *de facto*, les entreprises d'assurance de proposer de telles opérations.

B.11.1. L'article 2 de la loi du 26 avril 2010, attaqué dans ces moyens, modifie l'article 3 de la loi relative aux mutualités, qui dispose depuis (modifications en italique) :

« Les mutualités doivent instaurer au moins un service qui a pour but :

a) la participation à l'exécution de l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, réglée par la loi coordonnée du 14 juillet 1994, précitée, pour autant qu'elles aient reçu dans ce but une autorisation de l'union nationale.

b) l'intervention financière pour leurs membres et les personnes à leur charge, dans les frais résultant de la prévention et du traitement de la maladie et de l'invalidité ou l'octroi d'indemnités en cas d'incapacité de travail ou lorsque se produit une situation en vertu de laquelle le bien-être physique, psychique ou social visé à l'article 2 peut être encouragé;

c) l'octroi d'aide, d'information, de guidance et d'assistance en vue de promouvoir le bien-être physique, psychique et social, entre autre par l'accomplissement des missions visées sous a) et b).

Les services visés à l'alinéa 1er, b) ou c), constituent des opérations au sens de l'article 2, 2, b), de la 1re directive du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice (73/239/CEE) et doivent répondre aux critères repris à l'article 67, alinéa 1er, de la loi du 26 avril 2010 portant des dispositions diverses en matière de l'organisation de l'assurance maladie complémentaire (I).

Les mutualités ne peuvent pas organiser des services qui constituent des assurances maladies au sens de la branche 2 de l'annexe Ire de l'arrêté royal du 22 février 1991 portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurances ni organiser une couverture des risques qui appartiennent à l'assistance telle que visée dans la branche 18 de l'annexe Ire de l'arrêté royal précité.

Elles ne pourront obtenir ou maintenir la personnalité juridique qu'à condition de participer à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités visée à l'alinéa 1er, a) et d'instituer au moins un service visé à l'alinéa 1er, b).

Les services visés à l’alinéa 1er, a), b) et c) constituent des services d’intérêt général ».

B.11.2. L’article 67 de la loi du 26 avril 2010, également attaqué dans ces moyens, dispose :

« Les services visés à l’article 3, alinéa 1er, b) ou c), de la loi du 6 août 1990 doivent répondre aux critères suivants :

- a) l’affiliation au service est obligatoire pour toutes les personnes affiliées à la mutualité;
- b) chaque personne affiliée à la mutualité a accès à ce service quel que soit son âge, son sexe et son état de santé;
- c) le service prévoit la continuité de la couverture pour les personnes qui étaient, avant le changement de mutualité, affiliées à un service similaire. L’Office de contrôle détermine ce qu’il y a lieu d’entendre par services « hospitalisation » et « indemnités journalières » similaires;
- d) aucune personne affiliée ne peut être exclue du service en raison de son âge ou de son état de santé;
- e) les cotisations pour le service sont forfaitaires. Il n’y a pas de segmentation des cotisations mais une différenciation des cotisations est possible sur la base de la composition du ménage ou du statut social au sens de l’article 37, §§ 1er, 2, et 19, de la loi relative à l’assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994;
- f) la garantie couvre les états préexistants à l’affiliation;
- g) la garantie est égale pour chaque personne affiliée au service concerné sauf si le statut social visé au point e) est pris en compte, auquel cas la garantie peut être augmentée;
- h) la gestion financière est basée sur la répartition. Par conséquent, il n’y a pas de constitution de provisions. L’octroi des prestations dépend des moyens disponibles au moment concerné. Les mutualités doivent gérer les opérations en bon père de famille selon les instructions et sous le contrôle de l’Office de contrôle;
- i) les cotisations du service ne sont pas capitalisées;
- j) le service est organisé sans but lucratif;
- k) les avantages du service, tels qu’approuvés par l’assemblée générale, sont inscrits dans les statuts.

Le Roi fixe, par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres, les cotisations minimales et maximales qui respectivement doivent et peuvent être demandées par ménage mutualiste par an pour les opérations susvisées.

Ces cotisations minimales et maximales sont augmentées en fonction de l'index-santé et lors de circonstances exceptionnelles.

Le Roi définit par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres :

1° ce qu'il y a lieu d'entendre par les notions de 'ménage mutualiste' et de 'circonstances exceptionnelles' visées dans les deux alinéas précédents;

2° les adaptations des cotisations minimales et maximales qui découlent de ces circonstances exceptionnelles.

En outre, les mutualités, les unions nationales et les sociétés mutualistes visées à l'article 70, §§ 1er et 2, alinéas 1er et 2, de la loi du 6 août 1990 peuvent organiser des autres services qui ne sont pas des opérations, et n'ont pas pour but de créer un droit à une intervention lorsque se produit un événement incertain et futur.

Ces autres services, qui doivent être organisés dans le respect du critère visé à l'alinéa 1er, h), sont déterminés par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres, après avis de l'Office de contrôle et de la CBFA [(depuis l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 3 mars 2011 mettant en œuvre l'évolution des structures de contrôle du secteur financier : la Banque nationale de Belgique ou l'Autorité des services et marchés financiers, chacune en ce qui concerne ses compétences)]. Ledit arrêté détermine aussi la manière et les autres conditions que celles visées à l'alinéa 1er, h), dans lesquelles ces services sont organisés et gérés ».

B.11.3. Il est exposé dans les travaux préparatoires de la loi du 26 avril 2010 :

« Le présent projet de loi prévoit qu'au sein des services complémentaires organisés par les entités mutualistes, les services suivants doivent être distingués : d'une part, les assurances et d'autre part, les opérations et autres services qui ne présentent pas un caractère d'assurance. Ces deux dernières sortes de services pourront, comme cela est actuellement déjà le cas, toujours être organisés par les mutualités, les unions nationales et les sociétés mutualistes qui n'offrent pas d'assurances.

La notion d'opérations est empruntée à l'article 2, 2, b), de la première directive 'assurances non-vie', qui dispose que la directive ne concerne pas les '*opérations d'organismes de prévoyance et de secours dont les prestations varient d'après les ressources disponibles et dans lesquels la contribution des adhérents est déterminée forfaitairement*'. Il s'agit des services auxquels l'affiliation est toujours obligatoire et qui doivent répondre à une série de critères cumulatifs, basés sur la jurisprudence de la Cour Européenne de Justice en ce qui concerne le principe de solidarité, parmi lesquels l'accès garanti à ce service pour tous les membres, l'impossibilité d'exclure une personne en raison de son âge ou de son état de santé, le caractère forfaitaire des cotisations, la couverture de situations préexistantes, ... » (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52-2292/001, p. 7).

B.11.4. En ce qui concerne plus particulièrement l'article 67, il est précisé, dans le commentaire des articles :

« Cet article du projet de loi précise d'abord quels sont les critères cumulatifs auxquels les services de l'assurance complémentaire organisés par les mutualités qui sont des opérations doivent répondre. Comme déjà précisé dans le commentaire relatif à l'article 2 du projet de loi, ces critères sont inspirés de la jurisprudence de la Cour Européenne de Justice relative au principe de solidarité sur la base duquel le caractère économique d'une activité a été exclu.

En ce qui concerne le critère mentionné au point g), qui prévoit que la garantie doit être égale pour chaque personne affiliée, sauf si le statut social au sens de l'article 37, §§ 1er, 2 et 19, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, est pris en compte, il y a lieu de remarquer que cela n'exclut pas que certains services ne puissent concerner qu'un public déterminé, en prévoyant dans les statuts, par exemple, un âge minimal ou maximal.

En ce qui concerne le critère mentionné au point h), il est observé que les mutualités doivent gérer les opérations en bon père de famille selon les instructions et sous le contrôle de l'Office de contrôle des mutualités et des unions nationales de mutualités.

En ce qui concerne les cotisations pour ces opérations, il est également prévu [que sont fixées] par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, les cotisations minimales et maximales qui respectivement doivent et peuvent être demandées par ménage mutualiste par an pour les opérations susvisées. L'article prévoit en outre que ces cotisations minimales et maximales sont augmentées en fonction de l'index-santé et lors de circonstances exceptionnelles.

Le Roi définira également, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, d'une part, ce qu'il faut entendre par les notions susvisées de 'ménage mutualiste' et de 'circonstances exceptionnelles' et d'autre part, quelles sont les adaptations des cotisations minimales et maximales qui découlent de ces circonstances exceptionnelles.

En outre, le présent article prévoit que les mutualités peuvent continuer à organiser des services de l'assurance complémentaire qui ne sont pas des opérations et qui n'ont pas pour but de créer un droit à une intervention lorsque se produit un événement incertain et futur. Une liste de ces services sera déterminée par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, après avis de l'Office de contrôle et de la Commission bancaire, financière et des assurances. Il est prévu, comme en ce qui concerne les opérations, que les mutualités doivent gérer ces services en bon père de famille selon les instructions et sous le contrôle de l'Office de contrôle. Ledit arrêté déterminera par ailleurs la manière et les autres conditions dans lesquelles ces services sont organisés et gérés » (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52-2292/001, pp. 48-49).

B.12. Dans le prolongement de ce qui a été exposé en B.2.4.2, il s'avère que le législateur a donc voulu fixer le cadre dans lequel les entités mutualistes (les mutualités, les unions nationales de mutualités et les sociétés mutualistes « ordinaires » auxquelles elles sont liées) peuvent offrir à leurs membres les services visés à l'article 3, alinéa 1er, b) ou c), de la loi relative aux mutualités, parallèlement à la participation à l'assurance maladie obligatoire prévue dans cette disposition, sous la lettre a).

Les services visés, dont il est expressément précisé, à l'article 3, dernier alinéa, de la loi relative aux mutualités, complété par l'article 2 de la loi du 26 avril 2010, que ce sont des services d'intérêt général, sont considérés comme des activités qui ne présentent pas un caractère économique et, plus particulièrement, comme des opérations exclues du champ d'application de la première directive par l'article 2, point 2, b), de celle-ci.

B.13.1. En vertu de son article 2, point 2, b), la première directive ne s'applique pas aux « opérations des organismes de prévoyance et de secours dont les prestations varient d'après les ressources disponibles et dans lesquels la contribution des adhérents est déterminée forfaitairement ».

B.13.2. Il ne fait aucun doute que les mutualités et unions nationales sont des « organismes de prévoyance et de secours ». L'article 2, § 1er, de la loi relative aux mutualités dispose :

« Les mutualités sont des associations de personnes physiques qui, dans un esprit de prévoyance, d'assistance mutuelle et de solidarité, ont pour but de promouvoir le bien-être physique, psychique et social. Elles exercent leurs activités sans but lucratif ».

L'article 6 de cette loi ajoute que les unions nationales, qui sont des associations d'au moins cinq mutualités, exercent les mêmes missions, « dans le même but ».

B.13.3. Les prestations des entités mutualistes sont limitées par les ressources dont elles disposent. L'article 9, § 1er, alinéa 1er, 4°, de la loi relative aux mutualités, complété par l'article 5 de la loi du 26 avril 2010, dispose :

« En ce qui concerne les services visés à l'article 3, alinéa 1er, b) et c), de la présente loi et à l'article 67, alinéa 5, de la loi du 26 avril 2010 portant des dispositions diverses en matière de l'organisation de l'assurance maladie complémentaire (I), les statuts doivent mentionner que les prestations seront offertes dans la mesure des ressources disponibles ».

L'article 67, alinéa 1er, h), cité plus haut, prévoit également que l'octroi des prestations dépend des moyens disponibles au moment concerné.

B.13.4. Il reste à examiner si les cotisations versées par les membres sont fixées « forfaitairement ».

L'article 67, alinéa 1er, e), de la loi du 26 avril 2010 prévoit expressément que les cotisations sont forfaitaires. Il précise toutefois ceci :

« Il n'y a pas de segmentation des cotisations mais une différenciation des cotisations est possible sur la base de la composition du ménage ou du statut social au sens de l'article 37, §§ 1er, 2, et 19, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994 ».

L'article 67, alinéa 1er, i), de la loi du 26 avril 2010 prévoit également que les cotisations du service ne sont pas capitalisées. L'alinéa 2 de cet article habilite le Roi à fixer, par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres, les cotisations minimale et maximale qui doivent et peuvent respectivement être demandées par ménage mutualiste par an pour les opérations précitées.

Dans les travaux préparatoires, il est dit que les cotisations sont forfaitaires :

« en ce qui concerne les cotisations, celles-ci ne pourront varier suivant l'âge ou l'âge d'affiliation. Seule une différenciation des cotisations sur la base de la composition du ménage ou du statut social est possible » (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52-2292/004, p. 6; *Doc. parl.*, Sénat, 2009-2010, n° 4-1729/2, p. 5).

B.13.5. Dans le premier moyen, la partie requérante fait plus particulièrement valoir que les opérations visées aux articles 2 et 67 de la loi du 26 avril 2010 relèvent du champ d'application de la première directive, parce que les cotisations ne sont pas identiques pour chaque membre affilié, dès lors que la réglementation attaquée permet de différencier ces cotisations.

B.13.6. Le renvoi, par l'article 67, alinéa 1er, e), de la loi du 26 avril 2010, à l'article 37, §§ 1er, 2 et 19, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée par l'arrêté royal du 14 juillet 1994, vise plusieurs catégories de personnes, telles que les personnes pensionnées, les veuves et les orphelins, les personnes qui perçoivent un revenu d'intégration ou une aide du CPAS, les chômeurs de longue durée, les familles monoparentales, pour lesquelles cette loi prévoit une intervention majorée de l'assurance obligatoire. La « différenciation » des cotisations que permet la loi peut uniquement consister en une diminution des cotisations pour les catégories de personnes précitées ayant un statut social précaire.

Le même raisonnement s'applique à la différenciation basée sur la composition du ménage, la cotisation par personne pouvant être moins élevée en fonction du nombre de personnes qui composent le ménage et, éventuellement, de l'état de besoin des membres de ce ménage.

B.13.7. Le postulat de départ de la réglementation attaquée est donc que les cotisations sont fixées forfaitairement, conformément à l'article 2, point 2, b), de la première directive.

Certes, une « différenciation » des cotisations est possible, mais uniquement en ce sens que le forfait peut être diminué en fonction du statut social précaire de certaines catégories de personnes bien définies.

Cette différenciation n'enlève rien au fait que les cotisations sont effectivement forfaitaires.

B.13.8. En conséquence, les opérations que peuvent proposer les entités mutualistes conformément aux articles 2 et 67 de la loi du 26 avril 2010 satisfont aux critères fixés par l'article 2, point 2, b), de la première directive pour leur exclusion hors du champ d'application de cette directive.

B.13.9. La partie requérante demande de poser, le cas échéant, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, afin de savoir si la disposition précitée de la première directive « [fait] obstacle à une réglementation permettant aux mutualités de proposer des opérations, en concurrence avec des entreprises d'assurance, sans qu'il doive

être tenu compte à cet égard des conditions et des obligations découlant de la directive 73/239/CEE, bien que la contribution que réclament les mutualités pour ces opérations puisse être différenciée en fonction du statut social du preneur d'assurance et de la composition de son ménage, la contribution n'étant donc pas égale pour tous les membres affiliés aux mutualités ? ».

Lorsqu'une question sur l'interprétation du droit de l'Union européenne est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue, conformément à l'article 267, troisième alinéa, du TFUE, de saisir la Cour de justice. Ce renvoi n'est cependant pas nécessaire lorsque cette autorité juridictionnelle constate que la question soulevée n'est pas pertinente ou que la disposition du droit de l'Union européenne en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour ou que l'application correcte du droit de l'Union européenne s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable (Cour de justice, 6 octobre 1982, C-283/81, *CILFIT*, point 21).

Il ressort de ce qui précède qu'il n'y a pas de doute raisonnable quant au fait que la possibilité de différencier les cotisations n'empêche pas que les opérations visées aux articles 2 et 67, attaqués, de la loi du 26 avril 2010 soient « forfaitaires » au sens de l'article 2, point 2, b), de la première directive et que cette directive ne soit donc pas applicable à ces opérations.

En conséquence, il n'y a pas lieu de poser une question préjudicielle sur ce point.

B.14.1. La Cour doit encore examiner si, dans un domaine qui n'a pas fait l'objet d'une harmonisation complète, les articles 2 et 67 de la loi du 26 avril 2010 sont compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec la liberté d'établissement et avec la libre prestation des services, garanties par les articles 49 et 56 du TFUE (deuxième moyen).

La partie requérante affirme, en particulier, que ces dispositions conventionnelles sont violées parce que les membres d'une mutualité sont tenus, par la loi attaquée, de s'affilier également à une opération proposée par leur mutualité de sorte qu'une part considérable de la

clientèle potentielle est réservée aux mutualités, au détriment des entreprises d'assurance belges et européennes.

B.14.2. Le Conseil des ministres soutient que la liberté d'établissement et la libre prestation de services ne sauraient être violées, étant donné qu'il ne s'agit pas, en l'espèce, d'activités économiques.

B.14.3. Les dispositions attaquées ont incontestablement un but social et prévoient que les mutualités, pour être reconnues en tant que personnes morales, proposent, parallèlement à la participation à la sécurité sociale obligatoire, au moins un service à titre non lucratif. En vertu de l'article 67, alinéa 1er, a), l'affiliation au service est obligatoire pour les membres de la mutualité.

B.14.4. Dans son avis motivé n° 2006/4293 du 6 mai 2008, la Commission européenne a déjà rejeté l'argument du Gouvernement belge, selon lequel les mutualités n'exercent pas une activité économique en offrant l'assurance maladie complémentaire lorsqu'elles doivent se conformer au principe de solidarité.

Selon la Commission, cette solidarité n'est pas garantie, étant donné que chacun est libre de s'affilier à la Caisse auxiliaire d'assurance maladie-invalidité, qui ne propose pas d'« opérations », plutôt qu'à une mutualité.

Dans son avis, la Commission précise également :

« La Commission estime que les spécificités de la couverture et des services proposés par les mutualités (principes de prévoyance et d'assistance mutuelle, absence de but lucratif, fonctionnement démocratique, etc.) ne rendent en aucun cas leurs services moins économiques par essence. Comme l'a précisé la Cour de justice au point 61 de son arrêt dans l'affaire C-109/99 (*Basco-Béarnaise*), ' la circonstance que les activités de l'union de mutuelles en cause au principal seraient dépourvues de but lucratif ne saurait suffire à enlever aux activités de cette dernière leur caractère commercial au sens de l'article 8, paragraphe 1, sous b), de la directive 73/239 '.

En effet, le fait que les assureurs commerciaux se considèrent en concurrence avec les mutualités constitue une preuve supplémentaire de la nature éminemment économique du marché de l'assurance maladie complémentaire en Belgique. Les mutualités sont en concurrence les unes avec les autres, ainsi qu'avec les compagnies d'assurance commerciales.

Les campagnes publicitaires intensives lancées par au moins l'une des unions de mutualités constituent une preuve supplémentaire de la nature économique et concurrentielle de ce marché ».

Dans son arrêt du 28 octobre 2010, (C-41/10, *Commission européenne c. Royaume de Belgique*), la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que les motifs invoqués par la Commission, tels que résumés aux points 22 à 25 dudit arrêt, « sont fondés », en ce compris donc les motifs exposés au point 23, lequel énonce :

« En outre, les mutualités belges exerceraient des activités économiques lorsqu'elles fournissent des services d'assurance maladie complémentaire, car, sur ce marché, le principe de solidarité ne pourrait être invoqué et les mutualités y seraient en concurrence avec les assureurs commerciaux, telles les banques et les compagnies d'assurances ».

L'avis et l'arrêt des institutions européennes concernent notamment les assurances maladie complémentaires proposées par les entités mutualistes en Belgique.

Depuis lors, le législateur a précisément voulu se conformer à l'avis de la Commission européenne en ne permettant plus désormais aux entités mutualistes de proposer des assurances maladie, si ce n'est par l'intermédiaire d'une personne morale distincte - la société mutualiste d'assurance - soumise à la législation en matière d'assurances, inspirée entre autres de ces directives. L'article 3 de la loi relative aux mutualités, complété par l'article 2 de la loi du 26 avril 2010, interdit désormais aux mutualités de proposer, en dehors des sociétés mutualistes d'assurance, des assurances maladie visées à la branche 2 de l'annexe I de l'arrêté royal du 22 février 1991 portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurances et de couvrir, à titre complémentaire, des risques relevant de l'assistance visée à la branche 18 de l'annexe I de l'arrêté précité.

B.14.5. L'article 67, alinéa 5, de la loi du 26 avril 2010 prévoit que les entités mutualistes peuvent organiser d'« autres services qui ne sont pas des opérations, et n'ont pas pour but de créer un droit à une intervention lorsque se produit un événement incertain et futur ». L'alinéa 6 de cet article habilite le Roi à déterminer de quels services il s'agit.

En vertu de l'arrêté royal du 12 mai 2011 portant exécution de l'article 67, alinéa 6, de la loi du 26 avril 2010 portant des dispositions diverses en matière de l'organisation de l'assurance maladie complémentaire (I), il s'agit des services suivants :

- « 1° le service visant à informer les membres quant aux avantages offerts;
- 2° le service qui ne fait qu'exécuter l'assurance soins [...];
- 3° le service qui a pour objet la perception des cotisations pour le fonds spécial de réserve légal ' responsabilité financière ' [...];
- 4° le service qui vise la perception des cotisations destinées à combler un éventuel mali en frais d'administration de l'assurance obligatoire [...] et ce, dans la mesure des cotisations perçues;
- 5° [...] les services ayant pour objet le financement d'actions collectives ou le subventionnement de structures socio-sanitaires dans la mesure où ces services n'ouvrent pas de droit individuel à une intervention répondant à un événement incertain et futur ».

Les griefs formulés par la partie requérante ne sont pas dirigés contre de tels services et la constitutionnalité de l'article 67, alinéas 5 et 6, de la loi du 26 avril 2010 ne doit dès lors pas être examinée.

B.14.6. Les activités déployées par les entités mutualistes, y compris par les sociétés mutualistes « ordinaires », parallèlement au régime légal de la sécurité sociale obligatoire doivent toutes être liées au bien-être physique, psychique ou social, mais elles peuvent, pour le surplus, être de nature très différente.

Si l'on peut difficilement qualifier d'activités économiques la plupart de ces services - comme, par exemple, des interventions pour une convalescence en cure thermale, l'offre de vacances sociales, l'accompagnement de personnes atteintes de maladies chroniques, telles que le diabète et l'obésité, des interventions dans les frais de médecines alternatives – les entités mutualistes proposent également d'autres services qui sont aussi souvent offerts par les entreprises d'assurance ordinaires, comme des interventions en cas d'achat de corrections optiques et de prothèses dentaires, des interventions en cas, notamment, de naissance ou de décès, des assurances accidents, c'est-à-dire des activités pour lesquelles il existe donc un marché.

B.14.7.1. En l'espèce, la question n'est pas de savoir si les entités mutualistes doivent être considérées comme des entreprises ni si les services considérés comme des « opérations » au sens de la première directive qui ne s'inscrivent pas dans le régime légal obligatoire de la sécurité sociale constituent une activité économique au sens du droit européen de la concurrence. Compte tenu du deuxième moyen, il y a lieu de procéder à un contrôle au regard du principe d'égalité, combiné avec la libre prestation des services et avec la liberté d'établissement.

Préalablement, il convient néanmoins d'établir, en ce qui concerne également la libre prestation des services et la liberté d'établissement, si les services visés sont des activités de nature économique, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de droit de la concurrence, et plus particulièrement des arrêts du 5 mars 2009, C-350/07, *Kattner Stahlbau GmbH*, et du 3 mars 2011, C-437/09, *AG2R Prévoyance*, et de la jurisprudence à laquelle ces arrêts font référence.

Tout comme dans les affaires traitées dans les arrêts *Kattner Stahlbau GmbH* et *AG2R Prévoyance*, il ne fait aucun doute, en l'espèce, que les services visés en tant qu'« opérations » sont étroitement liés au régime légal de la sécurité sociale, qu'ils poursuivent une finalité sociale et que les entités mutualistes n'exercent pas leurs activités dans un but lucratif.

Selon les arrêts précités, la finalité sociale du régime n'est cependant pas suffisante en soi pour exclure que l'activité concernée soit qualifiée d'activité économique. Il convient encore d'examiner en particulier si ce système peut être considéré comme mettant en œuvre le principe de solidarité et s'il est soumis au contrôle de l'Etat qui l'a instauré. Ces éléments sont en effet de nature à exclure le caractère économique d'une activité donnée (arrêt *AG2R Prévoyance*, points 45-46 et arrêt *Kattner Stahlbau GmbH*, points 42-43, qui font référence à des arrêts prononcés antérieurement).

B.14.7.2. Le principe de solidarité requiert qu'il n'y ait pas de lien direct entre les cotisations et les prestations octroyées.

A cet égard, il apparaît que le législateur a précisément voulu éviter ce lien en adoptant les dispositions attaquées et qu'il a voulu créer un cadre caractérisé par un niveau de solidarité très élevé pour l'offre des services visés.

Ainsi, les mutualités, dont la tâche principale consiste à participer à l'exécution de l'assurance obligatoire (article 3, alinéa 1er, a), de la loi relative aux mutualités), ne sont agréées comme personnes morales que dans la mesure où elles proposent, outre cette activité, au moins un service visé à l'article 3, alinéa 1er, b), de la loi relative aux mutualités. L'article 2, attaqué, de la loi du 26 avril 2010 prévoit que ce service est considéré comme une opération au sens de l'article 2, point 2, b), de la première directive et doit satisfaire aux exigences de l'article 67, alinéa 1er, lui aussi attaqué, de la loi du 26 avril 2010.

Par ailleurs, il est dit, dans les travaux préparatoires, que les critères qui permettent de qualifier un service d'opération « sont basés sur la jurisprudence de la Cour européenne de Justice en ce qui concerne le principe de solidarité » (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52-2292/001, p. 7, cité en B.11.3).

L'article 67, alinéa 1er, a), de la loi du 26 avril 2010 prévoit que l'affiliation au service est obligatoire pour tous les membres affiliés à la mutualité. En vertu de l'alinéa 1er, b) et d), chaque membre a accès à ce service quel que soit son âge, son sexe et son état de santé, et aucune personne affiliée ne peut être exclue du service en raison de son âge ou de son état de santé. Par ailleurs, la garantie couvre les états préexistants à l'affiliation (alinéa 1er, f)) et cette garantie est égale pour chaque personne affiliée, sous réserve d'une majoration éventuelle (alinéa 1er, g)) en raison du statut social précaire des personnes concernées, visé à l'alinéa 1er, e).

L'article 67, alinéa 1er, e), de la loi du 26 avril 2010 prévoit expressément que les cotisations pour le service sont forfaitaires et ne peuvent être segmentées. Une différenciation des cotisations est certes possible, mais uniquement par une réduction de celles-ci sur base de la composition du ménage ou du statut social des personnes concernées. La gestion financière du service est basée sur la répartition et l'octroi des prestations dépend des moyens disponibles au moment concerné (alinéa 1er, h)). Les cotisations du service ne sont pas capitalisées (alinéa 1er, i)).

De plus, les avantages du service doivent être inscrits dans les statuts (alinéa 1er, k)).

D'autres dispositions de l'alinéa 1er contribuent également à affaiblir le lien entre les cotisations et les prestations. Toutes ces exigences sont cumulatives.

En outre, l'article 67, alinéa 2, de la loi du 26 avril 2010 prévoit des cotisations minimale et maximale, le législateur laissant au Roi le soin de fixer celles-ci, par arrêté délibéré en Conseil des ministres.

Compte tenu de tous ces éléments, il est satisfait au premier critère relatif à l'exigence de solidarité.

Il est exact que la solidarité n'est pas globale, dans la mesure où toute personne qui le souhaite peut s'affilier, en ce qui concerne le régime obligatoire de la sécurité sociale, à la Caisse auxiliaire d'assurance maladie-invalidité, laquelle ne propose pas d'opérations.

La Cour tient toutefois compte du fait que les mutualités sont les héritières de mécanismes de solidarité historiques à petite échelle et que, depuis l'entrée en vigueur de la loi relative aux mutualités, elles sont impliquées de manière plus structurée dans le régime obligatoire de la sécurité sociale. Conformément à l'arrêté royal du 7 mars 1991 portant exécution de l'article 2, §§ 2 et 3, [de l']article 14, § 3, et [de l']article 19, alinéas 3 et 4, de la loi du 6 août 1990 relative aux mutualités et aux unions nationales de mutualités, les mutualités doivent, en règle générale, compter au moins 15 000 membres. Ainsi qu'il a déjà été dit, l'article 67, alinéa 1er, a), prévoit que l'affiliation au service en question est obligatoire pour tous les membres de la mutualité. En outre, l'article 4 de la loi relative aux mutualités oblige également les mutualités à s'affilier auprès d'une des unions nationales.

Il y a également lieu de tenir compte du fait que le taux d'affiliation à la Caisse auxiliaire d'assurance maladie-invalidité s'élève *de facto* à moins d'1 %.

Il résulte de ce qui précède que le régime attaqué, relatif aux services offerts par les mutualités qui sont considérés comme des opérations, présente un degré de solidarité suffisant

pour satisfaire au premier critère prévu par la Cour de justice de l'Union européenne pour établir que les activités concernées ne sont pas de nature économique.

B.14.7.3. Le second critère permettant de déterminer, selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, le caractère non économique d'une activité liée à la sécurité sociale est le niveau de contrôle exercé par les autorités sur cette activité.

Il a déjà été souligné plus haut que les services offerts par les mutualités doivent être expressément inscrits dans les statuts (article 67, alinéa 1er, k), de la loi du 26 avril 2010). L'alinéa 1er, h), de cet article prévoit en outre que « les mutualités doivent gérer les opérations en bon père de famille selon les instructions et sous le contrôle de l'Office de contrôle ».

Il a déjà été constaté également que le législateur avait chargé le Roi de fixer les cotisations minimale et maximale pour les opérations (article 67, alinéa 2, de la loi du 26 avril 2010).

Outre les éléments de la réglementation que le législateur a lui-même expressément prévus afin de garantir la solidarité entre les membres des mutualités, il suffit, pour le surplus, de constater qu'un organisme public, l'OCM, a été spécifiquement chargé par le législateur (chapitre VI de la loi relative aux mutualités) de contrôler le respect, par les entités mutualistes, de la loi relative aux mutualités et des arrêtés d'exécution de cette dernière.

L'OCM contrôle, entre autres, le contenu des statuts des entités mutualistes qu'il doit approuver (article 11 de la loi relative aux mutualités). Lorsqu'un service organisé par une union nationale ou par une mutualité ne satisfait plus aux dispositions légales et réglementaires ou que toutes les garanties relatives à sa bonne exécution ne sont plus réunies, l'OCM peut décider de retirer l'agrément dudit service, ce qui entraîne la dissolution du service (article 26, § 2, de ladite loi). L'OCM contrôle aussi le respect des dispositions administratives, comptables et financières à appliquer en vertu tant de la loi relative aux mutualités qu'en vertu de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994 (article 52, alinéa 1er, 3°, de la loi relative aux mutualités). Pour

ce faire, l'OCM est assisté par des réviseurs agréés (articles 32 à 36 et 57 de la loi relative aux mutualités). L'OCM établit annuellement un rapport sur les activités et sur la situation des mutualités et des unions nationales en Belgique. Ce rapport est déposé par le Ministre auprès des chambres fédérales (article 52, alinéa 1er, 9°, de la loi relative aux mutualités).

Il est également satisfait au critère relatif au contrôle étatique.

B.15.1. Il y a encore lieu d'examiner si le régime attaqué ne porte pas atteinte de manière discriminatoire à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services garanties par les dispositions conventionnelles précitées, en ce que les membres des mutualités sont obligés, en vertu de l'article 67, alinéa 1er, a), de s'affilier aux services proposés par les mutualités comme opérations. Ainsi, le régime constitue, au moins indirectement, une ingérence dans les libertés précitées des entreprises d'assurance, dans la mesure où celles-ci proposent des produits d'assurance qui peuvent être comparables – et donc concurrentiels – avec les opérations proposées par les mutualités.

B.15.2. Une restriction à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services relevant d'un domaine qui n'a pas fait l'objet d'une harmonisation complète par l'Union européenne peut être admise si elle répond à des raisons impérieuses d'intérêt général, si elle est propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et si elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (CJCE, grande chambre, 1er avril 2008, C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon*, point 55; CJCE, 13 décembre 2007, C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium e.a.*, point 39; CJCE, grande chambre, 28 avril 2009, C-518/06, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, point 72; CJUE, 7 octobre 2010, C-515/08, *dos Santos Palhota e.a.*, point 45).

B.15.3. Le législateur a maintenu un système par lequel des mécanismes de solidarité historiques sont ancrés dans les activités des mutualités, qui, outre leur participation au système légal de sécurité sociale obligatoire, peuvent continuer à proposer des services qui s'y apparentent étroitement. Cette situation permet, par le jeu de la solidarité entre les membres des mutualités, d'offrir une certaine couverture pour des risques déterminés qui ne sont pas pris en charge par l'assurance maladie obligatoire. Ces services sont proposés sans but lucratif par les mutualités dans un esprit d'« assistance mutuelle », de « prévoyance » et de

« solidarité » et servent l'intérêt général, ce qui est expressément confirmé à l'article 3, dernier alinéa, de la loi sur les mutualités, modifié par l'article 2 attaqué de la loi du 26 avril 2010. Ils visent expressément (article 3, alinéa 1er, b) et c), de la loi sur les mutualités) l'intervention financière « dans les frais résultant de la prévention et du traitement de la maladie et de l'invalidité ou l'octroi d'indemnités en cas d'incapacité de travail ou lorsque se produit une situation en vertu de laquelle le bien-être physique, psychique ou social [...] peut être encouragé » et « l'octroi d'aide, d'information, de guidance et d'assistance en vue de promouvoir le bien-être physique, psychique et social ». Par conséquent, le régime attaqué a été instauré pour répondre à des raisons impérieuses d'intérêt général, à savoir la promotion de la santé publique et du bien-être physique, psychique ou social des personnes.

B.15.4. Il est exact que la disposition attaquée oblige les membres des mutualités à s'affilier aux services que proposent les mutualités en tant qu'opérations, ce que dénonce la partie requérante. Cependant, cette mesure est nécessaire pour réaliser la solidarité avec une répartition des risques la plus étendue qu'il est possible. Tous les membres paient une contribution forfaitaire et égale pour le même service, sous réserve de la possibilité de différencier les contributions sur la base de la situation sociale précaire de certaines catégories de personnes bien définies, qui peuvent également bénéficier d'une garantie plus importante (article 67, alinéa 1er, e) et g), de la loi du 26 avril 2010). Ces contributions et l'éventuelle différenciation sont fixées par l'arrêté royal du 2 mars 2011 portant exécution de l'article 67, alinéas 2 à 4, de la loi du 26 avril 2010 portant des dispositions diverses en matière de l'organisation de l'assurance maladie complémentaire (I).

Pour le surplus, chaque membre a accès au service, quel que soit son âge, son sexe ou son état de santé; aucun membre ne peut être exclu en raison de son âge ou de son état de santé; l'affiliation couvre également les états de santé préexistants (article 67, alinéa 1er, b), d), f), de la loi du 26 avril 2010). Ces mesures garantissent l'accès au système pour des personnes présentant un risque accru ou préexistant et évitent qu'un nombre croissant de « mauvais risques » soit confié aux mutualités, ce qui pourrait aboutir à ce qu'elles se trouvent dans l'impossibilité d'accomplir les missions d'intérêt général qui leur incombent et à ce que leur équilibre financier soit mis en péril. La garantie reste en outre limitée aux ressources disponibles (article 67, alinéa 1er, h) et i), de la loi du 26 avril 2010).

Enfin, le régime attaqué n'exclut nullement que les entreprises d'assurance proposent librement leurs produits d'assurance à chaque individu, qu'il soit affilié à une mutualité ou non.

B.15.5. Par conséquent, les dispositions attaquées constituent une ingérence admissible dans la liberté d'établissement et dans la libre prestation des services.

B.16.1. La partie requérante demande de poser, le cas échéant, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, afin de savoir si les articles 49 et 56 du TFUE font obstacle à un régime qui oblige les membres des mutualités à s'affilier aux opérations, tandis que des entreprises d'assurance peuvent aussi proposer de tels produits - concurrents des opérations – et alors que la Caisse publique auxiliaire d'assurance maladie-invalidité, qui se charge également de l'exécution de l'assurance maladie obligatoire, ne propose pas de telles opérations à ses membres.

Les parties intervenantes font valoir, en ordre subsidiaire, qu'à supposer qu'une question soit posée, il s'indique de demander à la Cour de justice de l'Union européenne si les articles 49 et 56 du TFUE font obstacle à un régime obligeant les membres des mutualités à s'affilier à une opération visée à l'article 2, point 2, b), de la première directive, proposée sur la base du principe de solidarité.

B.16.2. Il ressort de ce qui précède qu'il ne peut raisonnablement pas y avoir de doute quant à la compatibilité des dispositions en cause avec les articles 49 et 56 du TFUE.

En conséquence, il n'y a pas lieu de poser des questions préjudicielles sur ce point.

B.16.3. En tant qu'il est pris de la violation discriminatoire de la libre prestation des services et de la liberté d'établissement en droit européen, le deuxième moyen n'est pas fondé.

La partie requérante n'avance, à l'appui du deuxième moyen, aucun élément qui démontrerait la violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

B.17.1. Enfin, dans le troisième moyen, la partie requérante demande l'annulation des articles 2 et 67 de la loi du 26 avril 2010 pour cause de violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec la liberté de commerce et d'industrie, en ce que les dispositions attaquées réservent aux mutualités la possibilité de proposer certaines opérations, qui sont en réalité des assurances, et empêchent donc *de facto* les entreprises d'assurance de proposer de telles opérations.

B.17.2. La liberté précitée n'est pas absolue. Elle ne fait pas obstacle à ce que la loi règle l'activité économique des personnes et des entreprises. Elle ne serait violée que si cette activité était limitée sans nécessité ou de manière disproportionnée au but poursuivi.

B.17.3. Sans qu'il soit nécessaire de vérifier si le principe de la liberté de commerce et d'industrie en droit belge peut concerner d'autres activités que celles auxquelles s'appliquent la libre prestation des services et la liberté d'établissement en droit européen, il suffit de constater, d'une part, qu'il se déduit, non pas des dispositions attaquées, mais bien du principe de spécialité en droit des assurances, et plus précisément de l'article 8, paragraphe 1, point b), de la première directive, que les entreprises d'assurance ne peuvent exercer que des activités d'assurance et que, d'autre part, dans la mesure où certaines opérations que proposent les entités mutualistes, en dehors de tout lien avec une entreprise d'assurance, seraient qualifiées d'activités d'assurance, les entreprises d'assurance peuvent développer ces activités.

Les différences au niveau du cadre réglementaire et dans la manière dont les entités mutualistes, d'une part, et les entreprises d'assurance, d'autre part, développent leurs activités et sont soumises à un contrôle à cet égard sont raisonnablement justifiées par les différences essentielles qui existent quant aux objectifs et à l'organisation des catégories à comparer.

B.17.4. Enfin, les dispositions attaquées n'ont pas d'effet disproportionné : dans la mesure où l'offre d'assurances maladie doit, selon les instances européennes, être considérée comme une forme de concurrence déloyale, le législateur a créé, par le biais des sociétés mutualistes d'assurance, un cadre strict pour l'offre de ces assurances et a en principe soumis

celle-ci à la législation en vigueur en matière d'assurances. Les mutualités ne peuvent proposer les autres services considérés comme des opérations qu'à leurs propres membres et conformément aux conditions fixées à l'article 67 de la loi du 26 avril 2010. Rien n'empêche ces membres de conclure des contrats complémentaires avec une entreprise d'assurance de leur choix.

B.18. Les premier, deuxième et troisième moyens ne sont pas fondés.

Par ces motifs,

la Cour

rejette le recours.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise, en langue française et en langue allemande, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, à l'audience publique du 24 novembre 2011.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt