# Cour constitutionnelle (Cour d'Arbitrage): Arrêt du 24 novembre 2011 (Belgique). RG 180/2011

* Datum : 24-11-2011
* Taal : Frans
* Sectie : Rechtspraak
* Bron : Justel F-20111124-1
* Rolnummer : 180/2011

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).

(...)

II. En droit

(...)

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 1er, 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 1er, point b)). Elles doivent en outre présenter un programme d'activités (articles 8, paragraphe 1er, point c) et 9), posséder le minimum du fonds de garantie (articles 8, paragraphe 1er, 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 1er, 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 43bis, § 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 43bis, § 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 44bis, § 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 138bis-3 et 138bis-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 1ersepties qui prévoit, en son alinéa 1er, 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° et 5°, 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°, 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° 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 oeuvre 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°, 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 1er, 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 prénuptiale, 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 oeuvre 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 1er, 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 Ire 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 oeuvre 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 1er, 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,

P.-Y. Dutilleux

Le président,

M. Bossuyt