

Dit n'y avoir lieu à ordre de cessation et déboute Test-Achats du surplus de ses demandes;

Condamne la SA DKV Belgium à payer à Test-Achats l'indemnité de procédure d'appel liquidée à 1.320 EUR.

(...)

## Observations

### *L'article 204 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances: la fin des turbulences?*

Jean-Marc Binon<sup>1</sup>

#### Le cadre juridique général

1. Depuis une loi du 20 juillet 2007 (« loi Verwilghen »<sup>2</sup>), modifiée par une loi du 17 juin 2009 (« loi Verwilghenbis » ou « loi Reynders »<sup>3</sup>), les assurances maladie privées qui ne sont pas liées à une activité professionnelle<sup>4</sup> font l'objet d'un ensemble de mesures visant à encadrer strictement les modifications tarifaires et contractuelles en cours de contrat<sup>5</sup>.

Cette intervention législative, qui s'est traduite à l'époque par l'insertion d'un article 138bis-4 dans la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (ci-après la « LCAT »), devenu l'article 204 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, a visé à combler, par un corps de règles structuré, l'insuffisance des instruments éparés contenus jusque-là dans la réglementation de contrôle et dans la législation économique (sur les clauses abusives, notamment) pour contrer des pratiques confrontant les assurés, à un âge plus avancé où le besoin d'une couverture d'assurance maladie est précisément le plus criant, à des hausses tarifaires importantes et inattendues, propres à les priver du bénéfice de cette assurance à défaut de pouvoir continuer à en assumer le financement.

Ces mesures d'encadrement tarifaire ont également été dépeintes comme le complément indispensable des règles également introduites par la loi du 20 juillet 2007 en matière de durée obligatoire des contrats relatifs aux assurances maladie non liées à une activité professionnelle (art. 138bis-3, § 1<sup>er</sup>, de la LCAT, devenu l'art. 203, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 4 avril 2014), la protection conférée par ces règles n'ayant, en effet, de sens et d'intérêt pour les assurés que si elle va de pair avec une réglementation stricte du droit de l'assureur de modifier les conditions (tarifaires, notamment) du contrat pendant le déroulement de celui-ci.

L'intention du législateur était aussi d'enrayer les pratiques de *dumping* commercial, consistant à attirer la clientèle par des tarifs de lancement attractifs et à compenser par la suite ces tarifs, intenables sur le long terme, par des politiques de « rattrapage » se traduisant par des hausses brutales et spectaculaires de primes aux conséquences potentiellement ravageuses pour les assurés plus âgés ou moins nantis<sup>6</sup>.

Enfin, l'on a pu voir dans les possibilités offertes à l'assureur, par l'article 138bis-4 de la LCAT, de modifier dans certaines circonstances les conditions du contrat au cours de celui-ci une forme de compensation à l'interdiction faite à l'assureur de résilier le contrat après la survenance d'un sinistre<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Maître de conférences invité à l'U.C.L. et référendaire à la C.J.U.E.

<sup>2</sup> Loi du 20 juillet 2007 modifiant, en ce qui concerne les contrats privés d'assurance maladie, la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (*M.B.*, 10 août 2007).

<sup>3</sup> Loi du 17 juin 2009 modifiant, en ce qui concerne les contrats d'assurance maladie, la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre et la loi du 20 juillet 2007 modifiant, en ce qui concerne les contrats privés d'assurance maladie, la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (*M.B.*, 8 juillet 2009).

<sup>4</sup> Eu égard à la définition légale des assurances maladie liées à une activité professionnelle (art. 201, § 2, de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, tel que complété par l'art. 78 de la loi du 29 juin 2016 portant dispositions diverses en matière d'économie (*M.B.*, 6 juillet 2016); *ex art.* 138bis-1, § 2, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre), les assurances maladie non liées à une telle activité recouvrent tous les contrats, individuels ou collectifs, qui ne sont pas souscrits par une personne au profit d'une autre dans le cadre d'une activité professionnelle (*cf.*, à ce sujet, J.-M. BINON, *Droit des assurances de personnes*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2016, n° 1380).

<sup>5</sup> Pour des présentations détaillées de ce régime, *cf.* J.-C. ANDRÉ-DUMONT, *L'assurance maladie privée*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 197-214; J.-M. BINON, *Droit des assurances de personnes*, *o.c.*, n°s 1508 à 1532; C. DEVOËT, « Les caractères de l'assurance maladie (privée) », in *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Bruxelles, Anthemis-Bruylant, 2008, pp. 132-134 et *Les assurances de personnes*, 2<sup>e</sup> éd., Limal, Larcier, 2010, pp. 259-262; B. FOSSÉPREZ, « L'assurabilité des personnes présentant un risque aggravé du fait de leur état de santé », *Ann. dr. Louvain*, 2012, pp. 87-88; N. SCHMITZ, « Les modifications apportées à la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre en assurance maladie et en assurance du solde restant dû: trois pas en avant ... », in B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT (dirs.), *La loi sur le contrat d'assurance terrestre. Bilan et perspectives après 20 années d'application*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 305-318; L. SCHUERMANS et C. VAN SCHOUBROECK, *Grondslagen van het Belgische verzekeringsrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Anvers-Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 637-650.

<sup>6</sup> *Exposé des motifs* de la loi du 20 juillet 2007, *Doc. parl.*, Ch. repr., S.O. 2005-2006, Doc. n° 51-2689/001, p. 1; *exposé des motifs* de la loi du 17 juin 2009, *Doc. parl.*, Ch. repr., S.O. 2008-2009, Doc. n° 52-1662/004; *Doc. parl.*, Sénat, S.O. 2008-2009, Doc. n° 4-1235/3.

<sup>7</sup> Art. 86, § 2, de la loi du 4 avril 2014 (*ex art.* 31, § 2, de la LCAT). *Cf.*, en ce sens, C. DEVOËT, « Les caractères de l'assurance maladie (privée) », *o.c.*, p. 132.

2. En substance, le dispositif introduit par l'article 138bis-4 de la LCAT prévoit que l'assureur ne peut, en principe, pas modifier les bases techniques de la prime et les conditions de couverture une fois le contrat conclu (principe de l'intangibilité du contrat)<sup>8</sup>. Ce principe est toutefois assorti de quatre exceptions, qui peuvent être synthétisées comme suit.

La première exception correspond à la modification (contractuelle ou tarifaire) qui serait le fruit d'un « accord réciproque des parties ». Celle-ci ne peut toutefois intervenir qu'« à la demande exclusive de l'assuré principal »<sup>9</sup> et « dans l'intérêt des assurés »<sup>10</sup>.

La deuxième exception réside dans la possibilité pour l'assureur d'adapter, à la date de l'échéance annuelle de la prime, celle-ci, la franchise et/ou la prestation sur la base de l'indice des prix à la consommation<sup>11</sup>.

Ces mêmes éléments peuvent également être adaptés, à la même échéance, sur la base d'indices spécifiques liés à l'évolution du coût des soins de santé, communément dénommés « indices médicaux » (ou « indices santé »), pour autant que ces indices excèdent l'indice des prix à la consommation<sup>12, 13</sup>. Sur la base de l'habilitation contenue à l'ancien article 138bis-4, § 3, alinéa 2, de la LCAT (devenu art. 204, § 3, al. 2, de la loi du 4 avril 2014), un arrêté royal du 1<sup>er</sup> février 2010<sup>14</sup> a défini la méthode de construction de ces indices médicaux. Celui-ci a toutefois été partiellement invalidé, à la suite d'un recours en annulation d'Assuralia, par un arrêt du Conseil d'Etat rendu le 29 décembre 2011. Les conséquences de cet arrêt d'annulation partielle ont été tirées dans un arrêté royal du 18 mars 2016<sup>15</sup>. Nous y reviendrons plus loin.

La troisième exception réside dans la possibilité offerte par l'article 504 de la loi « Solvabilité II »<sup>16</sup> (lequel a repris, en substance, l'art. 21octies, § 2, de la loi de contrôle du

9 juillet 1975) à la Banque Nationale de Belgique (BNB) d'imposer à l'assureur dont la politique tarifaire conduit, ou risque de conduire, à des pertes (nonobstant la majoration de ses tarifs sur la base de l'indice des prix à la consommation ou des indices médicaux éventuellement supérieurs), de prendre des mesures visant à mettre ses tarifs en équilibre<sup>17</sup>.

La quatrième exception, qui, à l'instar de la première et à la différence des deux autres précitées, trouve à s'appliquer dans le contexte d'un contrat particulier et non à l'échelle de l'ensemble du portefeuille de l'assureur, réside dans la possibilité pour l'assureur d'adapter la prime, la période de carence et les conditions de couverture, aux modifications intervenues dans la profession, les revenus ou le statut social de l'assuré<sup>18</sup>.

### Les antécédents de l'arrêt commenté

3. Telle est la toile de fond générale de l'arrêt commenté, qui constitue le dernier épisode d'une saga judiciaire née de la décision de la société *DKV Belgium*, entreprise d'assurance active sur le marché (belge, notamment) des assurances maladie et hospitalisation, d'appliquer, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2010, une augmentation tarifaire de 7,84% à ses contrats d'assurance hospitalisation offrant une garantie « chambre particulière » (chambre à un lit).

Avant de mettre en œuvre cette décision, *DKV Belgium* avait, le 27 octobre 2009, introduit auprès de la Commission bancaire, financière et des assurances (la CBFA, devenue entre-temps la *Financial Services and Markets Authority* (FSMA)) une demande d'autorisation fondée sur l'article 21octies, § 2, de la loi de contrôle de 1975, à laquelle l'autorité de contrôle répondit, le 4 décembre 2009, qu'il convenait d'attendre la promulgation de l'arrêté royal déterminant les indices médicaux visés à l'article 138bis-4, § 3, de la LCAT. Considérant qu'elle ne pouvait attendre

8. Art. 204, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de la loi du 4 avril 2014 (ex art. 138bis-4, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de la LCAT).

9. Sur la notion d'« assuré principal », cf. l'art. 201, § 3, de la loi du 4 avril 2014 (ex art. 138bis-1, § 3, de la LCAT).

10. Art. 204, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup> et 2, de la loi du 4 avril 2014 (ex art. 138bis-4, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup> et 2, de la LCAT). La loi ajoute, depuis peu, que l'assureur peut également modifier le contrat en raison de l'application d'une nouvelle réglementation, mais uniquement « dans l'intérêt des assurés et moyennant l'accord du preneur d'assurance » (art. 204, § 1<sup>er</sup>, al. 3, de la loi du 4 avril 2014, inséré par l'art. 87 de la loi du 26 octobre 2015 modifiant le Code de droit économique et portant diverses autres dispositions (1) (*M.B.*, 30 octobre 2015)).

11. Art. 204, § 2, de la loi du 4 avril 2014 (ex art. 138bis-4, § 2, de la LCAT). Cette disposition a été modifiée par l'article 728, 1<sup>o</sup>, de la loi du 13 mars 2016 relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance (*M.B.*, 23 mars 2016; loi « Solvabilité II »), afin de dissiper l'ambiguïté qui résultait de la version française initiale, laquelle, à la différence de la version néerlandophone, donnait à penser que l'éventuelle clause d'indexation devait, le cas échéant, porter, simultanément, sur la prime, la franchise et la prestation d'assurance (dans la version initiale: « La prime, la franchise et la prestation peuvent être adaptées ... »; soulignement ajouté).

12. Art. 204, § 3, al. 1<sup>er</sup>, de la loi du 4 avril 2014 (ex art. 138bis-4, § 3, al. 1<sup>er</sup>, de la LCAT). Cette disposition a également été modifiée, par l'article 728, 2<sup>o</sup>, de la loi « Solvabilité II », dans le même sens que l'article 204, § 2, de la loi du 4 avril 2014.

13. Ces différents indices traduisent des limites maximales d'augmentation, qui n'empêchent donc pas les assureurs d'appliquer des augmentations moins importantes.

14. A.R. du 1<sup>er</sup> février 2010 déterminant les indices spécifiques visés à l'article 138bis-4, § 3, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (*M.B.*, 8 février 2010).

15. A.R. du 18 mars 2016 portant modification de l'arrêté royal du 1<sup>er</sup> février 2010 déterminant les indices spécifiques visés à l'article 138bis-4, § 3, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (*M.B.*, 25 mars 2016).

16. Loi précitée (note 11) du 13 mars 2016 relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance (*M.B.*, 23 mars 2016; *err. M.B.*, 8 avril 2016).

17. Cette exception est envisagée à l'article 204, § 4, de la loi du 4 avril 2014 (ex art. 138bis-4, § 4, de la LCAT).

18. Art. 204, § 5, de la loi du 4 avril 2014 (ex art. 138bis-4, § 5, de la LCAT).

cette promulgation, *DKV Belgium* appliqua l'augmentation tarifaire en cause à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2010<sup>19</sup>.

4. Le 22 février 2010, l'association de consommateurs *Test-Achats* saisit le président du tribunal de commerce de Bruxelles d'une action en référé visant à faire cesser cette pratique, action qui a été partiellement accueillie par une ordonnance du 20 décembre 2010 au motif que l'augmentation tarifaire appliquée par *DKV Belgium* ne relevait à l'époque d'aucune des hypothèses prévues à l'article 138bis-4 de la LCAT<sup>20</sup>.

L'augmentation tarifaire litigieuse ayant été déclarée illégale et contraire à la législation sur les pratiques du marché, *DKV Belgium* a été condamnée à ramener la prime et à maintenir la franchise à leur niveau de 2009, et à restaurer la garantie « chambre individuelle » au profit des assurés qui, à la suite de cette augmentation, avaient opté pour la garantie « chambre commune »<sup>21</sup>.

Saisie d'un appel de *DKV Belgium* ainsi que d'un appel incident de *Test-Achats* dirigés contre cette ordonnance, la cour d'appel de Bruxelles a, par un arrêt interlocutoire du 10 novembre 2011, décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la « C.J.U.E. ») deux questions portant sur la compatibilité de l'article 138bis-4 de la LCAT avec le droit européen, plus précisément avec le principe de la liberté tarifaire consacré par les directives européennes en matière d'assurance (non-vie, notamment), ainsi qu'avec les articles 49 et 56 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) (libertés d'établissement et de prestation de services).

5. Dans l'arrêt du 7 mars 2013, *DKV Belgium*<sup>22</sup>, la C.J.U.E. a considéré que le mécanisme d'encadrement institué par l'article 138bis-4 de la LCAT, lu en combinaison

avec l'article 21octies, § 2, alinéa 2, de la loi de contrôle de 1975, n'est pas contraire au principe de la liberté tarifaire qui découle de l'article 8, 3., de la première directive sur les assurances non-vie (directive n° 73/239/CEE) et des articles 29 et 39, 2. et 3., de la troisième directive en la matière (directive n° 92/49/CE)<sup>23</sup>. La juridiction européenne a vu dans ce mécanisme un (simple) cadre technique à l'intérieur duquel les assureurs doivent calculer leurs primes et qui n'affecte pas leur possibilité de fixer librement leur prime de base, les répercussions de cet encadrement technique sur l'évolution des tarifs ne suffisant pas pour le rendre incompatible avec ce principe de liberté.

S'agissant, en particulier, de la mesure d'approbation administrative préalable des hausses tarifaires prévue à l'article 21octies, § 2, de la loi de contrôle de 1975, dont la légalité fut mise en doute au motif que les directives précitées n'autorisent plus les mesures de cette nature que dans l'hypothèse exceptionnelle, et étrangère au cas d'espèce, où elles se rattachent à un système général de contrôle des prix, la C.J.U.E. a toutefois estimé que la mesure litigieuse ne suffisait pas à remettre en cause la nature de « cadre technique » du mécanisme d'augmentation tarifaire en cause dans lequel elle s'insère.

6. En ce qui concerne la compatibilité de l'article 138bis-4 de la LCAT avec la liberté d'établissement et la libre prestation des services, la C.J.U.E. a, sans réelle surprise, conclu à l'existence d'une entrave à l'accès au marché belge au motif que le mécanisme institué par cet article revient, en substance, à imposer aux assureurs maladie étrangers désireux de pénétrer ce marché de « repenser leur politique et leur stratégie commerciales », en particulier leur « positionnement tarifaire », « au moment de la fixation initiale des primes », sachant, notamment, qu'ils ne pourront pas compenser une politique tarifaire de lancement attractive

19. Parallèlement, *DKV Belgium* introduisit un recours contre la prétendue décision prise par la CBFA le 4 décembre 2009, recours qui fut jugé irrecevable par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 24 juin 2010. Après la publication, au *Moniteur belge* du 26 février 2010, des premiers indices médicaux, la CBFA estima, le 22 juin 2010, qu'elle n'avait plus à se prononcer sur l'augmentation tarifaire correspondant à l'application de l'indice médical pertinent (à savoir, 7,45%) et rejeta la demande d'augmentation pour le surplus (à savoir, pour la différence entre l'augmentation envisagée (7,48%) et celle autorisée en application de cet indice médical (7,45%), soit 0,39%). Cette décision de rejet fit l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat, dont *DKV Belgium* se désista par la suite.

20. L'indice des prix à la consommation était, au 1<sup>er</sup> janvier 2010, date de la mise en œuvre de la décision d'augmentation tarifaire de *DKV Belgium*, inférieur à 1%. Les indices médicaux n'avaient pas encore été adoptés à cette date. *DKV Belgium* ne bénéficiait pas d'une autorisation délivrée par l'autorité de contrôle sur la base de l'article 21octies, § 2, de la loi de contrôle de 1975. Quant à la quatrième exception évoquée ci-avant, elle n'est pas pertinente dans le contexte de ce litige.

21. En revanche, le juge des référés n'a pas accueilli la demande de *Test-Achats* tendant à conférer un effet rétroactif à l'injonction de cessation de l'augmentation tarifaire en cause, ni celle visant à enjoindre à *DKV Belgium* d'informer par courrier recommandé tous les assurés qui avaient résilié leur contrat, de la possibilité d'être à nouveau assuré aux conditions en vigueur en 2009 et d'obtenir la couverture des sinistres survenus entre-temps.

22. C.J.U.E., 7 mars 2013, C-577/11, *DKV Belgium*. Pour des présentations ou commentaires de cet arrêt, cf. J.-C. ANDRÉ-DUMONT, « Tarifs en assurance: entre 'liberté conditionnelle' et 'bracelet électronique' pour les assureurs », *For. Ass.*, n° 139, décembre 2013, pp. 211-214; J.-M. BINON, « Du principe de la liberté tarifaire au droit à l'encadrement tarifaire? », *R.D.C.*, 2013, pp. 521-526; J.-P. COTEUR, « La législation sur l'assurance privée soins de santé rythmée par les décisions du pouvoir judiciaire », *D.C.C.R.*, 2014, pp. 36-37; J.-L. FAGNART, « L'assurance revisitée par la jurisprudence européenne », in C. PARIS et V. CALLEWAERT (dirs.), *Actualités en droit des assurances*, Coll. Commission Université-Palais (C.U.P.), Bruxelles, Larcier, 2014, vol. 154, pp. 89-90; E. GOESSENS, *R.W.*, 2014-2015, pp. 336-342; F. LONGFILS, « La liberté tarifaire s'arrête là où commencent le contrôle prudential et la protection du consommateur d'assurances », *Bull. ass.*, 2013, pp. 320-325; J. WILDEMEERSCH, « Le principe de liberté tarifaire existe-t-il pour les compagnies d'assurances? Oui, mais ... », *R.L.B.*, 2014, pp. 59-63.

23. Ces dispositions figurent à présent, sous une forme parfois légèrement restructurée et/ou amendée, aux articles 21, 1., 2. et 4., 154 et 181, 1. à 3., de la directive n° 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) (*J.O. L* 335, p. 1).

par un « rattrapage » ultérieur qui excéderait les limites autorisées par le cadre légal.

Sur la justification de cette entrave, le ton fut, en revanche, plus nuancé. Après avoir mis l'accent sur un certain nombre d'éléments qui, à ses yeux, paraissent, de prime abord, plaider en faveur du caractère justifié et, en particulier, proportionné du mécanisme d'encadrement tarifaire en cause au regard de l'objectif allégué, la C.J.U.E. a toutefois laissé à la cour d'appel de Bruxelles le soin de vérifier « qu'il n'existe pas de mesure moins contraignante permettant d'atteindre, dans les mêmes conditions, l'objectif de protection du consommateur contre des hausses importantes et inattendues des primes d'assurance ».

### La teneur de l'arrêt commenté

7. L'arrêt commenté donne suite à l'arrêt de la C.J.U.E. Après avoir relevé que la décision prise par la BNB, le 21 décembre 2011, d'autoriser *DKV Belgium* à augmenter, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012, de 13,29% (par rapport au niveau de 2009) ses tarifs pour ses contrats d'assurance hospitalisation en chambre individuelle n'était pas de nature à justifier rétroactivement l'augmentation tarifaire de 7,84% appliquée par *DKV Belgium* à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2010, la juridiction d'appel bruxelloise se penche, ainsi que l'y avait invitée la C.J.U.E., sur l'examen du caractère proportionné du mécanisme d'encadrement tarifaire litigieux.

Cet examen fait état, tout d'abord, de considérations, mises en exergue par *Test-Achats*, précédemment exprimées par la Cour constitutionnelle, dans son arrêt (n° 90/2011) rendu le 31 mai 2011 suite à des recours en annulation introduits devant elle par *Assuralia* et par *Test-Achats*<sup>24</sup>. Dans cet arrêt<sup>25</sup>, la juridiction constitutionnelle a estimé que, dès lors que ce mécanisme n'affecte pas la liberté de l'assureur de déterminer les éléments du contrat au moment de la conclusion de celui-ci, en proposant, le cas échéant, une prime attractive, et qu'il institue une série de tempéraments à l'interdiction de principe d'adapter ces éléments en cours de contrat, ledit mécanisme apparaît compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec les articles 49 et 56 TFUE.

8. Pour conforter son analyse, la cour d'appel de Bruxelles fait, ensuite, siennes une série de considérations exprimées par la C.J.U.E. dans son arrêt du 7 mars 2013.

Elle reprend ainsi à son compte le constat, opéré au point 44 de cet arrêt, relatif à la capacité du mécanisme litigieux à mettre les assurés à l'abri d'une hausse inattendue et importante de leurs primes d'assurance lorsqu'ils sont plus âgés, constat dont nous avons déjà souligné, dans un commentaire

consacré audit arrêt<sup>26</sup>, qu'il touche, en réalité, davantage à l'aptitude de ce mécanisme à rencontrer l'objectif allégué qu'à son caractère proportionné au regard de ce dernier.

De même la juridiction bruxelloise s'appuie-t-elle sur les points 45 et 46 de l'arrêt de la C.J.U.E., dans lesquels l'accent fut mis, d'une part, sur le fait que le mécanisme litigieux préserve la libre fixation par l'assureur d'une prime de base qui tienne compte des coûts plus élevés que la couverture d'assurance entraînera pour eux lorsque l'assuré aura atteint un âge plus avancé, et, d'autre part, sur le « droit d'appel » ouvert aux assureurs auprès de l'autorité de contrôle en cas d'insuffisance technique de l'adaptation tarifaire qui refléterait uniquement l'évolution des indices officiels (indice des prix à la consommation ou indices médicaux). Dans le même commentaire<sup>27</sup>, nous avons toutefois souligné que de tels éléments ne relèvent pas, à proprement parler, d'un contrôle de proportionnalité.

9. Le seul élément d'analyse, au demeurant propre à la juridiction bruxelloise, qui réponde à la tâche qui lui avait été confiée par la C.J.U.E. réside, en réalité, dans l'appréciation selon laquelle le contrôle des augmentations tarifaires par la BNB, qu'il intervienne *a priori* (comme c'est le cas au titre de l'art. 21octies, § 2, de la loi de contrôle de 1975, devenu l'art. 504 de la loi « Solvabilité II ») ou *a posteriori* (comme l'a fait valoir, à tort, *DKV Belgium* à propos de l'augmentation tarifaire appliquée le 1<sup>er</sup> janvier 2010), constitue une simple modalité de mise en œuvre du mécanisme d'encadrement litigieux, et ne saurait, contrairement à la thèse défendue par *DKV Belgium*, être vu comme une mesure alternative moins attentatoire aux libertés d'établissement et de prestation de services.

Ce mécanisme apparaissant ainsi conforme au droit de l'Union, la cour d'appel de Bruxelles en conclut que l'augmentation tarifaire appliquée par *DKV Belgium* à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2010 constitue une pratique commerciale déloyale en ce qu'elle ne correspond à aucun des cas de figure dans lesquels une augmentation tarifaire est autorisée par l'ancien article 138bis-4 de la LCAT.

10. L'arrêt laissera toutefois l'association de consommateurs sur sa faim. En effet, relevant que le tarif appliqué par *DKV Belgium* à partir de février 2012 (tarif qui, pour rappel, s'est traduit par une augmentation de 13,29% par rapport au tarif de 2009) a été approuvé par la BNB et que *DKV Belgium* a, lors de l'application de cette augmentation tarifaire, neutralisé les effets des augmentations tarifaires antérieures non autorisées par cette autorité de contrôle (à savoir, respectivement, 7,84% en 2010 et 6,30% en 2011), la juridiction bruxelloise estime que l'augmentation tarifaire de 2010

<sup>24</sup> Pour un résumé de cet arrêt, cf. J.-M. BINON, « Actualité – Assurances », *R.D.C.*, 2011, p. 735.

<sup>25</sup> Pts. B.13.7.3. et 13.8. de l'arrêt.

<sup>26</sup> J.-M. BINON, « Du principe de la liberté tarifaire au droit à l'encadrement tarifaire? », *o.c.*, p. 525.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 525.

a définitivement pris fin, si bien qu'il n'est plus possible de condamner l'assureur à mettre fin rétroactivement à celle-ci et de faire droit aux différentes mesures sollicitées par *Test-Achats* et ce, d'autant moins qu'un risque objectif de récurrence n'a pas été démontré, ni même allégué par cette association.

Sur ce point, l'arrêt annoté peut toutefois interpellier si l'on songe, notamment, que, confrontés à l'augmentation tarifaire de 2010, un certain nombre d'assurés ont été contraints, pour des raisons financières, soit de se satisfaire d'une garantie « chambre à deux lits » en lieu et place de leur garantie antérieure « chambre individuelle », soit de résilier leur contrat d'assurance hospitalisation, ce qui avait conduit *Test-Achats* à demander que *DKV Belgium* soit contrainte de rétablir ces assurés dans la situation qui était la leur avant l'application de cette augmentation tarifaire.

### Les dernières évolutions du mécanisme d'encadrement tarifaire

11. Depuis l'entame de la procédure dans cette affaire, le mécanisme d'encadrement tarifaire soumis à l'appréciation des juges belges et européens a subi certaines retouches, dont deux concernent directement les indices médicaux.

#### *Un nouvel arrêté royal sur les indices médicaux*

12. Tout d'abord, ainsi qu'il a été relevé plus haut (*cf. supra*, n° 2), le Conseil d'Etat, saisi d'un recours en annulation d'*Assuralia*, a, dans un arrêt du 29 décembre 2011, partiellement annulé l'arrêté royal du 1<sup>er</sup> février 2010.

La raison de cette annulation partielle tenait au fait qu'aucun élément ne permettait de comprendre les motifs pour lesquels les autorités réglementaires, se démarquant en cela de l'avis du Centre fédéral d'expertise des soins de santé, n'avaient pas retenu parmi les critères de construction des indices médicaux, à côté de l'âge et du type de garantie, une troisième variable, liée aux réserves de vieillissement.

13. Alors que l'arrêt du Conseil d'Etat avait laissé aux autorités réglementaires un an (à savoir, jusqu'au 29 décembre 2012) pour corriger ce vice formel, c'est finalement le 18 mars 2016<sup>28</sup>, dans la foulée de l'adoption de la loi « Solvabilité II », qu'un arrêté royal a tiré les conséquences de cet arrêt en prévoyant dorénavant la prise en compte

obligatoire des réserves de vieillissement que l'assureur a constituées par le passé. Concrètement, cette prise en compte se traduit par l'application d'un facteur spécifique de revalorisation, équivalent à 1,5, aux évolutions des indices de base<sup>29</sup>.

L'autre nouveauté introduite par l'arrêté royal du 18 mars 2016 tient au fait que les indices médicaux ne doivent, dorénavant, plus être déterminés qu'une fois par an, et non plus chaque trimestre<sup>30</sup>.

Pour le reste, l'arrêté royal du 18 mars 2016 préserve la ventilation des indices médicaux par type de garantie (garantie « chambre particulière », garantie « chambre double et commune », garantie « soins ambulatoires » et garantie « soins dentaires ») et selon cinq classes d'âge (0-19 ans, 20-34 ans, 35-49 ans, 50-64 ans, 65 ans et plus)<sup>31</sup>.

Enfin, quelques modifications ponctuelles concernent les mesures portant sur la communication, par les assureurs aux autorités de contrôle compétentes (la FSMA pour les assureurs, et l'Office de contrôle des mutualités (OCM) pour les mutualités qui pratiquent l'assurance hospitalisation complémentaire) et au SPF Economie, des données (certifiées par un réviseur agréé) nécessaires à la construction de ces indices (à savoir, la charge brute des sinistres)<sup>32</sup>, sur la vérification par ces autorités du caractère suffisamment représentatif de ces données<sup>33</sup>, ainsi que sur l'établissement des tableaux correspondant auxdits indices et sur la publication de ces derniers<sup>34</sup>.

Cet arrêté royal est entré en vigueur le 4 avril 2016. Les premiers « nouveaux » indices médicaux ont été publiés au *Moniteur belge* le 1<sup>er</sup> juillet 2016. Ils sont également accessibles sur les sites internet du SPF Economie, de la FSMA et de l'OCM<sup>35</sup>.

#### *Adaptation des contrats en cours aux indices officiels*

14. Ensuite, à l'occasion de l'adoption de la loi « Solvabilité II », le législateur a entendu imposer la mise en conformité des contrats en cours, dans un délai de 2 ans à compter de l'entrée en vigueur « des arrêtés d'exécution » de l'article 204, § 3, de la loi relative aux assurances (concrètement, à compter du 4 avril 2016, date de l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 18 mars 2016), aux mécanismes d'indexation visés à cette disposition légale<sup>36</sup>.

<sup>28</sup>. *Cf. supra*, note 15. Sur le projet d'arrêté royal, *cf.* l'avis de la Commission des assurances du 9 septembre 2015 (Doc. C-2015-3; [www.fsma.be](http://www.fsma.be)).

<sup>29</sup>. Art. 6, § 4, de l'A.R. du 1<sup>er</sup> février 2010, tel que remplacé par l'art. 7 de l'A.R. du 18 mars 2016.

<sup>30</sup>. Art. 1<sup>er</sup> de l'A.R. du 1<sup>er</sup> février 2010, tel que remplacé par l'art. 2 de l'A.R. du 18 mars 2016.

<sup>31</sup>. Art. 2 de l'A.R. du 1<sup>er</sup> février 2010, tel que remplacé par l'art. 3 de l'A.R. du 18 mars 2016.

<sup>32</sup>. Art. 4 de l'A.R. du 1<sup>er</sup> février 2010, tel que remplacé par l'art. 5 de l'A.R. du 18 mars 2016.

<sup>33</sup>. Les données reçues doivent concerner au moins trois entreprises d'assurance représentant 75% de l'encaissement du marché belge des contrats d'assurance soins de santé, non liés à une activité professionnelle (art. 5 de l'A.R. du 1<sup>er</sup> février 2010, tel que remplacé par l'art. 6 de l'A.R. du 18 mars 2016).

<sup>34</sup>. Art. 6 de l'A.R. du 1<sup>er</sup> février 2010, tel que remplacé par l'art. 7 de l'A.R. du 18 mars 2016.

<sup>35</sup>. Art. 7 de l'A.R. du 1<sup>er</sup> février 2010, tel que remplacé par l'art. 8 de l'A.R. du 18 mars 2016.

<sup>36</sup>. Art. 204, § 3, al. 7, de la loi du 4 avril 2014, introduit par l'art. 728, 3<sup>o</sup>, de la loi « Solvabilité II ». En vertu de la même disposition, l'assureur doit informer le preneur d'assurance de la méthode d'indexation modifiée et de ses modalités au moyen d'une mention sur l'avis d'échéance de la prime.

La raison avancée tient au fait que l'application de tels mécanismes permet une augmentation linéaire et sans soubresauts des primes tout au long du contrat et met ainsi les assurés à l'abri d'une augmentation soudaine et importante de ces primes par suite d'une décision de la BNB d'autoriser, sur la base de l'article 504 de la loi « Solvabilité II » (*ex art. 210cties*, § 2, de la loi de 1975), l'assureur, pour des raisons prudentielles, à relever son tarif afin d'éviter une situation déficitaire.

**15.** Si l'objectif est louable, l'on peut toutefois s'étonner, eu égard au principe de la convention-loi (art. 1134 C. civ.), du fait que le législateur n'ait pas subordonné l'incorporation d'un mécanisme d'indexation dans un contrat en cours à l'accord des parties – alors qu'un tel accord est exigé, d'une manière générale, lorsqu'il s'agit d'adapter le contrat à « l'application d'une nouvelle réglementation »<sup>37</sup> – et qu'il exclue même catégoriquement que l'adaptation d'un contrat en cours aux indices médicaux puisse justifier la résiliation du contrat par le preneur d'assurance<sup>38</sup>.

Il est vrai que, en vertu de l'article VI.83, 2°, alinéa 2, sous a), du Code de droit économique, relatif aux clauses abusives, une indexation du prix du service peut être imposée au

« consommateur » sans que celui-ci dispose du droit de résilier le contrat. Mais cette possibilité est conditionnée, selon les termes mêmes de cette disposition, au fait que le mécanisme d'indexation soit explicitement décrit dans le contrat. Par conséquent, si cette disposition est de nature à légitimer l'indexation des primes dans le cadre d'un contrat comportant une clause d'indexation acceptée par le preneur d'assurance lors de la conclusion de ce contrat<sup>39</sup>, une intervention spécifique du législateur était, en revanche, nécessaire pour autoriser l'incorporation d'une clause d'indexation dans un contrat en cours tout en écartant le droit du preneur d'assurance de résilier le contrat en excipant d'une telle adaptation<sup>40</sup>.

**16.** Quoi qu'il en soit, il faut espérer que l'arrêt annoté est venu mettre un point final à l'incertitude juridique qui a d'emblée plané sur le mécanisme d'encadrement des modifications des contrats d'assurance maladie privés non liés à une activité professionnelle, et que les évolutions récentes intervenues au sujet de l'application des indices officiels apporteront à ce mécanisme la stabilité nécessaire au plein déploiement des effets recherchés par le législateur lorsqu'il l'a institué il y a près de 10 ans maintenant.

<sup>37.</sup> Art. 204, § 1<sup>er</sup>, al. 3, de la loi du 4 avril 2014, introduit par l'art. 87 de la loi du 26 octobre 2015 (*cf. supra*, note 10).

<sup>38.</sup> Art. 204, § 3, al. 8, de la loi du 4 avril 2014, introduit par l'art. 728, 3°, de la loi « Solvabilité II ». Cette interdiction s'entend toutefois sans préjudice de la faculté pour le preneur d'assurance de résilier le contrat à la prochaine échéance annuelle.

<sup>39.</sup> *Cf.*, en ce sens, l'avis de la Commission des assurances précité (note 28), p. 7.

<sup>40.</sup> L'on rappellera que, en revanche, le preneur d'assurance se voit expressément reconnaître le droit de résilier le contrat dans le cas d'une adaptation contractuelle ou tarifaire destinée à permettre à l'assureur, sur approbation des autorités de contrôle, de revenir à l'équilibre tarifaire (art. 41 de la loi du 4 avril 2014). S'agissant des modifications, envisagées à l'art. 204, § 5, de cette loi (*ex art. 138bis-4*, § 5, de la LCAT), liées à une évolution de la profession, des revenus ou du statut social de l'assuré, cette hypothèse paraît relever, en l'absence de dispositions législatives plus précises, de l'application de l'art. VI.83, 2°, al. 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique, qui déclare nulle la clause permettant à une entreprise de modifier unilatéralement le prix sans que le consommateur ait le droit de mettre fin au contrat avant que le nouveau prix s'applique. *Cf.*, à ce sujet, J.-M. BINON, *Droit des assurances de personnes*, *o.c.*, n° 1527.