

MISSION MUTUALITE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

Rapport de fin de mission

Michel ROCARD

Avec la collaboration de :

- M. Pascal PENAUD, Inspecteur Général des Affaires Sociales,
- M. Rémy SCHWARTZ, Maître des Requêtes au Conseil d'Etat
- M. Bruno BEZARD, Inspecteur des Finances – Sous-directeur des Assurances, Direction du Trésor,
Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie

Mai 1999

Par lettre de mission du 6 novembre 1998, Monsieur le Premier ministre m'a confié une mission de concertation et de propositions afin de définir les conditions dans lesquelles pourrait être élaboré un projet de loi qui, à la fois, satisfasse aux exigences communautaires de libre prestation de service et de sécurité financière imposées par les directives assurances et intègre les principes qui fondent l'action mutualiste afin d'assurer la pérennité des mutuelles et de protéger efficacement les droits de leurs membres.

La mission a travaillé avec l'ensemble des représentants du secteur mutualiste et a eu, en dépit de l'action contentieuse en cours, des contacts complémentaires avec la Commission européenne.

A l'issue de ces travaux, le présent rapport propose les bases d'une transposition des directives assurance préservant la spécificité du mouvement mutualiste et les intérêts de ses adhérents. Il propose aussi des perspectives d'évolution destinées à s'assurer du caractère effectif de l'accès aux soins.

Michel ROCARD

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE - LA TRANSPOSITION DES DIRECTIVES EUROPEENNES EST UNE OBLIGATION QUI NE PEUT PLUS ETRE RETARDEE

1. Applicables aux mutuelles à leur demande, les directives européennes auraient dû être transposées en 1993
 - 1.1 Les directives et la définition française des “ entreprises d’assurance ” au sens européen
 - 1.2 Une transposition réalisée pour les compagnies d’assurance et les institutions de prévoyance mais un retard pris pour les mutuelles
 - 1.3 Une saisine par la Commission de la Cour de Justice pour non-transposition
2. La non-transposition n’est pas une solution envisageable et n’est pas demandée par les principaux représentants de mutuelles
 - 2.1 Les représentants du monde mutualiste ne sont pas opposés à la transposition adaptée des directives
 - 2.1.1 La FNIM et le “ groupe des Six ” proposent une transposition sans particularisme à l’image de ce qui a été fait pour les institutions de prévoyance
 - 2.1.2. La FMF demande un traitement spécifique du risque santé et la préservation de l’essence mutualiste
 - 2.1.3. La FNMF souhaite une transposition adaptée aux spécificités du monde mutualiste
 - 2.2. Le retrait des mutuelles du champ des directives n’est pas envisageable
 - 2.3. L’absence de transposition a conduit la France devant la CJCE et met les mutuelles dans une situation de grande fragilité juridique
 - 2.3.1. Les directives sont immédiatement applicables dans leurs dispositions claires, ce qui recouvre l’essentiel des directives
 - 2.3.2. Le juge français commence à se référer aux directives dans les contentieux
 - 2.3.3. La situation des mutuelles est donc aujourd’hui juridiquement fragile
3. Le caractère d’intérêt général des mutuelles ne pourrait fonder des exceptions aux règles communautaires que dans la limite de la définition de cette notion en droit communautaire
 - 3.1. La notion de motif d’intérêt général est définie par la jurisprudence
 - 3.2. La Commission a une approche plus restrictive
 - 3.3. Une marge d’intervention est possible sans que puissent être occultés les risques contentieux

DEUXIEME PARTIE - POUR LA PLUS LARGE PART, LA TRANSPOSITION PEUT ETRE FAITE SANS REMISE EN CAUSE MAJEURE DES PRINCIPES MUTUALISTES

1. Une transposition différenciée suppose l’existence de règles juridiques définissant des obligations spécifiques des mutuelles que celles-ci sont prêtes, pour une part, à accepter.
 - 1.1. Les spécificités du fonctionnement des mutuelles reposent aujourd’hui plus sur leurs statuts et sur leurs pratiques que sur des règles juridiques contraignantes posées par le Code de la mutualité
 - 1.1.1. Des spécificités peu marquées par les textes législatifs
 - 1.1.2. Ces différences sont marquées, sans aucun doute, dans la pratique
 - 1.2. Certaines spécificités plus affirmées pourraient être inscrites dans le Code de la mutualité

- 1.3. Toutefois, le “ droit du contrat ” n’est pas, à ce stade, une préoccupation d’ordre communautaire
 - 1.3.1. La mutualité est préoccupée de la prise en compte au plan européen de sa spécificité dans la définition des relations entre l’adhérent et la mutuelle
 - 1.3.2. Ces préoccupations sont légitimes mais leur traitement ne relève pas, à ce jour, de la transposition des directives
 - 1.3.3. La nature et la portée de ces règles devront être expliquées à la Commission
2. L’application des règles prudentielles recueille un large accord et ne nécessite pas, à ce stade, de discussions avec la communauté
 - 2.1. L’application des règles prévues par les directives recueille un accord
 - 2.2. La définition des règles prudentielles propres au CREF est un problème purement interne
 - 2.2.1. Il existe un régime mutualiste de retraite complémentaire facultative combinant répartition et capitalisation
 - 2.2.2. Cette prestation est une prestation d’assurance au sens des directives européennes
 - 2.2.3. Elle doit donc être soumise à des règles prudentielles
 - 2.3. S’agissant des petites mutuelles, le législateur français est confronté à deux options non exclusives
 - 2.3.1. Il est possible de les exclure du champ de la transposition en modifiant la nature des garanties qu’elles offrent
 - 2.3.2. Il est possible de leur offrir la possibilité de se réassurer
3. La mise en œuvre du principe de spécialité n’interdit pas de gérer, au sein de la même structure, une activité d’assurance et des œuvres qui offrent aux seuls mutualistes des prestations en nature liées à l’activité d’assurance
 - 3.1. Le droit français peut être défini de manière à assurer une gestion mutualiste des œuvres sociales non liées à l’activité d’assurance au sens européen
 - 3.2. Sous certaines conditions, les œuvres sociales liées à la prestation d’assurance peuvent être gérées au sein de la même structure ; une autre option peut être la “ mutuelle sœur ”
 - 3.3. Si la gestion du régime obligatoire peut être confiée à une mutuelle ayant une activité d’assurance, gestion d’un établissement sanitaire participant au service public (PSPH) reste un sujet plus controversé
 - 3.3.1. Les directives européennes assurances n’ont pas d’impact sur capacité des mutuelles à assurer la gestion du régime obligatoire
 - 3.3.2. Admettre que la gestion d’un établissement sanitaire PSPH pourrait être confiée à une mutuelle ayant une activité d’assurance conduirait, sans doute, à un contentieux
 - 3.3.3. Une décision en opportunité
 - 3.4. Il convient de régler le problème spécifique du “ cautionnement mutualiste ”
 - 3.4.1. Pour la mutualité, le cautionnement mutualiste à titre gratuit n’est pas une activité d’assurance
 - 3.4.2. Accepter cette position nécessite la mise en place d’un régime juridique spécifique et conduit à réserver cette activité à des mutuelles n’ayant pas d’activité d’assurance au prix, toutefois, d’un risque de contentieux européen

3.4.3. L'ouverture de l'activité de cautionnement, au même titre que les compagnies d'assurance, ne pose pas de problème au plan du droit européen mais n'est pas acceptée par les principales mutuelles qui développent cette activité

3.4.4. Les deux options, qui ne sont pas alternatives, doivent conduire à un provisionnement pertinent

4. Les transferts de portefeuille doivent être libres et respecter les engagements pris à l'égard des mutualistes

4.1. Les règles communautaires obligent à une liberté du transfert de portefeuille entre entreprises d'assurance au sens communautaire

4.2. Elles ne s'opposent pas à ce que ces transferts préservent les engagements pris à l'égard des mutualistes si cela est prévu par les parties, et à des conditions statutaires de décision spécifiques

4.3. Cela justifie un renforcement supplémentaire des garanties mutualistes

5. Dans le cadre des directives européennes, si la loi peut permettre la réassurance au sein du mouvement mutualiste, elle ne peut la rendre obligatoire

5.1. Le principe de la liberté de réassurance interdit de contraindre, sauf pour des motifs d'intérêt général, la liberté de choix des "entreprises d'assurance" en ce domaine

5.2. Une réassurance volontaire au sein du mouvement mutualiste est possible dans le cadre des règles relatives à la concurrence

5.2.1. Il est possible de permettre aux unions de mutuelles de jouer un rôle de réassurance

5.2.2. Rendre cette réassurance obligatoire ne serait pas conforme aux règles communautaires

5.2.3. En tout état de cause, le choix du degré de recours à la réassurance et du réassureur doit relever de l'assemblée générale dans des conditions de majorité renforcées

5.2.4. Eviter de voir se constituer des "coquilles vides" sous forme mutualiste suppose de soumettre à conditions l'utilisation de la forme mutuelle et de renforcer les moyens de contrôle afférents

5.3. Même restreinte à la partie complémentaire maladie, une réassurance obligatoire au sein du monde mutualiste justifiée par des motifs d'intérêt général est une option conflictuelle qui ne peut être défendue que pour les petites mutuelles

6. Le gouvernement doit choisir entre un texte législatif limité à la transposition des directives ou une réforme plus complète du Code de la mutualité

6.1. Les représentants de la mutualité demandent que la transposition soit l'occasion d'une refonte du Code de la mutualité

6.2. Compte tenu des délais, la décision dépend sans doute de la capacité de l'administration à produire à temps ce texte

TROISIEME PARTIE : LES EVOLUTIONS DEJA ENTAMEES DANS LE DOMAINE DE LA PROTECTION SOCIALE COMPLEMENTAIRE RENDENT NECESSAIRES DES MODIFICATIONS TANT DE L'ACTION DE L'ETAT QUE DU MONDE MUTUALISTE

1. L'organisation administrative de l'Etat doit prendre en compte le caractère interministériel du suivi de l'économie sociale

1.1. Le nécessaire renforcement des moyens de gestion et de contrôle du secteur

- 1.2. Le nécessaire caractère interministériel de la délégation à l'économie sociale
2. Il serait difficilement compréhensible que certaines règles, qui relèvent de la compétence nationale, ne soient pas harmonisées entre opérateurs français
 - 2.1. L'harmonisation des règles juridiques et comptables ainsi que des pouvoirs des deux institutions de contrôle
 - 2.1.1. L'harmonisation des règles comptables et des sanctions des comportements déviants des dirigeants
 - 2.1.2. L'accroissement des pouvoirs de l'autorité de contrôle chargée de la mutualité
 - 2.1.3. La mise en place d'une autorité de contrôle unique présenterait des avantages dans un cadre interministériel
 - 2.2. Le maintien des avantages fiscaux ne pourrait être justifié que par le caractère légal d'obligations spécifiques des mutuelles
- 3.°La France doit s'engager dès maintenant pour obtenir au niveau européen un traitement spécifique de la couverture complémentaire maladie
 - 3.1. L'accès à la couverture complémentaire maladie devient nécessaire pour assurer l'accès de tous aux soins
 - 3.1.1. L'accès aux soins dépend , in fine, de la couverture complémentaire maladie
 - 3.1.2. Le désengagement des régimes obligatoires rend d'autant plus importante la couverture complémentaire
 - 3.2. L'atteinte de cet objectif ne peut être confiée au seul marché
 - 3.2.1. La concurrence et le fonctionnement du marché ont des conséquences économiques et sociales défavorables en matière d'assurance maladie
 - 3.2.2. Dans le contexte actuel de l'organisation de l'assurance maladie complémentaire, ces risques ne sont pas à négliger
 - 3.3. Il convient donc d'imposer, au plan européen et pour des motifs d'intérêt général, des normes de comportement à l'ensemble des opérateurs intervenant dans ce secteur économique

[LISTE DES ANNEXES](#)

PREMIERE PARTIE - LA TRANSPOSITION DES DIRECTIVES EUROPEENNES EST UNE OBLIGATION QUI NE PEUT PLUS ETRE RETARDEE

Ayant obtenu, à leur demande, que les mutuelles soient intégrées dans le dispositif communautaire qui régit l'activité d'assurance, la France doit transposer les directives européennes en droit interne dans les plus brefs délais.

1. Applicables aux mutuelles à leur demande, les directives européennes auraient dû être transposées en 1993

N'ayant pas transposé les directives aux seules mutuelles, la France est appelée à comparaître devant la Cour de Justice des communautés européennes (CJCE) pour non-transposition.

1.1. Les directives et la définition française des “ entreprises d'assurance ” au sens européen

La France a choisi de faire figurer les mutuelles relevant du Code de la mutualité parmi les “ entreprises d'assurance ” au sens européen. Elle a donc reconnu, de ce fait, qu'une partie de leur activité au moins est une activité d'assurance au sens européen du terme.

Les règles européennes s'appliquent à des entreprises d'assurance qui exercent une activité d'assurance et éventuellement des activités connexes.

- *L'activité d'assurance n'est pas définie par le droit européen si ce n'est par l'énumération des branches qui la composent*

Les directives européennes ne définissent pas l'activité d'assurance de manière globale. En particulier, elles ne se prononcent pas sur le contenu précis de la prestation d'assurance. Elles se limitent à fixer une décomposition en sous-ensembles, appelés branches. Cette décomposition permet de comprendre aisément l'objet de l'activité ; elle n'en borne pas forcément totalement le champ.

Les directives font une distinction entre les activités dites “ vie ” et activité dites “ non-vie ”. La différence entre elles n'est pas liée à une distinction entre l'assurance des risques courus par les personnes et ceux courus par les choses. Elle tient à la différence entre l'assurance contre des risques liés à la durée de la vie humaine et ceux qui ne le sont pas. Cette différenciation est fondée sur la particularité à la fois des techniques actuarielles applicables à chaque activité et des règles prudentielles pertinentes.

Les directives posent un principe général de séparation entre les activités vie et non-vie. (article 13 directive 79/267 première directive vie modifiée). Toutefois, pour tenir compte des liens entre les différentes activités d'assurance liées à la personne, la directive permet le cumul de l'activité vie et de l'activité non-vie pour les branches accidents (1) et maladie (2). Le tableau ci-dessous récapitule ces données.

- *Les “ entreprises d'assurance ” sont, elles, définies précisément par les directives*

Les entreprises d'assurance sont définies sur la base d'une liste des organismes concernés fournie par les Etats membres. Pour la France, il s'agit des :

- sociétés anonymes et sociétés d'assurance mutuelle relevant du Code des assurances,
- institutions de prévoyance régies par le Code de la sécurité sociale ou le Code rural,
- mutuelles régies par le Code de la mutualité.

Dans l'ensemble du rapport, le terme “entreprise d'assurance” est utilisé pour se référer à la définition européenne recouvrant les trois types d'intervenants et le terme de “mutuelles” pour définir les seules mutuelles régies par le Code de la mutualité.

Tableau 1 – Répartition en branches de l'activité d'assurance

Branches	Contenu	vie	Non-vie	“ mixte ”
I	- assurance en cas de vie - assurance en cas de décès - assurance mixte - assurance sur la vie avec contre assurance			
	- assurance de rente			
II- Nuptialité natalité	- assurance nuptialité - assurance natalité			
III -	- assurance en cas de vie - assurance en cas de décès - assurance mixte - assurance sur la vie avec contre assurance - assurance de rente liées à des fonds d'investissement			
IV	Permanent health insurance			
V	Tontines			
VI	Opérations de capitalisation basées sur une technique actuarielle comportant en échange de versements uniques ou périodiques versés à l'avance des engagements déterminés quant à leur durée et à leur montant			
VII	Gestion de fonds collectifs de retraite			
VIII	Participation des sociétés d'assurance aux régimes collectifs de retraite (art L441-1 du Code des assurances)			
IX	Opérations dépendant de la durée de la vie humaine définies ou prévues par la législation des assurances sociales lorsqu'elles sont pratiquées ou gérées en conformité avec la législation d'un état membre par des entreprises d'assurance et à leur propre risque			
1	Accident y compris accidents du travail et maladies professionnelles - prestations forfaitaires - prestations indemnitaires - combinaisons - personnes transportées			
2	Maladie			
3	Corps de véhicule terrestre			
4	Corps de véhicule ferroviaire			
5	Corps de véhicule aérien			
6	Corps de véhicules maritimes lacustres et fluviaux			
7	Marchandises transportées			
8	Incendie et éléments naturels tous dommages subis par les biens autres que véhicules et marchandises transportées lorsqu'il est causé par incendie, explosion, tempête, éléments naturels autres que la tempête, énergie nucléaire, affaissement de terrain			
9	Autres dommages aux biens tous dommages subis par les biens autres que véhicules et marchandises transportées lorsqu'il est causé par la grêle, la gelée et tout autre événement tel que le vol non compris sous 8			
10	RC véhicules terrestres automoteurs			
11	RC véhicules aériens			
12	RC véhicules maritimes lacustres ou fluviaux			
13	RC générale			
14	Crédit			
15	Caution			
16	Pertes pécuniaires diverses (emploi, insuffisance recettes,...)			
17	Protection juridique			
18	Assistance			

- *Les directives posent un principe de spécialité des “ entreprises d’assurance ”*

Les directives posent tout d’abord un principe de “ spécialité externe ” qui rend l’activité d’assurance incompatible avec tout autre activité commerciale. L’article 8 directive 73/238 modifiée et de la directive 79/267 modifiée stipule que : “ L’Etat membre d’origine exige que les entreprises qui sollicitent l’agrément (...) b) limitent leur objet social à l’activité d’assurance et aux opérations qui en découlent directement, à l’exclusion de toute autre activité commerciale ”

La directive ne précise pas s’il est possible de pratiquer au sein de la même structure des activités non commerciales, et par là même, ne pose pas d’interdit. Il faut toutefois rappeler que l’objectif est de limiter les risques pour les adhérents et sur ce terrain prudentiel, ce n’est pas le caractère lucratif mais la nature de l’activité qui doit être examinée. Par ailleurs, la définition d’une activité “ commerciale ” en droit européen serait plus large que celle d’une activité “ lucrative ” au sens du droit français. Pour la Commission, en effet, “ ce n’est pas le caractère lucratif qui prévaut mais le fait que cette activité puisse entrer en concurrence avec d’autres entreprises ayant une activité commerciale au sens classique. ”¹

De plus, les directives posent en complément un principe de “ spécialité interne ” ; elles limitent la possibilité pour une même “ entreprise d’assurance ” de couvrir, dans la même structure juridique, des risques “ vie ” et “ non-vie ”.

Le principe de spécialité n’est d’ailleurs, sous d’autres formes, pas étranger au droit interne. Ainsi, par un jugement du 6 avril 1998, la Cour d’Appel de Douai déduit du Code de la mutualité une restriction à l’activité des mutuelles en faveur de leurs membres, y compris pour les œuvres sociales (en l’espèce des centres optiques) :

“ Le principe essentiel posé par les articles L. 111-1 du Code de la mutualité est la limitation du champ d’action des mutuelles aux clients mutualistes – c’est-à-dire l’obligation faite à chaque organisme mutualiste d’œuvrer pour ses adhérents... et non au profit et/ou en direction des non-mutualistes.

Spécialement, l’article L. 411-1 rappelle la nécessité d’agir “ pour la réalisation des objectifs définis à l’article L 111-1 ” - ce qui implique un “ but non lucratif ” et une action menée “ dans l’intérêt (des membres mutualistes) et de leur famille ”.

Il s’en déduit que :

- Les mutuelles ont, par essence, un but non lucratif (article L. 111-1) ;
- En application de leur objet restrictif, elles doivent réserver leurs services à leurs membres adhérents.

Par ces motifs, la Cour fait défense à la mutuelle SMH, à la mutuelle UDMA et à la mutuelle ESM, en tant qu’exploitant de centres d’optique mutualistes, de vendre tout produit ou service lié à l’optique – lunetterie à des particuliers non-membres de la mutuelle vendeuse ou de l’une des mutuelles qui lui sont associées ”.

¹ Lettre de la Commission à M. ROCARD

- *Les directives incluent expressément la possibilité d'offrir une prestation en nature dans le cas de l'assistance (Art. premier, directive 72/239)*

Les directives ne précisent pas clairement si la prestation d'assurance est une prestation en espèce ou si elle peut être une prestation en nature. Elles ouvrent clairement la possibilité d'une prestation en nature dans le cas de l'assistance touristique (directive 84/641/CEE).

Directive 84/641/ CEE

Considérant que, en vue d'éliminer cette entrave au droit d'établissement, il convient de préciser qu'une activité n'est pas exclue de l'application de la première directive pour la simple raison qu'elle comporte une prestation fournie uniquement en nature ou pour laquelle le prestataire n'utilise que son personnel ou son matériel propres ; (...)

Considérant qu'une entreprise qui propose des contrats d'assistance doit disposer des moyens qui lui permettent de fournir dans des délais appropriés les prestations en nature qu'elle propose ; qu'il convient d'établir des dispositions spécifiques concernant le calcul de la marge de solvabilité et le montant minimal du fonds de garantie dont elle doit disposer ; (...)

L'aide peut consister en des prestations en espèces ou en nature. Les prestations en nature peuvent également être fournies par l'utilisation du personnel ou du matériel propres au prestataire [article premier]

Article 1^{er} 2 de la directive 73/239 non-vie :

L'activité d'assistance concerne l'assistance fournie aux personnes en difficulté au cours de déplacements ou d'absences du domicile ou du lieu de résidence permanente. Elle consiste à prendre, moyennant le paiement préalable d'une prime, l'engagement de mettre immédiatement une aide à la disposition du bénéficiaire d'un contrat d'assistance lorsque celui-ci se trouve en difficulté par suite d'un événement fortuit, dans les cas et dans les conditions prévus par le contrat.

L'aide peut consister en des prestations en espèces ou en nature. Les prestations en nature peuvent également être fournies par l'utilisation du personnel ou du matériel propres au prestataire.

L'activité d'assistance ne couvre pas les services d'entretien ou de maintenance, les services après-vente et la simple indication ou mise à disposition, en tant qu'intermédiaire d'une aide.

Cette possibilité conduit ainsi l'article 8-3 à préciser que “ la présente directive ne fait pas obstacle à ce que les Etats membres soumettent les entreprises sollicitant ou ayant obtenu l'agrément pour la branche 18 du titre A de l'annexe [assistance] au contrôle des moyens directs ou indirects en personnel et matériel, y compris la qualification des équipes médicales et la qualité de l'équipement dont elles disposent pour faire face à leurs engagements relevant de cette branche ”.

La Commission a précisé à la mission que “ les prestations en nature peuvent également relever de l'activité d'assurance. ” “ Il n'y a aucune interdiction dans les directives sur les assurances concernant la forme des prestations dont l'assuré doit bénéficier. ”²

² Lettre de la Commission à M. ROCARD

1.2. Une transposition réalisée pour les compagnies d'assurance et les institutions de prévoyance mais un retard pris pour les mutuelles

La date limite fixée par les troisièmes directives assurance pour leur transposition était le 31 décembre 1993. Cette transposition a été réalisée, dans les délais, pour les sociétés d'assurance relevant du Code des assurances et pour les institutions de prévoyance relevant du Code de la sécurité sociale.

Un retard a été pris pour les mutuelles, faute que soit décidée en quels termes une transposition “ adaptée aux spécificités des mutuelles ” pouvait être réalisée.

Le tableau ci-dessous récapitule le calendrier parallèle des travaux menés en France et des démarches conduites par la Commission européenne.

Tableau 2 – Historique du traitement des dernières transpositions

Procédures internes		Procédures communautaires	
09/12/93	Demande de Mme VEIL à M. BACQUET d'établir un rapport sur les difficultés soulevées par la transposition de ces directives aux mutuelles.		
		31/12/93	Date limite de transposition.
04/01/94	Modification partie législative du Code des assurances.		
		10/02/94	Lettre de la Commission demandant des observations à la France en raison de l'absence de transposition de deux directives.
05/94 08/08/94	Remise du rapport BACQUET. Modification partie législative Code sécurité sociale.(institutions de prévoyance)		
		31/03/95	Deuxième lettre d'observations de la Commission.
08/06/95	Annonce par le Gouvernement français à la Commission du dépôt prochain d'un projet de loi.		
		31/01/96	Lettre de mise en demeure.
02/07/96	Réponse d'attente à la mise en demeure.		
		05/03/97	Avis motivé de la Commission.
02/05/97	La France demande un délai supplémentaire d'attente à la Commission jusqu'en octobre 1997.		
19/11/97	Envoi d'un avant-projet de transposition.		
		28/11/97	Réponse Commission qui annonce que l'avant-projet n'est pas conforme aux directives
		17/12/97	La Commission réitère ses remarques de fond.
		6/7/98	Introduction d'un recours en manquement
11/08/98	Note des ministres de l'Emploi et de la Solidarité, de l'Economie, des Finances et de l'Industrie proposant des principes de transposition et un avant-projet.		
06/11/98	Demande de mission à M. ROCARD.		

1.3. Une saisine par la Commission de la Cour de Justice pour non-transposition

Constatant l'absence de transposition, la Commission a saisi la Cour de Justice pour non-transposition des directives assurances au motif que la France n'a pas pris les dispositions législatives, réglementaires et administratives pour transposer les directives 92/49/CEE du Conseil du 18/6/92 et 92/96 CEE du Conseil du 10/11/92 pour ce qui concerne les mutuelles régies par le Code de la mutualité.

Cette procédure contentieuse vise ce seul grief et "ce n'est qu'à titre informatif que la Commission a jugé nécessaire d'indiquer dans sa requête que le projet de loi communiqué par les autorités françaises et visant à parfaire la transposition (...) qui, à ce jour, n'a toujours pas été adopté, ne constituerait pas, s'il était transposé tel quel, une transposition satisfaisante de ces directives en ce qui concerne les mutuelles".³

2. La non-transposition n'est pas une solution envisageable et n'est pas demandée par les principaux représentants de mutuelles

La plupart des interlocuteurs de la mission, mais pas leur ensemble, se sont clairement placés dans le cadre d'une nécessaire transposition, même si la défense de la mutualité les conduit à refuser toute transposition qui mettrait en cause des principes regardés comme essentiels, et notamment la gestion des œuvres sociales sous une forme mutualiste.

2.1. Les représentants du monde mutualiste ne sont pas opposés à la transposition adaptée des directives

Les représentants du monde mutualiste rencontrés par la mission ne sont pas opposés à la transposition des directives qui leur paraît, notamment, apporter des éléments de sécurité financière aux adhérents. Ils sont, pour la plupart, inquiets, voire opposés à des évolutions qui conduiraient à remettre en cause la spécificité de la mutualité, c'est-à-dire en particulier la capacité de la forme juridique mutualiste à gérer des activités différentes de celles d'assurance au sens européen dans une structure unique. Certains estiment que la recherche d'une transposition "adaptée" ne peut être fructueuse et que la France devrait avoir d'autres perspectives.

2.1.1. La FNIM souhaite une transposition adaptée

La position de la FNIM s'inscrit dans le prolongement des propositions qu'elle avait rendues publiques à l'occasion du rapport de M. Alain BACQUET.

- En ce qui concerne les **engagements mutualistes, tout en étant favorable à ces principes**, la FNIM distingue la non exclusion et la non discrimination tarifaire, compatibles avec une saine gestion, de la non sélection à l'entrée dont l'application sans garde-fous lui apparaît dangereuse ;
- En ce qui concerne le **principe de spécialité**, elle constate que les mutuelles seront amenées, par l'effet des directives, à créer des structures autonomes pour la gestion des œuvres sociales ; au-delà de la compréhensible autonomie financière et comptable, elle suggère une transposition qui s'inspire des modèles existants que sont le cadre actuel des caisses autonomes ou le comité d'entreprise ;

³ Mémoire en réplique de la Commission du 23/11/98

- En ce qui concerne les **transferts de portefeuille**, elle réclame une décision à la majorité renforcée et le droit pour l'adhérent de résilier son adhésion ;
- A l'égard de la **réassurance**, la FNIM affirme à la fois la liberté pour une mutuelle de se réassurer auprès de l'organisme de son choix, sans obligation d'adhérer à une fédération mutualiste si c'est l'organisme réassureur choisi ; un dispositif particulier pourrait être envisagé pour les “ petites mutuelles ”.

2.1.2. La FMF demande un traitement spécifique du risque santé et la préservation de l'essence mutualiste

La FMF estime que la mutualité peut, sans problème, elle le fait déjà, s'acquitter des règles prudentielles européennes de prévoyance et de retraite. La spécialisation du risque santé permettant d'adapter, au niveau national et européen, les règles prudentielles adéquates à ce risque court. Car c'est l'amélioration de l'accès de l'ensemble des populations à la prévention et aux soins qui nécessite un traitement spécifique, exclusivement solidaire, du risque santé.

Dans ce cadre, il est nécessaire de fixer par la loi des obligations particulières aux opérateurs qui interviennent dans ce secteur et ce, quelle que soit leur nature juridique. La FMF indique assumer l'ensemble des conséquences de ce traitement particulier du risque santé. Elle est prête à accepter que, dans ce cadre, l'ensemble des opérateurs soit traité socialement et fiscalement à égalité, c'est-à-dire dans les conditions nationales faites actuellement aux seules mutuelles relevant du Code de la mutualité. La mise en place de la couverture maladie universelle mettant en œuvre les principes de l'obligation d'assurance, de non sélection des personnes et des risques, est d'ailleurs fondée sur cette spécialisation opposable à tous les opérateurs. Il s'agirait donc simplement d'étendre cette spécialisation.

Il lui apparaît que des mesures législatives nationales doivent et peuvent (article 54 des 3èmes directives) être envisagées, aussi rapidement que possible, tout en travaillant à l'élaboration d'une quatrième directive européenne sur la protection sociale complémentaire intégrant la spécification du risque santé, ainsi que le Président de l'association internationale de la mutualité vient d'en faire la proposition.

La FMF est attachée à ce que les mutuelles conservent la diversité d'activité qui est consubstantielle à leur nature et veut éviter que de simples mécanismes financiers ne conduisent à dénaturer la forme mutualiste. La spécialisation du risque santé permettrait de ne pas dissocier ce qui est dit assurance du risque de ce qui est action sur le risque par la prévention, par les réalisations. Tous les savoirs disponibles, confirmant que cette non dissociation qui serait valable pour tous les opérateurs, constituent la condition d'une maîtrise efficiente du risque.

La FMF est convaincue qu'on peut ainsi concilier exigences communautaires et respect des principes qui fondent l'action mutualiste.

2.1.3. La FNMF souhaite une transposition adaptée aux spécificités du monde mutualiste

- En ce qui concerne la **spécificité des engagements** des mutuelles envers les adhérents, la FNMF accepte le principe d'une inscription dans la loi de règles spécifiques régissant les engagements des mutuelles avec la définition suivante :
 - interdiction de recueillir des informations médicales à des fins de tarification
 - possibilité de moduler les prestations et les cotisations par décision de l'assemblée générale et en fonction des choix effectués par chaque adhérent quant à la fréquentation des professionnels de santé mais interdiction de tout traitement préférentiel à l'égard d'un adhérent
 - possibilité de demander un droit d'entrée lors de la première adhésion, directement inscrit dans les fonds propres des mutuelles
 - droit viager au maintien de la garantie complémentaire santé quelle que soit l'évolution de l'état de santé et de la consommation
 - inscription dans la loi de la possibilité pour les mutuelles de modifier, pour l'avenir, par voie de décision collective, les engagements réciproques de l'adhérent et de la mutuelle confortant ainsi la différence entre les engagements mutualistes et les engagements contractuels.
- En ce qui concerne le **principe de spécialité**, la FNMF réclame à la fois :
 - la possibilité de gérer au sein d'une même structure des réalisations sanitaires, prestations en nature liées à des engagements de nature assurantielle,
 - la possibilité que ces réalisations sanitaires participent au service public et donc ne soient pas réservées exclusivement aux adhérents mutualistes.

En ce qui concerne la **réassurance**, la FNMF réclame à la fois la possibilité pour les petites mutuelles de se voir exonérées des normes prudentielles dès lors qu'elles sont réassurées à 100% par une structure mutualiste agréée et l'obligation de s'adresser à une structure mutualiste pour toute réassurance du risque santé, sauf pour les fédérations nationales.

Par ailleurs, la mission a eu communication du projet de nouveau Code de la mutualité, élaboré par le "Groupe des six", et qui couvre d'autres aspects que la seule transposition des directives

2.2. Le retrait des mutuelles du champ des directives n'est pas envisageable

Les mutuelles ont été définies par les directives comme des "entreprises d'assurance" à leur demande officielle, reprise par l'Etat français. Leur retrait du champ des directives supposerait que la France obtienne sur ce point un accord de ses partenaires européens.

Cette hypothèse n'est clairement pas une réponse possible à court terme ; elle n'est pas envisageable à plus long terme la France n'ayant aucune chance d'obtenir de ses partenaires un accord pour un changement de position dont la justification serait difficile et alors qu'elle a transposé les directives pour d'autres organismes à but non lucratif, les institutions de prévoyance.

2.3. L'absence de transposition a conduit la France devant la CJCE et met les mutuelles dans une situation de grande fragilité juridique

La saisine de la CJCE met la France dans une situation difficile puisque sa condamnation pour non-transposition, qui est certaine, pourrait conduire au paiement d'astreintes importantes. Mais le secteur mutualiste est, avant même cette condamnation, soumis à de nouvelles règles car le droit européen s'applique, même en l'absence de transposition.

2.3.1. Les directives sont immédiatement applicables dans leurs dispositions claires, ce qui recouvre l'essentiel des directives

Les directives européennes ne sont pas théoriquement directement applicables en droit interne. Elles doivent être transposées pour être intégrées dans l'ordre juridique des pays membres de l'Union. Toutefois, la jurisprudence constante de la CJCE précise que les dispositions des directives suffisamment claires et inconditionnelles sont directement applicables en droit interne ; les particuliers peuvent en invoquer le bénéfice (05/04/79 Ministère Public/ Tulio Ratti et 26/02/86 Marshall).

2.3.2. Le juge français commence à se référer aux directives dans les contentieux

Il existe toujours un délai entre la date de mise en œuvre des textes européens et l'application directe de ces textes par les juridictions saisies au contentieux. Pour ce qui concerne les mutuelles, ce délai est maintenant passé et les risques d'annulation par des décisions contentieuses sont certains. Un règlement qui méconnaîtrait les objectifs posés par une directive serait annulé ou verrait son illégalité affirmée par voie d'exception (CE 28/09/84 Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française ; CE 07/12/84 Fédération française des sociétés de protection de la nature). Le juge écarterait toute disposition législative contraire aux objectifs d'une directive et annulerait les décisions individuelles prises sur la base des textes d'application de cette loi. (CE Ass. 28/02/92/Société Arizona Tabacco). Plus largement, le juge écarterait toute règle nationale, y compris les principes généraux du droit, contraire au droit communautaire (CE Ass. 06/02/98 Tête ; CE Section 20/05/98 Communauté de communes de Piémont-de-Barr). Il n'est ainsi plus possible de méconnaître les objectifs posés par les directives assurances.

A titre d'exemple, le tribunal administratif de Pau a, dans une décision du 15 décembre 1998, confirmé une décision du préfet des Landes refusant l'approbation des règlements de deux centres optiques que la mutualité des Landes se proposait d'ouvrir à Dax et Mont-de-Marsan. La motivation de cette décision fait expressément appel à l'application des directives dans les termes suivants :

“ Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la directive 92-49 du conseil de la CEE en date du 18 juin 1992 “ *les entreprises d'assurances... limitent leur objet social à l'activité d'assurance et aux opérations qui en découlent directement, à l'exclusion de toute autre activité commerciale* ” ; que si le préfet des Landes a refusé l'autorisation litigieuse en s'appuyant sur les dispositions du Code de la mutualité, cette autorité était tenue, ainsi qu'elle le soutient, de la refuser par application de l'article 8 précité de la directive qui, non transposée dans le droit interne dans le délai prévu, était suffisamment claire pour servir de base légale à la décision litigieuse ; qu'au surplus, la requérante ne conteste pas sérieusement le motif invoqué par le préfet en se limitant à fournir un bilan prospectif des centres d'optique ; qu'enfin, le détournement de procédure qu'elle invoque n'est pas établi. ”

Au-delà même des directives assurances, ce sont les règles de libre prestation de services issues du

traité de Rome qui s'imposent en France. Là encore, le juge français peut être conduit à censurer toute décision contraire à ce principe.

2.3.3. La situation des mutuelles est donc aujourd'hui juridiquement fragile

En l'absence d'une transposition des directives, la situation des mutuelles s'avère aujourd'hui juridiquement fragile. En effet, les directives s'appliquent et seront prises en considération tant par les autorités de contrôle que par les juridictions.

La Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCMIP) n'a pas, à ce jour, fait application dans ses contrôles des règles prudentielles européennes, faute de transposition en droit interne. Cette position pourrait évoluer. En effet l'article L 531-1-1 du Code de la mutualité stipule que " La Commission (...) s'assure que les mutuelles sont toujours en mesure de remplir les engagements qu'elles ont contractés à l'égard des adhérents et qu'elles présentent la marge de sécurité prescrite ". Couplée avec l'article L 531-1 qui prévoit que " le contrôle des mutuelles est effectué dans l'intérêt de leurs membres, par la Commission de contrôle " cette disposition pourrait conduire la Commission à considérer que les règles prévues par les directives sont directement applicables dans l'intérêt des mutualistes et donc qu'il lui appartient d'en faire respecter la mise en œuvre. Des mesures prises dans ce cadre seraient sans doute validées par le Conseil d'Etat.

De plus, les obligations prévues par le Code de la mutualité et qui sont clairement contraires aux directives, comme l'obligation de se réassurer auprès d'une autre mutuelle ou de la CNP, sont aujourd'hui obsolètes dans la mesure où aucun comportement contraire à ces dispositions ne pourrait être sanctionné par une juridiction ; celle-ci serait en l'espèce tenue d'écarter les textes contraires aux règles européennes. Rien n'empêche donc aujourd'hui une mutuelle de se prévaloir des directives et par exemple de se réassurer auprès de l'opérateur de son choix.

Il est nécessaire de transposer les directives afin de donner un cadre de référence aux opérateurs. Et au-delà de ces directives, il est nécessaire de vérifier que les règles nationales en vigueur sont conformes au principe communautaire de libre prestation de service, dans le respect de l'intérêt général

3. Le caractère d'intérêt général des mutuelles ne pourrait fonder des exceptions aux règles communautaires que dans la limite de la définition de cette notion en droit communautaire

3.1. La notion de motif d'intérêt général est définie par la jurisprudence

L'intérêt général permet de justifier que soient apportées des entorses aux principes communautaires de libre concurrence et notamment de libre prestation de service.

La notion d'intérêt général a été abondamment pourvue par la jurisprudence de la CJCE. La protection des travailleurs (CJCE 17/12/81 Webb), la protection des consommateurs (CJCE 04/12/86 Commission/Allemagne), la politique culturelle et la sauvegarde de la diversité culturelle ont été regardées, parmi d'autres, comme des finalités d'intérêt général (25/07/91 Commission/Pays-Bas ; 03/02/93 Veronica Omroep Organisatie).

La Cour de justice a même spectaculairement affirmé que la concurrence pouvait être légalement limitée pour que soit assuré l'équilibre économique d'ensemble d'un service public, justifiant l'extension d'un monopole au-delà du service universel pour englober des services par nature marchands (CJCE 19/05/93 Corbeau). De la même façon, la Cour a estimé que les règles de concurrence pouvaient être écartées, dès lors que ces restrictions sont nécessaires pour permettre aux entreprises en charge du "service d'intérêt économique général" de l'exercer, légitimant en conséquence un monopole d'importation d'énergie électrique (CJCE 27/04/94 Commune d'Almelo). La notion de besoin d'intérêt général "ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial" n'exclut pas des besoins qui sont également satisfaits ou qui pourraient l'être par des entreprises privées (CJCE 15/01/98 Mannesmann Austria ; 18/06/98 Corsica Ferries France SA ; 10/11/98 Geemete Arnhem, Geemete Reden et BFI Holding BV).

La Cour de Justice justifie ainsi très nettement que soient mises des limites aux règles de la concurrence lorsque ces restrictions sont nécessaires à la réalisation d'un intérêt général.

3.2. La Commission a une approche plus restrictive

Les évolutions de la jurisprudence sont allées à l'encontre des positions auparavant exprimées par la Commission : elle n'est pas spontanément portée à admettre des restrictions aux règles communautaires de la concurrence. Elle rappelle ainsi dans une communication interprétative que la notion de besoin d'intérêt général ne peut être extensive et que l'entorse à un principe fondamental du traité, tel la libre prestation de service, doit être justifiée par des "raisons impérieuses d'intérêt général", sans aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire.

Elle prend notamment appui sur une jurisprudence de la CJCE confortant cette analyse dès lors que sont en cause les principes fondamentaux de libre prestation de service ou de libre établissement (CJCE 25/07/91 Säger et 30/11/95 Gebhard). La Commission sera ainsi nécessairement fort vigilante et contestera toute mesure contraire, notamment à la libre prestation de service, qui ne lui apparaîtra pas justifiée par des "raisons impérieuses d'intérêt général" et strictement nécessaires à la réalisation de l'objectif. La Commission considère au surplus que les possibilités de recours à la notion d'intérêt général sont bien plus réduites lorsque l'Etat intervient en un domaine harmonisé par le droit dérivé communautaire. Elle reconnaît toutefois que le droit du contrat est, aujourd'hui, un domaine non harmonisé.

3.3. Une marge d'intervention est possible sans que puissent être occultés les risques contentieux

Si la France souhaitait porter atteinte à certaines règles concurrentielles, telle la règle fondamentale de la libre prestation de service, elle devrait le justifier par de solides raisons d'intérêt général. La question se posera avant tout en matière de réassurance, voire en ce qui concerne le principe de spécialité posé par les directives assurances. Notamment, il est certain que seule une atteinte partielle et limitée à la libre prestation de service pourrait être juridiquement acceptable. Plus elle sera partielle et limitée, plus elle sera justifiable, l'intérêt général tenant, comme nous le verrons, à la préservation des petites structures mutualistes, réseaux humains de solidarité et de démocratie sociale ou à l'accès aux soins pour tous.

DEUXIEME PARTIE - POUR LA PLUS LARGE PART, LA TRANSPOSITION PEUT ETRE FAITE SANS REMISE EN CAUSE MAJEURE DES PRINCIPES MUTUALISTES

Compte tenu des explications complémentaires obtenues de la Commission, la transposition des directives européennes, mais aussi l'adaptation au principe communautaire de libre prestation de service, peuvent être faites dans le respect des spécificités mutualistes, même si elles entraîneront de nécessaires adaptations, dont la mission ne sous-estime pas l'ampleur.

1. Une transposition différenciée suppose l'existence de règles juridiques définissant des obligations spécifiques des mutuelles que celles-ci sont prêtes, pour une part, à accepter

Une transposition qui respecte les spécificités de la mutualité suppose que celles-ci, non seulement existent, mais soient prévues par des textes de niveau législatif et réglementaire. Or, ce n'est que partiellement le cas aujourd'hui.

1.1. Les spécificités du fonctionnement des mutuelles reposent aujourd'hui plus sur leurs statuts et sur leurs pratiques que sur des règles juridiques contraignantes posées par le Code de la mutualité

Les spécificités des mutuelles quant à leur organisation, à leur fonctionnement et à leurs relations avec les adhérents sont notables et liées à la fois à leur statut propre, dû à leur nature juridique de sociétés de personnes, et à leur caractère non lucratif. Toutefois, ces spécificités ne sont le plus souvent inscrites que dans les statuts et sont donc très variables selon les institutions.

1.1.1. Des spécificités peu marquées par les textes législatifs.

Certes, les mutuelles sont soumises à des contraintes de nature législative concernant leurs modalités de tarification. Cela les différencie des institutions de prévoyance et des entreprises d'assurance du Code des assurances dont la tarification est libre.

Toutefois, la portée de cet encadrement législatif est faible puisque le texte de la loi ouvre aux mutuelles de larges possibilités de modulation tant des cotisations que des prestations :

- elle n'interdit pas la tarification en fonction du risque et permet, dans ce cadre, des discriminations entre membres ou catégories de membres participants ; c'est sans doute sur cette base que se fondent les mutuelles qui tarifient en fonction de l'âge de l'adhérent ou qui font remplir à leurs adhérents un questionnaire de santé
- elle permet d'offrir plusieurs niveaux de garantie selon le montant des cotisations
- elle permet de prendre en compte la situation de famille
- elle permet de moduler les cotisations en fonction du revenu

Article L 121-2 du Code de la mutualité

Les mutuelles ne peuvent instituer, en ce qui concerne le niveau des prestations et des cotisations, des discriminations entre membres ou catégories de membres participants si elles ne sont pas justifiées par les risques apportés, les cotisations fournies ou la situation de famille des intéressés.

Les cotisations peuvent être modulées en fonction du revenu des membres participants.

1.1.2. Ces différences sont marquées, sans aucun doute, dans la pratique

Des différences existent dans la pratique mais avec une certaine variabilité à l'intérieur même du monde mutualiste, selon les statuts des unes et des autres.

1.2. Certaines spécificités plus affirmées pourraient être inscrites dans le Code de la mutualité

Au-delà de la transposition des directives, la mission estime souhaitable, pour des motifs d'opportunité et pour offrir des garanties aux mutualistes, que les spécificités mutualistes soient inscrites dans la loi. La mutualité ne peut à la fois souhaiter apporter une réponse solidaire aux besoins sociaux et refuser que les comportements contraires à ces principes mutualistes ne soient pas interdits, et sanctionnés.

Il lui apparaît donc nécessaire d'inscrire dans la loi ces principes ; pour la mission, ils pourraient **notamment** concerner les points suivants :

- Caractère viager de l'engagement qui ne peut être rompu par les mutuelles du fait des modifications de l'état de santé ou de la consommation médicale de l'adhérent,
- Non-individualisation de la cotisation en fonction du risque,
- Interdiction de la sélection à l'entrée et de l'utilisation du questionnaire médical,
- Interdiction de toute rémunération directe ou indirecte en fonction du chiffre d'affaires des " commerciaux ".

La conséquence naturelle en est l'élargissement de la mission et des pouvoirs de contrôle de la CCMIP. Celle-ci doit contrôler la vérification de l'application des règles propres à la mutualité. Il en découle aussi naturellement que les organismes ne respectant pas ces règles devraient être contraints soit de les respecter, soit d'abandonner l'appellation de mutuelle, et que des mécanismes juridiques conduisant à ce retrait d'agrément devraient être prévus.

Cette définition législative des principes mutualistes est par ailleurs nécessaire pour toute démarche visant à justifier au nom de l'intérêt général des restrictions aux principes du droit communautaire. Comme indiqué plus haut, cette démarche ne sera pas nécessairement couronnée de succès ; mais pour avoir quelques chances d'aboutir, elle doit s'appuyer sur des dispositions législatives et réglementaires. Il faut à cet égard rappeler, en effet, que les services de la Commission et, dans une moindre mesure la CJCE, ont une vision largement juridique qui les conduirait à rejeter des arguments fondés sur les seuls statuts. Ceux-ci n'offrent pas suffisamment de garanties en ce qui les concerne.

1.3. Toutefois, le " droit du contrat " n'est pas, à ce stade, une préoccupation d'ordre communautaire

La mission partage les préoccupations des mutualistes relatives au " droit du contrat ". Mais ce sujet important ne lui apparaît pas, à ce stade, être un point dont le traitement immédiat est nécessaire pour transposer les directives européennes. Il sera sans doute un point important d'une réforme du Code de la mutualité.

1.3.1. La mutualité est préoccupée par la prise en compte au plan européen de sa spécificité dans la définition des relations entre l'adhérent et la mutuelle

Les représentants des mutuelles sont préoccupés par l'impact que pourraient avoir les directives européennes sur le mode de fonctionnement démocratique des mutuelles en raison d'une vision de la protection du consommateur adaptée au secteur lucratif de l'assurance.

A la différence des entreprises relevant du Code des assurances, les relations entre une mutuelle et ses adhérents ne sont pas de nature uniquement contractuelle. Certes, il existe un aspect contractuel régissant d'un côté les cotisations et de l'autre les prestations, mais il est complété par l'application de dispositions statutaires. L'adhérent à la mutuelle participe à une société de personnes et les conditions des contrats sont définies par la société de personnes en assemblée générale.

Contrairement au secteur commercial de l'assurance, l'adhérent est à la fois consommateur et décideur dans la structure qui l'assure. Il est avant tout un "citoyen".

Or, il est clair que ce mode de fonctionnement particulier n'a pas été pris en considération lors de la rédaction des dispositions des directives relatives au "droit du contrat" qui, visiblement, s'adressent à des compagnies d'assurances dans une relation contractuelle classique.

1.3.2. Ces préoccupations sont légitimes mais leur traitement ne relève pas, à ce jour, de la transposition des directives

On ne peut que partager ces préoccupations et souhaiter que la France ait à cœur de faire prévaloir, en amont de la rédaction des textes européens, la prise en compte des modalités de fonctionnement des sociétés de personnes que sont les mutuelles.

Aujourd'hui toutefois, l'harmonisation du droit du contrat n'est pas un objectif européen comme l'indiquent clairement les considérants des troisièmes directives assurances :

"Considérant que l'harmonisation du droit du contrat d'assurance n'est pas une condition préalable de la réalisation du marché intérieur des assurances ; qu'en conséquence, la possibilité laissée aux Etats membres d'imposer l'application de leur droit aux contrats d'assurance qui couvrent des risques situés sur leur territoire est de nature à apporter des garanties suffisantes aux preneurs d'assurance qui ont besoin d'une protection particulière. "

Il appartient donc à la France de définir, dans le respect des dispositions de protection du consommateur prévues par les directives, des règles propres aux mutuelles.

1.3.3. La nature et la portée de ces règles devront être expliquées à la Commission

Des engagements spécifiques ne posent aucun problème de droit communautaire s'ils sont prévus par des dispositions statutaires ou contractuelles propres aux "entreprises d'assurance". Par contre, la Commission s'estime concernée s'il s'agit de dispositions législatives ou réglementaires nationales.

Interrogée sur ce point, la Commission a précisé à la mission que "lorsque ces engagements ont

pour origine une disposition légale nationale, la compatibilité avec le droit communautaire doit être appréciée à la lumière de la notion d'intérêt général. ”⁴

La mission estime que l'inscription des principes mutualistes dans la loi va clairement dans le sens de l'intérêt général en garantissant que l'emploi de cette forme juridique correspond à un comportement solidaire. Si la Commission ne l'acceptait pas, il lui appartiendrait d'aller au contentieux devant la CJCE pour expliquer en quoi ces dispositions seraient contraires à l'intérêt général ou non strictement nécessaires ou proportionnées. La mission est, sur ce point, raisonnablement confiante.

S'agissant d'un sujet qui concerne la nature même du mouvement mutualiste, la mission estime que toute proposition de texte devrait être précédée d'un large débat dont le champ dépasse celui de son objet ; elle n'a donc pas formulé de projet de texte.

2. L'application des règles prudentielles recueille un large accord et ne nécessite pas, à ce stade, de discussions avec la communauté

S'agissant des règles prudentielles harmonisées, la transposition doit être faite et la mission n'a pas dégagé de marges de manœuvre.

2.1. L'application des règles prévues par les directives recueille un accord des principaux représentants du monde mutualiste

Les principaux représentants de la mutualité rencontrés par la mission lui ont fait part de leur accord sur l'application des règles prudentielles. Celles-ci sont, de toutes façons, clairement définies dans les directives et donc directement opposables aux normes internes, sans qu'il existe des nécessités d'intérêt général justifiant d'y déroger.

En particulier, l'application des règles relatives aux activités “ vie ” ne fait l'objet d'aucune opposition. Il en va un peu différemment pour certaines règles relatives aux activités “ non-vie ” et à l'application du principe de spécialité.

Au plan législatif, et à l'image de ce qui a été fait pour les autres entreprises d'assurance, seule est nécessaire une disposition renvoyant la fixation des normes précises à un décret.

Projet de texte législatif

Un décret en Conseil d'Etat détermine les règles relatives à la marge de solvabilité, aux provisions techniques, aux tarifs et aux placements et autres éléments d'actif des mutuelles.

⁴ Lettre de la Commission à M. ROCARD

Certains représentants de la mutualité ont demandé que soit prévu un délai de mise en œuvre de ces dispositions équivalent à celui obtenu par les autres opérateurs à la suite de la transposition les concernant. Cette demande ne sera sans doute pas acceptée par la Commission compte tenu du retard pris par la France dans sa transposition. La prendre en compte accroîtrait pour la Commission les motifs d'un contentieux ; cela n'est donc pas recommandé par la mission.

2.2. La définition des règles prudentielles propres au CREF est un problème purement interne

La France est libre des modalités de transposition pour les régimes de retraite complémentaire facultatifs par répartition, pour lesquels les directives ne fixent pas de règles précises.

2.2.1. Il existe un régime mutualiste de retraite complémentaire facultative combinant répartition et capitalisation

L'ordonnance n° 59/75 du 7 janvier 1959, relative à certaines opérations de prévoyance collective et d'assurance, prévoyait la possibilité, pour les organismes d'assurance et de prévoyance, y compris les mutuelles, d'effectuer des opérations de retraite facultative fonctionnant selon un régime mixte, combinant les techniques de la répartition et de la capitalisation, les engagements pris pouvant ne pas être intégralement couverts par des provisions techniques.

Le Code de la mutualité a supprimé cette possibilité. Toutefois, une exception à cette obligation de couverture intégrale des engagements a été prévue pour les seules caisses autonomes assurant la couverture du risque vieillesse par répartition *qui étaient autorisées à fonctionner à la date du 31 juillet 1998*. Une caisse autonome mutualiste fonctionne aujourd'hui dans ce cadre et offre plusieurs produits dont le plus connu est le "complément retraite épargne fonction publique" [CREF].

2.2.2. Cette prestation est une prestation d'assurance au sens des directives européennes

Il apparaît clairement que ce produit de retraite mixte, associant répartition et capitalisation, est une prestation d'assurance au sens du droit européen.

- **La Commission n'a pas pris position sur le sujet qui lui apparaît relever de l'Etat français**

La FNMF avait interrogé en 1994 la Commission en lui demandant si la gestion par une mutuelle régie par le Code de la mutualité d'un régime de retraite non obligatoire par répartition pouvait *"être regardée comme l'activité d'un organisme de prévoyance et de secours accordant des prestations variables selon les ressources disponibles et déterminant forfaitairement la contribution de ses adhérents, au sens de l'article 2.2. de la Première directive du Conseil du 5 mars 1979 relative à l'assurance directe sur la vie et être exclue, à ce titre, du champ d'application de cette directive"*.

Après avoir indiqué qu'à son avis cette question posait aux actuaires un problème de principe, celui de la viabilité d'un système de retraite par répartition facultatif, la Commission a estimé qu'il s'agissait d'une appréciation de fait, sur laquelle les autorités françaises étaient seules à même de répondre.

- **Il n'apparaît toutefois pas que l'on puisse défendre au fond la position d'une exclusion du champ d'application des directives :**

Une retraite complémentaire n'est généralement pas considérée, en droit et en fait, comme une prestation de prévoyance et de secours dont le montant dépendrait des ressources de l'organisme qui les verse sans aucun engagement de versement à l'égard de l'assuré. De plus, l'article 2.2. vise des organismes qui "déterminent forfaitairement la contribution de leurs adhérents" ; or, dans le CREF, chaque adhérent choisit une option de cotisation et de prestation.

Aujourd'hui, les adhérents au CREF n'estiment sûrement pas, sur la base des documents de présentation qui leur sont fournis, adhérer à un contrat marqué à la fois par le caractère variable tant des prestations que des cotisations, et par la nature de secours de la prestation.

2.2.3. Elle doit donc être soumise à des règles prudentielles

Si des règles prudentielles doivent être définies, leur contenu relève du droit national faute de dispositions précises en droit communautaire.

- **La définition de règles prudentielles est, en tout état de cause, indispensable.**

Les directives n'interdisent pas le principe de la répartition pour des régimes de retraite. Toutefois, elles posent un principe général de provisionnement des engagements pris par les "entreprises d'assurance". L'article 17 de la directive n° 79/267/CEE modifiée, dite première directive assurance vie, dispose que "l'Etat membre d'origine impose à chaque entreprise d'assurance de constituer des provisions techniques suffisantes, y compris des provisions mathématiques relatives à l'ensemble de ces activités". S'agissant d'une mutuelle et donc d'une "entreprise d'assurance" au sens du droit communautaire, l'Etat français doit définir les "provisions techniques suffisantes" adaptées à la nature du service rendu à ses adhérents.

- **Cette définition a été faite pour les autres "entreprises d'assurance" au sens européen proposant des produits de retraite de concurrents du CREF.**

La loi n° 94-5 du 4 janvier 1994 a transposé cette disposition aux **compagnies d'assurance**. Les régimes d'assurance fonctionnant antérieurement selon les dispositions de l'ordonnance du 7 janvier 1959 (régimes de l'article L-441-1 et suivants du Code des assurances) doivent désormais provisionner intégralement les engagements pris dans ce cadre.

La loi n° 94-678 du 8 août 1994 a transposé ces mêmes dispositions aux **institutions de prévoyance**, les règles de provisionnement étant identiques à celles retenues pour les compagnies d'assurance.

S'agissant des **institutions de retraite supplémentaire**, la loi n° 94-678 du 8 août 1994 a posé le principe du provisionnement intégral des engagements *nés après la date de publication de la loi*. Le décret d'application définissant les règles de provisionnement n'est toutefois pas encore paru.

• Les règles devront pouvoir être expliquées à la Commission

Le cadre juridique des caisses autonomes mutualistes de retraite par répartition constitue désormais une exception au principe du provisionnement intégral des engagements posé par les directives européennes d'assurance, parce que ce provisionnement n'a pas de sens dans le cadre d'un régime par répartition.

La directive ne posant pas de règle précises, il appartient à la France de définir les règles techniques qui assureront un provisionnement suffisant. Toutefois, il faut prévoir que ces règles devront pouvoir être expliquées à la Commission et que, notamment, il faudra pouvoir lever ses éventuelles inquiétudes sur la capacité du régime à soutenir d'éventuelles évolutions défavorables.

Par ailleurs, il n'est pas à exclure que les organismes astreints au provisionnement intégral des engagements ou la Commission contestent devant les tribunaux compétents ce qu'ils estimerait être un avantage concurrentiel conféré aux régimes de retraite par répartition gérés par un Code de la mutualité prévoyant des dispositions différentes, si celles-ci étaient trop peu prudentes.

Projet de texte législatif

Un décret en Conseil d'Etat détermine les règles prudentielles applicables aux mutuelles assurant la couverture du risque vieillesse par répartition qui disposaient, au 31 juillet 1998, d'une caisse autonome assurant la couverture de ce risque.

2.3. *S'agissant des petites mutuelles, le législateur français est confronté à deux options non exclusives*

La question se pose de savoir si l'ensemble des mutuelles, y compris les plus petites, doivent être soumises au droit européen.

Les directives européennes prévoient la possibilité, dans certaines conditions, de ne pas soumettre au droit communautaire les mutuelles de petite taille.

Article 3 :

La présente directive ne concerne pas :

- ❶ les organismes qui garantissent uniquement des prestations en cas de décès, lorsque le montant de ces prestations n'excède pas la valeur moyenne des frais funéraires pour un décès ou lorsque ces prestations sont servies en nature ;
- ❷ les mutuelles d'assurance, dont, à la fois :
 - les statuts prévoient la possibilité soit de procéder à des rappels de cotisation, soit de réduire les prestations, soit de faire appel au concours d'autres personnes qui ont souscrit un engagement à cette fin,
 - le montant annuel des cotisations perçues au titre des activités couvertes par la présente directive n'excède pas 500 000 unités de compte pendant trois années consécutives. Si ce montant est dépassé pendant trois années consécutives, la présente directive s'applique à partir de la quatrième année.

2.3.1. Il est possible de les exclure du champ de la transposition en modifiant la nature des garanties qu'elles offrent

On peut mettre les petites mutuelles dans ce cas de figure en modifiant le Code de la mutualité pour prévoir la possibilité soit de procéder à des rappels de cotisation, soit de réduire les prestations.

2.3.2. Il est possible de leur offrir la possibilité de se réassurer

La mission estime pour sa part que la première option ne va pas dans le sens de la pérennité des garanties offertes aux mutualistes. Elle préconise le deuxième volet de l'alternative, la réassurance qui, de plus, va dans le sens d'un renforcement de l'unité et de la cohérence du monde mutualiste.

3. La mise en œuvre du principe de spécialité n'interdit pas de gérer, au sein de la même structure, une activité d'assurance et des œuvres qui offrent aux seuls mutualistes des prestations en nature liées à l'activité d'assurance

La lecture des directives ouvre clairement cette possibilité ; toutefois, il doit être clair que les prestations offertes doivent être effectivement liées à la réalisation d'un événement aléatoire et ne peuvent concerner que des mutualistes.

3.1. Le droit français peut être défini de manière à assurer une gestion mutualiste des œuvres sociales non liées à l'activité d'assurance au sens européen

L'application du principe de spécialité défini par le droit européen interdit à une "entreprise d'assurance" de pratiquer au sein de la même structure juridique des activités autres que d'assurance. Cela signifie que l'ensemble des œuvres, qui ne peuvent être liées à la réalisation d'un aléa couvert par un contrat avec un adhérent mutualiste, ne peuvent être abritées par la structure juridique d'une mutuelle offrant des prestations d'assurance. Par contre, dès lors qu'une mutuelle n'a pas d'activité d'assurance, la définition des activités qu'elle peut avoir dépend uniquement du droit interne.

Il en résulte que si la séparation des œuvres non liées à l'activité d'assurance est une obligation européenne, la possibilité qu'elles puissent être gérées sous une forme mutualiste, par exemple une union sans activité d'assurance ou une mutuelle spécifique, peut être offerte par le droit français sans contradiction avec le droit européen.

La mission ne méconnaît pas les difficultés que cette séparation peut occasionner au mouvement mutualiste, notamment le risque d'une parcellisation et, à terme, d'un éloignement entre les mutuelles "entreprises d'assurance" et les mutuelles n'ayant pas cette activité.

Il lui apparaît qu'outre la vivacité du sentiment mutualiste, il peut être remédié à ces risques en modifiant le droit interne pour assurer une communauté de décision et de direction entre plusieurs mutuelles.

Le rapport BACQUET⁵ suggérait, sans en préciser le dispositif juridique, de créer des "mutuelles

⁵ Etude de certaines difficultés soulevées par l'application aux mutuelles régies par le Code de la mutualité de plusieurs dispositions des directives européennes concernant les assurances - Mai 1994

sœurs”. Selon ce rapport “ Dans cette perspective, la mutuelle sœur gérant les œuvres sociales aurait, en réalité, ou pourrait avoir les mêmes adhérents et, dans le respect des règles démocratiques, les mêmes dirigeants que ceux de la mutuelle d’assurance. En toute hypothèse, les mutuelles partenaires dans le cadre d’un tel binôme devraient conclure entre elles une convention déterminant leurs relations financières et les modalités de leur coopération ”.

La FNMF a transmis à la mission un projet de création de structures communes, les “ groupements d’intérêts mutualistes ”, visant plutôt à rechercher cette cohérence par une structure de tête.

Projet de texte relatif au groupement d’intérêts mutualistes proposé par la FNMF

Les mutuelles peuvent constituer entre elles des groupes d’intérêts mutualistes (GIM).

Dans le cadre des règles de fonctionnement définies par les statuts des Groupements d’Intérêts Mutualistes, chacune des mutuelles peut transférer les compétences de son Assemblée Générale ou de son Conseil d’Administration respectivement à l’Assemblée Générale ou du Conseil d’Administration du groupe mutualiste. Une telle dévolution entraîne la disparition de droit de l’assemblée générale ou du Conseil d’Administration de chacune des mutuelles adhérentes.

Les statuts peuvent prévoir que l’adhésion à une des mutuelles membre entraîne de plein droit l’adhésion aux autres mutuelles membres et corrélativement donne le droit de participer directement à la désignation des membres de l’Assemblée Générale du groupement d’intérêts mutualistes.

Les statuts fixent les règles autorisant le Conseil d’Administration ou l’Assemblée Générale du groupe mutualiste, dans le respect de chacune de ces instances, à pouvoir procéder à des transferts de fonds entre les composantes du groupe.

Ces transferts peuvent être limités par le respect des règles d’ordre public régissant l’activité d’une des mutuelles adhérentes au groupe.

S’agissant enfin des **transferts de fonds** entre une mutuelle ayant une activité d’assurance et une mutuelle ayant une autre activité, ils ne sont pas interdits par le droit communautaire et peuvent donc être prévus en droit français.

Toutefois, ces transferts ne doivent pas mettre en péril l’application des règles prudentielles à la mutuelle qui les fait.

Cela autorise, sans difficulté, une affectation de résultats excédentaires, sans impact sur le respect des règles prudentielles. Cela rendrait plus problématiques, voire impossibles, des engagements pluriannuels, dont au minimum l’autorité de contrôle devrait apprécier l’impact prudentiel.

3.2. Sous certaines conditions, les œuvres sociales liées à la prestation d’assurance peuvent être gérées au sein de la même structure ; une autre option peut être la “ mutuelle sœur ”

La capacité des mutuelles à gérer au sein d’une même structure une activité d’assurance et des œuvres sanitaires, dont le but est de fournir en nature aux adhérents de la mutuelle les prestations prévues par le contrat, n’est pas contraire au droit européen. Ainsi que l’a indiqué la Commission à la mission, “ les prestations en nature peuvent également relever de l’activité d’assurance, il n’y a aucune interdiction dans les structures d’assurance concernant la forme des prestations dont l’assuré doit bénéficier. ”⁶

⁶ Lettre de la Commission à M. ROCARD

Par ailleurs, la Commission a confirmé à la mission qu’“ une mutuelle peut passer avec d’autres mutuelles des accords pour la mise à disposition de ses moyens techniques afin de lui permettre d’exécuter la prestation, objet du contrat d’assurance.”⁷ Rien n’interdit donc à une mutuelle offrant des prestations en nature d’en faire bénéficier les adhérents d’une autre mutuelle, sous réserve des règles européennes relatives à cette activité économique, et notamment aux règles de concurrence.

Il en résulte la possibilité pour une mutuelle d’offrir des prestations en nature liées à un contrat d’assurance (donc à un événement aléatoire) tant à ses adhérents qu’à ceux d’une autre entreprise d’assurance ayant passé un accord avec elle.

La portée de cette possibilité doit cependant être clairement appréciée :

- Elle s’applique à toutes les “ entreprises d’assurance ”, quel que soit leur statut juridique et pas uniquement aux mutuelles ;
- Elle ne concerne que les activités liées au contrat d’assurance : les prestations en nature à des non-adhérents ne découlant pas des relations contractuelles et statutaires entre les mutuelles et leurs adhérents sont des activités économiques différentes de l’activité d’assurance ; il serait contraire au principe de spécialisation qu’elles soient effectuées dans la même structure ;
- Il appartient clairement aux autorités de contrôle de vérifier l’application du principe de spécialité et donc de contrôler, au cas par cas, que la prestation en nature comme la mise à disposition d’une autre entreprise d’assurance y sont conformes, ce qui ne sera pas une tâche aisée.

3.3. Si la gestion du régime obligatoire peut être confiée à une mutuelle ayant une activité d’assurance, la gestion d’un établissement sanitaire participant au service public (PSPH) reste un sujet plus controversé

Les liens entre l’activité des mutuelles ayant une activité d’assurance au sens du droit européen et leur capacité à gérer un service public sont un sujet difficile du fait du caractère largement jurisprudentiel des règles applicables.

Il faut, sur ce point, distinguer deux modalités différentes de participation au service public :

- lorsqu’elles assument pour le compte d’un régime obligatoire la gestion du risque, les mutuelles ont une activité directement liée à leur activité d’assurance, et dont le risque est limité à l’écart éventuel entre le coût de cette gestion et la “ remise de gestion ” destinée à le compenser ;
- lorsqu’elles gèrent un établissement de santé, participant au service public hospitalier, les mutuelles assument une activité de prestation en nature, présentant un risque d’exploitation faible, du fait de la garantie d’un financement public, mais accru par rapport à celui lié à l’activité d’assurance en espèces en raison des moyens nécessaires pour réaliser la prestation en nature.

3.3.1. Les directives européennes assurances n’ont pas d’impact sur capacité des mutuelles à assurer la gestion du régime obligatoire

La Commission a confirmé à la mission que rien n’empêche, **dans les directives assurances**, une

⁷ Lettre de la Commission à M. ROCARD

entreprise d'assurance au sens européen de passer une convention avec les caisses de sécurité sociale pour autant :

- que soit respecté l'article 8-1 b qui stipule que les entreprises d'assurance " limitent leur objet social aux activités prévues par la présente directive et aux opérations qui en découlent directement, à l'exclusion de toute activité commerciale "
- que " les versements ou contributions reçus des caisses de sécurité sociale constituent la contrepartie exacte du coût du service fourni aux assurés sociaux et ne soit pas une subvention publique indirecte ou déguisée aux mutuelles " ⁸

La mission estime que la gestion du régime obligatoire est une opération qui découle directement des activités prévues à la directive, et que s'agissant d'une activité qui fait l'objet d'un service public, elle n'est pas commerciale. Il appartient au régime obligatoire de fixer les remises de gestion correspondantes au niveau approprié de sorte qu'elles ne soient pas des subventions publiques indirectes ou déguisées.

Toutefois, la question de la gestion du régime obligatoire ne peut être analysée au plan du droit communautaire sous le seul angle des directives assurances et pose en particulier le problème de la gestion des services publics par des organismes privés. C'est ainsi que les services de la commission " réservent leur position définitive sur cette question qui doit également être analysée sous l'angle des règles de la concurrence, en particulier le régime relatif aux aides de l'Etat ". ⁹

Les directives assurances et leur transposition ne présentent pas sur ce point de risque pour les mutuelles ce qui n'exclut pas une vigilance et des actions préventives pour l'avenir immédiat afin de préserver le champ du service public.

⁸ Lettre de la Commission à M. ROCARD

⁹ Lettre de la Commission à M. ROCARD

3.3.2. Admettre que la gestion d'un établissement sanitaire PSPH pourrait être confiée à une mutuelle ayant une activité d'assurance conduirait, sans doute, à un contentieux

La mutualité souhaite qu'une "entreprise d'assurance" offrant une prestation en nature à ses adhérents puisse aussi participer au service public hospitalier, voire se limiter à être conventionnée avec la sécurité sociale, et offrir, contre rémunération par le régime obligatoire, cette même prestation en nature à des non adhérents.

Les directives imposent que "les entreprises d'assurance" "limitent leur objet social à l'activité d'assurance et aux opérations qui en découlent directement, à l'exclusion de toute autre activité commerciale". La Commission a précisé à la mission qu'il fallait entendre la notion "d'activité commerciale" au sens d'activité économique, et que le caractère lucratif ou non lucratif n'était pas un facteur à prendre en compte.

Plusieurs arguments juridiques pourraient être soulevés au contentieux pour justifier la position de la mutualité :

- mettre en cause l'assimilation faite entre activité commerciale et activité économique pour justifier le conventionnement avec la sécurité sociale et la gestion du service public hospitalier en argumentant que les directives assurances ne visent que les activités commerciales c'est-à-dire à but lucratif ;
- faire valoir que la gestion du service public hospitalier n'est pas une activité économique au sens européen ;

Les chances de réussite d'un contentieux sur ce point sont difficiles à évaluer. En particulier, il faut admettre que cette position est contraire à l'esprit de la réglementation européenne où le principe de spécialité est destiné à éviter que des risques liés à une activité autre que d'assurance, et donc non pris en compte dans les règles prudentielles, viennent mettre en péril la capacité de l'entreprise d'assurance à remplir ses engagements à l'égard des assurés. Dans la pratique, il est difficile de nier que la gestion d'un établissement de soins est, même s'il est admis au service public hospitalier, un facteur de risque ne correspondant pas à une activité d'assurance et non pris en compte dans les règles prudentielles.

En sens inverse, une analyse purement juridique des textes peut être menée pour défendre cette position et l'accès à une couverture maladie d'un champ suffisamment large pour assurer la réalité de l'accès aux soins est un sujet sur lequel la CJCE pourrait être sensible à des arguments liés à l'intérêt général.

Bien entendu, cette controverse n'a aucun impact sur la capacité d'une mutuelle, n'ayant pas d'activité d'assurance, à gérer un établissement PSPH qui relève uniquement du droit interne.

3.3.3. Une décision en opportunité

La séparation juridique ne présente pas que des inconvénients. Le droit interne peut permettre de gérer ces structures sous une forme mutualiste, ce qui est l'objectif principal. La séparation juridique et comptable est un facteur de transparence et de clarté et effectivement un moyen pour atteindre les objectifs fixés par les directives, c'est-à-dire la sécurité des engagements pris à l'égard des mutualistes. Les règles internes de structuration peuvent permettre une cohérence des structures.

A l'inverse, les éléments avancés par les mutuelles peuvent, dans le cadre d'un contentieux européen, faire préciser et peut-être avancer le champ de l'intérêt général.

Si la France retient la possibilité d'une gestion d'établissement sanitaire PSPH au sein d'une mutuelle ayant une activité d'assurance, il sera nécessaire que le Code de la mutualité ouvre aussi la possibilité de la gérer au sein d'une structure mutualiste spécifique afin de donner aux mutuelles la possibilité de choisir la solution qu'elles préfèrent.

3.4. Il convient de régler le problème spécifique du “ cautionnement mutualiste ”

S'étant saisie de ce problème à la demande de la mutualité, la mission n'a pu aller jusqu'au bout du traitement de ce dossier qui nécessite des contacts avec la Commission avant que le Gouvernement puisse arbitrer.

3.4.1. Pour la mutualité, le cautionnement mutualiste à titre gratuit n'est pas une activité d'assurance

Le régime juridique du “ cautionnement mutualiste ” fait l'objet d'un double débat, l'un au plan du droit interne, l'autre au plan du droit communautaire.

Au plan du droit interne, la mutualité estime que le cautionnement qu'elle offre à ses membres est un cautionnement civil, contrat gratuit conçu comme un service gracieux entre parents ou amis. Selon cette analyse, il n'est pas une activité de crédit, car effectué à titre non onéreux, et entre donc dans le cadre des exceptions au monopole des établissements de crédits prévues par l'article 11 de la loi bancaire. Par ailleurs, pour la mutualité, cette activité n'est pas non plus une activité d'assurance, la nature des engagements étant différente au plan juridique à la fois de ceux pris dans l'activité d'assurance crédit et d'assurance caution, dès lors qu'il s'agit d'une caution civile.

Cette position est fortement contestée par l'association des sociétés financières qui regroupe les établissements de crédit délivrant des cautions.

Au plan du droit communautaire, la mutualité estime que, comme cette activité n'est pas une activité d'assurance relevant de l'assurance crédit (branche 14) ou de l'assurance caution (branche 15), elle n'a pas à être soumise aux règles des directives. Elle n'est pas opposée à l'instauration de règles de provisionnement spécifiques adaptées aux risques dus à cette activité.

3.4.2. Accepter cette position nécessite la mise en place d'un régime juridique spécifique, conduit à réserver cette activité à des mutuelles n'ayant pas d'activité d'assurance et présente un risque de contentieux européen

La mission n'est en mesure ni d'infirmer ni de confirmer la validité juridique du raisonnement de la mutualité fondé sur des arguments de droit civil, elle ne peut se prononcer sur leur acceptabilité en droit européen.

Le caractère gratuit ou onéreux de l'activité ne peut être utilisé pour en qualifier l'activité au regard du droit communautaire. En effet, comme l'a de nouveau précisé la Commission à la mission, " Par activités commerciales, il faut comprendre activités économiques participant directement à la vie économique. A cet égard, le fait que, dans certains cas, ces activités ne poursuivent pas de " but lucratif ", n'est pas un élément déterminant en soi. Ce n'est pas le caractère " lucratif " qui prévaut mais surtout le fait que cette activité puisse entrer en concurrence avec d'autres entreprises ayant une activité commerciale au sens classique. " ¹⁰

Si on accepte le raisonnement de la mutualité, il est nécessaire de préciser le régime juridique de la "caution mutualiste " en droit interne. Notamment, il conviendrait que la loi bancaire mentionne expressément dans son article 11 la notion de cautionnement. En conséquence, s'agissant d'une activité qui ne serait pas une activité d'assurance, elle ne pourrait être accomplie par une mutuelle ayant une activité d'assurance, en raison du principe de spécialité.

Par ailleurs, se pose la question du provisionnement de cette activité, qui n'est pas sans risque, et doit donc en vertu du principe de prudence faire l'objet d'une inscription comptable et être soumise à des modalités de provisionnement pertinentes. Il serait possible d'envisager, dans ce cadre, des règles de provisionnement prenant en compte la spécificité des populations couvertes et l'historique des sinistres, ce qui permettrait de tenir compte, par exemple, du moindre risque de défaillance des populations couvertes par les mutuelles de fonctionnaires.

Au plan du droit européen, cette position conduit toutefois à un risque de contentieux. Il est à craindre que la Commission donne la priorité à une analyse faisant prévaloir le constat de la couverture d'un risque aléatoire, nécessitant un provisionnement, sur la définition juridique en droit interne des relations entre les intervenants au contrat pour la définition de la notion d'assurance.

De plus, la Commission risque de faire valoir que la caution mutualiste est dans les faits un " produit " qui est en concurrence avec l'assurance caution et donc que les règles prudentielles doivent leur être appliquées. Elle conclura certainement à l'existence d'une activité d'assurance, et donc à considérer que ces activités doivent être soumises aux directives et que la transposition n'est pas sur ce point satisfaisante.

3.4.3. L'ouverture de l'activité de cautionnement, au même titre que les compagnies d'assurance, ne pose pas de problème au plan du droit européen mais n'est pas acceptée par les principales mutuelles qui développent cette activité

L'exercice de l'activité d'assurance caution par les mutuelles, au même titre que les compagnies d'assurance, ne pose aucune difficulté au plan du droit européen ; elle ne peut même pas être refusée à la mutualité puisque les mutuelles sont de plein droit des " entreprises d'assurance ".

Dans ce cas toutefois, l'application du principe de spécialité interdit à une " entreprise d'assurance " de pratiquer dans la même structure juridique l'activité de caution et une activité mixte " vie " et " non-vie ". Cela conduira donc certaines mutuelles pratiquant la caution, soit à séparer leur activité de caution et leur activité " mixte ", soit à séparer leurs activités " vie " et " non-vie ", celle-ci pouvant comporter le cautionnement.

¹⁰ Lettre de la Commission à M. ROCARD

Dans ce cadre, il serait tout à fait possible aux mutuelles d'adopter des règles de provisionnement appropriées tenant compte de la sinistralité passée des contrats. Par contre, les règles relatives à la marge de solvabilité, harmonisées au plan communautaire, ne peuvent être adaptées.

3.4.4. Les deux options, qui ne sont pas alternatives, doivent conduire à un provisionnement pertinent

La mission précise que, sur ce point, il n'a pas été pris l'attache des services de la Commission pour obtenir leur appréciation sur la conformité au droit européen de l'analyse proposée par les mutuelles. Elle ne l'a pas fait elle-même, à la demande expresse de la mutualité qui souhaitait voir ce point éclairci au préalable au plan interne. Il lui apparaît maintenant indispensable de le faire.

La France, sur la base des réponses de la Commission, pourra choisir entre les deux options qui s'ouvriront à elle si cette dernière refuse l'analyse de la mutualité :

- reconnaître le caractère d'assurance au sens communautaire du cautionnement mutualiste et donc transposer les directives,
- prendre le risque d'aller au contentieux devant la CJCE pour tenter de faire prévaloir une analyse différente, tout en organisant un régime de droit interne apportant aux adhérents les garanties nécessaires.

En tout état de cause, rien n'interdit de prévoir, pour les mutuelles qui le désireraient, un agrément pour la branche cautionnement.

4. Les transferts de portefeuille doivent être libres et respecter les engagements pris à l'égard des mutualistes

Dans la mesure où les mutuelles prennent à l'égard de leurs adhérents des engagements supplémentaires par rapport à ceux des autres "entreprises d'assurance", il apparaît juridiquement possible de soumettre le transfert des contrats à des conditions visant à préserver ces engagements.

4.1. Les règles communautaires obligent à une liberté du transfert de portefeuille entre entreprises d'assurance au sens communautaire

La Commission a clairement indiqué à la mission que les règles communautaires interdisent toute restriction à la liberté de transfert de portefeuille entre "entreprises d'assurance" autres que "l'examen et l'attestation de la marge de solvabilité de l'entreprise concessionnaire"¹¹. Elle ajoute même que "ces directives n'autorisent pas la prise en considération d'autres éléments qui pourraient présenter un intérêt dans le contexte de la surveillance de l'entreprise d'assurance concessionnaire". D'une façon générale, le principe de libre prestation de service fonde la liberté de transfert de portefeuille.

Il serait donc contraire au droit communautaire de restreindre les transferts de portefeuille des mutuelles par des règles légales, sauf à pouvoir les justifier par l'intérêt général.

4.2. Elles ne s'opposent pas à ce que ces transferts préservent les engagements pris à l'égard des mutualistes si cela est prévu par les parties, et à des conditions statutaires de décision

¹¹ Lettre à M. ROCARD

spécifiques

La Commission a aussi clairement indiqué à la mission que les parties sont libres de définir les conditions de ce transfert. “ Les parties peuvent stipuler, parmi les conditions auxquelles ce transfert sera soumis, l’obligation, pour l’assureur cessionnaire, de respecter intégralement les engagements de l’entreprise cédante envers les assurés au titre des contrats transférés mais aussi de statuts (ex.: non sur-tarification ou non-exclusion des assurés en raison de la modification de leur état de santé) et de ne pas modifier unilatéralement les conditions des contrats d’assurance souscrits par l’entreprise cédante¹². Le non-respect des conditions établies dans la convention de transfert peut être invoqué par les assurés, ou par toute autre partie intéressée, devant les autorités compétentes (autorités de contrôle, tribunaux). Qui plus est, les autorités de contrôle chargées de la surveillance de l’entreprise cessionnaire, dans le cadre de leur mission générale de contrôle, devront également surveiller le respect des conditions de la convention de transfert et pourront prendre, le cas échéant, les mesures appropriées.

Enfin, les conditions statutaires de décision relatives aux décisions en matière de réassurance ne relèvent pas du droit communautaire ; il est donc possible, et souhaitable, de prévoir, dans le Code de la mutualité des conditions statutaires, décisions en assemblée générale et majorité renforcée qui attestent de la volonté des mutualistes de faire ce transfert.

4.3. Cela justifie un renforcement supplémentaire des garanties mutualistes

Il ne paraît ni opportun ni fructueux de s’engager dans la voie de la justification, au nom de l’intérêt général, de restrictions apportées à la liberté de transfert de portefeuille. La mission n’a pas pu établir d’argumentation lui apparaissant pertinente pour justifier cette approche.

Par contre, il lui paraît envisageable de renforcer les dispositions protectrices de l’adhérent dans le cadre du contrat mutualiste de sorte que le caractère viager et les autres caractéristiques protectrices demeurent attachées au contrat, même en cas de transfert de portefeuille.

5. Dans le cadre des directives européennes, si la loi peut permettre la réassurance au sein du mouvement mutualiste, elle ne peut la rendre obligatoire

Même en limitant ces restrictions aux activités de complémentaire maladie, le droit communautaire ne permet pas de limiter la liberté pour une mutuelle de choisir son réassureur.

5.1. Le principe de la liberté de réassurance interdit de contraindre, sauf pour des motifs d’intérêt général, la liberté de choix des “ entreprises d’assurance ” en ce domaine

La liberté de réassurance est une conséquence directe de la libre prestation de services et de l’ensemble des règles de la concurrence prévues par les traités européens. Il ne pourrait donc être envisagé d’y apporter des limites que dans le but de protéger l’intérêt général, dans la mesure où cette activité ne peut être regardée comme harmonisée.

L’analyse de la réassurance conduit à poser le problème de l’autonomie des mutuelles et de l’utilisation de cette forme juridique par des organismes qui n’en auraient que le statut juridique.

En effet, la réassurance est un facteur clé de l’évolution de la prévoyance complémentaire car elle

¹² En général, le droit du contrat des assurances prévoit déjà des règles spécifiques relatives à la modification des contrats d’assurance par les entreprises d’assurance et les droits pour les preneurs d’assurance dans ce cas.

détermine la réalité de l'entreprise d'assurance qui porte le risque et donc, in fine, des garanties qui seront offertes. La pratique montre que la réassurance peut être utilisée dans des situations où l'organisme réassuré à 100% n'a ni autonomie dans la définition des garanties qu'il offre, ni parfois de réelle activité indépendante. Ce mode d'organisation pose problème si on considère que la forme mutualiste est une forme d'organisation des "entreprises d'assurance" emportant des obligations supplémentaires par rapport aux autres formes juridiques autorisées pour pratiquer l'activité d'assurance.

A l'inverse, la réassurance n'est pas une obligation et peut être le moyen de démarrer une activité nouvelle ou de développer une activité existante avec des fonds propres moindres.

5.2. Une réassurance volontaire au sein du mouvement mutualiste est possible dans le cadre des règles relatives à la concurrence

La loi peut prévoir, comme cela existe dans le Code des assurances, des mécanismes permettant aux mutuelles de se réassurer volontairement au sein du mouvement mutualiste.

5.2.1. Il est possible de permettre aux unions de mutuelles de jouer un rôle de réassurance

Comme dans les sociétés d'assurance sous forme mutuelle, il est possible de permettre à des unions de mutuelles de réassurer intégralement les mutuelles de base et de se voir ainsi transférés les risques et donc les obligations prudentielles afférentes.

Proposition de texte législatif équivalent aux dispositions relatives aux sociétés d'assurance sous forme mutuelle

Il peut être établi, entre mutuelles pratiquant des assurances de même nature, des unions ayant exclusivement pour objet de réassurer intégralement les contrats souscrits par ces mutuelles et de donner à celles-ci leur caution solidaire.

Ces unions ne peuvent être constituées qu'entre mutuelles s'engageant à céder à l'Union, par un traité de réassurance, l'intégralité de leurs risques.

L'Union a une personnalité civile distincte de celle des sociétés adhérentes.

Les unions de mutuelles sont régies pour leur fonctionnement par les règles applicables aux mutuelles, sous réserve des adaptations prévues par décret en Conseil d'Etat.

Les opérations pour lesquelles les unions se portent caution solidaire sont considérées comme des opérations d'assurance directe pour l'application du livre (...) du présent Code.

5.2.2. Rendre cette réassurance obligatoire ne serait pas conforme aux règles communautaires

Le dispositif législatif et réglementaire pour les sociétés d'assurance mutuelle ne prévoit pas de caractère obligatoire pour la réassurance auprès des unions. Un caractère obligatoire, assorti de restrictions diverses, notamment dans l'activité des entreprises d'assurance concernées, n'est prévu par aucun texte législatif.

Prévoir des dispositions de ce type dans le Code de la mutualité présente un double risque :

- une condamnation par la CJCE
- une inefficacité juridique interne ; il ne serait pas possible de sanctionner légalement des mutuelles qui ne respecteraient pas ces dispositions contraires au droit européen.

5.2.3. En tout état de cause, le choix du degré de recours à la réassurance et du réassureur doit relever de l'assemblée générale dans des conditions de majorité renforcées

Compte tenu des enjeux d'un tel choix pour l'organisme qui se réassure de ce choix et de l'impact qu'il peut avoir sur son activité et pour ses adhérents, il apparaît opportun que ces décisions soient soumises à délibération de l'assemblée générale et à des conditions de majorité renforcée. La loi pourrait le prévoir.

5.2.4. Eviter de voir se constituer des “ coquilles vides ” sous forme mutualiste suppose de soumettre à conditions l'utilisation de la forme mutuelle et de renforcer les moyens de contrôle afférents

Les directives européennes ne sont pas muettes sur les constitutions de groupes et sur les liens que peuvent avoir des entreprises d'assurance avec d'autres entreprises. Leur élaboration, en effet, a été pour une part liée aux risques prudentiels que pouvait faire courir à l'activité d'assurance la constitution de groupes de “ bancassurance ”. Toutefois, elles se limitent à prévoir un refus d'agrément (et donc des possibilités de retrait de cet agrément) si les liens de l'entreprise d'assurance entravent sa mission de surveillance.

D 73/239/CEE (1^{ère} directive assurance non-vie modifiée)

“ Art. 8-1 : En outre, lorsque des liens étroits existent entre l'entreprise d'assurance et d'autres personnes physiques ou morales, les autorités compétentes n'accordent l'agrément que si ces liens n'entravent pas le bon exercice de leur mission de surveillance ”.

D 95/26, art. 2 “ liens étroits ” : une situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes physiques ou morales sont liées par :

- Une participation, c'est-à-dire par le fait de détenir, directement ou par le biais d'un lien de contrôle, 20 % ou plus des droits de vote ou du capital d'une entreprise,

Ou

- Un lien de contrôle, c'est-à-dire par le lien qui existe entre une entreprise mère et une filiale, dans tous les cas visés à l'article 1^{er} paragraphe 1 et 2 de la directive 83/349/CEE, ou par une relation de même nature entre toute personne physique ou morale et une entreprise ; toute entreprise filiale d'une entreprise filiale est également considérée comme filiale de l'entreprise mère qui est à la tête de ces entreprises.

Est également considérée comme constituant un lien étroit entre deux ou plusieurs personnes physiques ou morales, une situation dans laquelle ces personnes sont liées durablement à une même personne par un lien de contrôle.

Les évolutions récentes font apparaître le développement de formules de “ groupes ” réunissant des “ entreprises d'assurance ” relevant des différents statuts juridiques possibles pour l'exercice de cette activité en droit français et dont le “ leader ” peut, selon les cas, être une mutuelle, une institution de prévoyance ou une compagnie d'assurance.

De telles évolutions posent deux types de questions :

- Faut-il limiter l'existence d'organismes ayant la forme juridique d'une mutuelle mais dont, à la limite, l'objet réel est limité à un rôle de présentation d'assurance pour le compte d'entreprises d'assurance ayant un statut différent ?
- Doit-on poser des limites aux engagements des mutuelles dans des entreprises d'assurance ayant une autre forme juridique ou dans des entreprises commerciales de droit privé ? Doit-on en renforcer le contrôle ?

Ces deux questions dépassent le champ de la mission : elles ne sont toutefois pas sans lien avec elle. En effet, la position de la France visant à promouvoir des règles spécifiques et donc à différencier les mutuelles des autres entreprises d'assurance n'est renforcée ni par l'absence de sanction à l'inexistence d'une réelle vie mutualiste, ni par la possibilité juridique pour les mutuelles d'avoir des comportements “ entrepreneuriaux ” identiques à ceux des sociétés commerciales.

5.3. Même restreinte à la partie complémentaire maladie, une réassurance obligatoire au sein du monde mutualiste justifiée par des motifs d'intérêt général est une option conflictuelle qui ne peut être défendue que pour les petites mutuelles

Au total, on ne peut proposer une limitation du droit du réassureur, pour les mutuelles de se réassurer où elles le souhaitent même si, in fine, des organismes de tête disposaient, eux, de la liberté de choisir leur réassureur.

Cette solution serait, pour la mission, contraire au droit européen et conduirait à un contentieux que la France ne saurait gagner.

Toutefois, la mission estime que pourrait être tentée une obligation de réassurance auprès d'un organe mutualiste, dans le cas où la réassurance est souhaitée, pour les petites mutuelles. Fondée sur des motifs de sécurité financière et ne touchant qu'une petite part du “ marché ” potentiel, cette restriction pourrait, peut-être, être acceptée par la Commission qui jugerait que **ce seul point** ne justifierait pas un contentieux.

6. Le gouvernement doit choisir entre un texte législatif limité à la transposition des directives ou une réforme plus complète du Code de la mutualité

6.1. Les représentants de la mutualité demandent que la transposition soit l'occasion d'une refonte du Code de la mutualité

Les représentants de la mutualité ont fait part à la mission de leur souci de voir la transposition des directives intégrée dans une refonte globale du Code de la mutualité qui traite d'autres aspects du régime juridique des mutuelles, et notamment du statut de l'élu mutualiste.

A leurs yeux, il n'est ni possible, ni souhaitable de se limiter à un texte de transposition qui aura nécessairement des impacts sur des dispositifs internes car il conduira notamment dans le Code à faire une différence entre les règles applicables aux mutuelles dont l'activité est soumise aux directives européennes et à celles qui ne le sont pas.

De plus, la mutualité estime que des dispositions de droit interne relatives à l'organisation mutualiste, comme les mutuelles sœurs, sont une des conditions à une transposition qui respecte la vocation spécifique de la mutualité et ne peuvent en être dissociées.

6.2. Compte tenu des délais, la décision dépend sans doute de la capacité de l'administration de produire à temps ce texte

Il faut toutefois prendre en compte les délais et les dates limites qu'imposent l'aboutissement de la procédure contentieuse en cours et le calendrier parlementaire français. Si l'administration n'était pas en mesure de mener très rapidement les consultations nécessaires à la rédaction d'un projet de Code, il serait sans doute nécessaire d'envisager un texte de transposition plus restreint.

TROISIEME PARTIE : LES EVOLUTIONS DEJA ENTAMEES DANS LE DOMAINE DE LA PROTECTION SOCIALE COMPLEMENTAIRE RENDENT NECESSAIRES DES MODIFICATIONS TANT DE L'ACTION DE L'ETAT QUE DU MONDE MUTUALISTE

Au-delà d'une nécessaire mise en cohérence de notre dispositif juridique et de l'organisation administrative de l'Etat, il convient que la France s'engage à l'échelon européen pour promouvoir une réglementation juridique spécifique à la couverture complémentaire santé.

1. L'organisation administrative de l'Etat doit prendre en compte le caractère interministériel du suivi de l'économie sociale

Outre la faiblesse des moyens consacrés par l'Etat au suivi et au contrôle de ce secteur, la mission a été frappée par l'absence d'un interlocuteur interministériel.

1.1. Le nécessaire renforcement des moyens de gestion et de contrôle du secteur

Le suivi du secteur de la protection complémentaire est assuré au sein du ministère de l'Emploi et de la Solidarité par le " bureau de la Protection Sociale Complémentaire " à l'effectif très réduit qui permet un suivi administratif limité mais n'est pas adapté aux problèmes qui doivent être traités à court terme et notamment la refonte complète du Code de la mutualité.

La CCMIP est chargée du contrôle de quatre catégories d'organismes de protection sociale complémentaire :

- les institutions de prévoyance (87),
- les institutions de retraite complémentaire (121),
- les institutions de retraite complémentaire ne participant pas aux compensations AGIRC et ARRCO (3),
- les mutuelles ou unions de mutuelles ayant versé plus de 150 MF de prestations en 1990 ou gérant une caisse autonome mutualiste (113) et les fédérations de mutuelles.

En dépit du renforcement de ses moyens par le présent gouvernement, ceux-ci demeurent insuffisants (29 organismes par agent contrôleur)¹³. Il faut notamment souligner que, faute de moyens suffisants, le secteur des institutions de retraite supplémentaires (IRS) n'est actuellement pas contrôlé, de même que les institutions de retraite complémentaire (IRC) hors AGIRC-ARRCO et que celui des institutions de prévoyance (IP) l'est très insuffisamment.

Les Préfets de Région, assistés des DRASS, ont en charge le contrôle des mutuelles et unions de mutuelles ayant versé moins de 150 millions de francs de prestations en 1990 et ne disposant pas de caisse autonome. Plus de 5.600 groupements mutualistes relèvent de ce contrôle déconcentré, dont 4.500 comptant moins de 3.500 personnes protégées.

Le contrôle opéré par les services déconcentrés est, lui aussi, insuffisant faute de moyens. Dans la pratique, le contrôle des 4.500 mutuelles, comptant moins de 3.500 personnes protégées, n'est que ponctuel. Il se concentre sur les 1.100 mutuelles de plus de 3.500 personnes (48 organismes par contrôleur), chiffre excessif pour effectuer un contrôle efficace.

¹³ Le ratio pour la CCA est de 12 organismes par agent contrôleur

En effet, la taille moyenne plus faible des mutuelles soumises au contrôle déconcentré, ne signifie pas pour autant que le contrôle soit plus simple et plus rapide. L'organisation administrative et comptable peut, au contraire, être moins fiable et appeler, en conséquence, des contrôles sur place plus fréquents. Au-delà de ces aspects, l'organisation administrative de l'Etat ne doit pas donner la priorité aux modalités de contrôle prudentiel que des dispositions techniques permettent d'assurer dans de bonnes conditions pour peu que les administrations soient correctement coordonnées. Elle doit faire prévaloir la capacité de l'Etat à réguler la protection sociale complémentaire, dont l'évolution doit être articulée avec celle de la protection sociale obligatoire si l'on veut assurer l'accès aux soins de l'ensemble de la population. Cet aspect devrait être mieux pris en compte, notamment dans l'organisation du travail interministériel préalable aux discussions avec la Commission.

En particulier, la mission s'est interrogée sur une organisation qui n'a pas conduit, avant ses travaux, à poser clairement à la Commission la question de la compatibilité avec le droit communautaire des prestations en nature. Il semble que la préparation interministérielle de la négociation communautaire ait, sur ce point, insuffisamment pris en compte les aspects, non directement assurantiels du dossier. Cet aspect renvoie directement non seulement à la faiblesse des moyens sur ce sujet du ministère de l'Emploi et de la Solidarité, mais aussi à l'absence de traitement interministériel de ce dossier.

1.2. Le nécessaire caractère interministériel de la délégation à l'économie sociale

La mission qui termine sa tâche avec la rédaction du présent rapport n'avait pas pour objet de faire évoluer le droit européen des assurances, même vu seulement sous l'angle de son applicabilité aux mutuelles relevant du Code de la mutualité en France. L'élaboration d'une nouvelle directive, spécifique celle-là, obtenant l'unanimité des Etats membres était et reste hors de propos.

Dans ces conditions, le travail de la mission n'a pu consister qu'en un examen minutieux des demandes spécifiques des organisations mutualistes, et une confrontation précise de ces demandes avec les éléments de souplesse ou les espaces de liberté laissés par les textes communautaires, l'un et l'autre accompagnés de requêtes d'éclairage ou d'interprétation nécessaires auprès des services compétents de la Commission européenne. Le présent rapport se résume à la présentation de ces éléments de souplesse ou de ces degrés de liberté accompagnés soit pour certains d'une vérification de faisabilité juridique, soit pour d'autres d'une évaluation des risques contentieux y afférent.

La vérité oblige à dire que ce travail n'exigeait en rien la mise en place d'une mission temporaire aussi solennelle que ce fut le cas, quelle que soit la fierté que les chargés de mission aient pu ressentir d'avoir été désignés pour ce faire. Ce travail, à l'évidence, relevait des tâches normales de l'administration.

En outre, il intervient près de cinq ans trop tard. La mission n'a, sur aucun point, le sentiment d'avoir fait évoluer les positions européennes. L'inventaire qu'elle en a fait aurait pu l'être il y a cinq ans. Au contraire, la mise en route de cet effort, après qu'une plainte pour non-respect des délais de transposition ait été déposée contre la France, a conduit la mission à découvrir une Commission européenne très réticente à l'idée de faire évoluer en quoi que ce soit ses positions pendant la période d'instruction de sa plainte. " Attendons le jugement de la Cour et on verra ensuite " était l'attitude implicite de nos interlocuteurs, et cela d'autant plus que la plainte ne se limite pas aux délais mais comporte beaucoup d'attendus visant les désaccords repérés entre la Commission et les services français qui avaient, à diverses reprises, avancé des propositions jugées

non recevables. Il y aura donc, sur le fond, un certain prix à payer pour ce retard.

Cette carence s'explique par l'absence d'une unité administrative compétente pour suivre et traiter les affaires de cet ordre et préparer à leur sujet les décisions politiques nécessaires. Or, un tel organe administratif a existé. C'est la délégation interministérielle à l'Economie Sociale, qui fut créée par décret du 28/10/91 et placée auprès du Premier ministre, sous l'autorité déléguée du ministre du Plan.

La nomination, intervenue en 1984, d'un Secrétaire d'Etat auprès du Premier ministre spécialement et limitativement chargé de l'Economie Sociale, ne s'est pas avérée une très bonne solution : le ministre en charge doit engager directement le Premier ministre, ce qui était le cas, mais avoir aussi par le champ de ses attributions un poids réel dans les négociations interministérielles, ce qui ne l'était plus.

Mais surtout, un décret n° 91-113 du 28/10/91 a changé le contenu et le rattachement de cet outil administratif : elle devient Délégation Générale à l'Innovation Sociale et à l'Economie Sociale et elle est désormais placée sous l'autorité du ministre des Affaires Sociales. Elle perd donc, de ce fait, toute son expertise et son autorité en matière de négociations interministérielles. Cela est déjà discutable en ce qui concerne l'innovation sociale, qui ne saurait se limiter au champ des Affaires Sociales mais appelle une impulsion dans les collectivités territoriales via le ministère de l'Intérieur, dans le milieu rural via celui de l'Agriculture, et dans des domaines comme l'Education, la Jeunesse et les Sports, la Culture et l'Environnement. Mais dans le cas particulier de l'Economie Sociale, cette disparition de la Délégation du champ de l'interministériel a empêché depuis tout suivi des aspects européens des problèmes, et a abouti à la situation dommageable à laquelle le Premier ministre a bien voulu demander à l'actuelle mission de tenter de parer. Quelle que soit la solution donnée au problème de la transposition des directives, un suivi international de l'Economie Sociale restera nécessaire et, de toute évidence, de plus en plus.

Le fait qu'un décret n° 95-1083 ait rebaptisé cet instrument "Délégation Interministérielle à l'Innovation Sociale et à l'Economie Sociale" n'a rien changé à son champ de compétence, ni curieusement à son rattachement. C'est d'ailleurs sous cette dénomination qu'elle a continué à se trouver interdite de toute information et de tout moyen de procédure lui permettant de traiter le problème qui fait l'objet de ce rapport. Enfin, un décret n° 98-410 du 27/05/98 étend la compétence de la Délégation à l'ensemble du champ associatif, c'est-à-dire y compris à celles qui ne fournissent pas de services offerts sur le marché. Il n'appartient pas à la mission de juger des vertus de ce curieux mélange des genres, mais il lui appartient assurément de souligner que quelles que soient les extensions de compétence de cet organe hors du champ spécifique de l'Economie Sociale, le suivi de cette dernière doit absolument demeurer dominant et être traité sous l'angle interministériel.

Vue sous l'angle des tâches conférés à la présente mission, la responsabilité administrative de l'organe compétent en matière d'économie sociale aurait consisté à mener une négociation internationale, engageant tant le ministre des Affaires Etrangères que celui des Affaires Européennes, en s'assurant à chaque étape de l'accord du ministère des Finances, tuteur juridique et financier des organismes d'assurance et des mutuelles dont la tutelle fonctionnelle relève des ministères des Affaires Sociales et de l'Agriculture.

Il est clair qu'une tâche de cette nature ne peut être ni entreprise, ni conduite depuis le seul

Ministère des Affaires Sociales. Le pilotage de l'interministériel est la spécificité propre du Premier ministre et de son cabinet.

En outre et hors du champ du présent rapport, l'Economie Sociale, tout comme l'innovation sociale que l'on vient d'évoquer, est potentiellement porteuse de la création de très nombreux emplois nouveaux, marchands ou à financements mixtes, touchant principalement des tâches de proximité, dans le champ naturellement du ministère des Affaires Sociales et de la Santé, mais bien plus encore dans ceux de l'Environnement, de l'Education, de la Ville, de la Culture et de la Jeunesse et des Sports. Aucune cellule localisée ailleurs que chez le Premier ministre ne peut répondre à ces objectifs.

Enfin et surtout, le problème, dont le traitement a été confié à la mission, ne saurait s'éteindre avec la présentation de son rapport. Un travail législatif est à entreprendre pour la transposition en droit français des directives européennes dans le cas particulier des mutuelles relevant du Code de la mutualité. Sont concernées par ce travail les Affaires Européennes sinon les Affaires Etrangères, les Finances, les Affaires Sociales et éventuellement l'Agriculture. Il sera nécessaire ensuite de produire une refonte du Code de la mutualité. Les partenaires sont les mêmes et la tâche est lourde. De même, faudra-t-il assurer un suivi attentif du contentieux français et européen possible.

Il n'est pas invraisemblable, d'autre part, que le Parlement Européen – on y songe en ce lieu – entreprenne la rédaction d'un rapport d'initiative sur les conditions de solidarité et de non sélection des risques qui doivent être imposées en Europe aux régimes d'assurance complémentaire maladie. Un suivi attentif et interministériel sera également nécessaire.

Enfin, les développements futurs possibles de l'Economie Sociale, et notamment l'exploration des voies multiples et importantes ouvertes par le récent rapport du Commissariat au Plan ("Institutions nouvelles pour le développement de l'entreprise"¹⁴) appellent aussi, non seulement un suivi, mais une impulsion qui ne peut être qu'interministérielle et donc venir du cabinet du Premier ministre lui-même.

La mission considère donc le rattachement de la délégation interministérielle à l'Economie Sociale au cabinet du Premier ministre comme une des mesures urgentes découlant de ses conclusions.

2. Il serait difficilement compréhensible que certaines règles, qui relèvent de la compétence nationale, ne soient pas harmonisées entre opérateurs français.

2.1. L'harmonisation des règles juridiques et comptables entre opérateurs

Les mutuelles ne sont pas soumises aux mêmes règles que les autres opérateurs. Certaines distinctions juridiques et comptables ne sont plus justifiées.

¹⁴ Rapport du groupe présidé par Lucien PFEIFFER - Rapporteur Bernard CHERLONNEIX

2.1.1. L'harmonisation des règles comptables et des sanctions des comportements déviants des dirigeants

Les interlocuteurs de la mission ont relevé à plusieurs reprises la nécessité de moderniser et d'harmoniser les règles juridiques et comptables appliquées aux mutuelles. Il a en particulier été noté le retard pris dans la mise à jour du plan comptable applicable aux mutuelles.

Il a de même été relevé à plusieurs reprises les différences entre les sanctions applicables aux comportements déviants des dirigeants pour regretter la faiblesse de celles prévues pour les dirigeants mutualistes. Cette préoccupation rejoint celle de la Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance (CCMIP) qui, dans son rapport de 1994-1995, a demandé un renforcement des textes sur deux points :

- la fixation par un texte réglementaire d'un plafond au montant cumulé que peuvent atteindre les diverses indemnités allouées au profit des administrateurs par l'assemblée générale ; la sanction pénale prévue par le Code de la mutualité en cas de non-respect des termes de l'article L 125-5 relatif à la gratuité attachée aux fonctions de membres du conseil d'administration " ne pouvant être mise en jeu en l'absence d'un tel texte " ;
- une extension aux mutuelles de la notion d'abus de biens sociaux.

Pour la CCMIP, ce renforcement devrait s'accompagner d'une actualisation du statut des administrateurs bénévoles " en établissant le principe d'une juste indemnisation des services rendus ".

2.1.2. L'accroissement des pouvoirs de l'autorité de contrôle chargée du secteur de la mutualité

Les mutuelles sont soumises au contrôle de la CCMIP qui doit vérifier le respect par ses opérateurs des règles auxquelles ils sont soumis. C'est la CCMIP qui devra vérifier le respect des règles prudentielles issues des directives

Il faut rappeler que le contrôle prudentiel prévu par les directives dépasse largement la vérification du calcul des provisions et le respect mathématique des règles prudentielles qui en est le cœur. Si l'on prend comme référence les directives vie, on note ainsi que :

- " la présente directive ne fait pas obstacle à ce que les Etats membres maintiennent ou introduisent des dispositions législatives réglementaires ou administratives qui prévoient l'approbation des statuts et la communication de tout document nécessaire à l'exercice normal du contrôle ".
- " la surveillance financière comprend **notamment** la vérification pour l'ensemble des activités de l'entreprise d'assurance, de son état de solvabilité et de la constitution de provisions techniques, y compris les provisions mathématiques, et des actifs représentatifs ".
- " les autorités compétentes de l'Etat membre d'origine **exigent que toute entreprise d'assurance dispose d'une bonne organisation administrative et comptable et de procédures de contrôle interne adéquates.** "

En l'état actuel des textes législatifs, la CCMIP dispose de moins de pouvoirs pour effectuer le contrôle des mutuelles que lorsqu'elle contrôle les institutions de prévoyance ou que la commission de contrôle des assurances (CCA) dans son champ de compétence.

- Le champ de son contrôle est moindre.

En effet, elle ne peut pas, contrairement à la commission de contrôle des assurances, étendre son contrôle à toute société dans laquelle l'entreprise détient directement ou indirectement plus de la moitié du capital ou des droits de vote (article L 310-15) du Code des assurances.

- Ses pouvoirs sont moindres en cas de difficultés

Les deux commissions disposent d'un pouvoir d'injonction de "présenter un programme de redressement" pour la CCMIP, de "prendre toutes les mesures destinées à rétablir ou renforcer son équilibre financier ou à corriger ses pratiques" pour la CCA.

Si les deux commissions peuvent nommer des administrateurs, la CCA a en outre la possibilité, auparavant, de prendre des mesures d'urgence et notamment de mettre l'organisme sous surveillance spéciale, et de restreindre ou interdire la libre disposition de tout ou partie des actifs.

Enfin, la CCA (ou la CCMIP à l'égard des institutions de prévoyance) dispose de pouvoirs dont l'équivalent n'existe pas à l'égard des mutuelles et notamment lorsque des normes prudentielles ne sont pas respectées.

- Ses pouvoirs de sanction sont plus restreints.

Les pouvoirs de sanction de la CCA concernent – non seulement l'organisme mais aussi ses dirigeants. Ils sont d'une gamme plus large que l'avertissement et le blâme, sanctions sans réels effets opérationnels et le retrait d'agrément, sanction ultime qui ne peut être utilisée qu'en dernier recours. Ainsi, la CCA peut, en outre, utiliser les sanctions disciplinaires suivantes :

- interdiction d'effectuer certaines opérations et toutes autres limitations dans l'exercice de l'activité,
- suspension temporaire d'un ou plusieurs dirigeants de l'institution,
- retrait total ou partiel d'agrément ou d'autorisation,
- transfert d'office de tout ou partie du portefeuille des contrats.

En outre, la CCA a le pouvoir de prononcer des sanctions pécuniaires.

Article L 310-18 du Code des assurances

En outre, la Commission peut prononcer, soit à la place, soit en sus de ces sanctions, une sanction pécuniaire. Le montant de cette sanction pécuniaire doit être fonction de la gravité des manquements commis, sans pouvoir excéder 3 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé au cours du dernier exercice clos calculé sur une période de douze mois. Ce maximum est porté à 5 % en cas de nouvelle violation de la même obligation. Les sommes correspondantes sont versées au Trésor Public. Elles sont recouvrées comme des créances de l'Etat étrangères à l'impôt et au domaine.

En l'état actuel de la législation nationale, la CCMIP dispose à l'égard des mutuelles de pouvoirs moindres que ceux de la commission de contrôle des assurances à l'égard des organismes relevant du code des assurances. Tant au plan de l'opportunité que du droit européen (car la différence des pouvoirs de contrôle peut conduire à des distorsions de concurrence), il est nécessaire, en tout état de cause, d'harmoniser les pouvoirs des deux commissions en accroissant ceux de la CCMIP.

2.1.3. La mise en place d'une autorité de contrôle unique présenterait des avantages dans un cadre interministériel

L'affirmation de la spécificité mutualiste, par des règles de droit propres, suppose une administration responsable de la réglementation du secteur. Elle peut également justifier une autorité de contrôle qui ait spécifiquement en charge le suivi et le respect de ces règles.

Toutefois, une fusion des commissions peut être envisagée à condition que la nouvelle structure créée ait une effective vocation interministérielle.

La fusion aurait l'avantage d'unifier la surveillance prudentielle du secteur des " assurances " au sens des directives et de garantir un traitement homogène des différents opérateurs. Mais elle ne doit en aucun cas conduire à un amoindrissement de l'étendue du contrôle exercée sur les mutuelles. Il ne peut s'agir d'un seul contrôle financier et comptable : le respect, par ces opérateurs particuliers, des spécificités qui sont les leurs, est une nécessité : les contrôleurs devront ainsi être à même d'appréhender le respect par les mutuelles des règles auxquelles elles sont soumises, dans leur généralité. Le contrôle doit être comptable, économique et doit aussi porter sur le respect des engagements mutualistes comme du fonctionnement démocratique des sociétés de personnes que sont les mutuelles.

Préidée par une personnalité qualifiée, la commission devrait regrouper des personnes à même d'appréhender dans sa diversité le secteur des assurances et le secteur de la santé. Elle devrait structurellement faire appel à des contrôleurs issus pour moitié du corps de contrôle des assurances et pour moitié d'inspecteurs des affaires sociales ou d'agents nommés par le ministre de l'Emploi et de la Solidarité. En effet, seule la diversité des origines et compétences des contrôleurs peut permettre la réalisation d'un contrôle qui ne se limiterait pas au respect des règles strictement financières.

Il semble nécessaire que la commission soit épaulée par deux rapporteurs généraux ou secrétaires généraux, l'un pour le secteur des assurances de biens et l'assurance-vie, naturellement issu du ministère des Finances, l'autre pour la couverture maladie complémentaire, naturellement issu du ministère de l'Emploi et de la Solidarité. Le suivi et le contrôle des retraites complémentaires ne pourront être assurés que conjointement.

Une fusion ne serait justifiée légitime et opportune que sous cette condition fondamentale : un choix statutaire des contrôleurs assurant l'équilibre entre les deux administrations concernées, eu égard aux spécificités des assurances des personnes opérant notamment en matière de complémentaire maladie et de retraite.

2.2. Le maintien des avantages fiscaux ne pourrait être justifié que par le caractère légal d'obligations spécifiques des mutuelles

Les mutuelles disposent sur certains points d'avantages fiscaux significatifs qui tirent leur origine de la prise en compte du caractère non lucratif de leur activité par le législateur. Cela n'est pas contestable même si l'analyse des conditions fiscales faites aux institutions devait s'accompagner d'une analyse de l'impact des règles fiscales et sociales faites au souscripteur des contrats qui pourraient conduire, à tout le moins, à nuancer ce constat.

Sur ce point, il convient sans doute de faire évoluer le droit interne. Les avantages fiscaux ne peuvent plus uniquement se fonder sur le caractère non lucratif de l'activité. Ils peuvent par contre être justifiés par les règles législatives spécifiques aux mutuelles, qui leur donnent un handicap concurrentiel par rapport aux autres "entreprises d'assurance", en ne leur permettant pas de sélectionner leur clientèle. Les avantages fiscaux seraient alors liés non au statut juridique de l'entreprise d'assurance mais aux caractéristiques de la couverture proposée aux adhérents.

Là encore, la définition législative des engagements particuliers, et donc des contraintes spécifiques qui pèsent sur les mutuelles, serait de nature à éviter tout contentieux fondé sur l'assimilation des exonérations fiscales à des aides de l'Etat affectant la concurrence et la libre prestation de services, de manière injustifiée.

En effet, elle viendrait renforcer l'applicabilité de la jurisprudence de la CJCE. Celle-ci a en effet estimé qu'en vue d'apprécier si une aide accordée par l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat est incompatible avec le Traité de marché commun au sens de l'article 92 par. 1 et 3, ou est appliquée de manière abusive, "il est nécessaire de considérer tous les éléments de fait ou de droit dont ladite aide est assortie, notamment s'il n'existe pas un déséquilibre entre d'une part, les charges à subir par les entreprises ou productions intéressées et, d'autre part, les bénéfices résultant de l'attribution de l'aide dont il s'agit."¹⁵ (CJCE 25/6/70, aff. 47-69, Rec. XV 05.487).

3. La France doit s'engager dès maintenant pour obtenir au niveau européen un traitement spécifique de la couverture complémentaire maladie

3.1. L'accès à la couverture complémentaire maladie devient nécessaire pour assurer l'accès de tous aux soins

L'accès aux soins dépend de la disponibilité des ressources financières pour en assumer le coût et donc, in fine aujourd'hui, de l'existence d'une couverture complémentaire maladie.

3.1.1. L'accès aux soins dépend, in fine, de la couverture complémentaire maladie

Ce constat de bon sens est confirmé par différentes études. Ainsi, une étude du CREDES¹⁶, portant sur l'année 1997, où 23 % des personnes interrogées déclarent avoir renoncé une fois au cours de leur vie à des soins pour des raisons financières, et 14 % au cours des douze derniers mois, fait apparaître l'impact de la couverture sociale.

¹⁵ (CJCE 25/6/70, aff. 47-69, Rec. XV 05.487)

¹⁶ CREDES - Février 1999 " Santé, soins et protection sociale en 1997 "

Les caractéristiques des personnes ayant renoncé aux soins et des soins auxquels il est renoncé sont, en effet, de trois ordres :

- les soins auxquels il est renoncé sont les moins bien remboursés : 12,5 % des personnes ont renoncé à des soins dentaires, 9 % à des soins de médecin et des examens ;
- le renoncement aux soins est plus fréquent à mesure que le revenu diminue et 40 % des chômeurs déclarent avoir renoncé à des soins ;
- le taux de renoncement est de 45 % chez les personnes qui ne bénéficient pas d'une complémentaire maladie contre 20 % chez celles qui en ont une.

3.1.2. Le désengagement des régimes obligatoires rend d'autant plus importante la couverture complémentaire

Les comparaisons européennes sont, sur ce plan, difficiles en raison de l'hétérogénéité des systèmes de santé et de protection sociale. Les chiffres de l'OCDE sur le pourcentage des financements publics dans les dépenses totales de santé sont, en dépit de leur caractère global, à cet égard significatifs :

- entre 1980 et 1996, le financement public a décru de 4,5 points, passant en moyenne de 81 % à 76,5 %, ce qui le ramène à son poids de 1970 ;
- le financement public ne s'est accru que dans deux pays sur quinze, il a faiblement diminué dans cinq et très sensiblement dans tous les autres.

Tableau 3 - Part du financement public dans les dépenses de santé ¹⁷

Pays	1970	1980	1996	Variation /70	Variation /80
Belgique	87	83,4	87,7	0,7	4,3
Autriche	63	68,8	72	9	3,2
Luxembourg	88,9	92,8	92,6	3,7	- 0,2
Allemagne	72,8	78,7	78,3	5,5	- 0,4
Finlande	73,8	79	78,4	4,6	- 0,6
Espagne	65,4	79,9	78,7	13,3	- 1,2
Pays-Bas	84,3	74,7	72,1	- 12,2	- 2,6
France	74,7	78,8	74,4	- 0,3	- 4,4
Portugal	59	64,3	59,8	0,8	- 4,5
Grèce	53,4	82,2	77,5	24,1	- 4,7
Royaume-Uni	87	89,4	84,5	- 2,5	- 4,9
Irlande	81,7	81,6	74,2	- 7,5	- 7,4
Suède	86,0	92,5	83,0	- 3	- 9,5
Italie	86,9	80,5	69,8	- 17,1	- 10,7
Danemark	86,3	88,5	65,2	- 21,1	- 23,3
Moyenne	76,7	81,0	76,5	- 0,1	- 4,5
Ecart type	11	8	8		

Ces chiffres extrêmement globaux devraient être précisés, notamment pour les pays qui, remboursant un panier de biens et services, en ont modifié le contenu.

Tableau 4 - Classement des pays selon la part du financement public des dépenses de santé

Rang	Pays	1970	Pays	1980	Pays	1996
1	Luxembourg	88,9	Luxembourg	92,8	Luxembourg	92,6
2	Belgique	87	Suède	92,5	Belgique	87,7
3	Royaume-Uni	87	Royaume-Uni	89,4	Royaume-Uni	84,5
4	Italie	86,9	Danemark	88,5	Suède	83,0
5	Danemark	86,3	Belgique	83,4	Espagne	78,7
6	Suède	86,0	Grèce	82,2	Finlande	78,4
7	Pays Bas	84,3	Irlande	81,6	Allemagne	78,3
8	Irlande	81,7	Italie	80,5	Grèce	77,5
9	France	74,7	Espagne	79,9	France	74,4
10	Finlande	73,8	Finlande	79	Irlande	74,2
11	Allemagne	72,8	France	78,8	Pays Bas	72,1
12	Espagne	65,4	Allemagne	78,7	Autriche	72
13	Autriche	63	Pays Bas	74,7	Italie	69,8
14	Portugal	59	Autriche	68,8	Danemark	65,2
15	Grèce	53,4	Portugal	64,3	Portugal	59,8

En effet, l'exemple de la France, dont l'évolution est égale à celle de la moyenne des quinze,

¹⁷ Source OCDE

montre que le détail de cette évolution peut renforcer les effets négatifs d'une diminution globale de la couverture obligatoire.

Tableau 5 - Part des régimes de base dans la prise en charge des dépenses de santé en France en %¹⁸

	1980	1997	Variation
Hôpitaux	91,3	90,1	- 1,2
Auxiliaires médicaux	89,5	88,7	- 0,8
Médecins	75,7	60,4	- 15,3
Laboratoires	73,1	65,0	- 8,1
Pharmacies	64,7	61,7	- 3,0
Dentistes	48,9	32,1	- 16,8
Total biens et soins médicaux	79,4	74,8	- 4,6

Pour les soins de médecins, et surtout de dentistes, le revenu individuel ou la couverture complémentaire sont aujourd'hui une condition nécessaire pour l'accès aux soins. Ce n'est pas un hasard si ce sont les deux postes pour lesquels les Français déclarent le plus avoir renoncé aux soins pour des motifs financiers.

3.2. *L'atteinte de cet objectif ne peut être confiée au seul marché*

L'activité d'assurance, menée par des acteurs répondant aux seules lois du marché, amène nécessairement la sélection des risques et conduit à l'absence de couverture de certaines populations. Dans tous les domaines où est recherchée une couverture de l'ensemble de la population, une intervention étatique est nécessaire, au minimum pour rendre l'assurance obligatoire.

Les travaux menés sur les exemples de systèmes d'assurance en matière de santé, totalement ou partiellement concurrentiels, sont éclairants.¹⁹

3.2.1. **La concurrence et le fonctionnement du marché ont des conséquences économiques et sociales défavorables en matière d'assurance maladie**

- *Elles n'assurent pas l'équité*

L'assuré choisit son niveau de couverture sur un marché concurrentiel. La prime payée est fonction du risque qu'il représente et du niveau auquel il souhaite se couvrir. Pour la théorie économique dominante, le jeu des préférences des individus conduira au niveau souhaitable de dépenses de santé, et les sanctions des consommateurs à l'encontre des producteurs inefficaces ou de mauvaise qualité amélioreront la production de soins. Cette hypothèse est très largement discutable.

Dans un système de marché, l'assureur doit éviter qu'un malade chronique paie la même prime d'assurance qu'une personne en bonne santé du même âge ; la logique même de la concurrence conduit à rechercher les informations nécessaires pour discriminer les tarifs des assurés. Si un

¹⁸ Source : " Comptes de la santé "

¹⁹ CREDES - Mise en concurrence des assurances dans le domaine de la santé - Théorie et bilan des expériences étrangères

assureur ne le fait pas, le prix payé par les “ bons risques ” sera plus élevé que ceux offerts par un assureur effectuant une meilleure discrimination et ils changeront d’assureur. La sélection des risques qui aboutit à la constitution du “ portefeuille ” d’assurés couverts est donc une nécessité vitale pour l’entreprise d’assurance placée dans ce cadre.

La prime d’assurance étant indépendante du revenu, elle est déterminée en fonction du risque et du niveau de couverture choisi. Elle pèsera plus lourd dans un budget restreint, et l’accès aux soins sera différent selon le niveau de revenu.

Le fonctionnement spontané du marché conduit même à exclure des populations de l’accès à l’assurance, si elles sont trop pauvres pour payer les primes, trop malades pour pouvoir s’assurer à un coût supportable, ou si elles appartiennent à des groupes à risque que les assureurs refusent de couvrir.

- *Elles n’assurent pas l’efficacité économique*

En premier lieu, le risque “ maladie ”, pour être assurable, doit être individuel et aléatoire. Or, d’une part, le risque n’est pas toujours individuel (cas des épidémies) ; d’autre part il peut devenir certitude lorsqu’une pathologie lourde et chronique génère pour un individu une dépense quasi-prévisible. Le marché privé ne peut assurer ce type de risque : et l’on observe que dans tous les pays où tout ou partie de l’assurance santé est privatisée, le champ de cette dernière est limité, et les risques les plus lourds – qui représentent d’ailleurs une part importante des dépenses totales – restent pris en charge, de manière universelle et obligatoire, par des programmes publics.

Ensuite, la tarification en fonction du risque, qui est une condition du fonctionnement d’un marché efficace de l’assurance, est particulièrement difficile pour le risque maladie. La stratégie logique d’un assureur est, au sein d’une classe de tarif, d’éliminer les mauvais risques par des stratégies d’écramage indirectes (ciblage de la publicité vers des populations particulières, combinaison de l’offre d’assurance avec une offre pouvant intéresser des personnes ayant des niveaux de risque faible, jeu sur les garanties et les services offerts, etc.)

On peut même arriver au paradoxe que l’assureur le plus efficace pour contrôler les coûts des producteurs et offrir de la qualité, soit pénalisé en attirant à lui les plus gros consommateurs de soins.

A cet égard, il ne faut pas sous estimer les capacités des entreprises d’assurances à sélectionner des risques. Le choix des marchés prioritaires peut largement dépasser de simples critères d’âge et de sexe et la sélection se faire de plus en plus sur des critères secondaires prédictifs du comportement d’avenir efficaces.

- *Les mesures réglementaires d’encadrement du marché ne suffisent pas à corriger les effets pervers de son fonctionnement*

Des solutions aux problèmes d’équité et d’exclusion pourraient être apportées par des mesures d’encadrement tout en maintenant un marché de l’assurance, dont on escompterait des bénéfices, même s’il faut les relativiser en termes d’efficacité. Selon le CREDES, les aménagements de la concurrence qui sont à l’œuvre dans les différents pays semblent peu adaptés. Ils peuvent conduire à renforcer les pratiques d’écramage s’ils imposent des tarifs trop uniformes. Quand ils composent la solidarité de manière coercitive, ils vident la concurrence entre assureurs de ses incitations positives à l’efficacité.

Un exemple particulièrement illustratif, celui de l'assurance privée (pour les personnes dont le revenu est supérieur au plafond) aux Pays-Bas est cité par le CREDES. L'Etat a été amené à réglementer de façon croissante ce marché afin de tempérer les effets pervers de la concurrence en terme d'accès. En particulier, les assureurs sont obligés d'offrir un contrat, dont la prime est plafonnée, à des personnes à haut risque et la loi impose aux autres assurés du privé une contribution supplémentaire destinée à financer le déficit sur ces contrats. Ce contrat particulier couvre, à l'heure actuelle, environ 15 % de la population qui s'assure auprès d'une compagnie privée, et génère 45 % de leurs dépenses de santé. Dans les faits donc, près de la moitié du marché échappe à l'assurance privée tarifiée au risque. Cette intervention de l'Etat a abouti à ce que les assureurs, qui couvrent une population aisée, n'assurent en plus que les bas risques au sein de cette population. Ils ne sont donc guère motivés à gérer de manière efficace au plan du coût global le risque des personnes couvertes puisque, si le niveau de risque d'un assuré évolue, ils sont déchargés de leur responsabilité.

3.2.2. Dans le contexte actuel de l'organisation de la couverture maladie en France, ces risques ne sont pas à négliger

- *Une assurance maladie complémentaire soumise à la concurrence*

Le contexte actuel est celui de la coexistence d'une couverture obligatoire non ouverte à la concurrence et d'une couverture complémentaire pour laquelle les différents types " d'entreprises d'assurance " sont en concurrence

Le premier étage du système est construit sur des principes de solidarité entre biens portants et malades et entre pauvres et riches. Le second étage, quant à lui, met en concurrence des acteurs qui relèvent de logiques différentes, sans d'ailleurs que la logique de leur action concrète soit uniquement liée à leur statut juridique.

Certes, la concurrence est " organisée " à la fois par des dispositions issues de la loi EVIN protectrices des assurés, couverts par des contrats de groupe, et par l'impact de facteurs historiques et institutionnels. Elle est néanmoins réelle et les années récentes ont vu des évolutions significatives dans le positionnement des acteurs.

Le risque est de voir les acteurs ne sélectionnant pas perdre tous les " bons risques ", ce qui est la négation d'une concurrence efficace, au plan de la société. Il est aussi à craindre de voir des acteurs à statut non lucratif et affirmant des valeurs de solidarité adopter, sous l'impact de cette concurrence, des comportements moins solidaires.

Ces difficultés expliquent les réticences de certains acteurs mutualistes à voir inscrits dans la loi des principes mutualistes trop " contraignants ". Ils mesurent, en effet, le risque de voir se réduire les valeurs de solidarité qu'ils défendent par le jeu de la loi du marché.

A cet égard, il ne convient pas de faire preuve d'angélisme : imposer des obligations légales aux mutuelles doit s'accompagner d'avantages leur permettant de se confronter dans une situation d'égalité des chances avec les autres opérateurs.

- *Les directives ont un objectif prudentiel et ne visent pas à assurer l'accès aux soins pour tous.*

Les directives assurance sont destinées à assurer la solvabilité d'entreprises d'assurance évoluant dans un monde concurrentiel et donc de les obliger à avoir un comportement qui leur permet de

remplir les engagements qu'elles prennent à l'égard des assurés. Sur ce point, il est clair que l'isolement des activités autres que d'assurance dans des structures juridiques différentes de celles qui pratiquent l'assurance accroît les garanties juridiques des assurés. Par contre, et on ne peut les leur reprocher car ce n'est pas leur objet, les directives n'ont aucun effet limitant sur les conséquences inappropriées de la concurrence sus-exposées.

3.3. Il convient donc d'imposer, au plan européen et pour des motifs d'intérêt général, des normes de comportement à l'ensemble des opérateurs intervenant dans ce secteur économique

La couverture complémentaire maladie ne peut être traitée comme une autre assurance parce que son existence conditionne la réalité de l'accès aux soins et l'efficacité globale du système de protection sociale.

Le projet de couverture maladie universelle en témoigne et montre que l'accès aux soins des plus démunis ne peut être assuré par l'accès à la seule couverture de base.

Il convient donc que la France œuvre au plan européen pour que les règles relatives à la couverture complémentaire maladie prennent en compte cette spécificité afin d'éviter qu'un "marché unique de la complémentaire" ne vienne balayer les mécanismes de solidarité existant en France. Dans ce cadre, la définition législative des principes mutualistes renforcerait le caractère exemplaire de l'activité mutualiste en France et donc la position de la France.

Il est primordial que la France prenne, en ce domaine, des initiatives auprès de nos partenaires. C'est à cette condition que l'avenir d'une complémentaire maladie garantie à tous sera assuré.

Rien ne lui interdit, par ailleurs, de fixer dès à présent, des règles propres du moment que leur application est possible par l'ensemble des entreprises d'assurance de l'Union. La couverture maladie universelle constitue, à cet égard, une avancée majeure.

Liste des annexes

1. Lettre de mission
2. Liste des personnes rencontrées
3. Courrier à Michel ROCARD de la Commission et réponse de la Commission

Le Premier Ministre

Paris, le 6 novembre 1998

Monsieur Michel ROCARD
Ancien Premier Ministre
Parlementaire Européen
288, boulevard Saint-Germain
75341 Paris Cedex 07

Monsieur le Premier Ministre,

Les organismes assureurs habilités à intervenir dans le domaine de la protection complémentaire ont souhaité en 1992 que les règles posées par les directives 92/49/CEE et 92/96/CE leurs soient étendues lorsqu'ils effectuent des opérations d'assurance dans le cadre de cette couverture sociale complémentaire.

Les pouvoirs publics ont donc entrepris en étroite concertation avec ces organismes un long et difficile travail de refonte du droit national qui a permis, par les lois du 4 janvier 1994 et du 8 août 1994, de respecter les délais de mise en œuvre fixés par les directives pour les entreprises du code des assurances et les institutions de prévoyance du code de la sécurité sociale.

En ce qui concerne les mutuelles du code de la mutualité, le Gouvernement a constaté à son arrivée que la transposition n'avait pas été faite et qu'il n'existait pas de projet conciliant le respect des règles prudentielles édictées par les directives européennes et la préservation de la spécificité du mouvement mutualiste.

Dans ses lettres du 19 novembre 1997 et du 11 mars 1998, le Gouvernement français a donc fait des propositions à la Commission européenne pour réaliser une transposition conforme à ces exigences.

Ces propositions des autorités françaises ont été jugées insuffisantes par la Commission, qui a engagé le 8 juillet 1998 une action en manquement à l'encontre de la France auprès de la Cour de justice des communautés européennes.

Il est donc nécessaire d'élaborer rapidement un projet de loi, qui à la fois satisfasse aux exigences communautaires de libre prestation de service et de sécurité financière et intègre les principes qui fondent l'action mutualiste dans les domaines de la santé, de la prévoyance et de la retraite, afin d'assurer la pérennité des mutuelles et de protéger efficacement les droits de leurs membres.

Compte tenu de l'importance de ce dossier qui touche un mouvement social jouant un rôle majeur dans le système de santé français, je souhaite vous confier une mission de concertation et de propositions. Celle-ci devra aboutir à un projet de loi qui recueille un accord aussi large que possible.

Ce projet pourra s'inscrire dans le cadre plus large d'une modernisation du code de la mutualité.

Il pourra, par ailleurs, intégrer, le cas échéant, le nouveau cadre juridique de l'assurance maladie complémentaire qui sera entre-temps défini dans le cadre du projet de loi sur la couverture maladie universelle.

Il devra enfin comporter des règles précises et directement applicables pour assurer la sécurité juridique et financière des engagements pris par les caisses autonomes mutualistes créées avant le 31 juillet 1998 réalisant des opérations de retraite supplémentaire facultatives en semi-répartition.

Vous voudrez bien me rendre vos conclusions au plus tard à la fin du premier trimestre 1999.

Je vous remercie de la contribution que vous apporterez au règlement de ce dossier difficile.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Premier Ministre, l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

Amicalement,

Lionel JOSPIN

Michel Rocard

Paris, le 7 décembre 1998

Monsieur le Premier Ministre,

Vous m'avez, confié, par lettre du 6 novembre 1998, une mission de concertation et de proposition sur la transposition des directives " assurance " aux mutuelles. Vous souhaitez aboutir à un projet de loi qui recueille un accord aussi large que possible.

La mission que j'anime a entamé les consultations nécessaires avec les principaux intéressés. Elle a notamment engagé un dialogue avec les services de la Commission européenne afin d'évaluer les marges de liberté laissées aux États membres dans le cadre de la transposition. Ces premiers contacts laissent à penser qu'il me sera possible de vous remettre, pour la fin du premier trimestre 1999, un rapport retraçant les différentes options possibles pour la transposition de ces directives.

Par la suite, et sur cette base, les services du Ministère de l'emploi et de la solidarité et du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie seront en mesure de mettre au point les projets de textes législatifs et réglementaires qui en découlent.

Je vous prie de croire, Monsieur le Premier Ministre, en l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

Bien cordialement,

Michel ROCARD

Liste des personnes rencontrées

FMF Fédération Mutuelles de France	Daniel LE SCORNET, Président Mme PIERRAT
FNIM - GROUPE DES 6 Fédération Nationale Interprofessionnelle des Mutuelles	Michel HERMANT, Président M. NOZACH, Directeur général Bruno GABELLIERI, Secrétaire général M. CANDAS, Président Mutuelle Mayenne
FNMF Fédération Nationale de la Mutualité Française	M. DAVANT, Président Jean-Louis BANCEL, Directeur général
CCMIP Commission de Contrôle des Institutions de Prévoyance et de Mutuelles	M. FOURRÉ, Président M. GRATIEUX, Secrétaire général adjoint
FO Force Ouvrière	M. MARÇOT M. RIVIERRE
CFTC Confédération française des travailleurs chrétiens	M. LENFANT M. PROST
CGT	Contactée par la mission
FFSA Fédération française des sociétés d'assurances	M. Denis KESSLER, Président M. Jean-Pierre MOREAU, Délégué général adjoint M. Philippe POIGET, Directeur Juridique M. André RENAUDIN, Délégué général du groupement des assurances de personnes (GAP) de la FFSA
MGEN Mutuelle générale de l'Éducation nationale	M. CHAUVET, Président M. HUCHET Vice-Président M. HIVERT, Vice-Président M. LAXALT, Vice-Président M. LECORRE, Trésorier général M. RABATÉ, Conseiller
MFP Mutualité Fonction Publique	Maurice DURANTON, Président général Geneviève VRIGNAUD, Vice-Présidente Jean-Pierre LEHEUTRE, Trésorier général Marcel ATLAN, Conseiller technique
FNMI Fédération nationale de la mutualité interprofessionnelle	Maurice RONAT, Président Michel MOIGNARD, Secrétaire général Bernard EYRAUD, Trésorier général FNMF Guy HERRY, Secrétaire général FNMF Michelle BOULÈGUE, Déléguée générale

FSPF

Fédération des syndicats pharmaceutiques de France

M. CAPDEVILLE, Président

CFDT

M. QUINQUENNEL
Mme PERRIER-REPLEIN

UNMTI

Union nationale mutualiste des travailleurs indépendants

Gilbert SOUILLÉ, Président
Jean-Louis BANCEL, Directeur général FNMF
M. DUCROUX, Secrétaire général

Michel Rocard

Paris, le 1^{er} décembre 1998

Monsieur le Commissaire,

Suite à notre entretien du 18 novembre à Strasbourg, vous voudrez bien trouver ci-joint une note détaillée expliquant les raisons fondamentales pour lesquelles le Gouvernement et le Parlement français ne pourront accepter une transposition des directives qui ne prenne pas en compte la spécificité du mouvement mutualiste français.

Conformément à ce dont nous sommes convenus, et compte tenu de l'état actuel de nos discussions, il m'apparaît par ailleurs nécessaire de vous poser une série de questions afin de mieux appréhender votre interprétation du droit communautaire relatif à l'activité d'assurance. En particulier, je souhaite, sur la base des courriers que la Commission a adressés à la France et à la FNMF dans le cadre de la procédure précontentieuse, aborder les points suivants.

1. La notion d'engagement envers les adhérents des mutuelles

Ainsi qu'il est rappelé dans la note jointe, les mutuelles se distinguent des autres assureurs complémentaires maladie notamment par le fait qu'elles s'engagent à ne pas sélectionner, exclure ou surtarifier leurs adhérents en fonction de leur état de santé. Il s'agit d'un engagement majeur aux yeux des adhérents qui distingue le service rendu par les mutuelles de celui proposé par les compagnies d'assurance.

– Un tel engagement constitue-t-il un engagement envers les assurés au sens du contrôle prudentiel instauré par les directives assurances ?

Par ailleurs, les mutuelles se distinguent également des compagnies en ce que les engagements envers les assurés ne résultent pas seulement des dispositions des bulletins de souscription, mais sont également prévus par leurs statuts.

– Les directives assurance imposent-elles aux autorités de contrôle de vérifier l'application de ces règles statutaires au même titre que les engagements pris en vertu des bulletins de souscription ?

2. Les règles relatives au transfert de portefeuille et à la réassurance

a) Il est communément admis que la mission des autorités de contrôle de l'assurance est de veiller à ce que les assureurs soient toujours capables d'honorer leurs engagements vis-à-vis des assurés et des bénéficiaires de contrats. À cet effet, les premières directives assurance prévoient que les autorités de contrôle ne se limitent pas à l'analyse de la situation financière des entreprises d'assurance, mais sont également tenues d'évaluer les politiques suivies par elles sur le plan technique (notamment, la politique de réassurance), ainsi que les moyens qu'elles mettent en œuvre dans le cadre de leurs activités (notamment l'aptitude et la probité des dirigeants ou les moyens matériels destinés à l'activité d'assistance).

Dès lors, est-il possible de prévoir :

– que l'accord qui doit être délivré – en vertu des directives – par les autorités de contrôle avant tout transfert de portefeuille soit fondé non seulement sur l'analyse de la solvabilité de la société cessionnaire, mais également sur l'engagement de cette dernière de respecter l'ensemble des engagements envers les assurés souscrits par la société cédante au titre des contrats transférés ?

– que le contrôle de la politique de réassurance par les autorités compétentes ne se limite pas à l'impact de cette politique sur la solvabilité de la société contrôlée, mais s'étende également à ses conséquences quant au respect par cette société des engagements qu'elle a souscrit envers ses assurés ?

b) Dans sa communication interprétative en date du 30 novembre 1994, la Commission déclarait qu'“ il [était] concevable qu'une préférence puisse être recherchée, lors d'un transfert de portefeuille, auprès d'entreprises ayant la même forme que l'entreprise cédante ”, dès lors que ce portefeuille pouvait être repris par toute autre entreprise d'assurance de forme juridique différente.

– Une telle préférence pourrait-elle également être recherchée pour les cessions de réassurance ?

Le code de la mutualité dispose que les mutuelles et unions de mutuelles ne peuvent se réassurer qu'auprès d'une union de mutuelles ou d'un organisme fédéral. Toutefois, les fédérations de mutuelles, situées au sommet de cet

ensemble, ont, elles, une entière liberté en matière de réassurance et peuvent notamment se réassurer auprès du réassureur de leur choix.

– **Ce mode d'organisation de la réassurance des mutuelles constitue-t-il une préférence aux réassureurs mutualistes conforme au droit communautaire ?**

c) Dans votre lettre du 6 mai 1998, vous indiquez, à propos du régime de réassurance des groupements mutualistes, que ce régime *“ tout en étant indistinctement applicable aux réassureurs non mutualistes français et étrangers, comporte des conditions qui, de facto, sont plus difficiles à remplir par des entreprises non françaises (seules les mutuelles françaises peuvent conquérir cette partie de la clientèle du marché de la réassurance) et, de ce fait, constitue une entrave à la libre prestation de services ”*.

– **En revanche, des dispositions réservant la réassurance des mutuelles et des unions de mutuelles à des organismes de nature mutualiste ou équivalente, établis en France ou dans tout autre État membre de l'Union européenne, seraient-elles compatibles avec le droit communautaire ?**

d) Le code de la Sécurité sociale qui régit le fonctionnement des institutions de prévoyance dispose que les transferts de portefeuille de ces institutions doivent être approuvés par un vote de leur assemblée générale à la majorité qualifiée.

Est-il possible de soumettre la souscription par les mutuelles d'un traité de réassurance (quel que soit le réassureur), et le transfert de tout ou partie du portefeuille, à une approbation de l'assemblée générale des sociétaires à une majorité qualifiée ?

3. La règle de spécialisation

a) L'article 8.1.b) des premières directives assurances interdit aux organismes d'assurance d'effectuer toute activité commerciale ne découlant pas directement de l'activité d'assurance.

– **Quelle est la définition, au sens du droit européen, de la notion d'“ activité commerciale ” ?**

– **En particulier, les réalisations sociales des mutuelles, qui sont réalisées sans but lucratif, sont-elles, au sens du droit européen, des activités commerciales ?**

b) Dans sa requête auprès de la Cour de justice des Communautés européennes, la Commission a interprété comme suit l'article 8.1.b) des premières directives assurances (qu'elle avait déjà délivrée dans sa communication interprétative et ses lettres au Gouvernement français) :

“ L'article 8.1.b) doit être interprété en ce sens qu'il ne permet aux entreprises d'assurance d'exercer dans le cadre de la même entité juridique certaines activités autres que d'assurance que pour autant qu'elles découlent directement de l'activité d'assurance, c'est-à-dire dans la mesure où ces activités permettent de mener à bien ses activités d'assurance, à l'exclusion de toute autre activité commerciale. ”

Cette interprétation appelle les questions suivantes :

– **Que recouvre la notion d'“ activités autres que d'assurance ” ? L'engagement de faire bénéficier l'assuré d'une prestation en nature en cas de réalisation d'un événement aléatoire relève-t-il de l'activité d'assurance ?**

– **Comment s'interprète la mention “ dans la mesure où ces activités permettent de mener à bien ses activités d'assurance ” ? Signifie-t-elle que les activités autres que d'assurance, nécessaires au respect de leurs engagements, doivent obligatoirement être déléguées par les entreprises d'assurance à des prestataires extérieurs dès lors que c'est possible ?**

c) Dans sa lettre en date du 6 mai 1998, ainsi que dans sa requête auprès de la Cour de justice des Communautés européennes, la Commission conteste que les réalisations sanitaires des mutuelles puissent être considérées comme des prestations d'assurance en nature, compte tenu notamment de leur nature et du champ des personnes pouvant en bénéficier.

Cette analyse appelle les questions suivantes :

– **Une mutuelle peut-elle conclure avec d'autres mutuelles une convention par laquelle elle s'engage à réaliser, pour leur compte et à leur charge, les prestations sanitaires en nature dont elles ont promis de faire**

bénéficier leurs adhérents en cas de réalisation d'un événement aléatoire ?

– Une mutuelle peut-elle conclure avec les caisses de Sécurité sociale une convention par laquelle elle s'engage à réaliser, pour leur compte et à leur charge, des prestations sanitaires aux assurés sociaux non mutualistes ?

– Les mutuelles peuvent-elles faire bénéficier leurs adhérents de prestations en nature non consécutives à la réalisation d'un événement aléatoire dès lors que ces prestations sont d'une importance limitée par rapport au total des prestations d'assurance servies par ces mutuelles ?

– Les mutuelles peuvent-elles faire bénéficier les non-adhérents de prestations en nature dès lors que ces prestations sont d'une importance limitée par rapport au total des prestations d'assurance servies par ces mutuelles ?

d) La règle de la spécialisation instituée par l'article 8.1.b) des premières directives ne comporte aucune indication quant à sa mise en œuvre juridique.

– Un dispositif qui prévoirait la gestion des activités d'assurance d'une part, et des autres activités d'autre part, par des entités juridiques séparées, dotées chacune d'un patrimoine d'affectation, mais dirigées par des organes communs, serait-il conforme à la règle de spécialisation communautaire ?

*

Ces questions exploratoires permettront, je l'espère, d'engager avec vous un dialogue constructif à même de déboucher sur une solution de transposition. Dans cet esprit, mes collaborateurs et moi-même sommes à votre disposition pour vous apporter toute explication nécessaire sur ces questions ou sur la note jointe. De même, je vous confirme mon souhait de pouvoir vous rencontrer début janvier 1999 afin de discuter avec vous des réponses que vous nous aurez apportées et des solutions que nous aurons envisagées sur cette base.

Veuillez croire, Monsieur le Commissaire, en l'expression de ma très haute considération.

Michel ROCARD

Monsieur Mario MONTI
Membre de la Commission Européenne
Rue de la Loi, 200
B-1049 BRUXELLES

PREMIER MINISTRE

SERVICE DE PRESSE

Paris., le 27 mai 1999

COMMUNIQUÉ DE PRESSE

Le Premier Ministre a reçu, ce jeudi 27 mai 1999, M. Michel ROCARD, ancien Premier Ministre, parlementaire européen, à qui il avait confié une mission de concertation et de proposition sur la transposition des directives “ assurances ” dans le code de la mutualité.

Le rapport que Michel ROCARD a rendu au Premier Ministre souligne que la transposition des directives européennes constitue, pour la France, une obligation qui ne peut plus être retardée. À l’issue des contacts qu’il a eus tant avec la Commission européenne qu’avec les responsables du mouvement mutualiste, Michel ROCARD considère que cette transposition peut être réalisée sans remise en cause fondamentale des principes mutualistes.

Le Premier Ministre s’est félicité de la qualité de ce rapport qui contribue de manière déterminante à clarifier les différentes positions. Il a réaffirmé sa volonté d’assurer une transposition des directives dans le droit français qui intègre la spécificité du mouvement mutualiste. Le Gouvernement engagera rapidement l’instruction interministérielle des propositions de ce rapport afin d’élaborer un projet de loi qui devrait être examiné en Conseil des ministres d’ici à la fin de l’année.

MARIO MONTI

MEMBRE DE LA COMMISSION EUROPEENNE

Rue de la Loi 200
B-1049 BRUXELLES
Tél. : 296.41.01/2

Bruxelles, le 10 mars 1999
00197

Monsieur le Premier Ministre,

Je vous remercie de votre courrier du 1^{er} décembre 1998, que vous m'avez adressé suite à notre entretien du 18 novembre 1998 à Strasbourg, relatif à la transposition des directives sur les assurances dans le Code de la Mutualité.

J'ai le plaisir de vous transmettre en annexe les réponses circonstanciées aux différentes questions posées. Toutes ces questions ont fait l'objet d'analyse détaillée et de clarifications à l'occasion de contacts entre mes services et des représentants du Ministère des Affaires Sociales et du Ministère de l'Économie et des Finances, en dernier lieu en avril 1998. Pour ma part, je ne peux que vous confirmer la position soutenue par la Commission depuis le début de la procédure d'infraction. Cette position a été communiquée aux autorités françaises à l'occasion des nombreux échanges de correspondance qui ont déjà eu lieu entre mes services et le gouvernement français, tant après l'entrée en vigueur des 3^{es} directives sur les assurances, quant et, surtout, dans le cadre de la procédure précontentieuse à l'occasion des commentaires portant sur le projet présenté par les autorités françaises en novembre 1997.

Je me permets d'attirer votre attention sur le fait que le manquement aux délais impartis pour transposer les directives sur les assurances dans le Code de la Mutualité fait l'objet d'une procédure contentieuse au titre de l'article 169 du Traité, que la Commission a engagée à l'encontre de la France. Cette procédure est à l'heure actuelle en cours devant la Cour de Justice. Par conséquent, je ne peux que souligner que seule la transposition correcte des directives peut mettre fin au manquement et, de ce fait, justifier l'éventuel désistement de la procédure engagée.

Je vous prie de croire, Monsieur le Premier Ministre, à l'expression de ma très haute considération.

M. Michel Rocard
Député au Parlement Européen
Président de la Commission du Développement et de la Coopération
226, boulevard Saint-Germain
F- 75007 PARIS

1. La notion d'engagement envers les adhérents des mutuelles

a) L'engagement des mutuelles vis-à-vis de leurs adhérents de ne pas procéder à une sélection des risques ou de ne pas surtarifier en raison de leur état de santé peut résulter soit d'une disposition légale nationale, soit de leurs statuts, soit d'une décision de politique commerciale des entreprises elles-mêmes.

b) Lorsque de tels engagements ont pour origine une disposition légale nationale, la compatibilité de cette disposition avec le droit communautaire doit être appréciée à la lumière de la notion d'intérêt général. Un État membre qui limite par une disposition légale la politique commerciale ou la liberté contractuelle des entreprises d'assurance doit justifier un tel choix au moyen de raisons d'intérêt général valables. Le projet de Communication interprétative de la Commission sur la libre prestation de services et l'intérêt général dans le secteur des assurances rappelle la portée de cette notion ainsi que les critères exigés par la Cour de Justice pour qu'une mesure nationale restrictive soit justifiée pour des raisons d'intérêt général. Ce projet de Communication interprétative montre également la manière dont la Commission entend appliquer cette notion au secteur de l'assurance.

Il existe déjà dans le droit de certains États membres des dispositions légales imposant aux entreprises d'assurance une interdiction de sélection de risques au moment de la conclusion de contrat. Dans d'autres cas, le législateur national, inspiré par ce souci de limiter la politique de sélection des risques, impose une couverture viagère et empêche l'entreprise d'assurance de résilier le contrat du fait de l'aggravation de l'état de santé de l'assuré. Tel est

le cas par exemple de la loi du 30 décembre 1989 (loi “Evin”) en France, applicable aux entreprises d’assurance régies par le Code des Assurances et aux Institutions de Prévoyance lorsqu’elles souscrivent des contrats de groupe. Encore une fois, pour que ces dispositions soient imposées à des entreprises d’assurance exerçant en régime d’établissement ou de libre prestation de services, elles doivent respecter les exigences du Traité, et, en l’occurrence, être conformes à la notion d’intérêt général.

c) Lorsque cet engagement envers les assurés résulte des règles statutaires ou de la politique commerciale de l’entreprise d’assurance, ce sont les autorités publiques (autorités de contrôle, pouvoir judiciaire) qui dans le cadre de leurs pouvoirs respectifs devront s’assurer que cet engagement statutaire ou commercial est respecté en pratique dans les contrats d’assurance passés par la mutuelle. Pour les autorités de contrôle, cette vérification se fera notamment dans le cadre de leur mission générale de contrôle, dans le cadre du contrôle des contrats et des conditions d’assurance ainsi que lors de l’examen des plaintes qui, le cas échéant, leur sont adressées par des assurés. Quant au pouvoir judiciaire, il sera impliqué dans le cadre du contentieux du contrat d’assurance ou des décisions statutaires adoptées à l’égard d’un adhérent ou d’éventuels adhérents.

d) Lorsqu’une entreprise d’assurance, quelle que soit sa forme juridique, ne prend pas en considération, pour déterminer le coût de l’assurance, des éléments tels que l’état de santé ou l’âge du preneur d’assurance, le coût du contrat est déterminé en fonction d’autres facteurs de risque. En tout état de cause, comme dans tout contrat d’assurance, l’assureur devra disposer à tout moment des ressources financières suffisantes pour faire face aux éventuels aléas qui peuvent entraîner la dégradation de l’état de santé du portefeuille assuré.

Aussi, l’autorité de contrôle chargée de la surveillance financière de l’entreprise d’assurance devra vérifier si les engagements souscrits par l’entreprise sont couverts en permanence par des ressources financières suffisantes. Conformément aux règles fixées par les Directives adoptées dans le domaine de l’assurance, l’autorité de contrôle est tenue d’imposer à l’entreprise d’assurance la constitution de provisions techniques et d’une marge de solvabilité suffisantes.

2. Les règles relatives au transfert de portefeuille et à la réassurance

a) En ce qui concerne l’accord qui doit être délivré par les autorités de contrôle avant tout transfert de portefeuille, le dispositif légal prévu par les Directives (Article 12 dir. 92/49/CEE, Article 11 de la dir. 92/96/CEE) ne comprend que l’examen et l’attestation de la marge de solvabilité de l’entreprise cessionnaire, compte tenu du transfert. En d’autres termes, ces directives n’autorisent pas la prise en considération d’autres éléments qui pourraient présenter un intérêt dans le contexte de la surveillance prudentielle de l’entreprise d’assurance cessionnaire. L’autorité de contrôle de l’entreprise cédante est tenue d’autoriser le transfert de portefeuille dès qu’elle est en possession de l’attestation de solvabilité de l’entreprise cessionnaire, compte tenu du transfert et, éventuellement, de l’accord des autorités de contrôle des États membres où les risques qui font l’objet du transfert sont situés.

b) Un transfert de portefeuille fait l’objet d’une convention de transfert entre les assureurs cédant et cessionnaire, dans laquelle sont établies les conditions relatives au transfert. Les parties peuvent stipuler, parmi les conditions auxquelles ce transfert sera soumis, l’obligation, pour l’assureur cessionnaire, de respecter intégralement les engagements de l’entreprise cédante envers les assurés au titre des contrats transférés (ex. : non surtarification ou non exclusion des assurés en raison de la modification de leur état de santé) et de ne pas modifier unilatéralement les conditions des contrats d’assurance souscrits par l’entreprise cédante¹. Le non respect des conditions établies dans la convention de transfert peut être invoqué par les assurés, ou par toute autre partie intéressée, devant les autorités compétentes (autorités de contrôle, tribunaux). Qui plus est, les autorités de contrôle chargées de la surveillance de l’entreprise cessionnaire dans le cadre de leur mission générale de contrôle devront également surveiller le respect des conditions de la convention de transfert et elles pourront prendre, le cas échéant, les mesures appropriées.

¹ En général, le droit du contrat des assurances prévoit déjà des règles spécifiques relatives à la modification des contrats d’assurance par les entreprises d’assurance et les droits pour les preneurs d’assurance dans ce cas.

c) Quant au contrôle de la politique de réassurance menée par une entreprise d’assurance, la réglementation européenne en vigueur permet à l’autorité de contrôle d’une entreprise d’assurance directe de s’y intéresser, soit lors de l’examen de la demande d’agrément initial, soit tout au long de la période de son activité. En effet, lors de la demande d’agrément initial, l’entreprise d’assurance doit présenter à l’autorité de contrôle un programme d’activités contenant des informations sur les principes recteurs en matière de réassurance que l’assureur entend suivre. L’autorité de contrôle devra s’assurer que cette politique de réassurance permettra à l’entreprise de respecter

à tout moment les engagements contractuels de l'assureur envers les assurés. Cette vérification fait partie du contrôle permanent de l'entreprise d'assurance par l'autorité de contrôle et ne se limite pas donc au seul moment de l'obtention de l'agrément initial.

d) En ce qui concerne une éventuelle préférence à accorder en matière de cessions de réassurance à certaines entreprises, par exemple en raison de leur forme juridique ou de leur appartenance à une association ou fédération spécifique, il incombe à l'entreprise d'assurance de décider de sa propre politique de réassurance et de choisir les réassureurs de son portefeuille, sous le contrôle des autorités de surveillance. Il faut bien entendu que cette décision soit conforme aux règles en matière de concurrence.

e) Le régime en vigueur dans le code de la mutualité en matière de cessions de réassurance pose aussi des questions au regard de sa compatibilité avec les règles du Traité. Ce dispositif prévoit que les fédérations des mutuelles peuvent choisir librement leur réassureur, à savoir une entreprise française ou étrangère. En revanche, les mutuelles faisant partie de la fédération ne peuvent pas s'assurer qu'auprès d'une union de mutuelles ou auprès d'une fédération, ce qui n'apparaît pas compatible avec le principe de liberté de circulation, notamment l'article 59 du Traité. En effet, cette mesure interdit à certaines catégories de mutuelles de faire appel aux entreprises de réassurance communautaires. Les réassureurs communautaires qui seraient prêts à accepter des cessions en provenance de ces mutuelles, conformément à l'article 59 du Traité, n'ont pas accès à une partie du marché français. En outre, même si cette disposition devait être considérée comme étant indistinctement applicable aux réassureurs non mutualistes français et étrangers, elle comporte néanmoins des conditions qui *de facto* sont plus difficiles à remplir pas les entreprises non françaises et, de ce fait, constitue une entrave à la libre prestation de services. En effet, il n'existerait pas, à notre connaissance, de sociétés identiques ou à forme équivalente dans d'autres États membres ; des entreprises françaises ayant la forme juridique régie par le Code de la Mutualité peuvent avoir accès à cette partie de clientèle tandis que les entreprises d'autres États membres qui ne peuvent revêtir que d'autres formes juridiques ne peuvent se livrer à l'activité de réassurance qu'au niveau des fédérations de mutuelles. Enfin, ce régime doit également être examiné à la lumière des règles du Traité relatives à la libre concurrence, notamment ses articles 85 et 86

f) En ce qui concerne la soumission de la souscription d'un traité de réassurance et le transfert de tout ou d'une partie du portefeuille à une approbation de l'assemblée générale de sociétaires à une majorité qualifiée, il s'agit des rapports de droit privé et, plus spécifiquement, des engagements prévus par les statuts des mutuelles. Nonobstant cette précision, ces décisions devront être compatibles avec les dispositions du Traité, en l'occurrence, les règles en matière de concurrence et, le cas échéant, celles relatives à la libre prestation de services.

3. La règle de spécialisation des entreprises d'assurance

a) La notion " d'activité commerciale " doit être analysée dans le contexte des directives assurances. Elle doit dès lors être définie par exclusion à toute activité qui découle directement du contrat d'assurance et dont le but est de permettre à l'entreprise d'assurance d'honorer ses engagements contractuels (par exemple : la collecte des primes découlant des contrats d'assurance, les activités de gestion des investissements des provisions techniques nécessaires pour couvrir les risques objet des contrats d'assurance et le paiement des sinistres). Par activités commerciales, il faut comprendre des activités économiques, participant directement à la vie économique. À cet égard, le fait que, dans certains cas, ces activités ne poursuivent pas de " but lucratif " n'est pas un élément déterminant en soi. Ce n'est pas le caractère " lucratif " qui prévaut, mais surtout le fait que cette activité puisse entrer en concurrence avec d'autres entreprises ayant une activité commerciale au sens classique, à savoir poursuivant un " but lucratif ". Dans ce contexte, il convient de signaler que, nonobstant la forme juridique particulière (mutuelle, coopérative), de nombreuses entreprises d'assurance de la Communauté, dont le droit national ne leur permet pas de poursuivre de " but lucratif ", tombent dans le champ d'application du Traité et bénéficient des libertés d'établissement et de prestation de services établies par le Traité.

b) Après ce qui précède, les " *réalisations sociales* " des mutuelles doivent donc être considérées comme des " activités commerciales ", aux effets de l'application des directives assurances. En fait, il s'agit d'activités économiques dans lesquelles les opérateurs assument les risques financiers afférents à leur exercice ou supportent eux-mêmes les déficits en cas de déséquilibre entre dépenses et recettes. La Cour de Justice a signalé que de telles activités relèvent du champ d'application des articles du Traité relatifs à la concurrence.

c) Dans ce même ordre d'idées, il convient d'interpréter la notion " d'activité commerciale " autre que d'assurance (*i.e.* non assurantielle) de manière à garantir l'effet utile des directives sur les assurances (en particulier l'article

8.1.b)). L'objet du principe de séparation des activités d'assurances des autres activités est de garantir que la situation financière de l'entreprise d'assurance ne peut être mise en danger par des activités économiques qui seraient exercées par cette même entreprise ayant précisément susceptibles précisément d'affecter cette situation financière. Or, la "gestion" des "œuvres sociales", qui n'est pas une activité d'assurance, a cet impact économique et de ce fait peut influencer la situation financière des mutuelles.

d) **Les prestations en nature** peuvent également relever de l'activité d'assurance – il n'y a aucune interdiction dans les directives sur les assurances concernant la forme des prestations dont l'assuré doit bénéficier. D'ailleurs, les prestations en nature sont reconnues par la directive "assistance touristique" (directive 84/641/CEE).

L'article 1 par. 2 de cette directive autorise les prestations en nature de manière explicite. C'est le contrat d'assurance qui doit prévoir le mode d'exécution de la prestation de l'assureur. Il est évident que lorsqu'il a été convenu que la prestation de l'assureur sera en nature, elle devra en tout état de cause avoir pour objet d'indemniser l'assuré des dommages subis par la réalisation de l'événement aléatoire constitutif du sinistre. Une prestation qui ne serait pas prévue par le contrat d'assurance et qui n'aurait pas pour origine un risque couvert par ce contrat, en ce sens que le preneur/adhérent pourrait avoir accès à ces "réalisations sociales" pour des prestations qui ne font pas l'objet du contrat d'assurance conclu, n'est pas une prestation en nature due en vertu du contrat d'assurance. Elle ne peut dès lors pas être exercée au sein de la même personne morale que les activités d'assurance sans enfreindre le principe de spécialisation établi dans les directives sur les assurances.

e) En ce qui concerne la définition du terme "mener à bien", celui-ci se réfère à l'exécution de la prestation qui fait l'objet du contrat d'assurance, à savoir l'activité pour laquelle l'agrément administratif préalable a été acquis. S'agissant des activités qui, tout en n'étant pas couvertes par le contrat d'assurance, sont nécessaires afin de permettre à la mutuelle d'honorer ses engagements. Il appartient à cette dernière de choisir si elle va continuer à les réaliser ou si elle va les déléguer à un prestataire extérieur.

f) Une mutuelle peut passer avec d'autres mutuelles des accords pour la mise en disposition de ses moyens techniques afin de lui permettre d'exécuter la prestation objet du contrat d'assurance. S'il s'agit de prestations en nature pour le compte et à charge de la mutuelle obligée à la prestation d'assurance (c'est-à-dire, la mutuelle ayant conclu le contrat d'assurance), ces prestations sont des activités économiques soumises aux règles du Traité. Dans ce cas, et en tant qu'exécution de la prestation d'assurance, elles doivent être strictement limitées à l'exécution de la prestation de l'assureur en vertu du contrat d'assurance. En outre cette mise en disposition est soumise à la surveillance des autorités de contrôle qui doit veiller à ce que le principe de spécialisation soit respecté.

g) Le même principe est valable en ce qui concerne la passation d'une convention avec des caisses de Sécurité sociale : si les exigences de l'article 8.1.b) sont respectées, rien ne s'oppose à une telle convention. En toute état de cause, il faut que les versements ou contributions reçus des caisses de Sécurité sociale au titre de paiement de telles prestations constituent la contrepartie exacte du coût du service fourni aux assurés sociaux et ne soit pas une subvention publique indirecte ou déguisée aux mutuelles. Les services de la Commission réservent leur position définitive sur cette question qui doit également être analysée sous l'angle des règles de la concurrence, en particulier le régime relatif aux aides d'état.

h) En ce qui concerne les prestations non assurantielles, à savoir "non consécutives à la réalisation d'un événement aléatoire", comme il a précédemment indiqué, celles-ci ne peuvent pas être pratiquées au sein de la même entité juridique. L'importance de ces prestations par rapport aux activités d'assurance n'a pas lieu d'être prise en considération puisque l'interdiction posée par la directive est absolue. La solidité financière des mutuelles, comme de toute autre entreprise d'assurance, pourrait être mise en danger si une interprétation trop souple des troisièmes directives était donnée, laquelle ne ressort ni de la lettre, ni de l'esprit de ces directives. Cette interprétation serait contraire à l'effet utile de la directive et à l'objectif poursuivi par le législateur.

i) Les **prestations en nature à des non adhérents** (ex. : prestations pharmaceutiques ou optiques), ne découlent également pas des contrats d'assurance et des liens statutaires entre les mutuelles et leurs adhérents. Il s'agit d'activités économiques effectuées contre rémunération, qui dépassent l'activité d'assurance. De ce fait, la pratique de ces activités va à l'encontre de la *ratio* des directives qui vise la solidité financière et la protection maximale des assurés.

j) Finalement la gestion en deux entités juridiques différentes disposant des patrimoines d'affectation indépendants, mais gérés par des organes communs (lorsque le droit interne le permet), pourrait en principe être conforme à la règle de spécialisation. Néanmoins, l'autorité de contrôle reste toujours obligée de vérifier si, avec des organes

communs (ex. : conseil d'administration et assemblée générale communs), ces structures donnent lieu à des détournements au principe de spécialisation qui mettent en échec les intérêts des assurés. Par exemple, par des décisions des transferts de ressources financières de l'entreprise d'assurance à l'autre entité juridique, dans le but de contribuer à l'équilibre financier de cette dernière, qui videraient de sa substance le privilège reconnu aux assurés par la législation française sur l'ensemble de l'actif de l'entreprise d'assurance lors de son insolvabilité.

k) En tout état de cause, même si la séparation juridique pourrait suffire pour assurer le respect des principes des directives sur les assurances, il convient de rappeler que les dispositions de la directive 98/78/CEE sur la surveillance complémentaire des entreprises d'assurance faisant partie d'un groupe d'assurance prévoient des dispositions spécifiques en matière de surveillance des groupes d'assurance, en l'espèce un suivi des transactions intra-groupes.