

PRATIQUES MUTUALISTES ET PARITAIRES

A l'épreuve des normes assurantielles ⁽¹⁾

Présente depuis le XVIII^e siècle, la mutualité répond aux conceptions d'hommes « libres » et « éclairés » qui organisent ensemble les conditions de leur sécurité collective. La loi Le Chapelier n'a pas réussi à éradiquer cette forme juridique qui répond à un réel besoin. Elle a continué son développement tout au long des XIX^e et XX^e siècles.

Lère industrielle et la constitution des grandes entreprises à forte accumulation capitaliste amènent à la naissance d'organismes paritaires bâtis sur un même principe, de rang constitutionnel : le droit pour les travailleurs à déterminer collectivement leurs conditions de travail, aux rangs desquelles figurent les éléments de la protection sociale.

Hier

■ Solidarisme

Certes, paritarisme et mutualisme ne procèdent pas du même socle idéologique. Le mouvement mutualiste trouve son assise dans le « solidarisme », cher à Léon Bourgeois par lequel chacun s'oblige pour tous (article 1202 c. civ.), alors que le paritarisme repose sur la recherche d'un point d'équilibre entre patrons et employés sous la forme d'un « compromis de classe » (2).

Néanmoins, l'un comme l'autre obéissent à la conception d'hommes organisant eux-mêmes et collectivement les conditions de leur sécurité. Durant toute la première moitié du XX^e siècle, cette philosophie (3) a accompagné le mouvement de construction des systèmes de protection sociale français (4).

Elle peine aujourd'hui à trouver sa place dans un univers dominé par le « marché », c'est-à-dire par un système de pensée qui obéit à la conception d'un homme – seul – dont la liberté consiste à pouvoir choisir entre les différents produits qui lui sont

proposés par les opérateurs. Hier, chacun avait, qui des adhérents, qui des participants, qui des assurés. Aujourd'hui, tous ont des clients : le citoyen est devenu consommateur.

La loi Evin a réglementé et organisé des pratiques anciennes et disparates en matière de protection sociale complémentaire des régimes légaux de sécurité sociale...

■ Evolution

Cette évolution ne s'est pas faite en un jour (5). Mais si une loi devait être citée comme marquant la cristallisation juridique d'un tournant, ce serait incontestablement la loi Evin, véritable point de charnière entre le système d'avant et celui d'après.

La loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, dite « loi Evin », a essentiellement (6) réglementé et organisé des pratiques anciennes et disparates en matière de protection sociale complémentaire des régimes légaux de sécurité sociale (7), en vue d'apporter une meilleure protection aux assurés.

Un rapport établi en 1985 par un groupe de travail interministériel sur la protection sociale complémentaire, présidé par Pierre Gisserot (8), formulait une série de propositions tendant à poser des dé-

finitions claires de la prévoyance, notamment collective, à protéger les salariés couverts par un accord collectif contre toute sélection individuelle des risques, à garantir le paiement des prestations (9), à permettre la poursuite des garanties, à réguler les pratiques commerciales et à instituer des règles techniques et des contrôles (10).

Trois mesures retiennent l'attention :

– pour la première fois, la loi Evin soumet tous les organismes qui pratiquent la couverture prévoyance et santé qu'ils s'agisse des assureurs, des mutuelles ou des IRP, à un même corps de règles ;

– elle oblige tous les organismes à garantir leurs engagements par la constitution de provisions représentées par des actifs équivalents ;

– enfin, elle crée une autorité de contrôle pour les mutuelles et les IP, rigoureusement décalquée sur le modèle de la Commission de contrôle des compagnies d'assurances (la CCMIP devenue CCAMIP, puis Acam).

■ Corps de règles unique

En soumettant à un même corps de règle les trois familles de ce que l'on n'appelait pas encore des « assureurs », le législateur a impulsé un mouvement d'homogénéisation des pratiques et des comportements.

Les mécanismes de prises de décision, les rapports avec les adhérents, les participants ou les assurés se sont « standardisés ». Face à la nécessité d'offrir des

« produits » ou « services » aussi attractifs que ceux vendus par les organismes relevant du code des assurances, les stratégies de développement, les types de couvertures et leur tarification se sont rapprochés.

En obligeant les opérateurs quelles que soient leurs formes juridiques à constituer des provisions pour garantir leurs engagements, le législateur prend acte d'une réalité que les politiques des années 1990 commencent à bien percevoir. Face à des pratiques hétérogènes, les opérateurs qui évoluent dans un environnement de marché s'alignent sur le moins-disant.

Sur le plan juridique, l'obligation de constituer des provisions induit que l'assuré a des droits qu'il n'est pas possible de réduire (11), et dont la quotité peut être actuariellement évaluée, qu'ils soient collectivement ou individuellement identifiés (12). Désormais, son sort ne dépend plus uniquement d'un arbitrage annuel effectué par l'organe politique émanant de la volonté collective, dans un objectif de solidarité. Enfin, en encadrant ces trois familles par une même autorité de contrôle (qui à défaut d'être identique (13) fonctionnait avec les mêmes règles, les mêmes objectifs et un personnel majoritairement issu du monde des assureurs), la loi Evin a donné à l'autorité réglementaire le moyen d'impulser l'évolution et de contraindre l'ensemble des opérateurs à adopter les mêmes comportements et pratiques (14).

Aujourd'hui

■ Prolongement de la loi Evin

Durant les vingt dernières années, le mouvement législatif n'a fait que prolonger la direction prise par la loi Evin. Il en est ainsi des lois de 1993 et de 1994 (15) qui ont transposé les directives assurances dans le code de la sécurité sociale, en séparant les régimes de retraite Ircantec et Agirc Arrco des activités de prévoyance. Il en est de même de l'ordonnance de 2001 (16) qui a transposé les mêmes directives dans le code de la mutualité.

Ce mouvement se trouve aujourd'hui achevé avec la loi rectificative de finance de 2006 (17) qui fiscalise les trois organismes exactement de la même manière (18). Désormais, l'activité d'assu-

rance, quelque soit la forme juridique de la structure qui la pratique, est une activité lucrative par nature.

Evidemment, cette entrée en fiscalité n'est pas la fin de l'histoire. Au contraire, elle ouvre la porte à une troisième phase d'évolution, celle des mariages entre familles (19).

■ Paysage actuel

A l'issue de ces vingt années d'évolution, comment se présente le paysage tel qu'il est actuellement ?

Sur le plan juridique, on peut le résumer en quatre points :

1. La séparation des activités d'assurance et de l'action sociale puis, au sein de l'action sociale, la séparation de l'activité qui relève du marché de celle qui n'en relève pas.
2. L'asphyxie des modes de prise de décisions collectives propre aux cultures mutualiste et paritaire par un mode de décision contractuelle bilatérale.
3. L'exclusion du comité d'entreprise du champ des acteurs de la prévoyance (20).
4. L'impossibilité de limiter les appels d'offres à une forme spécifique d'assureur (21).

■ Forme juridique

Pour le juriste, il n'est pas d'exemple qu'une forme juridique se maintienne lorsqu'une autre forme juridique est plus à même de faire exactement ce que fait la première.

Un juriste de langue maternelle anglaise est aujourd'hui mieux armé pour maîtriser les concepts du droit international des affaires. De même sur le marché de l'assurance, les organismes qui relèvent du code des assurances évoluent aujourd'hui dans un environnement réglementaire plus adapté à leurs cultures et pratiques.

L'évolution que nous venons de tracer pose question (22) : comment une forme juridique peut-elle survivre dans un marché alors qu'elle n'était pas conçue pour vivre dans un marché ? La deuxième question, qui vient immédiatement après la première, est pourquoi survivre avec cette forme juridique-là ?

Mais où est aujourd'hui le sens de formes juridiques très anciennes qui ont été conçues à l'époque pour d'autres desseins que de celui de « vendre » des couvertures d'assurance ?

Demain ?

■ La solidarité : une obligation légale

C'est l'introduction d'éléments forts de solidarité qui a permis en son temps de justifier la validité des clauses de désignation au regard du droit de la concurrence français, puis européen (23).

Au terme des décisions dites des fonds de pension hollandais, la CJCE a défini une jurisprudence qui n'a pas varié depuis :

- les organismes assureurs, quelle que soit leur forme, sont des entreprises. Mais si les contraintes et leur finalité sociale n'empêchent pas de considérer qu'ils exercent une activité économique, elles peuvent justifier un monopole de gestion ;
- le droit de gérer un régime est constitutif d'un droit exclusif conféré par l'Etat au sens de l'article 86 du traité, susceptible de conférer une position dominante au sens de l'article 82 du traité, mais elle est justifiée par l'intérêt social du régime en raison du degré élevé de solidarité qu'il comporte.

Sur cette même base la Cour de cassation – qui avait déjà validé les clauses de désignation (24) – vient d'aller plus loin et de valider les clauses de migration, renforçant encore les moyens des branches professionnelles de contraindre ceux de leurs membres qui refusent de s'affilier au régime de branche au motif qu'ils sont déjà couverts par un régime équivalent auprès d'un autre assureur (25). Ce sont les mêmes critères qui permettent de définir les contours des « services d'intérêt économique général », susceptibles de justifier les aides de l'Etat sous forme de subventions directes ou indirectes, exonérations de charges ou de taxes, prohibées par l'article 86 du traité. Le législateur français s'est très largement inscrit dans ce cadre jurisprudentiel pour définir les couvertures susceptibles de bénéficier d'un régime fiscal et/ou social de faveur.

Il en est ainsi :

- pour la définition des régimes à caractère collectif et obligatoire défini par l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale modifié par la loi Fillon et son mille-feuille de textes subséquents (26), jusqu'à la dernière circulaire du 29 août qui impose une prise en charge des cotisations maladie en cas d'absence volontaire (maternité, invalidité) et aussi, ➔

→ de manière plus contestable, involontaire ;
– pour le régime fiscal applicable aux organismes qui définit une exonération réservée aux opérations portant sur les contrats dits « solidaires et responsables » (27).

– pour le décret du 17 septembre 2007 relatif à la participation de l'Etat aux couvertures de ses personnels (28).

On notera cependant qu'à l'exception du décret de septembre 2007, ni la loi Fillon ni la loi de finance ne conditionnent les aides de l'Etat au respect de l'article 4 de la loi Evin.

Face à ce mouvement, les articles L. 912-1 et L. 912-2 du code de la Sécurité sociale, qui organisent pour les régimes dits de « désignation » le réexamen des conditions de mutualisation, apparaissent insuffisants à satisfaire les « exigences de la solidarité (29) » de la CJCE. Sauf à considérer que la notion de mutualisation doit aller au-delà du simple équilibre technique du groupe (30).

Si, sur le plan légal, la solidarité a donc un présent, elle a aussi certainement un avenir devant elle. Il est à prévoir que face aux enjeux du vieillissement, et dans un contexte de désengagement de l'Etat, la notion de solidarité soit de plus en plus souvent invoquée pour justifier la mise en œuvre ou le maintien de mécanismes de couverture susceptibles de protéger aussi les plus faibles et les moins solvables. Même si cette notion manque singulièrement de spontanéité, il n'en reste pas moins qu'elle avantage les organismes qui continuent de rester fidèles aux pratiques dites « solidaristes ». Cela n'a pas échappé à la Commission européenne qui vient d'ouvrir une enquête sur le régime fiscal.

■ Normes assurantielles : opportunité pour les mutuelles et les IP

Elles représentent une contrainte ; elles peuvent également être facteur d'opportunité si elles conduisent les organismes à s'orienter vers plus de rigueur et vers une meilleure gouvernance.

En effet, imposer à tous les organismes les mêmes règles, c'est aussi empêcher les moins vertueux de tirer un avantage concurrentiel d'une moins complète exécution de leurs obligations.

Alors, puisqu'il faut être vertueux, pourquoi ne pas se donner pour objectif d'être

le plus vertueux... et de le faire savoir ? C'est peu dire que des progrès peuvent être faits en matière de transparence et de précision sur les tarifications des couvertures. Pourquoi ne pas faire des règles contraignantes des preuves de rigueur et de transparence ?

Quel organisme respecte les obligations de l'article 4 de la loi Evin (31) ? Quel organisme respecte complètement ses obligations annuelles d'information ? Quel organisme pense à contractualiser avec les entreprises les modes de calcul et de transfert des provisions ?

Donner un support juridique, c'est aussi donner une visibilité à des pratiques solidaristes diffuses et protéiformes sur lesquelles il n'est pas aisé de communiquer

En fixant des critères qualitatifs de bonne gouvernance, Solvabilité II oblige les organismes à repenser leurs procédures internes. Pourquoi ne pas mettre cette opportunité à profit pour travailler à une meilleure définition des fonctions ?

Non seulement pour ce qui concerne les fonctions internes à l'organisme, mais aussi pour introduire plus de clarté dans la répartition des attributions entre les « opérationnels » et les « politiques ».

Dans les organismes « complexes » qui s'articulent entre une structure de tête mutualiste/paritaire et des structures capitalistiques, il pourrait être intéressant d'en profiter pour chercher à créer des procédures internes qui intègrent et permettent de faire descendre les valeurs de la structure de tête.

De plus, quitte à travailler sur les procédures, il peut être utile de définir concrètement des normes de « service » aux adhérents/participants/assurés.

Donner un support juridique, c'est aussi donner une visibilité à des pratiques solidaristes diffuses et protéiformes sur lesquelles il n'est pas aisé de communiquer. Enfin, rien ne se fera sans innovation. L'assurance santé ou la prévoyance ne sont pas les seuls champs qu'il est pos-

sible d'explorer pour tenter de répondre à l'infini demande du corps social. Les besoins en matière de chômage et de formation sont énormes et insuffisamment pris en charge par les systèmes de protection sociale. L'article 1^{er} de la loi Evin vise expressément le risque chômage. En dehors de la couverture perte d'emploi du dirigeant, rien n'existe ; il pourrait être intéressant de réexaminer ce qu'il serait possible de construire à la lumière des expériences acquises sur les contrats emprunteurs, tant les besoins sont criants.

L'article L. 930-1 du code du travail pose qu'il appartient à l'employeur d'assurer l'adaptation du salarié à son poste de travail de son salarié (32). Pour la première fois, la Cour de cassation (33) vient d'en déduire que l'employeur doit assurer « l'employabilité » de ses salariés, en condamnant une entreprise à verser une indemnité distincte des indemnités de licenciement à une salariée qui a bénéficié de trois jours de formation en vingt-quatre ans de carrière.

Puisque le gouvernement alourdit le coût des mises à la retraite (34), il peut être temps de réallouer les fonds affectés aux indemnités de fin de carrière à des mécanismes d'épargne-temps. Au-delà de la monétarisation du CET qui est une piste d'avenir, on peut travailler – non pour demain ou après-demain mais pourquoi pas pour aujourd'hui, – sur un compte épargne-temps dédié à la formation pour répondre à la nécessité d'offrir aux salariés au chômage (ou aux non-salariés) les fonds nécessaires au moment où ils ont le temps et le besoin... mais pas les moyens de se former !

L'accord des partenaires sociaux sur « la modernisation du marché du travail », la volonté d'instaurer une portabilité des droits sociaux (35) et leur transférabilité en cas de changement de situation du travailleur, replacent les organismes gestionnaires à base professionnelle (paritaires ou mutualistes) au centre des dispositifs de demain.

Les possibilités de compilation et traitement informatique des données nominatives à caractère sensible laissent aujourd'hui libre champ à l'inventivité des acteurs pour faciliter la portabilité des droits sociaux, mais aussi pour préparer des actions de prévention au niveau d'un

organisme, ou prévenir les accidents du travail au niveau d'une branche, etc... Enfin, les organismes mutualistes et paritaires sont les seuls à pouvoir développer une « action sociale » ; le secteur sanitaire, social et médico-social recèle des océans de gain de productivité et se trouve à l'aube de mouvements de restructuration entre le secteur public et privé. Des dizaines de pistes restent à explorer ou à réexplorer. « *L'homme ne vit pas seulement de pain et de stock-options* », disait l'historien René Rémond. ■

**Laurence Lautrette,
avocat associé,
cabinet Laurence Lautrette &
associés,
réseau Jacques Barthélémy**

(1) Cet article est tiré d'une allocution prononcée à Mutré en octobre 2007 et à l'IPSE en décembre 2007.

(2) MC Blais, La solidarité : histoire d'une idée, Gallimard, 2007.

(3) M. Borgetto : La solidarité : le maître mot de la protection sociale ? Entre technique et principe, in D. Alland, Dictionnaire de la culture juridique, Puf, 2003. F. Ewald, L'Etat providence, Grasset, 1986. JM Pernot, C. Tuchsirer, Assurance, assistance, solidarité : quels fondements pour la protection sociale des salariés ?, Revue de l'Ires, 1999, n° 30. M. Messu Solidarisme et familialisme, le poids des conceptions idéologiques dans la formation de la protection sociale française, in Drees - MiRe, Comparer les systèmes de protection sociale en Europe du Nord, Rencontres de Copenhague, vol. 4 tome 1, 1999, p. 121. Cf. aussi l'excellente thèse (non publiée) de Laure-Emmanuelle Camaji La personne dans la protection sociale, Université Paris X, soutenue le 8 décembre 2006.

(4) Pour prendre la forme de systèmes *beveridgiens* ou *bismarkiens*.

(5) Notamment la loi n° 85-773 du 25 juillet 1985 portant réforme du code de la mutualité.

(6) Elle avait aussi pour objet de transposer les directives assurances...

(7) Hubert Groutel, Les assureurs et le titre 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989 sur la prévoyance complémentaire, RCA 1990 chron. n° 4 ; Ph. Laigre et J. Barthélémy, La loi prévoyance, JCP 1990, I, 15 725 ; Ph. Laigre, La loi prévoyance, Droit social 1990 p. 370 ; François Berdot, L'assurance de groupe après les réformes législatives du 31 décembre 1989, RGAT 1990 p. 774.

(8) Sur le rapport Gisserot, voir : Suzanne Silland & Daniel Bucheton, La prévoyance collective des salariés : les incertitudes du droit, Droit social 1986, p. 313, spéc. p. 320.

(9) Pierre Sargos, Le droit au maintien des prestations et des garanties dans l'assurance prévoyance collective, JCP 2001, I, 363.

(10) cf. exposé des motifs du projet de loi déposé au sénat le 17 août 1989 (doc. n° 474).

(11) Un rappel est utile : l'article 18 de l'ordonnance n° 45-2 250 du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale a autorisé la création ou le maintien d'organismes destinés à distribuer des prestations complémentaires à celles du régime de Sécurité sociale obligatoire pour tous les salariés. La loi Evin met définitivement fin à l'articulation issue de l'article 44 du décret RAP du 3 juin 1946 portant application de l'ordonnance de 45 qui distinguait deux types d'institutions, les : « 1°) Institutions qui accordent des avantages déterminés et garantis par l'entreprise ou les entreprises intéressées ; 2°) Institutions dont les avantages peuvent être révisés lorsque les ressources de l'institution ne permettent pas d'en assurer le maintien. » Seules les dernières étaient gérées en répartition.

(12) Voir sur cette question les nombreux développements de Jacques Barthélémy (cf. notamment « Solidarité et accord de protection sociale complémentaire » in « Analyses juridiques et valeurs du droit social - Etudes offertes à Jean Pélissier », Ed. Dalloz 2004).

(13) La CCA et la Ccamp n'ont fusionné qu'en 2003.

(14) Elle n'entend de toute évidence pas faiblir dans ce rôle puisqu'elle envisage désormais d'étendre son contrôle aux pratiques de gouvernance des organismes.

(15) Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social, loi n° 94-678 du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives 92-49 et 92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes.

(16) Ordonnance n° 2001-350 du 19 avril 2001 relative au code de la mutualité et transposant les directives 92/49/CE et 92/96/CEE des 18 juin et 10 novembre 1992.

(17) Laurence Lautrette Dominique Piau, Fiscalité : les nouvelles dispositions des mutuelles et des IP, La Tribune de l'Assurance, octobre 2007.

(18) Sous réserve des conclusions de l'enquête ouverte par la commission européenne relative à la conformité des avantages fiscaux dont bénéficient les contrats « responsables » aux règles communautaires de concurrence.

(19) Que la directive Solvabilité II va de toutes façons rendre nécessaire.

(20) Laurence Lautrette, Yan-Eric Logeais, « Les contributions du comité d'entreprise aux régimes de retraite et de prévoyance complémentaires après la loi Fillon », Semaine juridique sociale, 13 décembre 2005.

(21) Cf. Décret n° 2007-1373 du 19 septembre 2007 relatif

à la participation de l'Etat et de ses EP au financement de la PSC de leurs personnels.

(22) Qui est loin d'être nouvelle si on en juge par l'abondante production juridique qui l'aborde (cf. notamment Hélyary-Olivier Les mutuelles ont-elles encore une raison d'exister ?, Droit social 2000, p. 878).

(23) cf. CJCE Arrêts Brentjens, Drijvende Bokken, Albany, Pavlov, Van der Woude du 21 septembre 1999.

On signalera particulièrement l'arrêt Van der Woude, moins connu, qui vise un régime de santé (et non de retraite).

(24) Cass. soc. 8 mars 1994 SA Bayer France/IRPVRP - INPR et Agirc.

(25) Cas. soc. 10 octobre 2007, FFSA/Capricel-Occip, n° 2006 FS-P + B, cf. Droit social, décembre 2007, p. 1331, obs. J. Barthélémy.

(26) Articles L. 242-1 et D. 242-1 du code de la Sécurité sociale, lettre circulaire Acoess n° 2005-089 du 9 juin 2005, circulaire ministérielle du 25 août 2005 relative aux modalités d'application du nouveau régime social des contributions patronales au financement de prestations complémentaires de retraite et de prévoyance, lettre circulaire Acoess n° 2005-140 du 17 octobre 2005, lettre circulaire Acoess n° 2005-168 du 29 novembre 2005 relative au régime social des contributions patronales finançant des prestations de prévoyance complémentaire assurant l'indemnisation des frais de santé, circulaire ministérielle - questions-réponses du 21 juillet 2006, lettre circulaire Acoess n° 2006-115 du 31 octobre 2006 relative au régime social des contributions patronales finançant des prestations de prévoyance complémentaire assurant l'indemnisation des frais de santé, DSS/5B/2004-77 du 27 février 2007 ; circulaire Acoess 2007-118 du 29 août 2007...

(27) Dp les ref.

(28) Cf. décret n° 2007-1373 du 19 septembre 2007 relatif à la participation de l'Etat et de ses EP au financement de la PSC de leurs personnels.

(29) cf. J.-J. Dupeyroux, Les exigences de la solidarité, Droit social 1990 p. 742.

(30) cf. sur ce point les observations de J. Barthélémy sous Cas. soc. 10 octobre 2007, droit social préc.

(31) Laurence Lautrette, Dominique Piau, Le maintien des obligations d'assurance en prévoyance collective, Droit social juillet 2007, p. 853.

(32) Cf. aussi L. 321-1 code du travail.

(33) Cass. soc. 23 octobre 2007, arrêt n° 2190 FS-P + B (cf. aussi Cass soc. 25 février 1992 sur le fondement de l'exécution de bonne foi du contrat de travail).

(34) Article 16 (III) loi de finance 2008 modifiant l'article L. 137-12 du code de la Sécurité sociale.

(35) Cf. article 14 accord paritaire du 14 janvier sur la modernisation du marché du travail.