

## « De l'être au faire mutualiste »

Olivier Boned, Cabinet de la présidence MGEN, professeur associé Université du Mans

Romain Guerry, Directeur des Affaires Publiques MGEN

Luc Pierron, Cabinet du Président de la FNMF, Docteur en Droit

### Introduction

Le plus bel hommage rendu par la langue française aux mutuelles est d'avoir fait de ce terme un nom commun. Connu de tous il est devenu synonyme d'assurance complémentaire santé.

Définie précisément à l'article L111-1 du Code de la mutualité, la mutuelle n'en demeure pas moins un modèle d'entreprise particulier. Personne morale de droit privée à but non lucratif, elle vise à : « *contribuer au développement culturel, moral, intellectuel et physique de leurs membres et à l'amélioration de leurs conditions de vie* ». Son champ d'action potentiel est donc bien plus étendu que la seule mécanique assurantielle utilisée pour rembourser des prestations santé ou prévoyance.

Bien que protégé par la loi, au point qu'une utilisation abusive est pénalement sanctionnée, le terme de mutuelle s'est imposé au cours du temps hors de son champ d'origine au risque d'une perte de sens.

Dernier exemple en date, l'idée d'une « mutuelle publique » a ainsi pu surgir au cours du débat portant sur la recherche d'une meilleure articulation entre l'assurance maladie obligatoire et les organismes complémentaires santé sans que ses promoteurs n'y voient un oxymore.

Ce brouillage des repères s'est encore accentué avec la loi de sécurisation de l'emploi de 2013 instituant la protection sociale complémentaire obligatoire pour les salariés. Ce qui était un choix librement consenti entre représentants des salariés et leur employeur est devenu un impératif ajoutant par la même une forme nouvelle au système de financement de la dépense de santé. Pour les seuls salariés, à l'assurance santé obligatoire de base est venu s'ajouter l'assurance santé obligatoire complémentaire quand le reste de la population ne peut souscrire qu'une assurance santé complémentaire facultative.

L'effacement des frontières entre les différents opérateurs présents sur ce marché de quelques 35 milliards d'euros, encore dominé pour un temps par les mutuelles (18.4 milliards d'euros) devant les sociétés d'assurance (10.4 milliards d'euros) et les institutions de prévoyance (6.2 milliards d'euros), a été renforcé par l'application du droit de la concurrence français et européen mettant sur un même pied d'égalité toutes les formes d'entreprises.

Les « spécificités méritoires » des mutuelles - absence de partage des bénéfices, gouvernance démocratique, non sélection des risques, investissements dans l'offre sanitaire et sociale du pays -

jusqu'alors reconnues par les pouvoirs publics depuis 1945 au moyen d'avantages fiscaux et d'aides d'Etat ne le sont plus.

Cette normalisation vaut pour toutes les mutuelles mais elle a sans doute eu un impact plus fort encore pour les mutuelles historiquement fondées par les fonctionnaires tant les liens organiques de ces dernières avec leur ministère d'origine ont pu créer des particularismes tout à fait originaux dans le paysage de la protection sociale française comme l'habilitation à gérer le régime obligatoire des fonctionnaires, l'action sociale conjointe avec le ministère ou encore les détachements de personnels.

Dans cet environnement économique et réglementaire mouvant, les mutuelles de fonctionnaires d'Etat, hospitaliers et territoriaux tentent de s'adapter. La reconnaissance de leur « être » mutualiste oubliée, elles cherchent à mettre en valeur leur « faire » mutualiste.

## **I. L'avènement de « l'être mutualiste »**

Que ce soit au travers des régimes de sécurité sociale ou de façon plus informelle, l'Histoire montre que les mutuelles ont toujours pris part de façon active à l'organisation de la couverture de la population. La place que les structures mutualistes occupent encore aujourd'hui dans le système de protection sociale n'en est que la continuité. Leur rôle précurseur dans les premières techniques de couverture sociale en est l'une des principales raisons. Il a d'ailleurs longtemps été valorisé par les pouvoirs publics français : c'est la reconnaissance de « l'être mutualiste ».

### **a. L'inscription des mutuelles dans le paysage de la protection sociale**

Présentes depuis la plus lointaine Antiquité, les organisations mutualistes ont toujours pourvu à un ensemble de besoins sociaux<sup>1</sup>. Il fallut toutefois attendre une loi de 1898 pour que leur constitution se libéralise et que leur rôle soit plus précisément défini<sup>2</sup>. Depuis, conformément à leur objet, ces groupements « mènent une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide » dans l'intérêt de leurs membres et de leurs ayants droit<sup>3</sup>. Mais simplement facultative, la Mutualité craignait de voir sa stabilité compromise avec l'émergence des assurances sociales, puis de la Sécurité sociale. D'une situation où elle bénéficiait de « toute liberté pour remplir un espace presque vide »<sup>4</sup>, la Mutualité tout entière se voyait contrainte d'évoluer. Réfléchir à l'articulation et à la complémentarité de ces différentes organisations apparaissait évident.

Cette réflexion se révélait d'autant plus nécessaire, qu'au-delà de la prévoyance libre, la Mutualité assurait la gestion de certaines garanties obligatoires organisées par l'État bien avant les lois instituant les

---

<sup>1</sup> Sans remonter à l'Antiquité, le tissu mutualiste commence véritablement à s'organiser au Moyen-Âge à partir des confréries, des corporations et du compagnonnage, trois formes d'organisation qui ont jeté les bases des premières formes d'entraide.

<sup>2</sup> L. du 1er avr. 1898 dite « Charte de la Mutualité ». M. DREYFUS, « Les grands jalons de l'histoire mutualiste », Vie sociale 2008, n°4, p. 18 : « La loi de 1898, la Charte de la mutualité, dit en gros aux mutualistes : Développez vos œuvres comme vous voulez, vous avez toute liberté pour le faire ! ». Pour un approfondissement, v. M. DREYFUS, B. GIBAUD et A. GUESLIN (dir.), Démocratie, solidarité et mutualité. Autour de la loi de 1898, Economica, 2002.

<sup>3</sup> C. mut., art. L. 111-1.

<sup>4</sup> R. JAMBU-MERLIN, « Mutualité et sécurité sociale », Dr. soc. nov. 1969, p. 27.

assurances sociales. Dès 1910 et la promulgation de la loi sur les retraites ouvrières et paysannes<sup>5</sup>, les sociétés et unions de sociétés de secours mutuels furent autorisées à gérer leur propre caisse, collecter les cotisations et prendre en charge le service des retraites<sup>6</sup>.

Si la Mutualité acceptait de voir ses missions modifiées dans la perspective des assurances sociales, il lui fallait occuper une place prépondérante dans le nouveau système<sup>7</sup>. Ne souhaitant plus se limiter, « *comme l'avait fait la loi de 1910 sur les retraites ouvrières et paysannes, à un rôle d'auxiliaire anonyme, fondu dans la masse des acteurs* »<sup>8</sup>, elle comptait bien poursuivre son action et ainsi rester la première force sociale du pays<sup>9</sup>.

Pour aborder le nouveau contexte législatif dans les meilleures conditions et jouer un rôle de premier plan dans la mise en œuvre des Assurances sociales, un maillage géographique très dense était indispensable. C'est pourquoi la Mutualité s'efforça de « *multiplier les sociétés de secours mutuels dans chaque département, de les renforcer, de les structurer, éventuellement de créer une Union départementale là où il n'y en avait pas encore* »<sup>10</sup>. Cette politique expansionniste porta rapidement ses fruits.

« *La caractéristique essentielle de l'œuvre nouvelle, c'est la mutualisation complète des assurances sociales* »<sup>11</sup>, telle était, en substance, la façon dont pouvait se résumer la loi du 30 avril 1930. Le nouveau texte soumettait ensuite les caisses primaires au régime normatif défini par la Charte de la Mutualité<sup>12</sup>. Plus que de simples emprunts, le législateur avait développé un quasi-parallélisme des formes entre les caisses et les sociétés de secours mutuels. Que ce soit en matière de formalités de mise en place ou de fonctionnement institutionnel<sup>13</sup>, une large part du système des assurances sociales était calqué sur le « *modèle juridico-institutionnel* »<sup>14</sup> de la Mutualité. Par delà les similitudes organisationnelles, des concepts propres à l'environnement et à l'esprit mutualiste se retrouvaient étendus à l'ensemble des caisses primaires, faisant d'elles le reflet des sociétés de secours mutuels.

Influencées par l'esprit mutualiste dans leurs fondements, leurs structures et leur gestion, les assurances sociales récompensaient « *le dévouement gestionnaire dont [le mouvement mutualiste] fit preuve* »<sup>15</sup>. Ce dernier était présent dans toutes les strates gestionnaires du nouveau système et polarisait l'ensemble du dispositif. Acquis, cette ubiquité avait toutes les raisons de perdurer.

## **b. Le maintien des mutuelles après la sécurité sociale**

---

<sup>5</sup> L. du 5 avr. 1910 instituant les retraites ouvrières et paysannes. Pour un approfondissement, v. B. GIBAUD, « Les sociétés de secours mutuels » in M. LAROQUE (dir.), *Contribution à l'histoire financière de la sécurité sociale, Association pour l'étude de l'histoire de la sécurité sociale, La Documentation française, 1999, p. 21 et s.* Sur l'échec des retraites ouvrières et paysannes, v. également B. GIBAUD, *Mutualité, assurances (1850-1914). Les enjeux*, Economica, 1998 – B. DUMONS et G. POLLET, *L'État et les retraites. Genèse d'une politique*, Belin, 1994, p. 391 – G. POLLET, « L'incapacité mutualiste à mettre en place un système de retraites », in M. DREYFUS, B. GIBAUD et A. GUESLIN (dir.), op. cit. note, p. 134.

<sup>6</sup> L. du 5 avr. 1910, art. 12.

<sup>7</sup> Y. SAINT-JOURS, M. DREYFUS et D. DURAND, *Traité de sécurité sociale – Tome V : La mutualité*, LGDJ, 1990, p. 99.

<sup>8</sup> M. DREYFUS, M. RUFFAT et al., op. cit. note 1, p. 72.

<sup>9</sup> D. SIMON, *Les assurances sociales et les mutualistes*, *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, T. XXXIV, oct – déc. 1987, pp. 587-615.

<sup>10</sup> Y. SAINT-JOURS, M. DREYFUS et D. DURAND, op. cit. note 19, p. 102.

<sup>11</sup> Dr. CHAVEAU, *Discussion du projet de loi devant le Sénat* in M. LAGRAVE (dir.), op. cit. note 23, p. 299.

<sup>12</sup> L. du 30 avr. 1930, art. 26, § 1 : « Ces organismes (les caisses primaires) sont constitués et administrés conformément aux prescriptions générales de la loi du 1er avril 1898 sur les sociétés de secours mutuels ».

<sup>13</sup> L. du 30 avr. 1930, art. 26, § 1, ibid.

<sup>14</sup> M. DREYFUS, M. RUFFAT et al., op. cit. note 1, p. 78.

<sup>15</sup> B. GIBAUD, *De la mutualité à la sécurité sociale – Conflits et convergences*, op. cit. note 2, p. 101.

Ce quasi-monopole mutualiste évolua en profondeur avec la création de la Sécurité sociale. D'hégémonique, celle-ci vit son influence très largement amoindrie par l'inversion des rapports de forces avec la classe ouvrière. En jouant un rôle moteur dans la Résistance, les organisations syndicales firent preuve d'un dynamisme exemplaire lorsqu'il fallut travailler sur les fondations indispensables à la reconstruction du pays. En récompense de cet engagement, la période suivant la Libération leur fût des plus propices. Les organisations syndicales participèrent ainsi à la rédaction du Programme de reconstruction à la Libération<sup>16</sup>, celui-là même qui prévoyait en matière sociale « *un plan complet de sécurité sociale visant à assurer à tous les citoyens des moyens d'existence, dans tous les cas où ils sont incapables de se les procurer par le travail avec gestion appartenant aux représentants des intéressés* »<sup>17</sup>.

C'est ce contexte historique qui explique la relative proximité entre le moment où les grandes lignes du plan de réformes sociales ont été envisagées et l'adoption des ordonnances instituant la sécurité sociale<sup>18</sup>. La rupture n'en fut pas moins totale. Quatre textes furent à l'origine de la réalisation du plan français de sécurité sociale. Ces textes peuvent être répartis en deux volets : le premier réforme les assurances sociales sur un plan organisationnel<sup>19</sup>, le second refond le contenu des prestations<sup>20</sup>. En parallèle, une autre ordonnance abroge la Charte de la mutualité de 1898 et définit les nouvelles orientations du mouvement<sup>21</sup>.

Même si c'étaient désormais une caisse unique par circonscription, fonction du lieu de travail, qui administrait la Sécurité sociale. L'esprit mutualiste perdurait malgré tout. S'agissant des caisses tout d'abord, hormis la structure nationale qui était un établissement public<sup>22</sup>, toutes continuaient à être régies par la loi du 1<sup>er</sup> avril 1898 portant Charte de la mutualité<sup>23</sup>. Par ailleurs, pour l'organisation des conseils d'administration, les auteurs du plan français de sécurité sociale rejetèrent le contrôle direct de l'État préconisé par Beveridge<sup>24</sup>. Étaient à l'inverse privilégiées des « *institutions vivantes, se renouvelant par une création continue, par l'effort des intéressés eux-mêmes* »<sup>25</sup>. Cette gestion devait être exercée selon une certaine autonomie et s'orchestrer de façon démocratique au travers de représentants élus. En faisant de la sécurité sociale « *l'affaire des assurés* »<sup>26</sup>, l'Administration conservait un rôle limité dans le contrôle et la coordination des différents organismes.

Dépossédée de ses missions, la Mutualité ne se retrouvait pas non plus dépouillée de toute attribution. Les promoteurs du plan de sécurité sociale continuaient d'avoir une vision positive de ce mouvement, du fait de son « *esprit d'entraide désintéressée* »<sup>27</sup> et de sa « *tradition généreuse d'assistance mutuelle* »<sup>28</sup>. Parallèlement à la réforme des assurances sociales, elle se vit assigner de nouveaux buts : chargée de mener une action de prévoyance, de solidarité ou d'entraide, ses fonctions dépassaient la simple prévention des risques sociaux et la réparation de leurs conséquences<sup>29</sup>. Très vite, des discussions s'engagèrent sur l'opportunité pour les organismes mutualistes de redevenir des parties prenantes du système<sup>30</sup>.

---

<sup>16</sup> Pour de plus amples développements, v. C. ANDRIEU, Le programme commun de la Résistance. Des idées dans la guerre, Les éditions de l'érudite, 1984.

<sup>17</sup> Programme du Conseil national de la Résistance (C.N.R.), mars 1944.

<sup>18</sup> Malgré les débats et les travaux préparatoires, le projet d'ordonnance sera adopté dès le 4 octobre, soit moins de quatre mois son dépôt devant l'assemblée constituante provisoire.

<sup>19</sup> Ord. n°45-2250 du 4 oct. 1945 portant organisation de la sécurité sociale.

<sup>20</sup> Ord. n°45-2454 du 19 oct. 1945 fixant le régime des assurances sociales applicable aux assurés des professions non agricoles ; L. n°46-1835 du 22 août 1946 fixant le régime des prestations familiales ; L. n°46-2426 du 30 octobre 1946 sur la prévention et la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles.

<sup>21</sup> Ord. n°45-2456 du 19 oct. 1945 portant statut de la mutualité.

<sup>22</sup> Ord. du 4 oct. 1945, art. 16.

<sup>23</sup> Ord. du 4 oct. 1945, art. 9 (caisses primaires) et art. 12 (caisses régionales).

<sup>24</sup> P. BALDWIN, « Beveridge dans la longue durée », RISS, 1-2, 1992, p. 61.

<sup>25</sup> Exposé des motifs de l'ord. du 4 oct. 1945, p. 4 cité in Prévenir, mars 1982, p. 121.

<sup>26</sup> N. KERSCHEN, loc. cit. note 74, p. 587.

<sup>27</sup> Exposé des motifs de l'ord. du 4 oct. 1945, id. note 91, p. 3-4.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Art. 1 de l'ord. du 19 oct. 1945 portant statut de la mutualité.

<sup>30</sup> R. LAVIELLE, Histoire de la mutualité, sa place dans le régime français de sécurité sociale, Hachette, 1964, p. 174

Afin de « rendre pleine justice à la Mutualité et renforcer la loi en lui apportant le concours [...] des mutualistes de France »<sup>31</sup>, la loi n° 47-460 du 19 mars 1947 fut adoptée<sup>32</sup>. En entérinant la capacité des mutualistes à participer à l'administration des caisses et à la gestion de leurs sections locales, cette loi autorisait les structures mutualistes à poursuivre certaines des activités qu'elles exerçaient auparavant. Les caisses primaires avaient ainsi la possibilité d'effectuer le service des prestations par l'entremise de sections locales ou de correspondants locaux. Elles pouvaient également faire appel aux mutuelles pour l'accomplissement des différentes missions leur incombant<sup>33</sup>.

### **c. La spécificité des mutuelles de fonctionnaires**

Pour les fonctionnaires, la situation était plus spécifique. Au début des années 1945, leur protection sociale se caractérisait à la fois par son insuffisance et par la prégnance de la formule mutualiste. Insuffisante, elle l'était en ce que les agents publics bénéficiaient d'une couverture moindre par rapport aux travailleurs salariés. Les lois sur les assurances sociales étant réservées aux personnels de droit privé<sup>34</sup>. Les fonctionnaires se trouvaient donc contraints, s'ils souhaitaient disposer d'une meilleure protection, de souscrire des garanties facultatives auprès de sociétés mutualistes. Facilitées par une participation financière importante de l'État<sup>35</sup>, ainsi que par l'établissement d'un précompte des cotisations, ces souscriptions permirent aux mutuelles de fonctionnaires de se structurer et de s'étendre. L'incitation à la constitution d'une mutuelle par administration renforçait incontestablement cette famille mutualiste.

Fortes de cet ancrage, les fonctionnaires et leurs mutuelles eurent droit à « régime particulier dans le régime général »<sup>36</sup>, à savoir à la gestion mutualiste du régime obligatoire de sécurité sociale. Le législateur intégra dans le statut de la fonction publique de 1946 des dispositions permettant l'extension de la sécurité sociale aux fonctionnaires, tout en prévoyant la création d'institutions sociales spécifiques pour en assurer la gestion<sup>37</sup>. Plutôt que de défendre la création d'un système indépendant du régime général, qui n'aurait sans doute jamais eu l'aval des pouvoirs publics, l'idée était d'intégrer les fonctionnaires dans le dispositif existant, par solidarité avec la classe ouvrière<sup>38</sup>. Le régime applicable aux agents publics ne couvrant pas l'intégralité des risques, l'extension de la sécurité sociale les faisait bénéficier d'une protection complète. Elle permettait ainsi de pallier les lacunes de la couverture spéciale dont ils jouissaient en parallèle.

Par le passé, le Code de la mutualité autorisait les ministères à subventionner les mutuelles constituées entre fonctionnaires, agents et employés de l'État et des établissements publics nationaux<sup>39</sup>. De telles pratiques résultaient des relations étroites que ces dernières avaient historiquement entretenues avec les administrations publiques qui ont présidé à leur création<sup>40</sup>. Déjà justification au maintien d'une gestion

<sup>31</sup> Propos tenus par A. MORICE devant l'Assemblée nationale, Séance n°18 du 28 févr. 1947, JOAN n°17 de 1947, p. 505.

<sup>32</sup> L. n°47-460 du 19 mars 1947 tendant à modifier l'ord. du 4 octobre 1945 sur l'organisation administrative de la sécurité sociale, dans l'intérêt de la mutualité française.

<sup>33</sup> CSS, art. L. 211-3.

<sup>34</sup> Les lois sur les assurances sociales de 1928 et 1930 ne concernaient que les salariés, alors que l'ord. du 19 octobre 1945 vise explicitement les professions non agricoles, et à travers eux, les personnes salariées ou travaillant à quelque titre que ce soit pour un ou plusieurs employeurs.

<sup>35</sup> En général, cette participation s'élevait à 50 % du montant de la cotisation.

<sup>36</sup> Bull. de la FNMFAE, oct. 1947 cité in S-P. ZONZA, id. note 161.

<sup>37</sup> Art. 139 et 140 de la L. du 19 oct. 1946 portant statut général de la fonction publique.

<sup>38</sup> Cette solidarité s'explique aussi par les relations positives que les mutuelles de fonctionnaires entretiennent alors avec les syndicats de la fonction publique. Contrairement au secteur privé, les groupements mutualistes et les organisations syndicales ne se sont construits en opposition l'un à l'autre. Le refus de reconnaître aux agents de l'État le droit syndical accordé aux salariés du commerce et de l'industrie et leur exclusion du bénéfice des assurances sociales y sont pour beaucoup. En plus de stimuler l'essor de mutuelles dans le but de contourner l'interdit, ces discriminations ont conforté les intéressés dans leur volonté de renforcer la mutuelle de leur administration. Sur ce point, v. notamment B. GIBAUD, « Mutualité/Sécurité sociale (1945/1950) : la convergence conflictuelle », loc. cit., pp. 49-50.

<sup>39</sup> C. mut., art. R. 523-1 et R. 523-2.

<sup>40</sup> V. infra.

mutualiste de l'assurance-maladie obligatoire au profit des fonctionnaires de l'État, cette endogamie favorisait le développement de partages de compétences et de moyens, y compris dans des domaines ne relevant pas des régimes obligatoires de sécurité sociale.

Ces soutiens publics visaient notamment à développer leurs œuvres sociales, autrement dit leurs services de prévention, leur action sociale et leurs réalisations à caractère sanitaire, social et culturel, tout comme la couverture des risques sociaux qu'elles assuraient<sup>41</sup>. Ces subventions étaient inscrites chaque année dans le projet de loi de finances initial et versées dans des conditions et selon des modalités précisées par arrêté<sup>42</sup>. Le financement sur fonds publics des œuvres sociales réalisées par les mutuelles de fonctionnaires était libre. En revanche, d'autres dépenses ouvraient seulement droit à une participation limitative de l'État. D'autres subsides étaient enfin servis en faveur d'actions inscrites dans un « *programme d'expériences et de réalisations mutualistes* » établi par les ministres chargés de la Mutualité et des Finances<sup>43</sup>.

En définitive, les mutuelles de fonctionnaires tiraient profit de fonds publics pour l'accomplissement de trois types de missions : la participation au service public de la sécurité sociale, l'offre de prestations d'assurance maladie complémentaire et la réalisation d'œuvres sociales. La première donnait lieu au remboursement des prestations servies selon leur valeur réelle et au versement de remises forfaitaires en compensation des coûts inhérents à la gestion administrative du régime. Les autres activités ouvraient droit à des avantages en argent, voire en nature à travers la mise à disposition de personnel ou de locaux à des conditions préférentielles. Mais, même consacrées par le droit, de telles pratiques ne pouvaient éternellement s'affranchir du « laminoir européen » qui s'était progressivement imposé aux mutuelles

## **II. La quête du « faire mutualiste »**

La consécration des mutuelles dans l'ordre national n'a pu résister à la pression européenne, et plus particulièrement du droit européen de la concurrence qui a conduit à supprimer nombre des avantages qui leur avaient été reconnus sur les dernières décennies. L'être mutualiste ne suffisait plus. Encore fallait-il que ces organismes ce que signifiait le « faire mutualiste ».

### **a. Les mutuelles : des entreprises comme les autres aux yeux du droit européen.**

En droit européen, la notion d'entreprise, qui délimite le périmètre d'application des règles sur la concurrence, comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement<sup>44</sup>. C'est donc une conception fonctionnelle qui est promue et qui

---

<sup>41</sup> C. mut., art. R. 523-2.

<sup>42</sup> A., 27 avr. 1949 modifié par A., 14 mars 1950. Texte par la suite abrogé par un arrêté du 19 sept. 1962, plus connu sous l'appellation d'arrêté « Chazelle » du nom du directeur de cabinet du ministre du Travail du gouvernement Pompidou II.

<sup>43</sup> C. mut., art. R. 523-1.

<sup>44</sup> CJCE, 23 avr. 1991, Höfner et Elser, aff. C-41/90 : « Un office public pour l'emploi exerçant des activités de placement peut être qualifié d'entreprise aux fins d'application des règles communautaires de concurrence, étant donné que, dans le contexte du droit de la concurrence, cette qualification s'applique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement, à toute entité exerçant une activité économique ».

fait de l'activité économique le point nodal de la qualification d'entreprise. *A contrario*, n'entrent pas dans ce champ les activités exclusivement sociales (ex. : la gestion des régimes de sécurité sociale en France). Faute de définition précise de la notion d'entreprise dans le Traité européen, la Cour de justice de l'Union européenne a joué un rôle déterminant dans la définition de ce qui constitue, ou non, une entreprise.

Ainsi, le fait qu'une activité d'assurance maladie complémentaire soit exercée par une mutuelle est insuffisant pour caractériser une activité exclusivement sociale<sup>45</sup>. L'affiliation facultative, le fait que les prestations dépendent uniquement du montant des cotisations versées par les bénéficiaires ainsi que des résultats financiers des investissements effectués par l'organisme gestionnaire impliquent que cet organisme exerce une activité économique en concurrence avec les autres organismes assureurs. Ni la poursuite d'une finalité à caractère social, ni l'absence de but lucratif, ni les exigences de solidarité n'enlèvent à cette activité sa nature économique. Depuis lors, les mutuelles doivent donc être qualifiées d'entreprise.

C'est notamment sur cette base que, le 20 juillet 2005<sup>46</sup>, la Commission européenne a qualifié d'aides d'Etat illégales toutes les aides directes ou indirectes dont bénéficient les mutuelles de la fonction publique au motif qu'elles leur procurent un avantage sélectif sur un marché ouvert à la concurrence, celui de l'assurance maladie complémentaire. Cette décision visait aussi bien les remises de gestion accordées aux mutuelles au titre de la gestion d'un régime obligatoire de sécurité sociale que les subventions et les mises à disposition de locaux et de personnels dont elles bénéficiaient de l'Etat et des collectivités territoriales. Les traités permettent toutefois l'instauration de restrictions aux règles du marché pour les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (SIEG). Encore importe-t-il que l'entreprise soit investie par les pouvoirs publics d'une telle mission et que les restrictions aux règles de concurrence soient limitées à ce qui est strictement nécessaire pour mener à bien ladite mission.

Dans la décision du 20 juillet 2005 précitée, la Commission écarte la qualification de SIEG au cas des mutuelles de la fonction publique au motif que la Cour de Justice n'a admis cette qualité à une entreprise chargée de la couverture complémentaire des salariés que lorsque l'adhésion y était obligatoire. En l'espèce, l'adhésion des fonctionnaires étant facultative, elle écarte cette qualification. Dans ces conditions, les mutuelles de la fonction publique ne sembleraient pouvoir bénéficier du statut de SIEG bénéficiant d'une dérogation que si l'adhésion de tous les fonctionnaires était rendue obligatoire. C'est d'ailleurs pourquoi, en France, suite à cette décision, l'octroi aux fonctionnaires d'aides financières individuelles de l'employeur public a été privilégié, ces aides ayant été considérées comme compatibles avec le marché intérieur.

## **b. Les mutuelles : des entreprises d'assurance comme les autres en droit européen**

Afin de permettre la réalisation d'un marché unique de l'assurance, plusieurs directives adoptées à partir de 1973 ont contribué à fixer un cadre commun d'exercice de l'activité d'assurance. Cette construction

---

<sup>45</sup> CJCE, 16 nov. 1995, FFSA et al., aff. C-244/94 : « Un organisme à but non lucratif, gérant un système d'assurance vieillesse destiné à compléter un régime de base obligatoire, institué par la loi à titre facultatif et fonctionnant, dans le respect de règles définies par le pouvoir réglementaire, notamment en ce qui concerne les conditions d'adhésion, les cotisations et les prestations, selon le principe de la capitalisation, est une entreprise au sens des articles 85 et suivants du traité. En effet, un tel organisme, même s'il ne poursuit pas un but lucratif et même si le régime qu'il gère comporte certains éléments de solidarité, limités et non comparables à ceux caractérisant les régimes obligatoires de sécurité sociale, exerce une activité économique en concurrence avec les compagnies d'assurance vie ».

<sup>46</sup> COM(2005) 2712 final.

s'est réalisée progressivement par l'adoption de trois générations de directives : 1973<sup>47</sup>, 1988<sup>48</sup> et 1992<sup>49</sup>. La directive « Solvabilité 2 » en constitue le prolongement.

Ces textes instituent les conditions garantissant l'effectivité des libertés d'établissement et de prestations de services en matière d'assurance. La clé de voûte du dispositif prend la forme d'un « passeport » délivré à l'opérateur intéressé. Il s'agit pour lui d'obtenir des autorités nationales une autorisation d'exercer une activité d'assurance, autorisation qu'il pourra faire valoir dans tous les Etats membres.

Les conditions d'obtention de ce passeport poursuivent une double finalité : égaliser les conditions de concurrence entre les opérateurs en coordonnant les conditions d'accès et d'exercice de l'activité ; protéger les assurés en réglementant les garanties financières exigées des entreprises d'assurance.

Le marché européen de l'assurance est par conséquent une construction monolithique, le cadre juridique se montrant indifférent :

- A la nature juridique de l'organisme assureur : sociétés d'assurance, mutuelles, institutions de prévoyance ;
- A l'objet d'assurance : santé, prévoyance, incendies-accidents-risques divers, etc.

Le traditionnel critère organique est mis de côté afin que la concurrence puisse pleinement s'exprimer sur le marché de l'assurance.

En 1991, à l'instigation de la Mutualité française, la France a demandé que les mutuelles entrent dans le champ d'application des directives assurances. Ces dernières visent donc expressément les mutuelles (dir. 92/49, art. 6). Du fait de difficultés d'interprétation<sup>50</sup>, il a fallu attendre 2001 avant que les directives assurances soient bel et bien appliquées aux mutuelles. A défaut, les mutuelles se seraient trouvées dans l'incapacité juridique de continuer à pratiquer l'activité d'assurance (CJCE, 16 nov. 1995, FFSA c/ Min. de l'Agriculture ; COM(2005), 27 juill.).

Depuis, les mutuelles sont assimilées à des entreprises d'assurance. Elles se trouvent soumises à un corpus de règles commun aux autres organismes assureurs. A l'instar de toutes les entreprises d'assurance, les mutuelles doivent respecter le principe d'exclusivité de l'activité d'assurance, aussi appelé « principe de spécialité ». Elles doivent également se soumettre aux mêmes règles prudentielles et comptables. La transposition en droit français de la réglementation européenne pousse l'harmonisation un cran plus loin en venant imposer aux mutuelles un contrôle sur leur gouvernance identique à celui imposé aux autres entreprises d'assurance.

La régulateur national, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution<sup>51</sup> (ACPR) a désormais l'obligation de veiller à ce que les membres du conseil d'administration de la mutuelle, élus par et parmi les adhérents de la mutuelle respectent des critères d'honorabilité et de compétence<sup>52</sup>. Ces personnes doivent disposer : « ...collectivement des connaissances et de l'expérience ce que les membres du conseil d'administration de

<sup>47</sup> Dir. 73/239/CEE, 24 juill. 1973.

<sup>48</sup> Dir. 88/357/CEE, 22 juin 1988.

<sup>49</sup> Dir. 92/49/CEE, 18 nov. 1992.

<sup>50</sup> Le mouvement mutualiste s'est longtemps montré attaché à l'unité de personnalité juridique et de gestion financière de ses différentes activités (assurance et réalisations sanitaires et sociales), contre le principe de spécialité posé dans les directives assurances. Des propositions ont été faites pour préserver cette unicité structurelle (mécanisme du patrimoine d'affectation, qualification des œuvres sociales de prestations d'assurance en nature). Ce n'est qu'après la condamnation de l'Etat français par la CJCE (CJCE, 16 déc. 1999, Commission c/ France, aff. C-239/98) que les directives assurances ont été transposées à l'ensemble des mutuelles.

<sup>51</sup> organe de la Banque de France.

<sup>52</sup> « Fit and proper » en Anglais. Le terme est usité.



la mutuelle, de stratégie de la mutuelle ou de l'union et de son modèle économique, de son système de gouvernance, d'analyse financière et actuarielle et d'exigences législatives et réglementaires applicables à la mutuelle ou à l'union, appropriées à l'exercice des responsabilités dévolues au conseil d'administration.<sup>53</sup>»

La légitimité à représenter les membres de la mutuelle issue du vote des adhérents est ainsi subordonnée à l'approbation du régulateur national au regard de compétences d'ordres financières et assurantielles.

Si l'application des diverses directives assurances n'a pas été le déclencheur du développement de la concurrence, ni même le facteur déterminant, elle a largement contribué à leur banalisation sur le marché.

### **c. Les mutuelles : même nature, même fiscalité**

L'assimilation des mutuelles de santé à des entreprises d'assurance a conduit à l'entrée en fiscalité de leurs activités remettant en cause les avantages liés au fait qu'elles sont des sociétés privées à but non lucratif ne rémunérant pas d'actionnaires. A commencer par la taxe spéciale sur les conventions d'assurance à laquelle les mutuelles sont soumises depuis 2002<sup>54</sup>. Ce processus s'est poursuivi avec la loi de finances rectificative pour 2006<sup>55</sup> qui visait à réaliser l'unification du régime fiscal des différents opérateurs présents sur le marché de l'assurance.

Cette loi soumettait à l'impôt sur les sociétés (IS) et à la taxe professionnelle (remplacée par la Contribution économique territoriale ou CET) les résultats nets des mutuelles développant une activité d'assurance<sup>56</sup>.

Cependant, était organisée une entrée *différée*<sup>57</sup> et *progressive*<sup>58</sup> dans la fiscalité de droit commun. Le dispositif prévoyait en outre, en matière d'IS, une réduction de l'assiette imposable pour la part des résultats afférents aux opérations :

- portant sur la gestion des contrats solidaires et responsables ;
- sous réserve que l'organisme assureur soit inscrit parmi les gestionnaires CMU-C ;

remplisse l'une des conditions suivantes : 3-6 % de bénéficiaires ACS ; 15-20 % de plus de 60 ans ; 28-35 % de moins de 25 ans ; modulation tarifaire selon la situation sociale.

---

<sup>53</sup> Décret n° 2014-1357 du 13 novembre 2014 relatif au contrôle de l'honorabilité et de la compétence des dirigeants et des membres des organes collégiaux dans les organismes d'assurance, les établissements de crédit, les sociétés de financement, les entreprises d'investissement autres que les sociétés de gestion de portefeuille, les compagnies financières holding, les compagnies financières holding mixtes et les entreprises mères de société de financement.

<sup>54</sup> L. n°2001-1276, 28 déc. 2001, art. 63.

<sup>55</sup> L. n°2006-1771, 30 déc. 2006, art. 88.

<sup>56</sup> Outre l'IS et la TP, les mutuelles sont également redevables de la taxe sur les excédents de provision, de la taxe d'apprentissage ainsi que de la taxe sur les salaires.

<sup>57</sup> L'entrée en vigueur, prévue initialement au 1<sup>er</sup> janvier 2008, a été reportée au 1<sup>er</sup> janvier 2011.

<sup>58</sup> Pour atténuer le passage à ce nouveau régime fiscal, les mutuelles ont pu constituer un compte de réserve spéciale de solvabilité dont la dotation est admise en déduction de l'assiette imposable pour un montant dégressif sur les six premiers exercices concernés (de 100 % à 20 %).

Il s'agissait pour le législateur national de montrer que les opérateurs d'assurance santé complémentaire, ayant un comportement « vertueux » au regard des objectifs de solidarité, au premier rang desquels figure les mutuelles, ne soit pas imposés sur les éventuels bénéfices qu'ils auraient pu réaliser sur cette activité.

Or, la Commission a rejeté ce dispositif dans une décision de janvier 2011<sup>59</sup>. Selon le communiqué de la DG concurrence, l'enquête « a démontré que les mesures envisagées n'étaient pas de nature à garantir une répercussion effective de l'avantage fiscal sur le consommateur final. Les mesures risquaient également de créer une discrimination au profit des opérateurs historiques ». La loi de finances rectificative pour 2011<sup>60</sup> a tiré toutes les conséquences de cette décision en supprimant l'avantage fiscal applicable aux contrats solidaires et responsables.

Désormais, seules des approches fondées sur la nature des produits commercialisés ou assurant une répercussion effective de l'aide sur les consommateurs individuels paraissent se révéler conformes au droit de l'Union européenne. C'est ainsi, qu'en droit français, des différenciations sont opérées entre les contrats pratiquant ou non une sélection médicale, les contrats responsables et ceux qui ne le sont pas, les contrats collectifs à adhésion obligatoire et les autres types de contrat. En revanche, cela signifie aussi que des sociétés de personnes, sans but lucratif et à gouvernance démocratique, telles que les mutuelles, sont soumises à la même fiscalité que des sociétés de capitaux.

Parallèlement, les mutuelles ont subi de plein fouet l'augmentation d'autres taxes, spécifiques cette fois à leur activité d'assurance maladie complémentaire. Tel est le cas de la contribution au fonds CMU, devenue taxe de solidarité additionnelle (TSA) et passée de 1,75 % à 6,27 %<sup>61</sup> en 10 ans. Tel est aussi le cas de la Taxe sur les conventions d'assurance (TSCA), passée de 0 à 7 % pour les contrats responsables et de 7 à 14 % pour les contrats non responsables sur la même période. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016, les contrats d'assurance santé sont exonérés de TSCA mais sont soumis à une TSA élargie dont le taux est identique à la somme des deux, soit 13.27% pour le taux bas (contrats responsables) et 20.27% pour le taux haut (contrats non responsables). Sans compter la création du forfait médecin traitant lors de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2014. En 10 ans, le poids de la fiscalité dans les cotisations a connu une croissance exponentielle.

#### **d. Les mutuelles actives dans les Services de soins et d'accompagnement mutualistes**

Activité importante pour les mutuelles, les Services de soins et d'accompagnement mutualistes (SSAM) « visent à répondre à des besoins où les prix et l'offre ne permettent pas de fournir aux mutualistes une réponse adaptée et à développer des initiatives innovantes en lien avec la nature mutualiste, notamment de non-lucrativité »<sup>62</sup>. 2 400 établissements et services répartis sur toute la France, avec une activité globale de près de 2,5 milliards d'euros, confèrent à la Mutualité Française la place de premier réseau sanitaire, social et médico-social français à but non lucratif. Opérateur direct en matière de soins, de biens médicaux et d'accompagnement, la Mutualité Française assure une présence mutualiste de proximité qui permet d'influer sur les pratiques, tant en termes de qualité des prestations qu'en termes de tarifs. Les SSAM se retrouvent dans la gestion d'établissements et services hospitaliers (105), de centres de soins polyvalents - médicaux et infirmiers (64)-, de centres dentaires (441), de centres d'audition (670) ou encore de pharmacies (61). En matière d'accompagnement, les SSAM sont présents dans la gestion d'établissements et services pour les personnes âgées (320), d'établissements et services pour les personnes en situation de

<sup>59</sup> Déc. n°C50/2007-C(2011)267, 26 janv. 2011.

<sup>60</sup> L. n°2011-1978, 28 déc. 2011, art. 65.

<sup>61</sup> Avant la refonte avec la Taxe sur les conventions d'assurance – TSCA au 1er janvier 2016

<sup>62</sup> A.-M. Brocas, M. Durraffourg, J.-P. Segade (2014), Evaluation du secteur des mutuelles du Livre 3 du code de la mutualité, Rapport de l'Inspection générale des affaires sociales (Igas), n° 2013-123R, p. 3.

handicap (150), ou encore d'établissements et services pour la petite enfance (156)<sup>63</sup>. Depuis la réforme du Code de la mutualité de 2001, liée à l'application des directives européennes dans le domaine de l'assurance, les activités des SSAM se distinguent des activités d'assurances opérées par les mutuelles. Le code instaure à ce titre des distinctions dans les cinq parties le constituant et qui s'intitulent des Livres. Le livre 1 correspond aux règles générales de fonctionnement et de gouvernance, le Livre 2 aux activités assurances, le Livre 3 aux activités sanitaires et sociales, les 4 et 5 aux relations avec l'Etat et au contrôle. Ainsi, 2001 marque une séparation des activités de livre 2 et 3, des entités juridiques distinctes apparaissent pour la gestion des activités d'assurance et des activités sanitaires et sociales. Les organismes assureurs sont ainsi obligés de respecter le principe de spécialité et ne peuvent pratiquer des opérations que pour lesquelles un agrément a été obtenu<sup>64</sup>.

### **La question du financement des SSAM**

Si les SSAM pouvaient compter sur l'appui financier des mutuelles de livre 2, la règle est désormais celle de l'autonomie de gestion et donc de l'équilibre. Des SSAM peuvent appartenir à un groupe mutualiste de livre 3 ou alors à un groupement de SSAM gérés par la Mutualité Française au sein d'Unions Territoriales. Des compensations financières peuvent alors s'opérer entre les activités, certaines pouvant être plus excédentaires que d'autres, ce phénomène tend néanmoins à s'estomper.

La Fédération de la Mutualité Française peut également entrer dans une logique de financement de certains projets. Le Fonds des SSAM (FDSSAM) doté de 23 millions d'euros permet de financer des projets à caractères innovants ; le secteur hospitalier mutualiste étant exclu des soutiens de ce fonds. Le Fonds national des SSAM est quant à lui un fonds doté au départ de sommes issues de livrets A en déshérence et désormais de bonis de liquidation issus du monde mutualiste. Les sommes permettent d'octroyer des prêts gérés par la Caisse des dépôts et consignation, ce fonds est doté de 75 millions d'euros et de 93 millions d'encours<sup>65</sup>. Des critères d'innovation subordonnent les soutiens, les montants mis à dispositions ne peuvent excéder 50% du montant du projet. Les SSAM peuvent également bénéficier d'aides publiques dans le cadre de restructuration, de financement d'actions innovantes<sup>66</sup>. Des aides peuvent également être versées par les Agences Régionales de Santé (ARS) en direction d'établissements hospitaliers mutualistes. Ils peuvent alors bénéficier d'enveloppes au titre de missions d'intérêt général (MIG) et des aides à la contractualisation (AC). Une étude sur quatre régions – PACA, Ile-de-France, Pays de Loire et Rhône-Alpes, met en lumière qu'entre 2012 et 2013 ont été versés 50 millions d'euros dont 60% correspondent à des aides à la restructuration ou à la réduction des déficits. Les octrois des ARS sont de plus en plus conditionnés aux respects des orientations générales des politiques publiques des territoires concernés<sup>67</sup>.

Le financement engendre nécessairement des enjeux de contrôle. Les pouvoirs publics peuvent ainsi voir dans la pérennité des SSAM la garantie d'un service aux adhérents, d'une part, mais aux citoyens français dans leur ensemble. L'Inspection général des affaires sociales préconise ainsi que « le renforcement de la professionnalisation de la gestion et la mise en place d'un contrôle interne passe par l'institutionnalisation d'un système extérieur de surveillance et de prévention des risques ». Le cadre statutaire du Service Fédérale de Prévention des Risques (SFPR) sera ainsi précisé lors du Conseil d'administration du 29 janvier 2015 avec quatre missions : la cartographie et le pilotage des risques, le signalement, l'analyse et l'alerte, le suivi des alertes et l'accompagnement<sup>68</sup>.

## **Conclusion**

---

<sup>63</sup> Source Mutualité Française, site d'information mutweb.

<sup>64</sup> Article 8-1-b de la directive 73/239/CE : « Chaque État membre exige que les entreprises qui se constituent sur son territoire et sollicitent l'agrément (...) limitent leur objet social à l'activité d'assurance et aux opérations qui en découlent directement, à l'exclusion de toute autre activité commerciale ».

<sup>65</sup> A.-M. Brocas et al. (2014), p. 52.

<sup>66</sup> Ibidem.

<sup>67</sup> A.-M. Brocas et al. (2014), p. 53.

<sup>68</sup> A.-M. Brocas et al. (2014), p. 5.

Depuis le 1er janvier 2014, les mutuelles sont soumises aux impôts commerciaux au même titre que leurs concurrents, sociétés d'assurance ou institution de prévoyance. Cette date marque la fin du processus de normalisation engagé au début des années 1990 sous l'influence du droit de la concurrence européen.

La disparition des dernières aides d'Etat dont elles avaient pu bénéficier ouvre une nouvelle ère concurrentielle. Elle oblige à comparer la compétitivité relative des modèles économiques des différents acteurs en présence.

A une époque où le législateur augmente son exigence en matière de niveau de fonds propres pour tous les opérateurs assurantiels, et où les plans de transformation, digital par exemple, exigent la mobilisation de sommes très importantes, l'accès au capital et au coût de ce capital devient une variable clef de la compétitivité.

Or, de par leur nature juridique même, les mutuelles sont dans l'impossibilité de lever du capital sur le marché en émettant un titre de propriété. Seul l'emprunt est possible. Elles ne peuvent pas, au contraire des sociétés d'assurance, obtenir du capital « gratuit » pour financer un projet, une acquisition, attaquer un nouveau marché ou consolider leurs fonds propres.

Cette moindre compétitivité, intrinsèque au modèle mutualiste, avait été jadis partiellement compensée par le législateur. En ne taxant pas les bénéfices qu'elles réalisent ce dernier visait à leur permettre une accumulation de fonds propres plus rapide que leur tendance « naturelle » nécessairement ralentie par une volonté de ne pas chercher à maximiser leur bénéfice.

L'application du droit de la concurrence de l'Union européenne a mis fin à cet équilibre.

Cette décision trouve son origine dans une interprétation du concept de non-lucrativité fondamentalement différente de celle qui prévaut en droit français. Alors qu'en France, depuis la loi de 1901 et l'arrêt Manigod de 1914, la non-lucrativité s'entend comme l'absence de partage des bénéfices entre les membres, le législateur européen considère comme étant à but non-lucratif l'entreprise qui délivre un bien ou un service de manière totalement désintéressée, c'est-à-dire à titre gratuit. En considérant les mutuelles comme étant à but le droit de l'Union ne pouvait en toute logique qu'aboutir à la suppression de l'ensemble des aides qui leur étaient octroyées par les Etats.

Une redéfinition de la non-lucrativité en droit européen demeure donc le préalable indispensable à toute tentative de création d'une nouvelle politique publique de soutien aux mutuelles.