

Avis n° 13-A-11 du 29 mars 2013
relatif aux effets sur la concurrence de la généralisation de la
couverture complémentaire collective des salariés en matière de
prévoyance

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 1^{er} février 2013 sous le numéro 13/0008 A, par laquelle l'association pour la promotion de la concurrence dans le secteur de l'assurance collective a saisi l'Autorité de la concurrence, sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce, d'une demande d'avis portant sur les effets sur le libre jeu de la concurrence induits par la généralisation de la couverture complémentaire obligatoire des salariés en matière de remboursement de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident telle qu'elle est envisagée par l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés, d'une part, et du projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, visant à sa transcription, d'autre part.

Vu les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, les représentants de l'association pour la promotion de la concurrence dans le secteur de l'assurance collective et les représentants du comité technique des institutions de prévoyance, entendus au cours de la séance du 28 mars 2013 ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

INTRODUCTION	4
I. Le cadre de la demande	5
A. LE CHAMP ET LES ACTEURS DE LA PROTECTION SOCIALE COMPLÉMENTAIRE. 5	
a) Les garanties en matière de prévoyance	5
b) Les organismes habilités à exercer une activité d'assurance en matière de prévoyance.....	6
<i>Les sociétés d'assurance.....</i>	6
<i>Les mutuelles</i>	6
<i>Les institutions de prévoyance</i>	6
c) Les caractéristiques économiques du secteur de l'assurance complémentaire à titre collectif.....	7
B. LES RÉGIMES DE PRÉVOYANCE COLLECTIVE ET LEUR CONSTITUTION	8
1. LA CONSTITUTION DU RÉGIME DE PRÉVOYANCE COLLECTIVE PAR DÉCISION UNILATÉRALE DE L'EMPLOYEUR.....	9
2. LA CONSTITUTION DU RÉGIME DE PRÉVOYANCE COLLECTIVE PAR RÉFÉRÉNDUM.....	9
3. LA CONSTITUTION DU RÉGIME DE PRÉVOYANCE COLLECTIVE PAR CONVENTION OU ACCORD COLLECTIF	9
a) Les régimes collectifs d'entreprise et de mutualisation partielle.....	10
b) Le régime collectif de mutualisation complète : les clauses de désignation et de migration	10
C. LE PROJET DE GÉNÉRALISATION DE LA COUVERTURE PRÉVOYANCE DES SALARIÉS	12
1. LES STIPULATIONS DE L'ANI RELATIVES À LA GÉNÉRALISATION DE LA COUVERTURE COMPLÉMENTAIRE DES FRAIS DE SANTÉ	12
2. LES DISPOSITIONS DU PROJET DE LOI DU 6 MARS 2013 RELATIF À LA SÉCURISATION DE L'EMPLOI PORTANT SUR LA MISE EN PLACE D'UN DISPOSITIF GÉNÉRALISÉ DE COMPLÉMENTAIRE SANTÉ	13
II. Analyse concurrentielle du dispositif de généralisation de la couverture complémentaire obligatoire des salariés en matière de prévoyance	14
A. SUR LES PRÉOCCUPATIONS DE CONCURRENCE INDUITES PAR LA POSSIBILITÉ LAISSÉE AUX PARTENAIRES SOCIAUX DE DÉSIGNER OU DE RECOMMANDER DES ORGANISMES DANS LE CONTEXTE DE LA GÉNÉRALISATION DE LA COUVERTURE COMPLÉMENTAIRE SANTÉ OBLIGATOIRE PAR LE PROJET DE LOI SUR LA SÉCURISATION DE L'EMPLOI	15
1. SUR LA LICÉITÉ DES CLAUSES DE DÉSIGNATION ET DE MIGRATION	15

a) L'appréciation de la licéité des clauses de désignation et de migration au regard des règles de la concurrence par l'autorité nationale de concurrence et les juridictions internes	15
b) L'appréciation de la licéité des clauses de désignation et de migration au regard des règles de la concurrence par la Cour de justice de l'Union.....	16
2. SUR LES CONSÉQUENCES DE LA DÉSIGNATION D'UN OU PLUSIEURS ORGANISMES SUR LE LIBRE JEU DE LA CONCURRENCE.....	17
a) Sur les bénéfices attendus de la mutualisation des risques en matière d'assurance complémentaire santé à l'échelle de la branche	17
b) Sur l'impact concurrentiel et la relativisation des effets vertueux de la mutualisation des risques en matière d'assurance complémentaire santé à l'échelle de la branche	18
c) Sur les règles encadrant les modalités dans lesquelles la mutualisation des risques est mise en œuvre et les enjeux économiques qu'elle suscite	20
B. LES PRÉCONISATIONS DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE	22
1. GARANTIR L'ÉGALITÉ DES CONDITIONS DE CONCURRENCE ENTRE LES DIFFÉRENTS TYPES D'ORGANISMES SUSCEPTIBLES D'INTERVENIR SUR LE MARCHÉ DE LA PRÉVOYANCE COLLECTIVE : INSTITUTIONS DE PRÉVOYANCE, MUTUELLES, SOCIÉTÉS D'ASSURANCE ..	23
2. FAIRE PRIMER LA LIBERTÉ DE L'EMPLOYEUR DE RETENIR LE OU LES ORGANISMES DE SON CHOIX	23
3. ENCADRER LA POSSIBILITÉ D'UNE MUTUALISATION DES RISQUES À L'ÉCHELLE DE LA BRANCHE.....	23
a) La recommandation	23
b) La désignation	24
4. IMPOSER UNE PROCÉDURE DE MISE EN CONCURRENCE EFFECTIVE.....	25
CONCLUSION	25

INTRODUCTION

1. Par lettre du 1^{er} février 2013, l'association pour la promotion de l'assurance collective (ci-après, « APAC ») a saisi l'Autorité de la concurrence, sur le fondement de l'article L. 462-1 du code du commerce, sur le point de savoir quels sont :
 - *« les effets induits pour le libre jeu de la concurrence de la mise en œuvre des dispositions de l'Accord national interprofessionnel de sécurisation de l'emploi conclu le 11 janvier 2013 et plus particulièrement de l'article premier du titre premier portant sur la généralisation de la couverture complémentaire des frais de santé, en l'état des constatations relevées sur le marché de la prévoyance collective et de l'assurance santé complémentaire ;*
 - *les mesures législatives et réglementaires devant être intégrées dans le cadre de la transcription législative ou réglementaire de l'Accord national interprofessionnel de sécurisation de l'emploi conclu le 11 janvier 2013, afin de garantir une concurrence efficiente sur le marché de la prévoyance collective et de l'assurance santé complémentaire ;*
 - *les effets induits pour le libre jeu de la concurrence, notamment en termes de pénétration du marché de la prévoyance collective et de l'assurance santé complémentaire par les acteurs européens, et la proportionnalité au regard du droit de la concurrence de :*
 - o *la mise en œuvre des clauses de désignation, par lesquelles une convention collective désigne un organisme assureur unique, et de l'extension par arrêté ministériel, de la convention comportant une telle clause, à l'ensemble de la branche professionnelle en l'absence de visibilité des modalités et conditions de cette désignation ;*
 - o *la mise en œuvre des clauses dites de « migration » incluses dans les accords de branche, par lesquelles une entreprise qui a déjà souscrit un contrat auprès d'un organisme différent de celui désigné est contrainte de souscrire à l'organisme désigné par l'accord de branche, en dépit du niveau de garanties inférieur de ce dernier, ou du niveau de garanties équivalent, pour un montant de cotisations supérieur ;*
 - *les mesures propres à remédier aux dysfonctionnements éventuellement constatés dans le secteur de la prévoyance collective et de l'assurance santé complémentaire, et notamment les mesures législatives ou réglementaires qu'il serait nécessaire de prendre pour permettre une plus grande transparence dans la mise en œuvre de la désignation des organismes assureurs, compte tenu, notamment des potentiels ou existants conflits d'intérêts constatés, et partant, une plus grande effectivité de la concurrence ».*
2. L'article L. 462-1 du code du commerce dispose que l'Autorité de la concurrence (ci-après, « l'Autorité ») peut donner son avis sur toute question concernant la concurrence, à la demande des organisations professionnelles.
3. Il n'appartient pas à l'Autorité, lorsqu'elle est consultée sur le fondement de ce texte, de qualifier des pratiques au regard des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce. Elle ne peut alors se prononcer que sur des questions de concurrence d'ordre

général. Seule une saisine contentieuse et la mise en œuvre de la procédure contradictoire prévue par les articles L. 463-1 et suivants du code de commerce est de nature à permettre l'appréciation de la licéité d'une pratique au regard des dispositions relatives aux ententes anticoncurrentielles et abus de position dominante.

4. En l'espèce et en substance, la demande d'avis de l'APAC porte sur les effets, au plan de l'exercice de la concurrence, de la mutualisation des risques à l'échelle de l'ensemble d'une branche professionnelle. Cette mutualisation emporte la désignation d'un ou plusieurs organismes d'assurance en charge d'assurer l'ensemble des salariés de la branche en matière de complémentaire santé et l'obligation pour les entreprises concernées de s'affilier au dit organisme, dans le contexte de la généralisation de la couverture en assurances collectives en matière de prévoyance. La demande d'avis soulève ainsi des questions d'ordre général auxquelles l'Autorité peut répondre. L'APAC, qui est une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901, défend les intérêts de certains organismes et intermédiaires d'assurance qui agissent, ou sont susceptibles d'agir, dans le secteur de la prévoyance collective. La demande d'avis est donc recevable.

I. Le cadre de la demande

A. LE CHAMP ET LES ACTEURS DE LA PROTECTION SOCIALE COMPLÉMENTAIRE

a) Les garanties en matière de prévoyance

5. La notion de « prévoyance » est communément entendue comme visant les assurances de la personne qui sont destinées à prémunir l'assuré, ou sa famille, contre les risques de l'existence.
6. L'article 1^{er} de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, dite « loi Évin », énumère les opérations et les risques visés par les garanties de prévoyance dans les termes suivants: « *Les dispositions du présent titre s'appliquent aux opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ou du risque chômage* ».
7. Les garanties de prévoyance ont ainsi pour objet de faciliter l'accès aux soins médicaux – en apportant des remboursements qui viennent compléter les prestations offertes par le régime de base de la Sécurité sociale en cas de maladie, de maternité ou d'accident –, d'assurer le maintien d'un niveau de salaire le plus élevé possible en cas d'arrêt de travail ou d'invalidité, de prévoir un complément financier en cas de dépendance et de garantir un capital et des rentes à la famille de l'assuré en cas de décès de ce dernier. Lorsque les garanties décès et invalidité sont incluses dans le champ des garanties offertes à l'assuré, on parle alors de « prévoyance lourde ».
8. Les assurances en matière de prévoyance peuvent être souscrites à titre individuel, par l'assuré lui-même auprès d'un organisme d'assurance, ou, à titre collectif, par l'adhésion à un contrat collectif par l'intermédiaire de l'employeur, de la branche professionnelle ou interprofessionnelle.

b) Les organismes habilités à exercer une activité d'assurance en matière de prévoyance

9. L'article 1^{er} alinéa 2 de la loi du 31 décembre 1989 précitée réserve l'activité d'assurance prévoyance aux sociétés d'assurance relevant du code des assurances, aux mutuelles régies par le code de la mutualité, aux caisses mutuelles agricoles et institutions de prévoyance régies par le code rural et aux institutions de prévoyance relevant du livre IX du code de la sécurité sociale.

Les sociétés d'assurance

10. Les sociétés d'assurance peuvent être constituées sous la forme de sociétés anonymes ou de sociétés d'assurance mutuelles soumises au code des assurances. Quelle que soit leur forme juridique, les sociétés d'assurance relèvent du code des assurances.

Les mutuelles

11. Les mutuelles sont des personnes de droit privé à but non lucratif. Elles sont régies par les articles L. 111-1 et suivants du code de la mutualité. Les membres de leurs structures de gouvernance sont élus par les sociétaires eux-mêmes.

Les institutions de prévoyance

12. Les institutions de prévoyance sont également des personnes morales de droit privé à but non lucratif. Elles sont régies par le titre III du livre IX du code de la sécurité sociale. Ce sont des organismes gérés paritairement par des représentants des employeurs et des salariés.
13. Les institutions de prévoyance sont composées de membres adhérents et de membres participants. Les membres adhérents comprennent les entreprises qui ont adhéré à un règlement de l'institution ou souscrit un contrat avec elle. Les salariés, anciens salariés, bénéficiaires des prestations et ayants droit forment les membres participants.
14. Les institutions de prévoyance sont créées soit par accord collectif, soit par référendum, soit par ratification des statuts au cours d'une assemblée constitutive des adhérents et des participants. Leur sphère de compétence et d'intervention peut être limitée d'un point de vue territorial ou en considération d'un degré dans l'échelle professionnelle (entreprise, branche professionnelle ou interprofessionnelle).
15. Les institutions de prévoyance ne peuvent intervenir que dans le domaine des assurances à la personne (article R. 931-2-1 du code de la sécurité sociale). Par ailleurs, à la différence des autres organismes d'assurance, les institutions de prévoyance ne peuvent garantir que des salariés ou leurs familles. Elles ont ainsi vocation, par essence, à réaliser des opérations d'assurance collective. Toutefois, elles peuvent réaliser des opérations individuelles, sur le fondement de l'article L. 932-14 du code de la sécurité sociale, lorsque le salarié ou l'ancien salarié d'une entreprise adhérente adhère lui-même par la signature d'un bulletin à un règlement de cette institution ou souscrit un contrat auprès de celle-ci.
16. La plupart des institutions de prévoyance appartiennent à un groupe paritaire de protection sociale qui regroupe des institutions de prévoyance, des institutions de retraite complémentaire, des mutuelles, voire une société d'assurance ou de gestion d'épargne salariale¹. Ces groupes mettent en œuvre des régimes obligatoires de retraite

¹34 institutions de prévoyance font partie de 15 groupes paritaires de protection sociale.

complémentaire pour les cadres et les salariés (désignés communément par les acronymes « AGIRC » et « ARRCO »), ainsi que des couvertures de protection sociale complémentaire dans le cadre de contrats collectifs d'entreprise ou dans le cadre de contrats individuels. Lorsque les groupes paritaires de protection sociale comptent des sociétés d'assurance, ces dernières peuvent offrir des garanties accessoires comme des garanties obsèques ou des assurances individuelles sur la vie.

17. Les modalités de gouvernance des groupes paritaires de protection sociale ont été définies par les partenaires sociaux dans un accord du 8 juillet 2009. Il ressort des sections 2 et suivantes de cet accord que les groupes paritaires de protection sociale sont gérés par une « *association sommitale* » dont le conseil d'administration regroupe à égalité les représentants des employeurs et ceux des salariés appartenant aux organisations patronales et syndicales représentatives. Le conseil d'administration de l'association sommitale définit les orientations politiques et stratégiques du groupe. Les conseils d'administration de chacune des structures qui composent le groupement, s'ils sont tenus d'entériner les orientations arrêtées par l'association sommitale, conservent toutefois leur autonomie de décision.

c) Les caractéristiques économiques du secteur de l'assurance complémentaire à titre collectif

18. La part des bénéficiaires d'assurances complémentaires santé à titre collectif parmi l'ensemble des bénéficiaires de ce type d'assurance est estimée à 44 % en 2010². Le marché de l'assurance collective représente potentiellement 15,9 millions de salariés dans le privé, dont 10,8 millions sont couverts par un accord de branche, soit une proportion de près de 65 %. Les institutions de prévoyance assurent 13 millions de salariés au titre de la prévoyance dite « lourde » (décès, incapacité, invalidité, dépendance) et 6,5 millions de salariés et d'anciens salariés au titre des garanties de complémentaire santé³. En 2011, les primes en matière de complémentaire santé représentaient 31,10 milliards d'euros et les prestations se sont élevées à 27,52 milliards d'euros⁴. Les cotisations perçues par les institutions de prévoyance en 2011 se sont élevées à 11,8 milliards d'euros, dont 5,3 milliards au titre de l'assurance complémentaire santé collective⁵.
19. Sur les 495 organismes d'assurance exerçant une activité dans le domaine de la santé en complément de la couverture sociale obligatoire de l'assurance maladie dénombrés par le secrétariat général de l'Autorité de contrôle prudentiel (ci-après « ACP »), 360 sont des mutuelles relevant du code de la mutualité, 106 sont des sociétés d'assurance et 29 sont des institutions de prévoyance⁶.
20. Le secteur connaît un fort mouvement de concentration depuis le début des années 2000, le nombre d'organismes assurant une couverture santé complémentaire ayant diminué de plus de moitié. Malgré cette concentration, le secteur mutualiste reste très morcelé. En effet, sur les 587 mutuelles contribuant au financement du Fonds CMU, les cent premières

² Marc Perronnin, Aurélie Pierre, Thierry Rocherau, « *Panorama de la complémentaire santé collective en France en 2009* », Institut de recherche et documentation en économie de la santé (IRDES), n° 181, novembre 2012, p. 1.

³ « *Rapport annuel du centre technique des institutions de prévoyance* », 2011, p. 11.

⁴ « *Les chiffres français de la banque et de l'assurance [2011]* », Autorité de contrôle prudentiel, p. 66.

⁵ « *Le centre technique des institutions de prévoyance* », dossier de presse 2011, p. 5.

⁶ « *Les chiffres français de la banque et de l'assurance [2011]* », Autorité de contrôle prudentiel, p. 66.

représentent à elles seules 80 % de l'assiette du Fonds CMU correspondante et les 487 restantes, moins de 20 %⁷.

21. Les mutuelles sont prédominantes sur le marché de l'assurance complémentaire santé. Elles assuraient, en 2011, 54 % des primes contre 19 % pour les sociétés d'assurance non-vie et 15 % pour les institutions de prévoyance. Plus de 81 % du chiffre d'affaires global des mutuelles concernent leur activité santé, alors que ce taux n'est que de 44 % pour les institutions de prévoyance, de 12 % pour les sociétés d'assurance non-vie et de 6 % pour les sociétés d'assurance vie et mixte⁸.

B. LES RÉGIMES DE PRÉVOYANCE COLLECTIVE ET LEUR CONSTITUTION

22. La protection sociale complémentaire des salariés est encadrée par des règles spécifiques qui figurent au titre premier du livre IX du code de la sécurité sociale (articles L. 911-1 et suivants).
23. La prévoyance collective est gouvernée par le principe de non-sélection individuelle. En vertu de ce principe, quelle que soit la modalité de constitution du régime collectif, lorsque des salariés sont garantis collectivement en matière de prévoyance, « *l'organisme qui délivre sa garantie prend en charge les suites des états pathologiques survenus antérieurement à la souscription du contrat ou de la convention ou à l'adhésion à ceux-ci, sous réserve des sanctions prévues en cas de fausse déclaration* » (article 2 de la loi du 31 décembre 1989).
24. La proportion d'établissements offrant une complémentaire santé collective à leurs salariés est restée relativement stable, passant de 40 % en 2003 à 44 % en 2004, mais le nombre de contrats facultatifs a été divisé par deux depuis la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites, dite « loi Fillon »⁹ qui a fait de la participation de l'employeur au financement de la complémentaire santé l'une des conditions d'exonérations de charges fiscales et sociales dans le cadre des contrats dits « *obligatoires et responsables* » – qui ne prennent pas en charge les différentes franchises et dépassements d'honoraires en cas de non-respect du parcours de soins – et ainsi encouragé le recours aux contrats collectifs obligatoires.
25. Depuis le 1^{er} janvier 2000, l'article L. 132-27, alinéa 2, du code du travail fait obligation à l'employeur, dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, d'engager, chaque année, une négociation sur le thème de la prévoyance maladie lorsque les salariés ne sont pas couverts par un accord de branche ou par un accord d'entreprise définissant les modalités d'un régime dans ce domaine.
26. Les articles 2 de la loi du 31 décembre 1989 précitée et L. 911-1 du code de la sécurité sociale envisagent trois modalités de constitution d'un régime de prévoyance collective au sein d'une entreprise : la décision unilatérale de l'employeur (1), le référendum (2) et la convention ou l'accord collectif (3).

⁷ « La situation financière des organismes complémentaires assurant une couverture santé », Rapport de la direction de recherche des études, de l'évaluation et des statistiques (DREES), novembre 2011, p. 9.

⁸ « *Les chiffres français de la banque et de l'assurance [2011]* », Autorité de contrôle prudentiel, p. 66.

⁹ Panorama de la complémentaire santé collective en France en 2009, précité, p. 3.

1. LA CONSTITUTION DU RÉGIME DE PRÉVOYANCE COLLECTIVE PAR DÉCISION UNILATÉRALE DE L'EMPLOYEUR

27. L'employeur peut imposer l'adhésion à un régime de prévoyance aux salariés, selon des modalités qu'il détermine lui-même. Toutefois, une telle décision unilatérale ne peut concerner que les contrats de travail conclus postérieurement à sa mise en œuvre et les salariés employés dans l'entreprise antérieurement à la décision unilatérale de mise en place des garanties de prévoyance ne peuvent être contraints d'adhérer, contre leur gré, à ce système (article 11 de la loi du 31 décembre 1989).

2. LA CONSTITUTION DU RÉGIME DE PRÉVOYANCE COLLECTIVE PAR RÉFÉRÉNDUM

28. L'établissement d'un régime de prévoyance collective peut être soumis au vote de la majorité des salariés dans les sociétés de droit privé employant des salariés qui ne sont pas soumis à un statut législatif ou réglementaire. Il ne peut être organisé que dans le cadre de l'entreprise ou d'un ou plusieurs établissements.
29. La ratification par la majorité des salariés, par référendum, confère force obligatoire à la proposition de l'employeur. Elle s'étend tant aux salariés déjà en place qu'à ceux dont les contrats de travail ont été conclus postérieurement à sa mise en œuvre (voir l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 5 janvier 1984, pourvoi n° 81-42112). Des dispenses d'adhésion peuvent toutefois être envisagées, conformément aux dispositions de l'article R. 242-1-6 du code de la sécurité sociale.

3. LA CONSTITUTION DU RÉGIME DE PRÉVOYANCE COLLECTIVE PAR CONVENTION OU ACCORD COLLECTIF

30. Les modes de constitution des régimes complémentaires de prévoyance les plus courants sont la convention collective – lorsque la prévoyance collective est envisagée avec l'ensemble des conditions de travail et garanties sociales – ou l'accord collectif de travail, lorsqu'elle s'insère dans un accord qui ne porte que sur certains de ces deux aspects.
31. Les accords collectifs, comme les conventions collectives, peuvent, sur le fondement des dispositions du titre III du Code du travail, être conclus à différents niveaux et revêtir un caractère professionnel ou interprofessionnel. On distingue ainsi, de l'échelle la plus large à la plus restreinte, les accords nationaux interprofessionnels, les conventions et accords collectifs professionnels ou interprofessionnels de branche nationaux, régionaux ou locaux et les conventions et accords collectifs d'entreprise.
32. Les accords et conventions collectives peuvent faire l'objet d'une extension. La procédure d'extension consiste à rendre applicable, par arrêté ministériel, une convention ou un accord collectif à tous les salariés et employeurs compris dans son champ d'application. La convention ou l'accord étendu s'applique alors également aux entreprises qui ne sont pas adhérentes à l'une des organisations signataires.
33. L'article L. 911-3 du code de la sécurité sociale prévoit que lorsque la convention ou l'accord collectif porte sur la prévoyance et la retraite, l'arrêté d'extension doit être signé conjointement par le ministre chargé de la sécurité sociale et le ministre chargé de l'économie et du budget, après avis de la commission des accords de retraite et de prévoyance (ci-après « COMAREP ») au sein de laquelle siègent des représentants des pouvoirs publics et des partenaires sociaux. Lorsque la convention porte sur différents

sujets incluant notamment celui de la prévoyance, l'arrêté d'extension est signé par le ministre chargé du travail.

34. S'agissant des accords collectifs de prévoyance négociés au niveau de la branche professionnelle, on distingue communément deux types de régimes suivant le niveau de mutualisation du risque envisagé.

a) Les régimes collectifs d'entreprise et de mutualisation partielle

35. Le premier régime consiste en la définition d'un panier de garanties par les partenaires de la branche. Dans cette hypothèse, la constitution du régime de prévoyance collective s'appuie sur la négociation d'un accord au sein de chaque entreprise de la branche. Ce régime ne repose pas sur le principe de mutualisation des risques au sein de la branche, chaque entreprise de la branche étant libre, après négociation en son sein, de s'adresser à l'organisme assureur de son choix, dès lors que celui-ci offre un contrat collectif conforme au panier de garanties défini par la branche.
36. Le deuxième régime, dit de « *recommandation* », consiste en la définition d'un panier de garanties et de modalités de répartition de la cotisation entre les employeurs et les salariés, d'une part, et la recommandation de contrats auprès d'un ou plusieurs organismes, conduisant à la négociation d'accords d'entreprise pour leur mise en œuvre, d'autre part. Dans cette hypothèse, les entreprises de la branche sont libres de s'adresser à l'(aux) organisme(s) recommandé(s) qui est(sont) tenu(s) d'offrir un contrat identique pour chacune d'entre elles, conforme aux spécifications arrêtées lors des négociations au sein de la branche. Les entreprises de la branche peuvent également choisir de s'adresser à tout autre organisme d'assurance que celui recommandé, tant que celui-ci est en mesure d'offrir un contrat conforme au panier de garanties défini par la branche. Le régime de la recommandation offre ainsi une possibilité de mutualisation partielle du risque au sein de la branche.
37. Quel que soit le régime collectif envisagé, l'adhésion ou l'affiliation des salariés des entreprises concernées est obligatoire dès lors que la mise en place d'un régime collectif a été décidée par accord d'entreprise (voir l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 5 juin 1986, RVI c/Azouz, pourvoi n° 83-44750).

b) Le régime collectif de mutualisation complète : les clauses de désignation et de migration

38. Les partenaires de la branche, lorsqu'ils souhaitent réaliser une mutualisation du risque au sein de la branche qui soit la plus complète possible, négocient des accords qui contiennent une définition précise des prestations, du montant des cotisations ainsi qu'une clause portant désignation d'un ou de plusieurs organismes assureurs auprès desquels les entreprises sont tenues d'assurer leurs salariés.
39. Ces clauses, appelées « clauses de désignation », résultent d'une pratique établie des partenaires sociaux. Leur licéité – reconnue par la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 10 mars 1994, INPR, pourvoi n° 91-11516 – a été consacrée par l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, issu de la loi n° 94-678 du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92-49 et n° 92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes.

40. L'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, s'il ne définit pas les clauses de désignation ou les modalités de leur mise en œuvre, exige toutefois que « *les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés à l'article L. 911-1 [qui] prévoient une mutualisation des risques dont ils organisent la couverture auprès d'un ou de plusieurs organismes (...) auxquelles adhèrent alors obligatoirement les entreprises relevant du champ d'application de ces accords (...) comportent une clause fixant dans quelles conditions et selon quelle périodicité les modalités d'organisation de la mutualisation peuvent être réexaminées*¹⁰. La périodicité du réexamen ne peut excéder cinq ans ».
41. Les clauses de désignation imposent, selon les termes mêmes de l'article L. 912-1 précité, l'adhésion obligatoire des entreprises relevant du champ d'application de ces accords.
42. Toutefois, les conventions et accords collectifs qui contiennent de telles clauses peuvent prévoir des possibilités de dispense pour les entreprises qui disposent déjà d'une affiliation, dès lors que cette dernière offre un niveau de prestations au moins équivalent, à charge pour l'employeur, dans la négative, de modifier les garanties offertes par le contrat pour ne pas préjudicier aux intérêts des salariés. Ces clauses sont qualifiées, en pratique, de clauses de « *désignation simple* ».
43. Les clauses de désignation sont parfois accompagnées de stipulations imposant l'affiliation de l'ensemble des entreprises de la branche, sans possibilité de dispense. On parle alors de « *clauses de migration* » ou de clauses de « *désignation avec migration* ».
44. La chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 octobre 2007, FFSA c/Capricel, pourvoi n° 05-15850, a rejeté le pourvoi dirigé contre l'arrêt par lequel la cour d'appel de Paris a jugé qu'un accord de branche pouvait valablement faire obligation aux entreprises entrant dans le champ d'activité visé par l'accord dont l'ensemble du personnel, ou une catégorie de celui-ci seulement bénéficiait déjà d'un régime de prévoyance à la date de la signature de l'accord de branche, de rejoindre ce dernier. La Cour a considéré que le principe d'adaptation, qui figure à l'article L. 132-23, alinéa 2, du Code du travail, consiste nécessairement dans la mise en conformité de l'accord d'entreprise avec l'accord professionnel ou interprofessionnel de mutualisation des risques imposant l'adhésion de l'entreprise au régime géré par l'institution désignée par celui-ci.
45. Dans un arrêt du 5 décembre 2012, AG2R c/AGEP, pourvoi n° 11-24233, la chambre sociale a réitéré le principe selon lequel l'adaptation en matière de garanties de niveau équivalent consiste nécessairement dans la mise en conformité de l'accord d'entreprise avec l'accord professionnel ou interprofessionnel de mutualisation des risques imposant l'adhésion de l'entreprise au régime géré par l'institution désignée par celui-ci. En l'espèce, la Cour de cassation a considéré que c'est à bon droit que la cour d'appel de Lyon a retenu que l'avenant à une convention collective par lequel les représentants des employeurs et les organisations syndicales représentatives des salariés du secteur de la boulangerie ont décidé de mettre en œuvre un régime de remboursement complémentaire obligatoire de frais de santé pouvait valablement faire obligation aux entreprises entrant dans le champ d'application de la convention collective en cause de souscrire aux garanties du dit avenant auprès de l'organisme désigné, peu important le niveau de garantie souscrit antérieurement.

¹⁰ Soulignement ajouté.

C. LE PROJET DE GÉNÉRALISATION DE LA COUVERTURE PRÉVOYANCE DES SALARIÉS

46. Les organisations patronales et syndicales représentatives au niveau national ont entamé des négociations lors du second semestre 2012 en vue de l'élaboration d'un accord national interprofessionnel relatif à la compétitivité des entreprises et la sécurisation de l'emploi.
47. L'accord pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises (ci-après, « ANI »), résultant de ces négociations, a été signé le 11 janvier 2013 par l'ensemble des organisations patronales et par trois syndicats de salariés sur cinq.
48. Parmi d'autres mesures sociales et économiques, l'ANI généralise la couverture complémentaire des frais de santé (1). Le Gouvernement s'est engagé à retranscrire les stipulations de l'ANI dans un projet de loi qui a été adopté en Conseil des ministres le mercredi 6 mars 2013 et déposé à l'Assemblée nationale le même jour (2).

1. LES STIPULATIONS DE L'ANI RELATIVES À LA GÉNÉRALISATION DE LA COUVERTURE COMPLÉMENTAIRE DES FRAIS DE SANTÉ

49. L'article 1^{er} de l'accord du 11 janvier 2013 stipule que les branches professionnelles ouvriront des négociations avant le 1^{er} avril 2013 en vue de permettre aux salariés qui ne bénéficient pas encore d'une couverture collective à adhésion obligatoire en matière de remboursements complémentaires de frais de santé au niveau de leur branche ou de leur entreprise, d'accéder à une telle couverture.
50. L'article 1^{er}, dans son deuxième alinéa, stipule que dans le cadre des accords de branche qui seront signés afin de mettre en place la couverture collective envisagée à l'alinéa précédent, « *les partenaires de la branche laisseront aux entreprises la liberté de retenir le ou les organismes de leur choix*¹¹. Toutefois, ils pourront, s'ils le souhaitent, recommander aux entreprises de s'adresser à un ou plusieurs organismes assureurs ou institutions pour garantir cette couverture après mise en œuvre d'une procédure transparente de mise en concurrence ».
51. Concernant la mise en concurrence elle-même, la note de bas de page numéro 1 sous l'article premier énonce que les parties signataires de l'accord « *décident de constituer un groupe de travail paritaire, dont l'objet sera de définir, dans le délai de trois mois, les conditions et les modalités d'une procédure transparente de mise en concurrence, tant lors de la mise en place de la "couverture remboursements complémentaires frais de santé" que lors du réexamen périodique du ou des organismes assureurs désignés ou recommandés. Ce groupe de travail paritaire sera notamment chargé de fixer les conditions d'élaboration du cahier des charges, les conditions de publicité et de transparence de cette mise en concurrence, les critères de sélection des offres conformes à ce cahier des charges et de définir les critères d'évaluation de la gestion du régime collectif lors du réexamen des conditions de la mutualisation* ».
52. Les stipulations de l'ANI ne font pas référence, de manière explicite, à la possibilité pour les partenaires de la branche de recourir à la désignation d'un ou plusieurs organismes d'assurance. La seule référence à la désignation est contenue dans la note précitée qui précise que le groupe de travail définira les modalités de mise en concurrence tant en ce qui concerne « *la mise en place de la couverture "remboursements complémentaires frais*

¹¹ Soulignement ajouté.

de santé” que lors du réexamen périodique du ou des organismes assureurs désignés ou recommandés¹²». Il y est également prévu que le groupe de travail sera chargé de « définir les critères d’évaluation de la gestion du régime collectif lors du réexamen des conditions de la mutualisation »¹³. Il ressort de cette note que les modalités de mise en concurrence que le groupe de travail paritaire définira ont vocation à s’appliquer tant lors de la mise en place de la couverture que lors de son réexamen. Compte tenu de la circonstance que la mise en œuvre de l’assurance complémentaire de frais de santé dans plusieurs branches professionnelles est antérieure à la signature de l’ANI du 11 janvier 2013, les signataires ont manifestement entendu, par cette stipulation, inclure le réexamen périodique de leurs conditions de mutualisation à l’aune des critères et modalités qui seront retenus par le groupe de travail paritaire.

2. LES DISPOSITIONS DU PROJET DE LOI DU 6 MARS 2013 RELATIF À LA SÉCURISATION DE L’EMPLOI PORTANT SUR LA MISE EN PLACE D’UN DISPOSITIF GÉNÉRALISÉ DE COMPLÉMENTAIRE SANTÉ

53. Le projet de loi du 6 mars 2013 relatif à la sécurisation de l’emploi vise à retranscrire, dans la loi, les engagements des signataires de l’ANI du 11 janvier 2013, en les complétant, au besoin, en les clarifiant ou en levant les ambiguïtés¹⁴.
54. L’article 1^{er} du projet de loi, qui ouvre la section relative aux nouveaux droits individuels pour la sécurisation des parcours, prévoit la généralisation de la couverture collective à adhésion obligatoire en matière de remboursements complémentaires de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident.
55. Le calendrier de la mise en œuvre de ce dispositif diffère selon que les entreprises ou les organisations en cause sont liées ou non par une convention de branche ou des accords professionnels.
56. Ainsi, il incombe aux organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels, d’engager une négociation, avant le 1^{er} juin 2013, afin de permettre aux salariés qui ne bénéficient pas de couverture collective en matière d’assurance complémentaire de frais de santé au moins aussi favorable que celle fixée en application de l’article L. 911-7 du code de la sécurité sociale tel que modifié par l’article 1^{er} du projet de loi, au niveau de leur branche ou de leur entreprise, d’en bénéficier. En toute hypothèse, les salariés concernés doivent accéder à une telle couverture au plus tard au 1^{er} janvier 2016. La négociation doit notamment porter sur les modalités selon lesquelles des contributions peuvent être affectées au financement de l’objectif de solidarité, notamment pour l’action sociale et la constitution de droits non contributifs.
57. Dans les entreprises dans lesquelles a été désigné un délégué syndical et qui ne sont pas couvertes par un accord de branche, un accord d’entreprise ou une décision unilatérale du chef d’entreprise prévoyant une couverture collective à adhésion obligatoire en matière d’assurance complémentaire de frais de santé, au moins aussi favorable que celle fixée en application des dispositions de l’article L. 911-7 du code de la sécurité sociale tel que modifié par l’article 1^{er} du projet de loi, l’employeur engage une négociation sur ce thème à compter du 1^{er} juillet 2014 et jusqu’au 1^{er} janvier 2016.

¹² Soulignement ajouté.

¹³ Soulignement ajouté.

¹⁴ Projet de loi du 6 mars 2013, exposé des motifs, p. 5.

58. Les entreprises qui ne se seraient pas dotées d'une couverture collective à adhésion obligatoire en matière de remboursement des frais complémentaires de santé au 1^{er} janvier 2016 sont tenues de la mettre en œuvre, par décision unilatérale de l'employeur, en respectant une couverture minimale comprenant la prise en charge totale ou partielle d'un certain nombre de dépenses médicales énumérées à l'article L. 911-7 que le projet de loi envisage d'ajouter au code de la sécurité sociale, l'employeur étant tenu d'assurer au minimum la moitié du financement de cette couverture.
59. Le projet de loi envisage également la création d'un article L. 911-8 du code de la sécurité sociale prévoyant le maintien à titre gratuit de la couverture prévoyance des salariés en cas de rupture du contrat de travail non consécutive à une faute lourde, ouvrant droit à prise en charge par le régime d'assurance chômage.
60. Enfin, le projet de loi prévoit la révision de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, qui concerne les accords de mutualisation des risques pour y inclure qu'il doit être procédé, dans ce cadre, à une « *mise en concurrence préalable des organismes mentionnés à l'article 1^{er} de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 dans des conditions de transparence et selon des modalités prévues par décret* ¹⁵ ».

II. Analyse concurrentielle du dispositif de généralisation de la couverture complémentaire obligatoire des salariés en matière de prévoyance

61. Comme il a été rappelé ci-dessus, l'article 1^{er} de l'ANI du 11 janvier 2013 stipule que les partenaires de la branche laisseront aux entreprises la liberté de retenir le ou les organismes de leur choix en matière d'assurance complémentaire santé.
62. Or, une telle possibilité ne figure plus, en tant que telle, dans les dispositions du projet de loi du 5 mars 2013 sur la sécurisation de l'emploi. Au contraire, l'article 1^{er}, II, 2° du projet de loi dispose que l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale doit être modifié pour imposer une procédure de mise en concurrence préalable des organismes recommandés ou désignés (hypothèse de la mutualisation des risques). Il a été relevé *supra* que le recours à la désignation d'un ou de plusieurs organismes par les partenaires de la branche, si elle n'est pas assortie de possibilité de dispense, entraîne l'obligation pour l'ensemble des employeurs de la branche, d'affilier leurs salariés au régime proposé, sans possibilité de choisir un autre organisme, même si celui-ci est mieux-disant.
63. Si la liberté de choix de l'employeur n'est pas complètement exclue par le projet de loi, son champ s'en trouve limité par la combinaison de deux dispositions : en effet l'article 1^{er}, II, 1°, du projet de loi impose la création d'un nouvel article L. 911-7 du code de la sécurité sociale en vertu duquel l'employeur est tenu de mettre en place, par décision unilatérale, une couverture minimale en matière de complémentaire santé, dès lors que, préalablement au 1^{er} janvier 2016, les salariés n'en bénéficiaient pas par accord de branche ou d'entreprise préalable. Par ailleurs, l'article premier, I, A, du projet de loi impose aux entreprises liées par une convention de branche ou par des accords professionnels d'engager, à compter du 1^{er} juin 2013, une négociation afin de permettre aux salariés qui

¹⁵ Soulignement ajouté.

n'en bénéficient pas d'accéder à une couverture collective à adhésion obligatoire en matière de complémentaire santé avant le 1^{er} juin 2016. Ainsi, il résulte de la lecture combinée de ces dispositions que l'employeur ne pourra être amené à choisir librement l'organisme d'assurance qu'à défaut de convention ou d'accord de branche préalable, ou dans l'hypothèse dans laquelle ces accords ou conventions envisagent expressément une telle liberté pour l'employeur. Par ailleurs, les stipulations relatives aux modalités des contributions qui peuvent être affectées au financement de l'objectif de solidarité notamment pour l'action sociale et la constitution de droits non contributifs pourraient être de nature à exclure le choix, par l'employeur, d'un type d'organisme d'assurance dont le régime légal ou statutaire n'envisage pas déjà une telle possibilité.

64. Le maintien des clauses de désignation par le projet de loi constitue une préoccupation de concurrence dont l'acuité peut se trouver renforcée par le mouvement de généralisation des négociations en matière de prévoyance au sein des branches qui sera instauré par le législateur **(A)**. Ces préoccupations conduisent l'Autorité à formuler trois préconisations destinées à restreindre l'atteinte à la concurrence que pourrait causer la généralisation de ces désignations dans un tel contexte **(B)**.

A. SUR LES PRÉOCCUPATIONS DE CONCURRENCE INDUITES PAR LA POSSIBILITÉ LAISSÉE AUX PARTENAIRES SOCIAUX DE DÉSIGNER OU DE RECOMMANDER DES ORGANISMES DANS LE CONTEXTE DE LA GÉNÉRALISATION DE LA COUVERTURE COMPLÉMENTAIRE SANTÉ OBLIGATOIRE PAR LE PROJET DE LOI SUR LA SÉCURISATION DE L'EMPLOI

65. Les clauses de désignation, si elles ne constituent pas, en tant que telles, des pratiques anticoncurrentielles au sens des articles 101 et 102 du TFUE, et L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce **(1)**, sont de nature à entraver le libre jeu de la concurrence entre les différents organismes d'assurance **(2)**.

1. SUR LA LICÉITÉ DES CLAUSES DE DÉSIGNATION ET DE MIGRATION

66. La licéité des clauses de désignation et de migration a été reconnue par le droit positif, en droit interne, comme en droit de l'Union.

a) L'appréciation de la licéité des clauses de désignation et de migration au regard des règles de la concurrence par l'autorité nationale de concurrence et les juridictions internes

67. Dans son avis n° 92-A-01 du 21 janvier 1992, relatif aux questions posées par le syndicat français des assureurs-conseils concernant la désignation par une convention collective d'un organisme de prévoyance unique, le Conseil de la concurrence a relevé que, lorsqu'ils chargent un organisme de gérer le système de prévoyance qu'ils ont mis en place ou lorsqu'ils adhèrent au régime créé par une institution de prévoyance déterminée, les partenaires sociaux exercent la liberté de choix normale du demandeur à l'égard des prestataires de services offreur. Le Conseil a considéré que, dans ce contexte, la désignation d'un organisme de prévoyance – qui est l'expression du choix exercé par les partenaires sociaux – n'est pas, en tant que telle, contraire au droit de la concurrence et que la clause de désignation et le choix du régime correspondant sont des éléments constitutifs de l'économie de la convention.

68. La Cour de cassation et le Conseil d'État ont également considéré que les clauses de désignation ne méconnaissent pas le droit de la concurrence (voir les arrêts de la Cour de cassation, chambre sociale, 10 mars 1994, INPR, pourvoi n° 91-11.516 et du Conseil d'État, 7 juillet 2000, FFSA, n° 198564).
69. De même, comme il a été rappelé ci-dessus, la jurisprudence judiciaire a également reconnu la licéité, au regard des règles du droit de la concurrence, des clauses de désignation accompagnées de stipulations de « migration » (voir les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation du 10 octobre 2007, Capricel Prévoyance, et du 5 décembre 2012, AG2R).

b) L'appréciation de la licéité des clauses de désignation et de migration au regard des règles de la concurrence par la Cour de justice de l'Union

70. Le juge de Luxembourg considère avec constance depuis son arrêt du 21 septembre 1999, Albany, C-67/96, Rec. p. I-05751, que les accords, conclus dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux, destinés à améliorer les conditions d'emploi et de travail doivent être considérés, en raison de leur nature et de leur objet, comme ne relevant pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité, dans la mesure où le régime en cause a une finalité sociale et se caractérise par « *un degré élevé de solidarité*¹⁶ ».
71. La Cour a adopté des solutions analogues concernant un régime complémentaire maladie obligatoire aux Pays-Bas dans un arrêt du 21 septembre 2000, Van Der Woode, C-222/98, Rec. p. I-07111, d'une part, et à l'égard d'une caisse professionnelle auprès de laquelle les entreprises relevant d'une branche d'activité ont l'obligation, posée par la loi, de s'affilier au titre de l'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, dans son arrêt du 5 mars 2009, Kattner Stahlbau, C-350/07, Rec. P. I-01513, d'autre part.
72. S'agissant des clauses de désignation accompagnées de stipulations de migration, la CJUE, saisie d'une question préjudicielle par une juridiction française, a considéré, dans un arrêt du 3 mars 2011, AG2R Prévoyance c/Beaudout, C-437/09, Rec. p. I-00973, que la décision des pouvoirs publics de rendre obligatoire, à la demande des organisations représentatives des employeurs et des salariés d'un secteur d'activité, un régime complémentaire d'assurance des soins de santé, sans possibilité de dispense, est compatible avec le droit de l'Union.
73. La Cour a rappelé, d'abord, dans la lignée de la jurisprudence Albany précitée, que les accords contenant des clauses de désignation et de migration, sont conclus dans le cadre de conventions collectives destinées à améliorer les conditions d'emploi et de travail et ont bien pour objet d'améliorer les conditions de travail du personnel, puisqu'ils consistent en la mise en place d'un système de remboursement de frais de santé complémentaire à la sécurité sociale, le caractère obligatoire ou non de l'affiliation étant indifférent. La Cour en déduit, d'une part, que ce type d'accord échappe à l'article 101, paragraphe 1 et, d'autre part, que la décision d'extension prise par les pouvoirs publics ne relève pas davantage de l'article 101 du traité puisqu'elle ne conduit pas à la conclusion d'une entente ou n'en renforce pas les effets.
74. La Cour a considéré, ensuite, que le monopole conféré à l'organisme désigné, du fait de l'affiliation obligatoire, ne porte pas atteinte à la prohibition des abus de position

¹⁶ La Cour considère que la finalité sociale d'un régime d'assurance n'est pas en soi suffisante pour exclure que l'activité en cause soit qualifiée d'activité économique (voir l'arrêt de la CJCE du 12 septembre 2000, Pavlov e.a., C-180/98 à C-184/98, Rec. I- 6451, point 118).

dominante prévue par l'article 102 du TFUE, lu en combinaison avec l'article 106, paragraphe 1, relatif aux services d'intérêt économique général. La Cour relève, sur ce point, que la gestion d'une protection sociale complémentaire obligatoire poursuit un objectif social et renvoie au juge national le soin de déterminer si cette activité peut être qualifiée d'économique selon les critères traditionnels en la matière que sont l'existence d'un fort degré de solidarité et celle d'un contrôle étatique.

75. La Cour a, enfin, relevé que le simple fait d'octroyer des droits exclusifs n'est pas contraire aux dispositions précitées sauf s'il conduit l'entreprise titulaire du droit exclusif à abuser nécessairement de son monopole. La Cour a souligné, à cet égard, que le régime en cause se caractérise par une forte finalité sociale et relevé l'existence d'éléments de solidarité tels que la règle selon laquelle, en cas de non-paiement des cotisations, il est impossible pour l'organisme assureur désigné de résilier la garantie (article L. 932-9 du code de la sécurité sociale). Enfin, elle souligne même que « *la suppression de la clause de migration nuirait à l'objectif de solidarité car elle pourrait aboutir à une impossibilité, pour l'organisme concerné, d'accomplir la mission d'intérêt économique général qui lui a été impartie* » (point 80).

2. SUR LES CONSÉQUENCES DE LA DÉSIGNATION D'UN OU PLUSIEURS ORGANISMES SUR LE LIBRE JEU DE LA CONCURRENCE

a) Sur les bénéfices attendus de la mutualisation des risques en matière d'assurance complémentaire santé à l'échelle de la branche

76. Le recours à la désignation par les partenaires de branche a pour finalité de réaliser une mutualisation des risques à l'échelle de la branche ou du secteur dans son entier par le recours à un contrat unique. Il est attendu de la prise en charge de l'ensemble des salariés d'une branche par un seul organisme que celui-ci soit, de ce fait, à même de proposer les meilleures garanties à un tarif le moins élevé possible, ou, à tout le moins, des garanties offrant une variabilité moindre par rapport à l'évolution du risque assurantiel.
77. Un tel raisonnement est assis sur le principe dit de « *loi des grands nombres* ». Selon ce principe, plus le nombre d'assurés pris en charge par un organisme est important, moins la cotisation nécessaire pour payer les prestations doit être élevée.
78. La mutualisation des risques à l'échelle de la branche est également justifiée, par ses partisans, comme étant de nature à faire accéder l'ensemble des salariés de la branche aux garanties offertes par l'organisme désigné, quel que soit leur état de santé, leur âge, leur sexe et de permettre que la couverture d'assurance soit maintenue, même lorsque le rapport entre les primes et les sinistres de l'entreprise est dégradé, voire lorsque celle-ci n'est plus en mesure de s'acquitter de ses cotisations.
79. D'un point de vue économique, la mutualisation des risques au sein de la branche, lorsqu'elle est opérée par un contrat unique obligatoire, devrait permettre aux entreprises qui n'ont pas la taille critique nécessaire pour pouvoir négocier des contrats sur mesure à des tarifs avantageux, d'accéder à une telle garantie dans des conditions plus favorables que celles qu'elles auraient pu obtenir elles-mêmes. La mutualisation est également à même de permettre, aux entreprises comptant des salariés qui peuvent être perçus comme constituant « *du mauvais risque* » d'un point de vue de la prévoyance – telles que les salariés âgés ou ceux qui connaissent un risque de pathologies particulières liées à

l'activité ¹⁷ (risque « d'antisélection ») – de bénéficier d'un contrat à un taux de cotisation unique négocié par la branche, qui doit être appliqué quelle que soit l'entreprise concernée.

80. Ces caractéristiques sont considérées comme particulièrement favorables pour les petites entreprises par une partie des syndicats d'employeurs qui ont négocié l'ANI du 11 janvier 2013 en ce qu'elles sont de nature à les rendre plus attractives pour les offreurs de travail sur le marché de l'emploi, et partant, sont à même de favoriser la concurrence sur ce marché entre les petites entreprises et les structures de dimension plus importantes.

b) Sur l'impact concurrentiel et la relativisation des effets vertueux de la mutualisation des risques en matière d'assurance complémentaire santé à l'échelle de la branche

81. La désignation d'un ou de plusieurs organismes par les partenaires sociaux d'une branche n'est pas neutre d'un point de vue concurrentiel, puisque les entreprises qui appartiennent à la branche concernée sont contraintes d'adhérer à l'organisme ou aux organismes désignés. Dans ce contexte, l'organisme ou les organismes désignés sont placés dans une position prédominante par rapport à leurs concurrents sur le marché, sur laquelle ils sont à même de se fonder pour proposer d'autres types de produits d'assurance aux salariés de la branche, tels que des services d'assurance destinés à renforcer la couverture en matière de prévoyance (dits de « *sur complémentaire* »), ou tout autre produit d'assurance de personnes ou de biens ¹⁸.
82. La position prédominante confiée à l'organisme ou aux organismes désignés est d'autant plus susceptible de porter atteinte au libre jeu de la concurrence qu'elle peut, en vertu des dispositions de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, n'être réexaminée que tous les cinq ans. Cette périodicité n'est pas remise en cause par le projet de loi sur la sécurisation de l'emploi. En pratique, les contrats sont gérés en moyenne depuis neuf ans au sein du même organisme ¹⁹. L'Autorité observe qu'une telle périodicité, si elle permet de lisser le coût engendré par les négociations et les coûts de transaction, apparaît disproportionnée par rapport à la durée traditionnelle des contrats d'assurance, qui est d'un an, avec reconduction tacite.
83. Par ailleurs, en pratique, les clauses de désignation, surtout lorsqu'elles sont accompagnées de clauses de migration, emportent la contrainte, pour l'ensemble des salariés d'une branche – soit parfois plusieurs centaines de milliers de salariés – de cotiser pour une couverture complémentaire alors qu'ils n'en éprouvent pas nécessairement le besoin, parce qu'ils sont susceptibles d'être d'ores et déjà couverts par ailleurs (par un contrat individuel propre ou par un conjoint, par exemple), et que le prix de la cotisation à l'organisme

¹⁷ Au sens de l'arrêt de la CJCE du 21 septembre 1999, Albany, C-67/96, Rec. p I-05751, dans lequel la Cour a précisé qu'« *en cas de suppression du droit exclusif du fonds de gérer le régime de pension complémentaire pour tous les travailleurs d'un secteur déterminé, les entreprises employant un personnel jeune et en bonne santé exerçant des activités qui ne sont pas dangereuses rechercheraient des conditions d'assurance plus avantageuses auprès d'assureurs privés. Le départ progressif des "bons" risques laisserait au fonds sectoriel de pension la gestion d'une part croissante de «mauvais» risques, provoquant ainsi une hausse du coût des pensions des travailleurs, et notamment de ceux des petites et moyennes entreprises disposant d'un personnel âgé exerçant des activités dangereuses, auxquelles le fonds ne pourrait plus proposer de pensions à un coût acceptable* » (point 108).

¹⁸ Bien que certains organismes d'assurance ne soient pas autorisés par la loi à offrir des services d'assurance de bien, le groupement de protection sociale auquel ils appartiennent peut proposer ce type d'offres (voir paragraphe 15 *supra*).

¹⁹ « *Panorama de la complémentaire santé 2009* », étude de l'IRDES précitée, p. 3

désigné peut être plus élevé que celui auquel ils sont déjà affiliés. La désignation emporte également la contrainte, pour les employeurs de la branche, de se conformer à la désignation résultant de négociation collective. Ils perdent ainsi toute marge de manœuvre pour la mise en œuvre d'un régime de complémentaire adapté à leur entreprise. Les employeurs des branches concernées sont ainsi tenus de résilier leurs contrats antérieurs, sauf dans l'hypothèse où les stipulations relatives à la désignation envisagent expressément des réserves à cet égard.

84. Or, les bénéfices attendus d'une mutualisation des risques à l'échelle de l'ensemble de la branche doivent être relativisés. En effet, les prestations complémentaires en matière de santé diffèrent des prestations de prévoyance dite « lourde » par l'importance de leur fréquence – dix prestations par an et par bénéficiaire en moyenne²⁰ – et le caractère modeste du montant moyen de remboursements. Le nombre d'assurés n'est donc pas, dans un tel contexte, un facteur déterminant dans la maîtrise de la sinistralité car il ne fait pas baisser la volatilité et ne diminue pas le coût de l'assurance. Il est, tout au plus, de nature à permettre une plus grande invariabilité de ce coût sur des périodes longues.
85. De plus, la pratique démontre que la survenance du risque maladie varie moins en fonction du type d'activité ou de la taille de l'entreprise que de critères tenant à la personne même des assurés tels que l'âge²¹ ou l'état de santé de ces derniers. La circonstance que l'assurance complémentaire de frais de santé, soit plus répandue dans certains secteurs d'activités que dans d'autres (53 % dans l'industrie, 45 % dans la construction en 2011) tient plus à la capacité de négociation des syndicats qui sont, de manière générale, plus implantés dans ces secteurs, qu'aux particularités du risque dans ce secteur²².
86. Enfin, en matière d'assurance complémentaire de frais de santé, les différents organismes d'assurance présents sur le marché réalisent des marges faibles. Le compte de résultat agrégé des organismes d'assurance exerçant une activité santé fait apparaître les éléments suivants :

²⁰ Etude « Baromètre Santé Mercer », juin 2010.

²¹ Ibid.

²² « *Panorama de la complémentaire santé 2009* », étude de l'IRDES précitée, p. 2

Compte de résultat agrégé des organismes d'assurance exerçant une activité santé

En milliards d'euros	Société d'assurance vie et mixte	Société d'assurance non-vie	Institutions de prévoyance	Mutuelle du code de la mutualité	Total 2011
Prime	58,77	50,35	10,95	20,83	140,90
<i>dont prime santé</i>	3,50	6	4,80	16,80	31,10
Prestation(-)	59,75	35,37	10,54	18,35	124,01
<i>dont prestation santé</i>	3	4,66	4,9	14,97	27,52
Solde primes/prestations en matière de santé	0,50	1,34	-0,10	1,03	3,58
Ratio (en %)	85,71 %	77,66 %	102,08 %	89,10 %	(moyenne) 88,63 %

Source : « Les chiffres français de la banque et de l'assurance [2011] », Autorité de contrôle prudentiel, p. 67.

87. Le ratio « *primes/prestations* » en matière de santé est proche de 100 % (voire supérieur pour les institutions de prévoyance). Compte tenu de la faiblesse de ce rapport, et, partant, des marges des organismes d'assurance dans ce domaine, il ne peut être utilement soutenu que le pouvoir de négociation collective des partenaires de la branche est, par essence, plus à même de conduire à une baisse notable du montant des cotisations des contrats d'assurance complémentaire en matière de santé que la négociation individuelle de l'employeur avec ces mêmes organismes. Les disparités concernant le ratio « *primes/prestations* » entre les différents types d'organismes d'assurance tiennent plus à leur structure d'activités et à leur taille qu'à la capacité de négociation des assurés²³.

c) Sur les règles encadrant les modalités dans lesquelles la mutualisation des risques est mise en œuvre et les enjeux économiques qu'elle suscite

88. Comme il a été rappelé *supra*, en l'état actuel du droit positif, la désignation d'un organisme amené à assurer l'ensemble des salariés d'une branche en matière de prévoyance n'est encadrée par aucune règle impérative concernant la mise en concurrence préalable des opérateurs et la publicité des appels d'offres. Les modalités selon lesquelles la désignation s'opère reposent, à ce jour, sur la seule volonté des partenaires de la branche.
89. Or, il ressort également des développements qui figurent ci-dessus que la pratique de la désignation conduit à confier une position prédominante à l'organisme qui est désigné. Partant, elle est susceptible de porter atteinte au libre jeu de la concurrence entre les différents organismes d'assurance sur le marché de la prestation de services d'assurance

²³ « La situation financière des organismes complémentaires assurant une couverture santé », Rapport de la direction de recherche des études, de l'évaluation et des statistiques (DREES), novembre 2011.

complémentaire santé. Une telle circonstance commande de veiller à ce que ces organismes puissent être mis en concurrence, en amont de la désignation elle-même.

90. Nonobstant la reconnaissance de la licéité des clauses de désignation, le Conseil de la concurrence, dans son avis n° 92–A–01 précité, a relevé : « *Lorsqu'ils chargent un organisme de gérer le système de prévoyance qu'ils ont mis en place où lorsqu'ils adhèrent au régime par une institution de prévoyance déterminée, les partenaires sociaux exercent la liberté de choix normale du demandeur à l'égard des prestataires de services offreurs. Le Conseil observe toutefois à ce propos que rien ne s'opposerait à ce que les parties à la convention fassent appel à différents offreurs soit avant d'adopter la clause relative à au régime de prévoyance soit à l'occasion de la révision de celle-ci*²⁴ » (p. 4).
91. La Cour de justice, statuant sur la licéité des clauses de désignation accompagnées de stipulations de migration, a adopté une position identique et précisé, dans son arrêt AG2R précité, que « (...) *se pose la question, d'une part, des circonstances dans lesquelles AG2R [l'organisme qui a été désigné par les partenaires de la branche] a été désignée par l'avenant n° 83 et, d'autre part, de la marge de négociation dont cet organisme a pu disposer quant aux modalités de son engagement, et de la répercussion de ces éléments sur le mode de fonctionnement du régime concerné dans son ensemble. En effet, en fonction de ces circonstances et de cette marge de négociation, qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'examiner, il pourrait être conclu qu'AG2R, bien que n'ayant pas de but lucratif et agissant sur le fondement du principe de solidarité, est une entreprise exerçant une activité économique qui a été choisie par les partenaires sociaux, sur la base de considérations financières et économiques, parmi d'autres entreprises avec lesquelles elle est en concurrence sur le marché des services de prévoyance qu'elle propose*²⁵ » (points 64 et 65).
92. La jurisprudence de l'Union considère, par ailleurs, qu'une telle mise en concurrence, en amont, n'est pas incompatible avec le principe de la liberté de négociation collective. Ainsi, dans un arrêt en constatation de manquement du 15 juillet 2010, Commission c/République Fédérale d'Allemagne, C-271/08, Rec. p. I-07091, la Cour a relevé, d'une part, que : « *l'exercice d'un droit fondamental tel que le droit de négociation collective peut être soumis à certaines restrictions* » (point 43), et, d'autre part, qu' : « (...) *il convient toutefois de souligner que la préservation de ces éléments de solidarité n'est pas, par nature, inconciliable avec l'application d'une procédure de passation de marché. La mutualisation des risques, sur laquelle repose toute activité d'assurance, peut, en effet, être garantie par un organisme ou une entreprise d'assurance sélectionnés au terme d'un appel d'offres au niveau de l'Union*²⁶ » (point 58).
93. L'absence de mise en concurrence effective des organismes d'assurance en amont de la désignation contribue à opacifier la procédure de choix et n'est pas de nature à permettre au libre jeu de la concurrence de s'exercer entre les différents organismes, et partant risque de ne pas offrir aux assurés le meilleur rapport qualité-prix en matière de couverture complémentaire santé. En l'état actuel du droit, il est impossible, en pratique, à un organisme d'assurance, qui ne serait pas approché par les partenaires de la branche eux-mêmes, d'être informé de l'existence d'une négociation pouvant conduire à la désignation et de pouvoir, ensuite, y postuler.

²⁴ Soulignement ajouté.

²⁵ Soulignement ajouté.

²⁶ Soulignement ajouté.

94. Deux circonstances, l'une structurelle, l'autre conjoncturelle, conduisent à renforcer l'acuité particulière de cette problématique de concurrence.
95. En premier lieu, il ressort de la pratique en matière de désignations que la plupart des clauses conclues à ce jour confient la gestion de la prévoyance de branche à des institutions de prévoyance, au détriment des mutuelles et des sociétés d'assurance. En effet, les institutions de prévoyance concentraient, en 2012, 90 % des désignations des 224 régimes de branche existants, soit 337 désignations accordées sur les 377 désignations recensées cette année-là²⁷. Ainsi, les institutions de prévoyance, alors qu'elles constituent un peu plus de 4 % du nombre des organismes complémentaires, représentent 45 % du marché de la prévoyance collective et de l'assurance santé complémentaire portant sur des contrats collectifs en 2010²⁸. En l'état de ces constatations, l'opacité du mécanisme de désignation est à même de susciter des préoccupations quant aux motifs pouvant justifier une telle disproportion dans le type d'organismes retenus. De surcroît, la perception, par l'employeur, de la capacité de certains types d'organismes de souscrire à l'ensemble des obligations légales ou statutaires en matière de complémentaire santé collective est de nature à favoriser artificiellement certains d'entre eux au détriment des autres.
96. En second lieu, la généralisation de la prévoyance collective par le projet de loi sur la sécurisation de l'emploi emporte une transformation économique majeure du marché de la prévoyance collective. Cette réforme repose sur la réorganisation du système de protection sociale complémentaire applicable à l'ensemble des salariés français et a transféré l'équivalent de 35,5 milliards d'euros de cotisations des contrats individuels vers les contrats collectifs²⁹. Dans ces conditions, cette réforme est également susceptible d'avoir un impact sur le marché résiduel de la couverture complémentaire santé individuelle. Dans ce contexte, il est nécessaire, que les modalités d'organisation de la procédure de mise en concurrence préalable des opérateurs, telle qu'elle est envisagée par l'article 1er du projet de loi de sécurisation de l'emploi modifiant l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, garantissent le libre jeu de la concurrence entre les différents organismes d'assurance, quel que soit le régime juridique dont ils relèvent.

B. LES PRÉCONISATIONS DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

97. Afin de remédier aux préoccupations de concurrence énoncées *supra*, l'Autorité fait quatre séries de préconisations.

²⁷ « Le CTIP se penche sur les clauses de désignation », Protection sociale information n° 854, 2012, Lamy Liaison sociales.

²⁸ « La protection complémentaire en France », Pole d'information de l'IRDES (www.irdes.fr), mis à jour en octobre 2012.

²⁹ « Prévoyance », lettre d'information du centre technique des institutions de prévoyance (CTIP), n° 57, novembre 2011.

1. GARANTIR L'ÉGALITÉ DES CONDITIONS DE CONCURRENCE ENTRE LES DIFFÉRENTS TYPES D'ORGANISMES SUSCEPTIBLES D'INTERVENIR SUR LE MARCHÉ DE LA PRÉVOYANCE COLLECTIVE : INSTITUTIONS DE PRÉVOYANCE, MUTUELLES, SOCIÉTÉS D'ASSURANCE

98. Les différents types d'organismes d'assurance sont actuellement soumis à des obligations légales et statutaires différentes, posées par des textes distincts (code de la sécurité sociale, code de la mutualité, code des assurances) ce qui est de nature à restreindre leur capacité à répondre à certaines stipulations du cahier des charges régissant les appels d'offres lancés par les partenaires sociaux. Ceci est particulièrement vrai pour le financement de l'action sociale et la constitution de droits non contributifs (versement des prestations alors même que l'entreprise n'est pas à jour dans le paiement de ses cotisations), qui peuvent être demandés, dans un but de solidarité, par les partenaires sociaux dans la négociation des accords en cause (voir article 1^{er}, alinéa 5, du projet de loi sur la sécurisation de l'emploi). Alors que les mutuelles et les sociétés d'assurance sont en mesure de répondre à toutes les autres exigences, les textes les régissant ne prévoient pas explicitement qu'elles puissent faire face à une telle obligation, à la différence des institutions de prévoyance. Il est nécessaire, en conséquence, de prévoir une harmonisation des régimes applicables aux différents types d'organismes sur ces points.

2. FAIRE PRIMER LA LIBERTÉ DE L'EMPLOYEUR DE RETENIR LE OU LES ORGANISMES DE SON CHOIX

99. Le principe de la liberté de choix de l'organisme d'assurance, laissée à l'employeur par les partenaires de la branche, tel qu'il figure dans l'article 1^{er} de l'ANI du 11 janvier, est, par essence, le mieux à même de permettre une concurrence effective et non faussée entre les différents organismes d'assurance. Il doit, à ce titre, être privilégié.

3. ENCADRER LA POSSIBILITÉ D'UNE MUTUALISATION DES RISQUES À L'ÉCHELLE DE LA BRANCHE

100. L'organisation de la mutualisation des risques par les partenaires sociaux est à même de restreindre le libre jeu de la concurrence entre les opérateurs sur le marché concerné. Toutefois, l'Autorité considère que cette possibilité de mutualisation, même si son efficacité économique doit être relativisée, peut répondre aux besoins de certaines entreprises et doit donc être rendue possible, sans obérer toute possibilité de choix de l'employeur. Dès lors, l'Autorité considère que la possibilité, pour les partenaires de la branche, de recommander ou, dans des cas justifiés, de désigner des organismes, doit nécessairement porter sur une pluralité d'opérateurs qui auront été choisis après une procédure de mise en concurrence effective. L'employeur pourrait alors exercer son choix parmi les opérateurs recommandés ou désignés.

a) La recommandation

101. S'agissant de la recommandation, si elle ne permet pas une mutualisation complète systématique au sein de l'ensemble de la branche – puisque les entreprises de la branche ne sont pas contraintes d'adhérer au régime proposé par le ou les organismes retenus – elle présente l'avantage d'une réduction des coûts associés à la recherche d'un organisme

d'assurance et à la négociation des contrats. Il est cependant nécessaire que les organismes recommandés, dans la mesure où ils se trouvent favorisés par rapport aux opérateurs concurrents, soient tenus de proposer un contrat de référence identique pour l'ensemble de la branche et ne puissent refuser d'assurer certaines entreprises de la branche ou mettre fin aux prestations pendant la durée de la recommandation. L'accord conduisant à la recommandation pourrait prévoir certaines incitations destinées à limiter le risque d'antisélection du fait de l'exercice du libre choix par l'employeur. Une telle modalité a été prévue par l'accord du 18 janvier 2010 relatif au régime de prévoyance dans le cadre de la convention par la convention collective nationale du commerce de gros, qui définit un contrat national de référence.

b) La désignation

102. S'agissant de la désignation, parce qu'elle constitue la modalité la moins favorable au dynamisme de la concurrence, elle doit, d'une part, reposer sur de solides justifications, et d'autre part, porter nécessairement sur plusieurs organismes. La désignation ne devrait pas conduire, en particulier, au choix de plusieurs d'entre eux qui relèveraient tous du même régime (organismes relevant tous du code des assurances, ou tous du code de la sécurité sociale, par exemple).
103. L'Autorité préconise donc que les partenaires de la branche qui souhaiteraient mettre en œuvre une mutualisation du risque à l'échelle de la branche désignent, à l'issue d'une procédure effective de mise en concurrence, au moins deux organismes. Une telle désignation serait de nature à stimuler et à entretenir la concurrence entre les organismes ainsi désignés par le maintien d'un certain degré de liberté de l'employeur en ce qui concerne l'organisme auprès duquel il souhaite que ses salariés soient affiliés. L'animation concurrentielle au sein du « groupe » que constituent les organismes désignés sera d'autant plus vive que leur nombre est élevé, d'une part, et qu'ils appartiennent à des catégories différentes : institutions de prévoyance, mutuelles relevant du code de la mutualité ou sociétés d'assurance, d'autre part. Le choix de plusieurs opérateurs ne doit pas permettre un partage entre ceux-ci du marché ouvert par l'appel d'offres (en fonction par exemple de critères géographiques ou tirés de la nature des risques) mais stimuler au contraire l'émulation entre les membres du « groupe » ainsi désigné, au bénéfice des entreprises et de leurs salariés.
104. Les organismes désignés devraient être tenus, par la loi, d'assurer l'ensemble du risque pour la branche concernée dans l'hypothèse où toutes les entreprises de la branche opteraient pour le contrat unique qu'ils proposent.
105. Les employeurs de la branche seraient tenus de souscrire aux contrats proposés par les organismes désignés par la branche, mais pourraient arbitrer entre les offres proposées par chacun de ces organismes, lesquels seront ainsi mis en concurrence.
106. Dans l'hypothèse où la procédure de mise en concurrence conduirait à ce qu'un seul organisme propose son offre, cet organisme ne pourrait faire l'objet d'une désignation à caractère obligatoire.

4. IMPOSER UNE PROCÉDURE DE MISE EN CONCURRENCE EFFECTIVE

107. La loi doit imposer la mise en concurrence effective des opérateurs susceptibles d'être recommandés ou désignés.
108. Cette mise en concurrence devra concerner tant la première mise en œuvre des clauses de recommandation ou de désignation, que le réexamen de celles d'ores et déjà en vigueur. L'Autorité préconise également que l'article L. 912-1 du code de la société sociale, relatif à la mutualisation des risques au sein de la branche, soit amendé par le projet de loi afin de ramener la périodicité maximale de réexamen des clauses de désignation comme des clauses de recommandation à trois ans au lieu de cinq ans. Cette disposition devra également être applicable aux conventions en cours. Il est également suggéré que la loi prévoie la création d'un organe ad hoc au niveau de la branche, composé en partie de personnalités indépendantes. Cet organe, dont les membres devront être soumis à des règles très strictes de déontologie et de prévention des conflits d'intérêts, sera chargé d'organiser la mise en concurrence de façon transparente et effective, de rédiger le cahier des charges, d'examiner les candidatures, et de sélectionner les opérateurs les mieux placés. Il sera également chargé de recevoir les contestations des organismes qui n'auront pas été retenus.
109. L'Autorité préconise que le décret relatif aux modalités de mise en concurrence préalable auquel il est envisagé que la loi renvoie, repose sur les éléments directeurs suivants :
- la procédure de mise en concurrence dans son ensemble devra répondre à des conditions de transparence strictes en termes de publicité et d'évaluation ;
 - lors du réexamen des contrats, il devra être procédé à une nouvelle mise en concurrence, selon des modalités identiques à la procédure initiale ;
 - les litiges naissant à l'occasion de la mise en concurrence pourront être portés devant un médiateur ;

CONCLUSION

110. Eu égard à l'ensemble de ce qui précède, l'Autorité préconise:
- d'harmoniser les dispositions légales et statutaires régissant les organismes assurant des garanties collectives en ce qui concerne l'action sociale et les droits non contributifs ;
 - de garantir la liberté de choix de l'employeur.

111. Pour répondre aux autres préconisations exprimées ci-dessus, l'Autorité invite le législateur à modifier l'article 1^{er} du projet de loi de sécurisation de l'emploi comme suit :

« (...) »

2° Le premier alinéa de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale est modifié comme suit :

« Lorsque les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés à l'article L. 911-1 prévoient une mutualisation des risques dont ils organisent la couverture auprès d'un ou plusieurs organismes mentionnés à l'article 1^{er} de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques ou d'une

ou plusieurs institutions mentionnées à l'article L. 370-1 du code des assurances, auxquels adhèrent alors obligatoirement les entreprises relevant du champ d'application de ces accords, ceux-ci comportent une clause fixant dans quelles conditions et selon quelle périodicité les modalités d'organisation de la mutualisation des risques peuvent être réexaminées. La périodicité du réexamen ne peut excéder **trois ans** ».

L'article L. 912-1 est **également** complété par **deux** alinéas ainsi rédigés :

*« Lorsque les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés à l'article L. 911-1 prévoient une mutualisation des risques en application du premier alinéa, ou lorsqu'ils recommandent, sans valeur contraignante, aux entreprises d'adhérer pour la couverture des risques qu'ils organisent à un ou plusieurs organismes, il est procédé à une mise en concurrence préalable des organismes mentionnés à l'article 1er de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 **dans des conditions de transparence et selon des modalités prévues par décret. Ces conditions définissent, d'une part, les règles destinées à garantir l'impartialité de la procédure et prévenir les conflits d'intérêts de la part de ceux qui y participent, d'autre part, prévoient nécessairement la création d'un organisme ad hoc à l'échelle de la branche, composé en partie de personnalités indépendantes, auquel est confié la charge de l'organisation de la procédure et de sa révision périodique.***

Les accords mentionnés à l'alinéa précédent ne peuvent emporter ni la recommandation ni la désignation d'un organisme unique.

Délibéré sur le rapport oral de M. Julien Neto, rapporteur, et l'intervention de M^{me} Carole Champalaune, rapporteure générale adjointe, par M. Bruno Lasserre, président, président de séance, M^{me} Claire Favre, et M^{me} Elisabeth Flury-Hérard, vice présidentes.

La secrétaire de séance,
Béatrice Déry-Rosot

Le président,
Bruno Lasserre