

4 juillet 2016

Les aspects juridiques liés à la mise en place de « mutuelles communales »

La présente note a pour objet de faire le point sur le cadre juridique applicable à la création de « mutuelles communales » au regard des pratiques observées au niveau local. Elle est susceptible d'évoluer pour tenir compte de nouveaux éléments de fait ou de droit qui pourraient être portés à notre connaissance.

Depuis 2014, un grand nombre de communes se sont engagées dans une action d'amélioration de l'accès aux soins de leurs administrés, en raison d'un constat partagé : les tarifs des contrats individuels de complémentaire santé sont élevés, et de nombreuses personnes renoncent à leur couverture santé pour des raisons financières.

Cette action cible donc prioritairement des populations hors de la vie active (chômeurs de longue durée, personnes âgées ou jeunes en difficultés d'insertion) exclues du dispositif de complémentaire collective obligatoire¹.

Aussi, pour permettre aux habitants de payer moins cher leur complémentaire santé, ces communes ont décidé de créer des « mutuelles communales ».

Sous cette appellation générale, on rencontre des situations diversifiées qui appellent des observations générales sur la réglementation applicable au secteur des organismes de santé (1.) et l'analyse juridique des différentes formules identifiées (2.).

I - Le cadre juridique applicable au secteur des organismes de complémentaire santé

1) Distinction entre les mutuelles et les sociétés d'assurances mutuelles

Le régime juridique des mutuelles (objet, organisation, règles de fonctionnement) est défini par le code de la mutualité.

¹ A partir du 1^{er} janvier 2016, la loi relative à la Sécurisation de l'emploi et son décret d'application impose aux entreprises de mettre en place une mutuelle santé collective au bénéfice de leurs salariés.

Aux termes de l'article L. 111-1 du code de la mutualité « **les mutuelles sont des personnes morales de droit privé à but non lucratif**. Elles acquièrent la qualité de mutuelle et sont soumises aux dispositions du présent code à dater de leur immatriculation au registre national des mutuelles prévu à l'article L. 411-1. Elles mènent, notamment au moyen des cotisations versées par leurs membres, et dans l'intérêt de ces derniers et de leurs ayants droit, une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide, dans les conditions prévues par leurs statuts, afin de contribuer au développement culturel, moral, intellectuel et physique de leurs membres et à l'amélioration de leurs conditions de vie ».

Le principe mutualiste est ainsi défini : «les mutuelles et les unions qui mènent des activités de prévention ou d'action sociale ou qui gèrent des réalisations sanitaires, sociales ou culturelles ne peuvent moduler le montant des cotisations qu'en fonction du revenu ou de la durée d'appartenance à la mutuelle ou du régime de sécurité sociale d'affiliation ou du lieu de résidence ou du nombre d'ayants droit ou de l'âge des membres participants » (Article L. 112-1).

Le fonctionnement des mutuelles est à distinguer de celui des sociétés d'assurances mutuelles qui sont quant à elles régies par le code des assurances : « les sociétés d'assurance mutuelles ont un objet non commercial. Elles sont constituées pour assurer les risques apportés par leurs sociétaires. Moyennant le paiement d'une cotisation fixe ou variable, elles garantissent à ces derniers le règlement intégral des engagements qu'elles contractent. » (Article L. 322-26-1 du code des assurances).

- La distinction principale entre les mutuelles relevant du code de la mutualité et les sociétés d'assurance mutuelle, est que les premières ont un champ d'intervention plus limité (elles ne sont pas autorisées à effectuer d'autres opérations d'assurance que celles qui entrent dans le champ de la protection sociale complémentaire) et qu'elles sont fondées sur le principe d'égalité de traitement des adhérents. Les cotisations ne sont pas fixées en fonction du risque mais peuvent l'être éventuellement en fonction du revenu des membres.
- Néanmoins, les mutuelles du code de la mutualité sont des opérateurs du secteur de l'assurance, en concurrence avec les sociétés d'assurances mutuelles.

2) La distribution des mutuelles et assurances : l'intermédiation

Les intermédiaires en assurance se définissent par leur activité de distribution de produits d'assurance. L'intermédiaire en assurance est une profession réglementée par le code des assurances.

L'activité d'intermédiation est définie comme celle qui « *consiste à présenter, proposer ou aider à conclure des contrats d'assurance ou de réassurance ou à réaliser d'autres travaux préparatoires à leur conclusion* » (art. L.511-1 du code des assurances).

La présentation, la proposition ou l'aide à la conclusion d'une opération d'assurance sont quant à elles définies au premier alinéa de l'article R.511-1 du code des assurances comme « *le fait [...] de solliciter ou de recueillir la souscription d'un contrat [...] ou d'exposer [...] les conditions de garantie d'un contrat* ».

Le second alinéa du I de l'article L.511-1 du code des assurances définit l'intermédiaire d'assurance comme « *toute personne qui, **contre rémunération**, exerce une activité d'intermédiation en assurance* ». La notion de rémunération est entendue « *comme tout*

versement pécuniaire ou tout autre forme d'avantage économique convenu et lié à la prestation d'intermédiation » (art. R. 511-3 du Code des assurances).

Lorsqu'une personne physique ou morale est intermédiaire d'assurance, elle doit être immatriculée sur le registre ORIAS.

C'est le cas du **courtier** qui est un commerçant inscrit en tant que tel au registre du commerce (R. 111-2 du code des assurances). Il est le **mandataire** de l'assuré et n'est pas lié à une société d'assurances. Il place les contrats auprès des sociétés dont les produits sont les plus adaptés aux besoins de ses clients. Les courtiers doivent remplir des conditions d'âge, d'honorabilité, de capacité professionnelle, de garantie financière et des obligations d'assurance de responsabilité civile. Ils sont, bien que considérés comme les mandataires des assurés, généralement rémunérés par des commissions versées par les compagnies d'assurance.

Cette réglementation est aussi applicable aux intermédiaires des mutuelles régies par le code de la mutualité, en vertu de l'article L. 116-2 de ce code : *« lorsqu'elles y sont autorisées par leurs statuts, les mutuelles et les unions régies par le livre II du présent code peuvent recourir à des intermédiaires d'assurance ou de réassurance. Les dispositions du livre III et du livre V du code des assurances relatives aux intermédiaires sont applicables aux intermédiaires des mutuelles et des unions ».*

3) La notion de contrat individuel ou collectif en matière de protection santé complémentaire

Le code de la mutualité distingue deux modalités d'engagements contractuels : l'opération individuelle et l'opération collective (article L. 221-2-III.1).

L'opération individuelle est celle par laquelle une personne physique signe un bulletin d'adhésion à une mutuelle pour bénéficier des garanties du contrat mutualiste.

L'opération collective se décompose quant à elle en deux sous-catégories :

- L'opération collective facultative est celle par laquelle un employeur ou une personne morale souscrit un contrat au profit de ses membres, qui peuvent y affilier sur le principe de la libre adhésion.

Plus précisément, selon le code de la mutualité, il s'agit de celle qui est souscrite *« sur la base d'un bulletin d'adhésion signé ou d'un contrat collectif souscrit par un employeur ou une personne morale, des salariés d'une entreprise ou des membres d'une personne morale adhèrent librement à une mutuelle ou à une union en vue de se couvrir contre un ou plusieurs risques liés à la personne humaine »*

- L'opération collective obligatoire est celle par laquelle un employeur souscrit un contrat au bénéfice de ses salariés qui ont l'obligation d'y adhérer.

On comprend ainsi que seuls peuvent être qualifiés de contrats collectifs (ou de groupe) ceux qui sont souscrits par une personne morale (entreprise, association, fédération professionnelle par exemples) au bénéfice de ses membres.

La différence entre la complémentaire santé individuelle et collective repose sur **l'organisation de la mutualisation des risques** : en opération collective, les risques sont mutualisés entre tous les adhérents de la personne morale souscriptrice, ce qui a pour effet de diminuer les coûts de cotisation. De la sorte, tous les adhérents bénéficient des mêmes

garanties sans tenir compte de leurs risques personnels. En opération individuelle, la personnalisation du contrat a plus de poids sur le coût de la prime.

Enfin, il est intéressant de souligner que d'une façon générale, les mutuelles régies par le code de la mutualité sont plus présentes sur le marché des contrats individuels que sur celui des contrats collectifs, ces derniers étant plutôt dominés par les sociétés d'assurances.

II - L'analyse juridique des différents schémas observés

Il apparaît qu'il n'existe pas de formule unique pour la mise en place d'une « mutuelle communale », c'est-à-dire d'un dispositif permettant l'accès à une complémentaire santé pour les habitants.

Quatre grands cas de figure ont été identifiés, laissant apparaître un degré d'implication des communes plus ou moins important :

- Niveau 1 : la commune peut jouer un rôle d'information, par la promotion auprès des habitants d'associations créées par des professionnels du courtage en assurance proposant des solutions négociées;
- Niveau 2 : elle peut décider d'initier la création d'une mutuelle communale et jouer un rôle d'intermédiaire (via son CCAS ou non) en négociant et sélectionnant une offre de complémentaire santé qui bénéficiera aux habitants ;
- Niveau 3 : elle peut aller plus loin, en créant elle-même une association d'assurés à l'échelle communale ;
- Niveau 4 : enfin, il arrive qu'un CCAS souscrive un contrat auprès d'une mutuelle.

Ces démarches soulèvent plusieurs questions d'ordre juridique qui seront examinées ci-après.

1) La promotion d'associations d'assurés créées par des professionnels de l'assurance

Il a été identifié plusieurs initiatives privées créées par des professionnels de l'assurance (des courtiers le plus souvent) qui proposent des dispositifs de complémentaire santé mutualisés. Elles prennent la forme d'associations régies par la loi du 1er juillet 1901.

Il importe de souligner ici qu'aucune de ces initiatives privées est référencée ou soutenue par l'AMF.

Ces associations d'assurés ont pour objet de rechercher et proposer à leurs membres un contrat santé de groupe à des tarifs attractifs. L'objectif est de baisser les coûts en mutualisant les risques à l'échelle de l'ensemble des membres l'association.

En pratique, l'association met en concurrence les compagnies d'assurance ou mutuelles partenaires de leur réseau et souscrit directement le contrat d'assurance pour ses membres.

Pour bénéficier des tarifs collectifs, les habitants doivent adhérer à l'association et payer une cotisation annuelle.

En pratique, au niveau local, ces associations interviennent soit après avoir démarché les communes, soit à l'initiative de ces dernières. Il arrive qu'elles proposent aux communes qui souhaitent s'inscrire dans cette démarche d'envoyer aux administrés une « lettre

d'accréditation », qui a pour objet d'informer les habitants que la commune soutient cette action et de leur indiquer la marche à suivre pour obtenir des informations.

Dans ce cadre, il apparaît que la commune ne joue qu'un rôle de « facilitateur » et de relai d'informations auprès des habitants : à ce titre, il n'y a aucun lien contractuel entre la commune et ces associations d'assurés, ni aucune participation financière de sa part.

On peut relever que le plus souvent, les communes mettent à disposition de ces associations un local communal pour l'organisation de permanences afin de recevoir les habitants.

- Les associations d'assurés créées par les professionnels de l'assurance sont des personnes morales qui souscrivent un contrat de mutuelle au bénéfice de leurs membres : elles proposent ainsi, en application du code de la mutualité, un contrat collectif à adhésion facultative
- Ce schéma ne semble pas poser de difficultés au regard du droit de la commande publique, car les critères de qualification d'un marché public ne semblent pas remplis. Pour rappel, un marché public se définit comme un contrat conclu à titre onéreux par un pouvoir adjudicateur pour répondre à ses besoins en matière de fournitures, services et travaux. Or, dans ce schéma, il n'y a pas de contrat entre la commune et l'association « partenaire ». De plus, l'action menée par ces associations d'assurés n'a pas pour objet de satisfaire les besoins propres de la collectivité, bien qu'elles répondent à un objectif d'intérêt local. Enfin, la commune ne lui verse aucune rémunération (étant précisé néanmoins, que la condition d'onérosité peut être entendue de façon large et que la jurisprudence peut analyser une exonération de redevance d'occupation du domaine public comme un prix). Par conséquent, aucune procédure de publicité et de mise en concurrence préalables n'est requise au titre du droit des marchés publics pour permettre aux associations d'assurés de proposer aux habitants d'adhérer au contrat santé collectif qu'elle a souscrit.
- La lettre d'accréditation n'a pas, *a priori*, de valeur juridique, il s'agit d'un simple document de communication/promotion de l'offre proposée par les associations.
- La mise à disposition, par une commune, d'un bureau ou d'un local au sein de la mairie ou du CCAS à ces associations doit respecter l'article L. 2125-1 du code général de la propriété des personnes publiques qui pose le **principe selon lequel toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique donne lieu au paiement d'une redevance**. Aux termes de l'article L. 2125-3 de ce code « *la redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation* ». Cette disposition prévoit néanmoins une dérogation : la gratuité est permise pour « *les associations à but non lucratif qui concourent à la satisfaction d'un intérêt général* ». Si les associations d'assurés sont bien des associations à but non lucratif, l'utilisation qu'elles peuvent faire d'un local communal présente néanmoins un objet commercial, ce qui exclut qu'elles puissent bénéficier d'une exonération de redevance.

2) La négociation et la sélection d'une complémentaire santé par la commune

De nombreuses autres communes (via leur CCAS ou non) ont choisi de piloter la procédure de négociation et de sélection du contrat afin de proposer aux habitants des tarifs attractifs.

D'après les recherches menées, elles procèdent à une mise en concurrence des mutuelles, sur la base d'un cahier des charges préétabli qui recense les besoins de la population. Cette mise en concurrence s'organise soit par un démarchage direct des mutuelles, soit par une procédure d'appel à partenariat.

Dans ce schéma, deux « formules » ont été observées : soit il n'existe aucun lien contractuel entre la commune et la mutuelle sélectionnée, soit une convention est signée. Dans ce dernier cas, nous n'avons pas connaissance du contenu « type » de cette convention.

Enfin, il arrive que les communes mettent à disposition de la mutuelle partenaire un local municipal pour l'organisation de permanences.

- Contrairement aux appellations « contrat de groupe » que l'on peut rencontrer dans la presse, dans ce cas de figure, la mutuelle proposée est nécessairement un contrat individuel, puisque les habitants souscrivent directement auprès de l'organisme sélectionné par la commune. Il s'agit donc d'un contrat individuel, mais avec des tarifs négociés collectivement par la commune.
- Les communes mènent dans ce schéma une activité qui s'apparente à celle d'intermédiation en assurances (au sens du code des assurances). Toutefois, seule la profession d'intermédiaire rémunérée est réglementée.
- L'application du droit des marchés publics est également à exclure : soit parce qu'il n'existe pas de lien contractuel entre les communes et la mutuelle sélectionnée ; soit parce qu'en tout état de cause, la convention signée ne répond pas, *a priori*, aux critères de qualification des marchés publics.
- Aucun texte d'ordre législatif ou réglementaire n'impose la mise en œuvre d'une procédure préalable de publicité et de mise en concurrence pour le choix d'un tel contrat de complémentaire santé. Toutefois, dans un souci de transparence, certaines collectivités se soumettent à une procédure ad hoc, en organisant un appel à partenariat reposant sur des critères de sélection (étendue des garanties par types de soins, tarifs de la cotisation, services, lisibilité du contrat, conditions de sortie, engagement de maîtrise de l'augmentation des primes, compatibilité avec le dispositif « ACS »², etc.).
- La mise à disposition par une commune d'un bureau ou d'un local au sein de la mairie ou du CCAS à la mutuelle partenaire doit être autorisée à titre onéreux, conformément au **principe selon lequel toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique donne lieu au paiement d'une redevance** (article 2125-1 du CG3P), étant précisé que " *la redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation* " (article L. 2125-3 CG3P).

² L'aide à l'acquisition d'une complémentaire santé (« ACS ») est une aide financière qui permet la prise en charge d'une partie du prix de la mutuelle. Elle bénéficie aux personnes qui satisfont à des conditions de ressources et son montant varie en fonction du nombre et de l'âge des personnes composant le foyer. Depuis le 1^{er} juillet 2015, les bénéficiaires de l'ACS doivent souscrire leur contrat auprès d'un organisme complémentaire homologué (la liste des contrats de complémentaire santé éligibles à l'ACS est fixée par un arrêté du 10 avril 2015).

3) La création d'une association communale d'assurés

Une commune a décidé de créer, via son CCAS, une association d'assurés dont l'objectif affiché est de mutualiser les risques à l'échelle de la commune.

D'après les informations collectées, dans ce schéma, les habitants intéressés adhèrent à l'association (et règlent une cotisation symbolique), qui se charge de négocier avec les mutuelles des tarifs, sur la base d'un cahier des charges rédigé par la commune après avoir mené une enquête sur les attentes de la population. Une fois le contrat sélectionné, elle représente l'intérêt des adhérents auprès de l'assureur, et a pour vocation d'adapter les contrats souscrits.

Dans l'exemple étudié, il nous a toutefois été indiqué que l'objet de l'association n'était pas de souscrire les contrats au nom des adhérents : chaque habitant adhère à l'association pour bénéficier du tarif négocié et signe individuellement son contrat avec la mutuelle partenaire.

Il existerait néanmoins un rapport contractuel entre l'association et la mutuelle, qui reposerait sur un contrat de fonctionnement (dont nous ignorons l'exacte portée).

- Dans l'exemple observé, l'association ne souscrit pas le contrat au profit de ses membres : en conséquence, juridiquement, il ne s'agit pas d'une opération collective. La mutuelle proposée reste un contrat individuel (avec tarifs négociés collectivement).
- L'association exerce une activité d'intermédiation en négociant le contrat et recueillant les adhésions individuelles. Toutefois, à défaut de rémunération à l'occasion de cette activité, elle n'agit pas comme un intermédiaire au sens du droit des assurances.
- Dans l'hypothèse où l'association ne joue qu'un rôle d'intermédiaire et n'est pas souscriptrice du contrat d'assurance complémentaire santé, et qu'aucun flux financier existe entre l'association et la mutuelle sélectionnée, le montage échappe aux obligations issues du droit des marchés publics. En outre, pour qu'une association soit assujettie au droit des marchés publics, il faudrait qu'elle soit regardée comme « transparente ». Comme le note la Direction des affaires juridiques de Bercy dans une note sur le thème « associations et commande publique », « *une association doit appliquer les règles de code des marchés publics si elle constitue, en fait, une association transparente au sens de la jurisprudence, à savoir si elle est créée à l'initiative de la personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources* » (CE, 21 mars 2007, Commune de Boulogne-Billancourt, n° 281796) ».
- La plus grande vigilance doit être observée dans les rapports entre l'association créée à l'initiative de la commune et la mutuelle sélectionnée, eu égard notamment aux situations de conflit d'intérêts qui pourraient par exemple résulter du fait que les fonctions de direction de l'association sont assurées par un élu, par ailleurs professionnel de la mutuelle partenaire.

4) La question de la souscription par un CCAS d'un contrat collectif facultatif

Il a été relevé l'exemple d'un CCAS qui a souscrit un contrat collectif au bénéfice exclusif de la population de la commune en situation de précarité.

Les modalités d'adhésion à ce contrat sont très encadrées : les personnes ou foyers intéressés doivent s'adresser à l'assistante sociale municipale qui constitue le dossier de demande d'adhésion, soumis ensuite aux membres de la commission permanente du CCAS qui est chargée d'accepter ou refuser la demande.

Dans ce schéma, le CCAS règle chaque trimestre la totalité des cotisations à la mutuelle sélectionnée et recouvre les cotisations auprès des adhérents. Il prend donc en charge le risque de recouvrement.

De plus, le CCAS subventionne la cotisation des adhérents, en fonction d'une grille définie en fonction du quotient familial.

- En tant que souscripteur du contrat, le choix de la mutuelle par le CCAS devrait se faire dans le respect du code des marchés publics, à l'issue d'une procédure de publicité et mise en concurrence appropriée.
- En tout état de cause, la **légalité de cette formule « contrat collectif » est sujette à discussion** au regard de l'article L. 221-2 du code de la mutualité relatif aux modalités d'affiliation aux mutuelles. En effet, cet article précise qu'une opération de mutuelle collective facultative est celle par laquelle, sur la base d'un contrat souscrit par une personne morale, des membres d'une personne morale adhèrent librement à une mutuelle. Or, dans le cas d'un CCAS, qui est bien une personne morale, on ne peut considérer que les habitants de la communes en sont des « membres » au sens de cette disposition.

III - Synthèse et recommandations

- **Le choix de la formule du contrat individuel ou collectif**

Il ressort des exemples examinés que le plus souvent le rôle de la commune se limite à celui d'intermédiaire en vue de sélectionner et négocier des tarifs de contrats individuels.

En application du code de la mutualité, une commune (ou son CCAS) ne devrait pas pouvoir souscrire directement un contrat collectif facultatif au bénéfice de ses habitants.

Seule l'adhésion à une association d'assurés, aujourd'hui en pratique créée à l'initiative de professionnels de l'assurance santé, permet aux administrés des communes de bénéficier des avantages d'un contrat collectif facultatif.

- **Le respect du droit de la concurrence**

De nombreuses communes se demandent si la sélection d'une association d'assurés créée par des professionnels ou d'une mutuelle partenaire n'a pas pour effet de restreindre ou fausser le jeu de la concurrence.

Pour le choix d'une mutuelle partenaire dans le cas d'un contrat individuel ou d'une association d'assurés dans le cas d'un contrat collectif, les collectivités locales n'agissent pas en tant qu'acheteurs, ce qui exclut l'application du droit des marchés publics.

En revanche, un tel choix peut avoir des effets économiques, par conséquent la sélection d'une mutuelle partenaire ou d'une association d'assurés est susceptible d'être assujettie au respect d'exigences de concurrence.

Toutefois, aucun texte d'ordre législatif ou réglementaire ni aucun principe de droit n'impose la mise en œuvre d'une procédure préalable de publicité et de mise en concurrence pour le choix d'un tel contrat de complémentaire santé.

Néanmoins, dans un souci de transparence et pour favoriser le libre jeu de la concurrence, certaines collectivités se soumettent volontairement à une procédure ad hoc, en organisant un appel à partenariat reposant sur des critères de sélection librement choisis (étendue des garanties par types de soins, tarifs de la cotisation, services, lisibilité du contrat, conditions de sortie, engagement de maîtrise de l'augmentation des primes, compatibilité avec le dispositif « ACS », etc.).

Compte tenu du caractère très concurrentiel du secteur de la complémentaire santé, l'organisation par les communes d'une procédure transparente de mise en concurrence pour sélectionner une offre, apparaît comme étant une bonne pratique.

Dans cette hypothèse, la collectivité devra se conformer aux règles qu'elle s'est imposées.

- **Les exigences découlant du droit de la domanialité publique**

La mise à disposition par une commune d'un bureau ou d'un local au sein de la mairie ou du CCAS à l'association d'assurés ou mutuelle partenaire doit être autorisée à titre onéreux, conformément au principe selon lequel toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique donne lieu au paiement d'une redevance (article 2125-1 du CG3P), étant précisé que "*la redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation*" (article L. 2125-3 CG3P).

Le montant de la redevance est fixé par une délibération du conseil municipal. Une convention d'occupation devrait être préalablement signée par le maire, précisant la durée, les conditions d'occupation, le montant de la redevance et les obligations d'assurance.