

Université Panthéon-Assas

école doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit privé
soutenue le 13 décembre 2014

**La contribution du droit européen
au droit de la protection sociale
complémentaire**



Université Panthéon-Assas

Mickaël d'Allende

Sous la direction de Monsieur le Professeur Bernard Teyssié

Membres du jury :

Monsieur Jean-François Cesaro

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Jean-Philippe Lhernould

Professeur à l'Université de Nantes

Monsieur Arnaud Martinon

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Monsieur Bernard Teyssié

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Président honoraire de l'Université

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

A Sophie, pour son soutien si précieux.

A Victoria, pour sa patience toute enfantine.

Remerciements

Je tiens à exprimer ma profonde reconnaissance à Monsieur le Professeur Bernard Teyssié, sans qui ce travail n'aurait pas été possible.

Mes sincères remerciements vont également à ma famille et, en particulier, Sophie, ma femme, Victoria, ma fille, et Chantal, ma mère.

Principales abréviations

act.	actualités
al.	alinéa
A. N.	Assemblée nationale
art.	article
Ass. plén.	Assemblée plénière
C. ass.	Code des assurances
CCC	Contrat, concurrence, consommation
C. civ.	Code civil
C. mut.	Code de la mutualité
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'Etat
CESE	Comité économique et social européen
Ch.	chambre
Ch. mixte	chambre mixte
chron.	chronique
circ.	circulaire
civ.	chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	collection
com.	chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	commentaire
Cons. const.	Conseil constitutionnel
crim.	chambre criminelle de la Cour de cassation
CSS	Code de la sécurité sociale
D.	Recueil Dalloz
Dir.	Directive
dir.	sous la direction de

Drees	Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques
éd.	édition
EEE	Espace économique européen
EJSS	European Journal of Social Security
Euredia	Revue européenne de droit bancaire et financier
fasc.	fascicule
FR	Feuillets rapides
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GEIE	Groupement européen d'intérêt économique
IR	Informations rapides
JCP E	JurisClasseur périodique (Semaine juridique) édition entreprise et affaires
JCP G	JurisClasseur périodique (Semaine juridique) édition générale
JCP S	JurisClasseur périodique (Semaine juridique) édition sociale
JORF	Journal officiel de la République française
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
JSS	Journal des sociétés
n°	numéro
not.	notamment
obs.	observations
p.	page
PA	Petites affiches
PE	Parlement européen
préc.	précité
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
PUG	Presses Universitaires de Grenoble
PUR	Presses Universitaires de Rennes
RD rur.	Revue de droit rural

RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RDT	Revue Droit du travail
Rec.	recueil
RECMA	Revue internationale de l'économie sociale
Règl.	Règlement
Rev. Sociétés	Revue des sociétés
RGAT	Revue générale des assurances terrestres
RGDA	Revue générale du droit des assurances
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RLDA	Revue Lamy de Droit des Affaires
RLDC	Revue Lamy de Droit Civil
RMCUE	Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne
RRJ	Revue de la recherche juridique
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
s.	suivant
SE	Société européenne
SEC	Société coopérative européenne
SME/ME	Société mutuelle européenne
soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
somm.	sommaire
spéc.	spécialement
SSL	Semaine sociale Lamy
suppl.	supplément
t.	tome
TGI	Tribunal de grande instance
TPS	Revue Travail et protection sociale
vol.	volume

Sommaire

<i>Introduction</i>	1
<i>Première partie - L'encadrement des opérateurs</i>	37
Titre 1 - L'inachèvement de la convergence structurelle	41
Chapitre 1 - Le particularisme des organismes de l'économie sociale	49
Chapitre 2 - Le particularisme des organismes de retraite complémentaire	103
Titre 2 - Le renforcement de la convergence opérationnelle	135
Chapitre 1 - La liberté des organismes	137
Chapitre 2 - La concurrence entre les organismes	193
<i>Seconde partie - La protection des bénéficiaires</i>	243
Titre 1 - La protection des bénéficiaires lors de la mise en place de la garantie	245
Chapitre 1 - Le fondement du régime	247
Chapitre 2 - Les bénéficiaires du régime	269
Titre 2 - La protection des bénéficiaires lors de la mise en œuvre de la garantie	329
Chapitre 1 - La mobilité entravée	331
Chapitre 2 - Les bouleversements négligés	365
<i>Conclusion</i>	409
<i>Bibliographie</i>	413
<i>Index</i>	495
<i>Table des matières</i>	501

Introduction

« Chaque homme est seul et tous se fichent de tous et nos douleurs sont une île déserte »¹.

1. Située à l'exact croisement de plusieurs domaines du droit, de l'économie et de la politique sociale **(II)**, la protection sociale complémentaire peine, dans le concert du droit européen, à faire entendre une voix qui lui soit propre **(I)**.

I. Une voix effacée

2. Sur le plan des principes, la protection sociale complémentaire, à l'instar de la protection sociale de base dont elle constitue le prolongement, occupe une place secondaire dans l'édifice européen **(A)**. Les rouages législatifs, qui préservent les intérêts et l'autonomie des Etats membres en matière sociale, rendent d'autant plus difficile l'adoption de règles cohérentes et efficaces en la matière **(B)**.

A. La façade des textes fondamentaux

3. Les textes fondamentaux du droit de l'Union européenne font la part belle au développement économique du marché intérieur, la politique sociale ne constituant initialement qu'un moyen de parvenir à cet objectif **(1)**. Plus tardivement, les considérations sociales ont pris une place plus importante dans la construction européenne **(2)**.

¹ A. COHEN, *Le livre de ma mère*, in *Œuvres*, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard 1954, p. 701.

1. Une considération secondaire

4. **Un « oubli » initial.** - La dimension sociale ne constituait pas une priorité pour les fondateurs de la Communauté économique européenne². Dès l'article 2 du traité de Rome du 25 mars 1957³, l'économie est placée au cœur de la Communauté : celle-ci « *a pour mission, par l'établissement d'un marché commun⁴ et par le rapprochement progressif des politiques économiques des Etats membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques de l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les Etats qu'elle réunit* ». La dimension sociale serait ainsi « *la grande oubliée* »⁵, voire le « *parent pauvre* »⁶ de la construction européenne. Cette dernière expression vaut tout spécialement s'agissant de la protection sociale, « *qu'elle soit de base ou, plus encore, complémentaire* »⁷.

5. Pourtant, le préambule du traité assigne à la Communauté l'objectif d'assurer, par une action commune, le progrès économique et social des Etats membres, l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi de leurs peuples constituant un but essentiel. La politique sociale n'est cependant évoquée qu'à compter du titre III. L'article 117 énonce que l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre résultera tant du fonctionnement du marché commun, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures

² S. HENNION, M. LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL., Droit social européen et international, PUF 2013, 2^e éd., n° 40, p. 41. V. également : P. HERITIER, Les politiques sociales, résultantes ou composantes de l'économie, *in* Encyclopédie Protection sociale. Quelle refondation ?, dir. F. CHARPENTIER, Economica / Editions Liaisons 2000, p. 415.

³ Traité instituant la Communauté économique européenne, 25 mars 1957.

⁴ « *On peut dire que le droit social communautaire est en réalité plutôt le droit du marché commun du travail que le droit commun aux systèmes sociaux des Etats membres de la Communauté* ». Le droit social européen est ainsi perçu comme un « *produit* » du « *système juridique original qu'est l'ordre juridique communautaire* » (Ph. MARTIN, Le droit social communautaire : droit commun des Etats membres de la Communauté européenne en matière sociale, RTD eur. 1994, p. 609).

⁵ Ch. EUZEBY, J. REYSZ, La dynamique de la protection sociale en Europe, PUG 2011, p. 10.

⁶ J. BOULOUIS, La fonction normative de la jurisprudence, Droit social 1989, p. 524.

⁷ Ph. LAIGRE, Les institutions de retraite complémentaire et leurs fédérations après la loi du 8 août 1994, Droit social 1995, p. 306. Dans le même sens, v. D. LENOIR, l'Europe se fera-t-elle contre les dispositifs de protection sociale, *in* Encyclopédie Protection Sociale. Quelle refondation ?, dir. F. CHARPENTIER,

prévues par le traité et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives. L'article 118 décide que la Commission « *a pour mission de promouvoir une collaboration étroite entre les Etats membres dans le domaine social, notamment dans les matières relatives [...] à la sécurité sociale [...]* ». Ce volet demeure donc de la compétence des Etats, les prérogatives des pouvoirs publics européens étant très réduites. L'article 119 impose toutefois à chaque Etat membre d'assurer et de maintenir l'application du principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins. Seul ce texte semble révéler un souci authentique d'édification d'un « *modèle social européen* »⁸. Il aura plus tard un impact important en matière de protection sociale complémentaire.

2. Une préoccupation récente

6. L'intérêt des pouvoirs publics européens pour les questions sociales n'a connu de traduction institutionnelle qu'à la fin des années 1980 (a), soit bien après les premières interventions du Conseil de l'Europe (b).

a. Le réveil tardif de la Communauté européenne

7. **L'Acte unique européen.** - Il a fallu attendre près de trente ans et l'Acte unique européen⁹ pour que l'Europe sociale reprenne sa marche en avant sur le plan institutionnel. Le traité de Rome a été complété par un article 118 A décidant que les Etats membres s'attachent à améliorer la sécurité et la santé des travailleurs et se fixent pour objectif d'harmoniser les normes.

Economica / Editions Liaisons 2000, p. 427 : « *la protection sociale, c'est connu, a été délibérément mise à l'écart de la construction européenne* ».

⁸ S. HENNION, M. LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL., Droit social européen et international, PUF 2013, 2^e éd., n° 44, p. 44.

⁹ Acte unique européen, 17 févr. et 28 févr. 1986 : JOCE n° L 169, 29 juin 1987, p. 1.

8. La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux. - La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, adoptée le 9 décembre 1989, hormis par le Royaume-Uni, énonce dans son préambule que « *la réalisation du marché intérieur doit conduire, pour les travailleurs de la Communauté européenne, à des améliorations dans le domaine social, notamment au regard de [...] la protection sociale [...]* ». L'article 10 décide que, selon les modalités propres à chaque pays, « *tout travailleur de la Communauté européenne a droit à une protection sociale adéquate et doit bénéficier, quel que soit son statut et quelle que soit la taille de l'entreprise dans laquelle il travaille, de prestations de sécurité sociale d'un niveau suffisant* ». Par ailleurs, « *les personnes exclues du marché du travail, soit qu'elles n'aient pu y avoir accès, soit qu'elles n'aient pas pu s'y insérer, et qui sont dépourvues de moyens de subsistance doivent pouvoir bénéficier de prestations et de ressources suffisantes, adaptées à leur situation personnelle* ». Ce texte, qui n'était doté d'aucune valeur contraignante, ne distinguait pas la protection sociale complémentaire de la protection sociale de base, ce qui n'est pas surprenant : la première ne constitue, comme la seconde au demeurant, qu'un moyen de garantir aux personnes une protection sociale satisfaisante. C'est le droit dérivé qui opère la distinction.

En 1992, le traité de Maastricht¹⁰ modifie l'article 2 du traité de Rome afin, notamment, de fixer à l'Union européenne l'objectif de promouvoir « *un niveau d'emploi et de protection sociale élevée* ». Le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997¹¹ rappelle cette ambition¹².

9. Le traité de Nice et la Charte des droits fondamentaux. - Le traité de Nice¹³ n'a pas marqué d'avancée significative sur le plan de la politique sociale de

¹⁰ Traité sur l'Union européenne, 7 févr. 1992 : JOCE n° C 191, 29 juill. 1992, p. 1.

¹¹ Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, 2 oct. 1997 : JOCE n° C 340/01, 10 nov. 1997, p. 1.

¹² S. ROBIN-OLIVIER, La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam, *Droit social* 1999, p. 609 ; G. DRUESNE, *Droit de l'Union européenne et politiques communautaires*, PUF 2006, 8^e éd., n° 336, p. 508.

¹³ Traité de Nice modifiant le Traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes, 26 févr. 2001 : JOCE n° C 80/1, 10 mars 2001, p. 1.

l'Union européenne. En revanche, la Charte des droits fondamentaux, adoptée le 7 décembre 2000¹⁴, parallèlement à la signature de ce traité, a permis de regrouper « pour la première fois dans l'histoire de l'Union européenne, l'ensemble des droits civils, politiques, économiques et sociaux des citoyens européens ainsi que de toute personne vivant sur le territoire de l'Union »¹⁵. Les droits de nature sociale sont évoqués aux articles 27 à 38, regroupés au sein du titre IV relatif à la « Solidarité ». L'article 34 précise que l'Union « reconnaît et respecte le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale » et énonce un « droit aux prestations de sécurité sociale et aux avantages sociaux ». L'article 35 ajoute que « toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales. Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union ».

La portée juridique de la Charte est demeurée incertaine jusqu'au traité de Lisbonne¹⁶, qui a inséré à l'article 6, § 1 du traité sur l'Union européenne (TUE) la précision selon laquelle la Charte bénéficie de « la même valeur juridique que les traités »¹⁷. Certaines interrogations subsistent néanmoins s'agissant de la portée concrète de l'invocation des principes qu'elle érige, particulièrement des dispositions sociales, à l'occasion d'un litige entre particuliers¹⁸.

10. Le traité de Lisbonne. - Le traité de Lisbonne semble renforcer la place de la protection sociale. Il intègre des dispositions en la matière tant au sein du TUE

¹⁴ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 déc. 2000 : JOCE n° C 364, 18 déc. 2000, p. 1.

¹⁵ S. HENNION, M. LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL., Droit social européen et international, PUF 2013, 2^e éd., n° 48, p. 48.

¹⁶ Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, 13 déc. 2007 : JOUE, n° C 306, 17 déc. 2007, p. 1.

¹⁷ Sur cette question, v. B. BERCUSSON, Qu'attendre de la promotion de la Charte des droits fondamentaux par le Traité de Lisbonne, RDT 2008, p. 74.

¹⁸ Dans un arrêt du 15 janvier 2014, la Cour de justice a décidé que l'article 27 de la Charte, seul ou en combinaison avec les dispositions de la directive n° 2002/14/CE du 11 mars 2002, établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, doit être interprété en ce sens que, lorsqu'une disposition nationale de transposition de cette directive est incompatible avec le droit de l'Union, cet article de la Charte ne peut pas être invoqué dans un litige entre particuliers afin de laisser inappliquée ladite disposition nationale (CJUE, 15 janv. 2014, Association de médiation sociale, aff. C-176/12, non encore publié au recueil ; D. 2014, p. 705, note S. DE LA ROSA).

que du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)¹⁹. L'article 3, § 3 du TUE érige la promotion « *de la justice et de la protection sociales* » au rang d'objectif de l'Union. L'article 9 du TFUE impose de « *prendre en compte les exigences liées [...] à la garantie d'une protection sociale adéquate* ».

Le texte ne dépasse pas réellement ces postures de principe. Selon certains, il confirmerait même « *le gel des compétences normatives de l'Union résultant du traité de Nice, tout en privilégiant la coordination des politiques nationales* »²⁰. Pourtant, le rôle des partenaires sociaux, évoqué aux articles 154 et 155 du TFUE²¹, est renforcé à l'article 152²² qui vise « *une délégation de pouvoir normatif* »²³. Si certains textes ont pu être adoptés sous l'impulsion de la négociation collective européenne, ce renforcement est important, la relative atonie constatée dans le domaine de la politique sociale européenne tenant « *pour beaucoup à l'absence d'un mouvement social transnational capable d'exprimer et de porter des revendications au niveau européen* »²⁴.

11. A l'heure actuelle, les aspects relatifs à la politique sociale sont évoqués au titre X du TFUE, qui regroupe les articles 151 à 161. On peut y ajouter l'article 19, qui vise à lutter contre les discriminations sous toutes leurs formes, donc également au travail. D'autres dispositions du traité sont également susceptibles

¹⁹ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 13 déc. 2007 : JOUE n° C 115/47, 9 mai 2008.

²⁰ M. SCHMITT, La dimension sociale du traité de Lisbonne, Droit social 2010, p. 682.

²¹ D. GADBIN, L'association des partenaires économique et sociaux organisés aux procédures de décision en droit communautaire, RTD eur. 2000, p. 1.

²² « *L'Union reconnaît et promeut le rôle des partenaires sociaux à son niveau, en prenant en compte la diversité des systèmes nationaux. Elle facilite le dialogue entre eux, dans le respect de leur autonomie* ». D'une manière générale, sur la négociation collective au niveau européen, v. B. TEYSSIE, La négociation collective et la norme communautaire après l'entrée en vigueur de l'accord européen sur la politique sociale, JCP E 1994, 352 ; A. LYON-CAEN, Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire, Droit social 1997, p. 68 ; J.-Ph. LHERNOULD, La négociation collective communautaire. Petit manuel de la diversité, Droit social 2008, p. 34 : « *comme les papillons, les partenaires sociaux ont la fâcheuse habitude de tourner en rond, palinodiant dans la nuit à la recherche d'un accord et se consumant trop souvent dans l'incompréhension mutuelle. A l'étage communautaire, les outils existent pour des jours meilleurs et des nuits moins brûlantes* » ; E. MAZUYER, Les instruments juridiques du dialogue social européen : état des lieux et tentative de clarification, Droit social 2007, p. 476 ; E. MAZUYER, L'harmonisation sociale européenne. Processus et modèle, Bruylant 2007, p. 109 et s.

²³ Ch. VIGNEAU, Etude sur l'autonomie au niveau communautaire, RDT eur. 2002, p. 653. Cela constitue un signe fort de « *l'émergence d'un véritable droit commun du travail* » (S. HENNION, M. LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL, Droit social européen et international, PUF 2013, 2^e éd, n° 53, p. 55).

²⁴ C. AUBIN, A la recherche du modèle social européen, Droit social 2008, p. 484.

d'intéresser la protection sociale complémentaire. Ainsi en va-t-il du titre IV, relatif à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux. En outre, le droit de la concurrence, dont les règles sont posées au titre VII, a eu un impact important dans ce secteur.

b. Le rôle précurseur du Conseil de l'Europe

12. Au-delà de l'Union européenne. - Dans le cadre du Conseil de l'Europe, un Code européen de la sécurité sociale a été signé le 16 avril 1964, ratifié par la France en 1985. Le souhait des parties était de parvenir à une harmonisation des législations applicables en cette matière. Le degré de précision de ses dispositions *« rend inutile tout acte complémentaire. En conclure qu'il crée des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir n'est pas inconcevable »*²⁵. De même, l'article 12 de la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, relatif au droit à la sécurité sociale, prévoit que les Etats s'engagent *« à établir ou à maintenir un régime de sécurité sociale [...] »*. Mais la protection sociale complémentaire n'est pas visée...²⁶.

B. Les rouages législatifs grippés

13. Le rôle joué au plan européen par la protection sociale, et en particulier par la protection sociale complémentaire, est doublement limité par les principes de subsidiarité et de proportionnalité (1). La procédure législative aménagée par les traités constitue un frein puissant à l'adoption de textes de droit dérivé dans ce domaine (2).

²⁵ B. TEYSSIE, Droit européen du travail, LexisNexis 2013, 5^e éd., n° 36, p. 25.

²⁶ F. KESSLER, L'Europe sociale oubliée : l'activité du Conseil de l'Europe dans le domaine de la protection sociale, RDSS 2007, p. 197.

1. Les limites liées aux principes de subsidiarité et de proportionnalité

14. Une double borne. - Au-delà de la promotion de la protection sociale dans les traités, l'action des pouvoirs publics européens est limitée par les principes de subsidiarité et de proportionnalité. Selon l'article 4, § 1 du TUE, « *toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux Etats membres* ». L'article 5, § 4 précise qu' « *en vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités [...]* ». L'article 2, § 4 du TFUE ajoute que « *dans certains domaines et dans les conditions prévues par les traités, l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des Etats membres, sans pour autant remplacer leur compétence dans ces domaines. Les actes juridiquement contraignants de l'Union adoptés sur la base des dispositions des traités relatives à ces domaines ne peuvent pas comporter d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres* ». Ces domaines sont évoqués à l'article 6, qui vise notamment la protection et l'amélioration de la santé humaine. Il faut y ajouter la coordination des politiques nationales en matière de sécurité sociale des travailleurs migrants visée à l'article 48.

15. Un double point d'équilibre. - Le principe de subsidiarité est essentiel pour comprendre la politique sociale de l'Union européenne. Elle doit non seulement démontrer que son action est plus efficace que celle des Etats mais aussi recourir aux moyens les moins contraignants possibles²⁷. Un point d'équilibre est recherché entre l'action de l'Union et celle de ses membres²⁸. « *Dès lors qu'il est possible de traiter une question de façon satisfaisante au niveau national, il n'y a pas lieu de la porter à un niveau plus élevé* »²⁹.

²⁷ E. SABATAKAKIS, De nouvelles voies pour l'Europe sociale. Réflexions autour des services sociaux d'intérêt général, RMCUE 2010, n° 536, p. 197.

²⁸ J.-M. SERVAIS, Droit social de l'Union européenne, Bruylant 2011, p. 42, n° 133.

²⁹ J.-P. JACQUE, La subsidiarité dans l'Union européenne, in L'avenir de l'Europe sociale. Solidarités, droit et protections sociales, dir. G. VINCENT, L'Harmattan 2007, p. 167.

2. Les limites liées au processus d'adoption de la norme sociale

16. L'unanimité initiale. - Selon l'article 100 du traité de Rome, les directives prises pour assurer le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun sont adoptées par le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission. Le champ d'application de cette procédure législative ne concerne pas seulement le domaine social.

L'Acte unique européen a modifié les règles d'adoption des textes. Un article 100 A est inséré, permettant au Conseil de les adopter à la majorité qualifiée - et non plus à l'unanimité. Toutefois, cette règle ne s'applique pas aux dispositions relatives à la fiscalité, à la libre circulation des personnes ni à celles relatives aux droits et intérêts des salariés. Dans ces domaines, l'unanimité demeure exigée. Le deuxième alinéa de l'article 118 A aménage néanmoins une exception à cette règle : la majorité qualifiée est suffisante s'agissant de l'adoption des prescriptions minimales relatives à la sécurité et la santé des travailleurs.

En 1992, la politique sociale a fait l'objet d'un protocole annexé au traité de Maastricht. Ce document permet l'adoption d'actes de droit dérivé à la majorité qualifiée s'agissant de l'amélioration du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs, les conditions de travail, l'information et la consultation des travailleurs, l'égalité entre hommes et femmes et l'intégration des personnes exclues du marché du travail. En revanche, le Conseil statue à l'unanimité en matière de sécurité sociale et de protection sociale. Ce protocole a été intégré par le traité d'Amsterdam aux articles 117 à 120 du traité de Rome.

17. La majorité contrariée. - L'un des axes de réflexion des rédacteurs du traité de Nice était de passer au vote à la majorité qualifiée s'agissant de la coordination des régimes nationaux de sécurité sociale et des prescriptions

minimales en matière de protection sociale. Ce traité ne marque pas pour autant d'avancée dans le domaine de la protection sociale, qu'elle soit de base ou complémentaire³⁰.

L'article 48 du TFUE, issu du traité de Lisbonne, a ultérieurement modifié la procédure d'adoption des textes de coordination relatifs à la sécurité sociale. Désormais, le Conseil statue conformément à la procédure ordinaire, c'est-à-dire à la majorité qualifiée. La remise en cause de l'unanimité vise à faciliter l'adoption des règles dans ce domaine. L'optimisme qui pourrait naître de ce changement doit être tempéré. D'une part, il est prévu que lorsqu'un Etat membre déclare qu'un projet d'acte législatif porterait atteinte à des aspects importants de son système de sécurité sociale, notamment pour ce qui est du champ d'application, du coût ou de la structure financière, ou en affecterait l'équilibre financier, il peut demander que la procédure législative ordinaire soit suspendue. Après discussion et dans un délai de quatre mois, deux situations sont envisageables : le Conseil met fin à la suspension de la procédure législative ordinaire ; il n'agit pas ou demande à la Commission de présenter une nouvelle proposition, l'acte initialement proposé étant alors réputé non adopté. Un tel mécanisme d'exception procédurale laisse la porte ouverte aux manœuvres dilatoires³¹. D'autre part, alors que l'article 294 du TFUE décrit la procédure législative ordinaire, aux termes de laquelle les textes de droit européen dérivé sont le fruit d'un consensus entre le Conseil, qui représente les Etats membres, et le Parlement, qui représente les peuples européens, l'article 153, § 2 en exclut la sécurité sociale et la protection sociale des travailleurs. C'est alors la procédure spéciale qui s'applique : le Conseil statue à l'unanimité, ce qui rend plus difficile l'adoption des textes.

³⁰ J.-Ph. LHERNOULD, Droit communautaire et protection sociale - Généralités, JurisClasseur Protection sociale Traité, fasc. 212, 2013.

³¹ « On perçoit sans peine les indéniables potentialités dilatoires, voire finalement paralysantes, que recèle un tel mécanisme, en pratique très semblable à un droit de veto individuellement reconnu à chacun des Etats membres. Tout dépendra en définitive de ce que l'on entendra par « porter atteinte à des aspects importants de son système de sécurité sociale » [...]. la tentation sera grande de faire un usage immodéré de cette facilité, obérant du même coup la timide avancée que constituait la substitution de la majorité à l'unanimité » (M. LE BARBIER-LE BRIS, Protection sociale d'entreprise, JCP E 2008, 1984).

La règle de l'unanimité, qui suppose que les Etats reconnaissent que « *la seule réglementation nationale est impuissante à réaliser l'objectif qu'ils se sont fixés* »³², constitue un frein puissant à la construction d'une Europe de la protection sociale. Le débat sur les compétences de l'Union afin de réaliser l'harmonisation de la législation sociale des Etats, même s'il ne peut être éludé, confine au « juridisme », ce qui nuit aux débats de fond sur la politique sociale européenne³³. Subsiste ainsi une « *forte hétérogénéité des systèmes nationaux de protection sociale qui, au travers, notamment, de la détermination de la loi applicable à la relation de travail suscite de vives tensions au sein de l'Union, certains Etats se plaignant d'être victimes d'un véritable dumping social* »³⁴.

18. La MOC en matière de protection sociale. - Les pouvoirs publics européens, en particulier la Commission à travers ses recommandations, communications et études, cherchent à limiter les effets néfastes des contraintes inhérentes au processus d'adoption de la norme européenne en matière de protection sociale³⁵. C'est dans ce contexte que la méthode ouverte de coordination (dite « MOC ») a été initiée dans le courant des années 1990. Elle est directement liée au contexte économique difficile de l'époque, qui a fait naître des besoins de protection sociale plus importants, ainsi qu'à la conscience de la nécessité d'éviter le dumping social et ses effets négatifs en termes de nivellement par le bas des garanties dont bénéficient les salariés³⁶. La MOC est considérée comme un

³² Ph. LANGLOIS, Europe sociale et principe de subsidiarité, Droit social 1993, p. 203.

³³ Ph. MARTIN, L'harmonisation sociale en débat. CJCE 12 novembre 1996, Royaume-Uni c/ Conseil de l'Union européenne, Droit social 1997, p. 303.

³⁴ L. DUBOUIS, C. BLUMANN, Droit matériel de l'Union européenne, Montchrestien 2012, 6^e éd., n° 230, p. 134 et 135.

³⁵ Par exemple : recommandation du Conseil n° 92/442/CEE relative à la convergence des objectifs et politiques de protection sociale, 27 juill. 1992 : JO n° L 245, 26 août 1992, p. 49 ; communication, L'avenir de la protection sociale dans le cadre du débat européen (COM(1995) 466) ; communication, Moderniser et améliorer la protection sociale dans l'Union européenne, 12 mars 1997 (COM(1997) 102) ; communication, La stratégie concertée pour moderniser la protection sociale, 14 juill. 1999 (COM(1999) 347 final) ; communication, L'évolution à venir de la protection sociale dans une perspective à long terme : des pensions sûres et viables, 11 oct. 2000 (COM(2000) 622 final).

³⁶ C. BLUMANN, L. DUBOUIS, Droit institutionnel de l'Union européenne, LexisNexis 2010, 4^e éd., n° 210 et s., p. 156 et s.

« *instrument non juridiquement contraignant* »³⁷ permettant « *de développer l'Europe sociale, pour aller au-delà de ce qu'acceptent les Etats les plus réticents, soit dans des domaines où il n'y a pas encore d'interventions communautaires, soit dans des domaines où il y a un blocage du fait de l'exigence de l'unanimité du vote* »³⁸. Sans être expressément intégrée aux traités, sa philosophie les inspire. Ainsi, l'article 156 du TFUE, qui concerne la politique sociale, décide que « *la Commission encourage la coopération entre les Etats membres et facilite la coordination de leur action dans tous les domaines de la politique sociale [...]* », notamment dans les matières relatives à la sécurité sociale. « *A cet effet, la Commission agit en contact étroit avec les Etats membres, par des études, des avis et par l'organisation de consultations, tant pour les problèmes qui se posent sur le plan national que pour ceux qui intéressent les organisations internationales, notamment par des initiatives en vue d'établir des orientations et des indicateurs, d'organiser l'échange des meilleures pratiques et de préparer les éléments nécessaires à la surveillance et à l'évaluation périodiques [...]* ».

Mise en œuvre pour la première fois lors du sommet de Luxembourg en 1997, en matière de politique de l'emploi, la MOC a ensuite été étendue à d'autres domaines. Il en a été ainsi des retraites à l'occasion du Conseil européen de Laeken au mois de mars 2001, un cap y ayant été fixé sur le maintien de la cohésion sociale, la viabilité financière et l'adaptation des systèmes de retraite aux évolutions sociétales et du travail³⁹. Cette méthode a permis l'adoption de rapports conjoints de la Commission et du Conseil : celui du 6 mars 2003 sur des pensions viables et adéquates⁴⁰ ; le rapport de synthèse de 2006 sur des retraites adéquates et

³⁷ S. HENNION, La force normative du droit social européen, JCP S 2009, 1091. Sur ce sujet, v. R. DEHOUSSE (dir.), La méthode ouverte de coordination, convergence et politiques dans l'UE, L'Harmattan 2003.

³⁸ O. KAUFMANN, La protection sociale dans l'espace communautaire - Droit communautaire et droits nationaux, La subsidiarité dans l'Union européenne, in L'avenir de l'Europe sociale. Solidarités, droit et protections sociales, dir. G. VINCENT, L'Harmattan 2007, p. 205 et s.

³⁹ S. HENNION-MOREAU, L'impact du droit communautaire sur les retraites professionnelles d'entreprise, in Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé, dir. S. HENNION-MOREAU, O. KAUFMANN, Bruylant 2007, p. 28 ; F. CHARPENTIER, Les retraites en France et dans le monde. Nouvelles problématiques, Economica 2009, p. 481.

⁴⁰ Rapport conjoint de la Commission et du Conseil sur des pensions viables et adéquates, 10 mars 2003.

viables ; celui du 25 février 2008 sur la protection sociale et l'inclusion sociale⁴¹. La MOC concerne également la protection sociale au sens large. Une communication de la Commission du 27 mai 2003 intitulée « Renforcement de la dimension sociale de la stratégie de Lisbonne : rationalisation de la coordination ouverte dans le domaine de la protection sociale »⁴², entendait préparer la mise en œuvre de la MOC dans ce domaine en 2006. Une autre communication relative à « un nouveau cadre pour la coordination ouverte des politiques de protection sociale et d'inclusion sociale dans l'Union européenne » a été adoptée le 22 décembre 2005⁴³, afin de fixer de nouveaux objectifs s'agissant tant de la protection sociale de base que de la protection sociale complémentaire. Est visée notamment la « sécurisation » des régimes par capitalisation et des régimes privés.

Néanmoins, la MOC n'a pas permis d'obtenir des résultats probants en matière de protection sociale⁴⁴, les Etats conduisant en cette matière des politiques très différentes⁴⁵. Certains sont clairement favorables à une politique sociale ; tel est le cas de la France ; le droit de l'Union européenne n'a pas bouleversé le droit social français, celui-ci étant déjà très élaboré et protecteur des intérêts des salariés, par comparaison avec celui d'autres Etats membres⁴⁶. D'autres, comme le Royaume-Uni et la plupart des Etats ayant récemment rejoint l'Union européenne, s'opposent à pareille démarche. Il en est enfin qui sont favorables à une politique sociale

⁴¹ Rapport conjoint de la Commission et du Conseil sur la protection sociale et l'inclusion sociale, 25 févr. 2008.

⁴² Communication de la Commission, Renforcement de la dimension sociale de la stratégie de Lisbonne : rationalisation de la coordination ouverte dans le domaine de la protection sociale, 27 mai 2003 (COM(2003) 261 final).

⁴³ Communication de la Commission, Un nouveau cadre pour la coordination ouverte des politiques de protection sociale et d'inclusion sociale dans l'Union européenne, 22 déc. 2005 (COM(2005) 706 final).

⁴⁴ S. HENNION, M. LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL., *Droit social européen et international*, PUF 2013, 2^e éd., n° 52, p. 55 ; G. CORNILLEAU, H. STERDYNIK et A. MATH, *La méthode ouverte de coordination appliquée aux retraites, une analyse critique*, *Retraite et société* 2007, n° 50, p. 224.

⁴⁵ M. LAROQUE, *L'impact du droit communautaire sur les concepts de la protection sociale française*, *Droit social* 1997, p. 961.

⁴⁶ S. HENNION-MOREAU, *L'influence du droit social communautaire sur le droit interne*, *Droit social* 2006, p. 736 ; T. SACHS, *La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, LGDJ 2013 ; Ph. COURSIER, *La réforme française des retraites et l'Union européenne*, *Droit social* 2003, p. 983.

conduite au niveau européen mais dans le strict respect du principe de subsidiarité ; tel est le cas de l'Allemagne⁴⁷.

19. L'Europe de la protection sociale (complémentaire) ? - Peut-on réellement parler d'« Europe sociale », voire de « modèle social européen »⁴⁸ ? Certains estiment l'expression abusive, considérant qu'une zone comptant un taux de chômage élevé peut difficilement être considérée comme un modèle, tout en relevant que cette expression renvoie « à un ensemble de valeurs communes, telles que la justice sociale, la solidarité, la dignité humaine, l'égalité, la liberté, qui ont inspiré l'élaboration des normes régissant les relations du travail, l'emploi, la protection sociale, le dialogue social, l'éducation, la formation et la santé »⁴⁹. D'autres exposent qu'il existe déjà un modèle social européen qui « se compose de ce que les différents modèles sociaux nationaux partagent et ont en commun » ; « l'Europe ne doit donc plus se doter d'un modèle social, elle doit prendre conscience du modèle, qui est le sien, le valoriser et le préserver »⁵⁰. Il en est enfin pour qui l'Europe sociale sert à « accompagner les transformations sociales induites par les politiques libérales de l'Union, le social devenant ainsi synonyme... d'antisocial ». Cette critique vise en premier lieu la protection sociale complémentaire, celle-ci étant accusée de mettre la protection sociale entre les mains des financiers⁵¹.

⁴⁷ C. BLUMANN, La politique sociale de l'Union Européenne : Fondements, compétences et procédures, *in* Gouvernance des retraites professionnelles en Europe : sécurité garantie ?, dir. O. KAUFMANN, S. HENNION, Springer 2011, p. 353.

⁴⁸ J. PICOT, Le modèle social européen est-il pérenne ?, *in* Encyclopédie Protection Sociale. Quelle refondation ?, dir. F. CHARPENTIER, Economica / Editions Liaisons 2000, p. 393.

⁴⁹ S. VAN RAEPENBUSCH, Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économie et le social, SSL 2006, suppl. n° 1266, p. 15. V. également : A. DUBRULLE, Le modèle social européen en balance ?, SSL 2006, suppl. n° 1266, p. 5 ; A. EUZEBY, Modèle social européen : des défis à relever !, RMCUE 2005, n° 488, p. 289 ; F. VANDAMME, Souveraineté nationale et Europe sociale : quels sont les enjeux réels de l'intervention européenne ?, SSL 2006, suppl. n° 1266, p. 37.

⁵⁰ M. RIGAUX, Pour un modèle social (réellement) européen. Un libre propos, SSL 2006, suppl. n° 1266, p. 51. V. également : F. KESSLER, Une année de sécurité sociale en Europe, Liaisons sociales Europe 2000, n° 10, p. 5 ; F. BARON, Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne, PUAM 1999 ; Ph. MARTIN, La contribution du droit communautaire à la réalisation d'une Europe sociale, thèse Bordeaux 1993 ; G. CLOTUCHE, Protection sociale, coordination ou convergence ?, *in* Encyclopédie Protection Sociale. Quelle refondation ?, dir. F. CHARPENTIER, Economica / Editions Liaisons 2000, p. 402.

⁵¹ F. DENORD, A. SCHWARTZ, L'Europe sociale n'aura pas lieu, Editions raisons d'agir 2009, p. 11. L'Europe sociale est également perçue comme « marginale et contradictoire » (J.-C. BARBIER, Les systèmes de protection sociale. Quel avenir pour l'Europe sociale *in* Les cahiers français, La protection sociale : quels débats ? Quelles réformes ?, 2010, n° 358, p. 20. En des termes plus mesurés, il est également

II. Une voie à tracer ?

20. Si la protection sociale complémentaire souffre d'un manque de « visibilité » à l'échelle de l'Union européenne, c'est en raison de sa situation très particulière. Elle se situe, en effet, au croisement de l'économique et du social (A) et de plusieurs concepts et disciplines juridiques (B).

A. Au croisement de l'économique et du social

21. La protection sociale complémentaire n'est pas la seule discipline placée au cœur de l'économique et du social (1). Elle est toutefois confrontée à des difficultés qui rendent indispensable son développement (2).

1. Des objectifs sociaux, des moyens économiques

22. **Les considérations sociales, contrainte ou moyen économique ?** - Le droit social en général et le droit européen en particulier, qu'il s'agisse du droit du travail⁵² ou des systèmes de protection sociale, est au croisement de l'économique et du social⁵³. Les normes qui le composent sont toutefois généralement perçues comme exclusivement sociales, au risque qu'elles soient analysées en autant de contraintes et non comme un moyen d'assurer un développement durable. Ainsi, dans sa résolution du 21 mai 2013 sur une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables, le Parlement européen relève que « *dans l'actuel débat au niveau européen, les régimes de retraite sont trop souvent considérés comme un simple*

relevé que « *s'interroger sur l'évolution des systèmes nationaux de sécurité sociale en Europe, sur leurs éventuelles convergences, divergences ou harmonisation renvoie à une réflexion sur la nature et le degré de l'intégration européenne. Or, on le sait, le moteur principal de la construction européenne [...] a été économique. Et ce n'est qu'à la suite, ou parallèlement à, des déséquilibres [...] induits par le processus d'intégration économique - Marché commun, Grand Marché intérieur, UEM - qu'on été envisagées des progressions d'ordre politique - Acte unique, Union européenne. Pour sa part, la dimension sociale, même si elle a toujours été présente et si elle a connu un fort regain à la fin des années quatre-vingt, n'a été conçue que comme une politique d'accompagnement* » (Y. CHASSARD, P. VENTURINI, La dimension européenne de la protection sociale, *Droit social* 1995, p. 772). V. également : M. LAROQUE, L'impact du droit communautaire sur les concepts de la protection sociale, *Droit social* 1997, p. 961.

⁵² A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF 2011, 2^e éd., p. XXIII.

fardeau sur les finances publiques, au lieu d'être considérés comme un instrument essentiel pour lutter contre la pauvreté des personnes âgées et pour permettre une redistribution au cours de la vie de l'individu et dans la société »⁵⁴. Plus encore que la protection sociale de base, la protection sociale complémentaire se situe entre les deux domaines⁵⁵ : si ses objectifs sont essentiellement sociaux, les moyens de les réaliser sont économiques.

2. Des difficultés économiques et sociales

23. Les contraintes démographiques. - La protection sociale complémentaire doit être (re)pensée à l'aune des difficultés rencontrées par la protection sociale de base afin de constituer un élément de maintien de la cohésion sociale dans un contexte économique renouvelé⁵⁶. Dans son Livre vert du 10 juin 1997 intitulé « Les retraites complémentaires dans le marché unique »⁵⁷, la Commission européenne relève que les tendances démographiques actuelles⁵⁸ mettront fortement sous pression les régimes de retraite de sécurité sociale⁵⁹, qui constituent de loin la première composante des retraites en Europe, et souligne que les Etats-Unis et le Japon connaissent les mêmes difficultés démographiques. En 1997, environ 88 % de l'ensemble des retraites servies dans l'Union sont des retraites versées par l'Etat ; les coûts qui s'y rattachent représentent 10 % environ du PIB. Les régimes de retraite du deuxième pilier, basés sur les retraites professionnelles, représentent 7 % des retraites versées. Le troisième pilier, qui correspond aux

⁵³ S. HENNION-MOREAU, Les retraites professionnelles dans le système juridique de l'Union européenne, RDSS 2008, p. 5.

⁵⁴ Résolution du Parlement européen sur une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables, 21 mai 2013 (2012/2234 (INI)).

⁵⁵ « La protection sociale complémentaire est devenue un objet de politique publique qui oscille entre logique sociale et logique marchande » (M.KERLEAU, Le nouveau cadre institutionnel de la protection sociale complémentaire d'entreprise : quels enjeux pour les mutuelles santé ?, RECMA 2009, n° 312, p. 15).

⁵⁶ P. BOISARD, La cohésion sociale à l'ère de la mondialisation, Droit social 2008, p. 1225.

⁵⁷ Livre vert, Les retraites complémentaires dans le Marché unique, 10 juin 1997 (COM(97) 283).

⁵⁸ Même si la France est le pays de l'Union européenne qui connaît la plus forte progression de son taux de natalité (G. POULALION, Le vieillissement démographique en Europe au début du XXI^e siècle : l'exemple de la France, in Ch. LAGOUTTE, Vieillesse, santé et protection sociale : du local à l'Europe, Colloque, Edition Le Manuscrit 2009, p. 30).

⁵⁹ « En ce temps-là, la vieillesse était une dignité ; aujourd'hui elle est une charge » (CHATEAUBRIAND, Mémoires d'Outre Tombe, I, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard 1951, p. 23).

plans de retraite individuels, en représente 0,9 %. Dans sa communication « Europe 2020. Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive » du 3 mars 2010, la Commission relève que la population active de l'Union a commencé à diminuer en 2013/2014 et que le nombre de personnes âgées de plus de 60 ans augmente actuellement deux fois plus vite qu'avant 2007. Ainsi, « *la combinaison d'une population active plus restreinte et d'une proportion de retraités plus importante accentuera encore les pressions qui s'exercent sur nos systèmes de protection sociale* »⁶⁰. Entre 2000 et 2050, la part des dépenses de retraite dans le PIB augmentera de 5 à 8,9 % dans les principaux Etats membres de l'Union, la part des dépenses de santé augmentant de 2,2 à 3,6 % sur cette période⁶¹. Les régimes complémentaires basés sur la capitalisation n'échappent pas aux risques démographiques. En effet, « *les retraites en capitalisation sont financées par l'épargne des actifs futurs. Quand les départs en retraite excèdent l'entrée sur le marché du travail, les prestations sont d'un montant supérieur à celui des cotisations d'où les régimes doivent tirer leurs réserves* »⁶².

24. Le contexte économique. - Dans sa communication du 29 avril 2009 intitulée « Gérer l'incidence d'une population vieillissante dans l'UE (Rapport 2009 sur le vieillissement) », la Commission souligne que le défi est d'autant plus difficile à relever que la situation économique est dégradée⁶³. Les crises survenues depuis le début des années 1990 ont porté atteinte aux régimes de protection sociale financés par les fonds publics⁶⁴. Elles permettent néanmoins de repenser les

⁶⁰ Communication, Europe 2020. Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive, 3 mars 2010 (COM(2010) 2020), p. 6.

⁶¹ E. ALGAVA, M. PLANE, Vieillesse et protection sociale en Europe, in Ch. LAGOUTTE, Vieillesse, santé et protection sociale : du local à l'Europe, Colloque, Edition Le Manuscrit 2009, p. 45.

⁶² J.-M. DUPUIS, C. EL MOUDDEN, Les dimensions économiques des retraites en Europe / Die wirtschaftlichen Auswirkungen der betrieblichen Altersversorgungssysteme, in Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé, dir. S. HENNION-MOREAU, O. KAUFMANN, Bruylant 2007 p. 37.

⁶³ Communication de la Commission, Gérer l'incidence d'une population vieillissante dans l'UE (Rapport 2009 sur le vieillissement), 29 avr. 2009 (COM(2009) 180 final).

⁶⁴ A. SALOMAKI, Les effets de la crise sur les systèmes de retraite et sur les finances publiques en Europe, in Les systèmes de retraite face à la crise en France et à l'étranger. Colloque organisé par le Conseil d'orientation des retraites le 3 décembre 2009, La documentation française 2010, p. 27. L'auteur relève ainsi

modèles sociaux⁶⁵, en particulier le lien entre l'Etat social et l'individu⁶⁶. Ainsi, le développement du marché de la protection sociale complémentaire peut s'expliquer « *par la tendance structurelle des dépenses de santé à augmenter plus vite que le PIB - et donc que les recettes - et la volonté affichée de la plupart des gouvernements de stabiliser ou de réduire le taux des prélèvements obligatoires* »⁶⁷. Ce phénomène - de longue date prévisible⁶⁸ - de repli de la protection sociale obligatoire doit être mis en perspective avec la croissance exponentielle du recours aux soins et biens médicaux. En France, les ressources de l'assurance-maladie représentaient 1,3 % du PIB en 1950 ; elles ont atteint 6,6 % en 2008⁶⁹. En 2002, les 25 Etats membres de l'Union européenne ont consacré 27,7 % de leur PIB aux dépenses de protection sociale ; de fortes disparités existent toutefois entre les différents Etats⁷⁰. Corrélativement, l'augmentation de la part de la protection sociale complémentaire dans la protection sociale constitue une tendance lourde même si cette part est variable selon les pays. Ainsi, en 2008, elle allait de 0,3 % en Suède à plus de 37 % aux Etats-Unis⁷¹.

25. Le déficit d'image. - La concurrence économique mondialisée incite les pays au sein desquels les prélèvements obligatoires sont les plus importants à diminuer les impôts et les cotisations sociales et à rendre plus flexible le droit du

que « *pour l'ensemble des 27 pays membres de l'Union européenne, la dette publique va augmenter de plus de 20 points en seulement trois ans, soit en moyenne jusqu'à 80 % du PIB en 2010* ».

⁶⁵ « *Les systèmes européens de protection sociale ne sont pas seulement confrontés à des problèmes de légitimité et de financement, ils connaissent aussi une crise d'adaptation au contexte socio-économique contemporain caractérisé par le vieillissement démographique, l'instabilité familiale, le chômage structurel, la précarité des emplois, la discontinuité des trajectoires professionnelles, l'effacement des frontières dans le cycle ternaire éducation-travail-retraite, etc.* » (Ch. EUZEBY, Pour une redéfinition des droits à la protection sociale en Europe, RMCUE 2005, n° 491, p. 505).

⁶⁶ B. PETIT, Un regard juridique sur la dynamique du modèle social européen, Droit social 2010, p. 213.

⁶⁷ M. DEL SOL, La construction juridique du marché de l'assurance santé en Europe, RDSS 2011, p. 197.

⁶⁸ Au début des années 1990 la doctrine attirait l'attention sur ce point : « *le problème est en réalité connu de tous, mais notre société apparemment frappée de cécité semble, du moins à l'heure actuelle, incapable de le voir : les dépenses de santé ne cessent de croître entraînant l'inquiétante question de leur financement, alors que la population ne cesse parallèlement de vieillir.* » (D. THOUVENIN, La loi du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, ou comment transformer les mutualistes en assurés, RDSS 1990, p. 370) ; v. également : N. DUFOURCQ, Sécurité sociale : le mythe de l'assurance, Droit social 1994, p. 291.

⁶⁹ D. TABUTEAU, La métamorphose silencieuse des assurances maladie, Droit social 2010, p. 85.

⁷⁰ G. ABRAMOVICI, La protection sociale dans l'Union européenne, Liaisons sociales Europe 2006, n° 146, p. 5.

⁷¹ Centre d'analyse stratégique, Choisir une couverture complémentaire santé : comment font les pays de l'OCDE ?, juillet 2009, n° 146, p. 2.

travail, afin de préserver la compétitivité des entreprises et d'éviter la fuite des capitaux vers d'autres Etats. L'Union européenne est, au premier chef, concernée par cette tendance, dont le risque principal est celui du moins-disant social⁷². De fait, la crainte que fait naître le désengagement progressif des pouvoirs publics en matière de protection sociale tient à l'instauration de « *la prévoyance individuelle comme modèle dominant au détriment de la solidarité* »⁷³. Le développement des régimes privés constituerait alors un obstacle à l'amélioration des régimes de sécurité sociale⁷⁴. Il est vrai que la protection sociale de base repose sur un idéal de solidarité ; tel n'est pas nécessairement le cas de la protection sociale complémentaire. Pourtant, lorsque le régime est mis en place au sein d'une entreprise, d'une branche professionnelle ou lorsque son champ d'application est interprofessionnel, la solidarité existe entre les bénéficiaires, à plus forte raison lorsque l'adhésion est obligatoire. En outre, les pouvoirs publics européens et la Cour de justice ont déjà eu l'occasion de promouvoir la protection sociale complémentaire comme vecteur de solidarité et de progrès social⁷⁵. Enfin, les régimes professionnels ont une origine distincte des régimes de base : la protection qui en découle est fondée sur l'appartenance du salarié à une collectivité de travail⁷⁶, au-delà de l'appartenance à une collectivité nationale qui fonde la protection sociale de base.

⁷² A. EUZEBY, R.-M. MARQUES, Mondialisation de l'économie et concurrence fiscale : des menaces pour le modèle social européen, RMCUE 2003, n° 468, p. 310.

⁷³ R. MARIE, Vers un changement de paradigme pour la couverture des risques maladie et vieillesse, JCP S 2011, 1039. Il est relevé qu'en France, l'assurance maladie complémentaire individuelle pose un problème de solidarité « *pour certaines personnes en situation de porte-à-faux entre la CMUC et les contrats collectifs, notamment celles ayant des revenus modestes et/ou une situation précaire d'emploi dont l'accès à une couverture maladie complémentaire passe nécessairement par le recours à l'assurance privée dans un cadre individuel. Or, dans ce cadre, la solidarité entre bien portants et malades n'est pas un principe partagé et peine à s'exprimer. En raison de l'absence de tout correctif de redistribution verticale entre classes de revenus, le coût d'entrée peut également s'avérer dissuasif pour les personnes aux ressources modestes et menacer l'accès aux soins* » (M. DEL SOL, De quelques faces cachées de l'accès à une assurance maladie complémentaire individuelle, Droit social 2012, p. 732).

⁷⁴ H. LOURDELLE, Le développement des régimes de pensions complémentaires européens : frein à la mobilité des travailleurs ou risque pour le développement des régimes de pension de sécurité sociale ?, RDSS 2008, p. 29.

⁷⁵ R. PELLET, L'Europe et « la privatisation des Etats-providence », Droit social 2011, p. 203 ; X. PRETOT, Le droit européen et la protection sociale, le rôle de la jurisprudence, Regards 2003, n° 24, p. 27 ; M. LAROQUE, L'impact du droit communautaire sur les concepts de la protection sociale française, Droit social 1997, p. 961.

⁷⁶ « *Associée à l'existence du contrat de travail, la protection sociale d'entreprise fait émerger la figure du « travailleur subordonné-protégé », voire celle du « collaborateur-intéressé* » » (Ph. MARTIN, Epargne salariale et retraite : les avatars de la protection sociale d'entreprise en Europe, Droit social 2003, p. 202).

26. Le risque existe toutefois d'une « *tendance vers un éclatement de la protection sociale qui donnerait lieu [...] à un rétrécissement de la solidarité et à une augmentation des inégalités de revenus et de protection sociale* »⁷⁷. La Commission est consciente du danger que l'évolution démographique, alliée au contexte économique, amène les professionnels du secteur à proposer des couvertures complémentaires en matière de santé ou de retraite pratiquant une sélection des bénéficiaires en fonction des profils de risques. Cette situation priverait de couverture les personnes les plus vulnérables : personnes en mauvaise santé, chômeurs et personnes âgées... Selon la Commission, « *au vu de l'ambition de l'Union européenne de créer une croissance intelligente, durable et inclusive, cette évolution n'est pas souhaitable* »⁷⁸. Le sujet est d'autant plus préoccupant que les professionnels opèrent sur un secteur particulièrement concurrentiel à l'échelle de l'Union⁷⁹ et doté d'un poids économique considérable⁸⁰. Or, « *la concurrence induit des pratiques sélectives* »⁸¹. L'inquiétude quant à un risque de « *dépeçage de l'Etat social* » en matière de sécurité sociale est réelle⁸². Certaines questions,

⁷⁷ L. APROBERTS, La solidarité associée aux différentes formes de protection sociale, in La protection sociale complémentaire dans l'Union européenne, la problématique des pensions et des soins de santé / De Anvullende sociale voorzieningen in de Europese Unie, pensioenen en gezondheidszorg, dir. C. VAN SCHOUBROECK, Academia-Bruylant 2003, p 38.

⁷⁸ Document portant sur « Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle » réalisé au mois de juillet 2011 par la direction générale des politiques internes à la demande de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, p. 10.

⁷⁹ J. AZEMA, L'Argus de l'assurance 2007, cité par T. DUMAS, Le développement européen des sociétés d'assurance mutuelle françaises, RECMA 2012, n° 325, p. 111.

⁸⁰ Ph. WOOLFSON, Droit européen des assurances, JurisClasseur Europe Traité, fasc. 1010, 2011, n° 2 : « Représentant 37 % du marché mondial, le secteur européen de l'assurance est le plus important du monde. Plus de 5.000 entreprises d'assurances sont en activité dans l'Union européenne. Elles emploient directement près d'un million de personnes et près d'un million indirectement ».

⁸¹ M. DEL SOL., L'entreprise mutualiste d'assurance : un acteur banalisé sur le marché de la protection sociale complémentaire ?, JCP E 2002, 413 ; C. RIOT, Le risque social face aux lois du marché, Gaz. Pal. 2005, n° 181, p. 3.

⁸² « *C'est en matière de sécurité sociale que les enjeux financiers du dépeçage de l'Etat social sont les plus élevés. Les régimes de retraite ont été une cible privilégiée des politiques de captation par l'oligarchie financière des institutions héritées de l'Etat providence. Dans les pays où elle a été adoptée, la capitalisation de ces régimes a permis d'alimenter le casino boursier tout en exposant les travailleurs qui les financent au risque, aujourd'hui avéré, de ne toucher que des pensions misérables. Là où les régimes de répartition ont été maintenus, ce sont les travailleurs précaires qui ont été les principaux perdants de leurs réformes tandis que les dirigeants salariés des grandes entreprises ont vu s'accumuler sur leur têtes de fastueuses « retraites chapeaux ». Mais la prédation des mécanismes de solidarité est une tendance générale qui se manifeste dans toutes les branches de la sécurité sociale* ». A suivre ce raisonnement, la protection sociale complémentaire serait génératrice d'un « effet Matthieu », par renvoi à un verset de l'Evangile (« *A celui qui a, il sera beaucoup donné, mais à celui qui n'a rien, il sera tout pris, même ce qu'il possédait* ») qui amènerait « *les forts à devenir les premiers bénéficiaires des dispositifs visant à améliorer le sort des faibles* » (A. SUPIOT, L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total, Seuil 2010, p. 50, 54 et 55). Dans le même sens, il est soutenu qu'« *on ne peut impunément substituer les complémentaires santé à*

anciennes, d'ordre « moral » davantage que juridique, telle que celle consistant à savoir s'il est acceptable « *que ce qui a trait à la santé, à la vie et à la mort des individus puisse être l'occasion d'un bénéfice* »⁸³, sont sous-jacentes. L'efficacité de la protection sociale complémentaire au regard de la solidarité nationale est également mise en doute, la « *privatisation de la protection sociale* » transformant « *des prélèvements obligatoires en dépenses privées, sans diminuer pour autant le coût des besoins couverts* »⁸⁴. En effet, l'une des caractéristiques de la protection sociale complémentaire est qu'elle bénéficie généralement d'incitations fiscales et sociales dont le poids n'est pas neutre pour le budget de l'Etat et de la sécurité sociale⁸⁵. Mais comment développer ces régimes complémentaires si ceux-ci sont considérés comme abritant des niches fiscales et sociales⁸⁶ vouées à la « *réforme perpétuelle* »⁸⁷, voire à la disparition, les entreprises étant priées de contribuer à la résorption des déficits publics⁸⁸? Le sentiment de méfiance envers la capitalisation, les marchés financiers et les fonds de pension est particulièrement fort en France⁸⁹ alors que les régimes obligatoires fonctionnant par répartition présentent d'inquiétants signes d'essoufflement⁹⁰. Enfin, s'agissant de la maladie, le fonctionnement conjoint - mais pas nécessairement coordonné - des régimes de base et des régimes complémentaires fait intervenir des organismes différents pour

la sécurité sociale. Un tel mouvement ne pourrait en effet manquer de produire un modèle économique et social inégalitaire » (D. TABUTEAU, La métamorphose silencieuse des assurances maladie, Droit social 2010, p. 85).

⁸³ D. THOUVENIN, La loi du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, ou comment transformer les mutualistes en assurés, RDSS 1990, p. 370.

⁸⁴ A. EUZEBY, Pour une approche éthique de la protection sociale dans l'Union européenne, RMCUE 2009, n° 530, p. 428.

⁸⁵ R. MARIE, Vers un changement de paradigme pour la couverture des risques maladie et vieillesse, JCP S 2011, 1039. Au sein des différents pays de l'OCDE, « *l'idée est parfois avancée que l'argent public devrait plutôt servir à soutenir les régimes publics par répartition* » (OCDE, Panorama des pensions 2013. Les indicateurs de l'OCDE et du G20, Editions OCDE 2013, p. 11).

⁸⁶ V. ROULET, Grande et petite histoire d'une niche sociale : les régimes de protection sociale complémentaire, Cahiers sociaux 2014, n° 262, p. 258 : « *la niche sociale permet d'accomplir le but que s'assignait l'Etat. La constitution sans heurts de régimes complémentaires d'assurance maladie et, un jour, de régimes de retraite supplémentaire « généraux » se dessine. Elle est un succès indéniable. Succès qui n'occulte pas un lourd prix symbolique et financier* ».

⁸⁷ F. WISMER, Un « toilette » décapant. - D. n° 2014-786, 8 juill. 2014, JCP S 2014, act. 282.

⁸⁸ A. DERUE, Contributions des entreprises à la résorption des déficits, Les Cahiers du DRH 2012, n° 184, p. 35.

⁸⁹ Sur fond d'eurosepticisme. Il est bon de rappeler que la norme sociale européenne est une « *norme nationale, même si elle naît ailleurs qu'au bord du Tibre, de la Seine ou de la Tamise* » (B. TEYSSIE, Introduction, in Les normes sociales européennes, dir. B. TEYSSIE, Editions Panthéon Assas 2000, p. 7).

couvrir les mêmes dépenses, ne permettant guère de contrôler le montant global de ces dernières⁹¹.

27. Il est toutefois excessif de « diaboliser » la protection sociale complémentaire : « [...] *parce qu'elle exige de ses membres un effort personnel, la mutualité évite les conséquences psychologiques fâcheuses d'un système obligatoire. Et parce qu'elle est constituée dans des groupes sociaux restreints, elle parvient plus facilement à contrôler l'existence et la gravité du risque ; elle tend à éviter les abus dans l'indemnisation des risques sociaux* »⁹². La volonté des pouvoirs publics européens n'est nullement de substituer aux régimes de base des régimes privés complémentaires qui, de fait, perdraient cette qualité⁹³. La protection sociale d'entreprise existait déjà avant que les Etats ne placent la protection sociale au cœur de la solidarité nationale à la fin de la Seconde guerre mondiale. Les assurances collectives ont vu le jour aux Etats-Unis dans les années 1910, marquant le « *début de l'essor de la protection sociale, que se partageront les compagnies d'assurance, les mutuelles et les caisses de prévoyance et de retraite patronale* »⁹⁴. Certains pays d'Europe centrale ont fait basculer une partie importante de leurs anciens régimes d'Etat de la répartition vers la capitalisation. Les dispositifs à cotisations définies financés par ce biais y jouent un rôle majeur⁹⁵.

28. Les pouvoirs publics européens confirment néanmoins régulièrement leur attachement aux régimes publics de protection sociale. Ainsi, le rapport sur

⁹⁰ Ph. LAIGRE, Les plans d'épargne retraite : la main visible du marché, *Droit social* 1997, p. 482 ; A. EUZEBY, Le financement de la protection sociale dans l'Union européenne. Quelques réflexions pour l'avenir, *RMCUE* 2007, n° 506, p. 178.

⁹¹ B. DORMONT, propos recueillis par L. VIEL, Il faut améliorer la concurrence sur le marché de la complémentaire santé, *L'Argus de l'assurance* 2014, n° 7362, p. 24.

⁹² P. DURAND, La politique contemporaine de sécurité sociale, *Dalloz* 1953, p. 601.

⁹³ D. LENOIR, Assurance maladie, un difficile dilemme, *Les Etudes* 2007.

⁹⁴ J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances, tome 1 : entreprises et organismes d'assurance*, LGDJ 2011, 3^e éd., n° 13, p.14.

⁹⁵ L. LEPPIK, Co-ordination of pensions in the European Union: the case of mandatory defined-contribution schemes in the Central and Eastern European Countries, *EJSS* 2006, 47 ; A. ROBINET, Rapport d'information déposé par la commission des affaires sociales en conclusion des travaux de la mission sur le financement des retraites dans les Etats européens, A.N., 2 juin 2010, p. 40.

L'adéquation des retraites 2010-2050 du 31 mai 2012⁹⁶ relève que d'ici à 2050, les Etats membres devraient continuer à utiliser les régimes de retraite publics comme principal élément pour assurer des revenus de retraite adéquats même si des régimes de retraite professionnels complémentaires et des plans de retraite individuels sont de plus en plus souvent mis en place pour accroître la part des prestations liées aux salaires et aux cotisations. De la même manière, le Parlement européen, dans sa résolution du 21 mai 2013 sur une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables, souligne que la crise financière, économique et démographique a révélé la vulnérabilité tant des régimes de retraite par répartition que des régimes par capitalisation⁹⁷. En effet, la crise ouverte en 2008 a largement affecté les régimes privés de retraite : la valeur de leurs actifs a baissé de 23 % en moyenne au sein des pays membres de l'OCDE, ce qui représente environ 5.400 milliards de dollars⁹⁸. Les fonds de pension, en particulier, ont « *une forte réactivité aux chocs conjoncturels économiques et financiers* » dans la mesure où les placements opérés sont généralement fonction de leurs performances⁹⁹. L'OCDE relevait néanmoins en 2013 que si les régimes de retraite complémentaire ont, dans un premier temps, été affectés par la dégradation du contexte économique au niveau mondial, « *les actifs et les niveaux de solvabilité des fonds de pension se sont en grande partie rétablis* »¹⁰⁰.

29. Selon le Parlement européen, la prudence commande de retenir « *une approche de retraite « multipliciers », consistant en une combinaison : i. d'un système universel de retraite public par répartition ; ii. de retraites professionnelles [...] ; iii. d'une retraite individuelle relevant du troisième pilier et*

⁹⁶ Rapport élaboré conjointement par la direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'inclusion de la Commission européenne et le Comité de la protection sociale, L'adéquation des retraites dans l'Union européenne 2010-2050, 31 mai 2012 (10488/12).

⁹⁷ Dans son Livre blanc relatif à « une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables » du 16 février 2012, la Commission note également que « *les régimes de retraite par répartition souffrent de la baisse de l'emploi et donc des cotisations de retraite. Les régimes par capitalisation sont touchés par la diminution des rendements et de la valeur des actifs* » (COM(2012) 55 final).

⁹⁸ Ch. LAGOUTTE, Financement des retraites par capitalisation et équilibre des systèmes financiers : le cas du Royaume-Uni in Les systèmes de retraite face à la crise en France et à l'étranger. Colloque organisé par le Conseil d'orientation des retraites le 3 décembre 2009, La documentation française 2010, p. 165.

⁹⁹ E. ALGAVA, M. PLANE, Vieillesse et protection sociale en Europe, in Vieillesse, santé et protection sociale : du local à l'Europe, Colloque, dir. Ch. LAGOUTTE, Edition Le Manuscrit 2009, p. 45.

basée sur une épargne privée avec des mesures d'incitation équitables destinées aux travailleurs à faibles revenus, aux travailleurs indépendants et aux personnes dont le nombre d'années de contributions est incomplet du point de vue du régime de pension lié à leur emploi »¹⁰¹. Au demeurant, cette logique centrée sur l'existence de plusieurs piliers et sur leur coordination¹⁰² ne concerne pas uniquement la retraite ; elle s'étend au secteur de la santé¹⁰³. Elle dépasse également le cadre européen. Ainsi, une réforme intervenue en 1997 en Chine a institué un système de retraite sur trois niveaux s'inspirant du modèle proposé par la Banque Mondiale¹⁰⁴. Ce développement de la protection sociale sous la forme de piliers, dont les deux derniers regroupent des dispositifs par capitalisation, contribue largement à l'assimilation de la protection sociale complémentaire à un produit financier¹⁰⁵. La conception du deuxième pilier varie cependant en fonction des Etats. Dans certains d'entre eux, est retenu un principe de liberté ; dans d'autres, il est obligatoire ; en France, l'attachement au système de base par répartition est fréquemment rappelé par les pouvoirs publics, traduisant une forme de « *résistance* »¹⁰⁶. Les comparaisons peuvent ainsi être trompeuses¹⁰⁷.

¹⁰⁰ OCDE, Panorama des pensions 2013. Les indicateurs de l'OCDE et du G20, Editions OCDE 2013, p. 10.

¹⁰¹ Résolution du Parlement européen du 21 mai 2013 sur une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables (2012/2234 (INI)). La référence à des « piliers » a récemment été reprise à l'occasion de la directive n° 2014/50 du 15 avril 2014, relative aux prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs entre les Etats membres en améliorant l'acquisition et la préservation des droits à pension complémentaire (Dir. n° 2014/50/UE, 16 avr. 2014 : JOUE n° L 128, 30 avr. 2014, p. 1).

¹⁰² Ph. MARTIN, Epargne salariale et retraite : les avatars de la protection sociale d'entreprise en Europe, Droit social 2003, p. 202 ; Communication de la Commission, L'évolution à venir de la protection sociale dans une perspective à long terme : des pensions sûres et viables, 11 oct. 2000 (COM(2000) 622 final).

¹⁰³ L. DRIGUEZ, Droit social et droit de la concurrence, Bruylant 2006, p. 337 et s.

¹⁰⁴ L. DELAHOUSSE, Les fonds de pension en questions, Gualino 2008, p. 23.

¹⁰⁵ G. CORON, Retraite par capitalisation et Union européenne : retour sur la directive institutions de retraite professionnelle, Revue de l'IRES 2003, n° 43, p. 5.

¹⁰⁶ M. DEL SOL, Retraites supplémentaires professionnelles : l'influence diffuse de l'Union européenne, Droit social 2014, p. 627. L'auteur relève que « *là où l'Union européenne entend promouvoir des systèmes verticaux de retraite reposant sur trois piliers, le système français reste dans une configuration horizontale dont la base élargie est constituée par les régimes par répartition et dans le cadre de laquelle les régimes supplémentaires professionnels ne constituent qu'un étage* ».

¹⁰⁷ H. DELLEECK, Le rôle de la protection sociale complémentaire par rapport aux régimes de base : concurrence ou partenariat ? (résumé), in La protection sociale complémentaire dans l'Union européenne, la problématique des pensions et des soins de santé / De Anvullende sociale voorzieningen in de Europese Unie, pensioenen en gezondheidszorg, dir. C. VAN SCHOU BROECK, Academia-Bruylant 2003, p. 31 ; L. APROBERTS, Les logiques des systèmes de retraite en Europe, Retraite et société 2007, n° 50, p. 9 ;

B. Au croisement des droits

30. La protection sociale complémentaire se situe au croisement de plusieurs concepts (1) et disciplines (2) juridiques.

1. Les concepts juridiques

31. La protection sociale. - Le développement de la protection sociale en Europe remonte au XIX^e siècle¹⁰⁸. Le besoin de sécurité des peuples, en particulier des travailleurs, s'impose avec le développement de l'industrie¹⁰⁹. L'Europe constitue le « *berceau* »¹¹⁰ des assurances sociales ; elle en serait aujourd'hui le « *maillot jaune* »¹¹¹. En effet, après la Seconde guerre mondiale, le recours à la technique de la répartition a permis de « *réaliser des progrès sociaux dans un climat caractérisé par une croissance économique constante et une augmentation de la population active [...]* »¹¹². La protection sociale constitue désormais l'un des ciments de la cohésion sociale¹¹³. Les politiques mises en place par les pouvoirs publics ont joué un rôle essentiel dans cette avancée majeure¹¹⁴. Cependant, à l'origine, les avantages dont bénéficiaient les salariés étaient davantage considérés comme des libéralités de la part de l'employeur que comme

G. CORON, Le prisme communautaire en matière de retraites : la diffusion à travers le droit européen de la théorie des piliers, *Retraite et société* 2007, n° 50, p. 250.

¹⁰⁸ G. LYON-CAEN, La deuxième jeunesse de la prévoyance sociale, *Droit social* 2002, p. 728 ; J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances*, tome 1 : entreprises et organismes d'assurance, LGDJ 2011, 3^e éd., n° 12 et s., p. 12 et s. (v. également n° 1121 et s., p. 490 et s.) ; A. MASSON, Assurance sociale et assurance privée face à la crise de l'État-providence, *Risques* 1995, n° 24, p. 135.

¹⁰⁹ « *Le goût du risque et le désir de la sécurité représentent deux tendances fondamentales de l'esprit humain. Suivant les individus et les groupes sociaux mais aussi suivant les époques, l'une ou l'autre prédomine* », P. DURAND, La politique contemporaine de sécurité sociale, Dalloz 1953, p. 11.

¹¹⁰ J.-P. DUMONT, Les systèmes de protection sociale en Europe, *Economica* 1998, 4^e éd., p. 1.

¹¹¹ J.-P. DUMONT, Les systèmes de protection sociale en Europe, *Economica* 1998, 4^e éd., p. 7.

¹¹² H. DELLEECK, Le rôle de la protection sociale complémentaire par rapport aux régimes de base : concurrence ou partenariat ? (résumé), in *La protection sociale complémentaire dans l'Union européenne, la problématique des pensions et des soins de santé / De Anvullende sociale voorzieningen in de Europese Unie, pensioenen en gezondheidszorg*, dir. C. VAN SCHOU BROECK, Academia-Bruylant 2003, p. 32.

¹¹³ « *Il n'y a pas de cohésion sociale sans protection sociale* » (R. CASTEL, Les métamorphoses de la question sociale, Une chronique du salariat, Gallimard 2012, p. 769).

¹¹⁴ « *Un des grands succès des politiques sociales de la seconde moitié du XX^e siècle est que la vieillesse n'est plus synonyme de pauvreté et que les personnes âgées ne sont plus dépendantes de l'aide que leur apportent leurs enfants* » (Document de travail des services de la commission. Annexe au rapport de synthèse sur des pensions adéquates et viables, 27 févr. 2006, SEC(2006) 304, p. 3).

des droits, à plus forte raison sociaux. Ce n'est qu'à la faveur du développement et de la structuration du droit du travail et du droit de la sécurité sociale que ces avantages ont changé de nature¹¹⁵.

32. Hétérogènes, les systèmes de protection sociale européens le sont nécessairement : ils ont été bâtis au niveau national, reflétant une histoire et une culture propres à chaque Etat¹¹⁶. Ils peuvent cependant être regroupés en trois grands ensembles : les régimes bismarckiens¹¹⁷, les régimes beveridgiens¹¹⁸ et les régimes nordiques. Les premiers, mis en œuvre en Allemagne ou en Espagne, sont étroitement liés au marché du travail : 1) c'est sur le salaire que sont précomptées les cotisations ; 2) le régime ne bénéficie qu'à ceux qui contribuent ou ont contribué à son fonctionnement ; 3) les prestations sont proportionnelles aux cotisations. Les seconds, en vigueur au Royaume-Uni et aux Pays-Bas, sont plus indépendants du marché du travail. Ils fonctionnent davantage dans une logique de solidarité nationale et sont détachés de la contribution au régime. Les régimes nordiques, en vigueur au Danemark, en Finlande et en Norvège, se rapprochent du modèle beveridgien, si ce n'est que la protection sociale y est largement financée par l'impôt¹¹⁹. La France est plutôt organisée selon le modèle bismarckien. Un glissement vers le modèle beveridgien est cependant relevé¹²⁰.

Les systèmes publics de protection sociale sont vecteurs d'équité, de justice

¹¹⁵ Ph. MARTIN, La prévoyance d'entreprise en Europe : fragment ou vecteur de protection sociale ?, Revue internationale de Sécurité Sociale 2005, n° 58, p. 23.

¹¹⁶ M. LAROQUE, L'impact du droit communautaire sur les concepts de la protection sociale française, Droit social 1997, p. 961. Selon cet auteur, la protection sociale constitue « un système de philosophie sociale » propre à chaque pays, « même si l'exemple des voisins est source d'influence positive ou négative ».

¹¹⁷ Du nom du chancelier allemand Bismarck, à l'origine de la loi de 1889 sur l'invalidité vieillesse et, par conséquent, du développement des assurances sociales en Europe.

¹¹⁸ Du nom de Lord Beveridge, dont les thèses ont émergé au Royaume-Uni à compter des années 1940.

¹¹⁹ F. CHARPENTIER, Les retraites en France et dans le monde. Nouvelles problématiques, Economica 2009, p. 210 et s.

¹²⁰ « La généralisation, voire la tendance à l'universalité, la baisse du degré de socialisation publique constatée en matière de santé et de retraite, l'encadrement juridique de la médecine libérale, pas toujours suivi d'effets en pratique, et le renforcement de l'Etat, notamment au détriment des caisses de sécurité sociale, sont autant de signes du basculement de notre système de santé vers le modèle beveridgien » (R. MARIE, Vers un basculement du système français de sécurité sociale dans le modèle beveridgien ?, RDSS 2011, p. 727) ; J.-P. CHAUCHARD, B. FRIOT, Faut-il couper le cordon entre travail et protection sociale ?, RDT 2011, p. 677.

sociale et de solidarité. Les prélèvements obligatoires et les dépenses publiques représentent ainsi des « *achats collectifs de services publics* » qui reflètent les valeurs sur lesquelles le modèle social européen est fondé¹²¹. Ils présentent toutefois des inconvénients : « déresponsabiliser » tant les demandeurs que les offreurs de soins et les responsables politiques (notamment en période électorale) ; alimenter une tendance inflationniste ; freiner la mobilisation de capitaux. A l'inverse, les systèmes privés incitent à l'épargne et « responsabilisent » les parties prenantes ; mais ils font intervenir une logique concurrentielle au sein d'un marché qui diffère des autres et exposent à l'exclusion des personnes vulnérables¹²².

33. La protection sociale complémentaire. - La protection sociale complémentaire peut se définir comme « *l'ensemble des couvertures sociales qui s'ajoutent, voire se substituent, aux prestations légales des régimes de sécurité sociale au regard des régimes sociaux classiques : maladie, maternité, invalidité, décès, vieillesse* »¹²³. Elle comporte : 1) la protection sociale complémentaire individuelle, souscrite par chacun à son profit ou en faveur de ses ayants droit auprès d'un organisme assureur ; 2) la protection sociale complémentaire professionnelle, dite « d'entreprise », qui constitue l'ensemble des garanties collectives de prévoyance et de retraite instituées par les entreprises au profit de tout ou partie de leur personnel, afin de compléter les régimes de base et complémentaires légalement obligatoires. Dans les deux cas, il s'agit d'« *une contrée encore peu explorée, notamment par les juristes* »¹²⁴. Les mécanismes qui la régissent au sein des Etats membres de l'Union européenne sont hétérogènes et complexes¹²⁵. Dans sa résolution du 21 mai 2013 sur une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables, le Parlement européen relève « *la grande*

¹²¹ A. EUZEBY, L'inclusion sociale, objectif majeur pour l'Union européenne, RMCUE 2004, n° 478, p. 306.

¹²² J.-P. DUMONT, Les systèmes de protection sociale en Europe, Economica 1998, 4^e éd., p. 43 et s.

¹²³ F. WISMER, P. CHAPERON, Protection sociale complémentaire des salariés. Historique et cadre général, JurisClasseur Protection sociale Traité, fasc. 810, 2014, n° 1.

¹²⁴ Ph. MARTIN, Epargne salariale et retraite : les avatars de la protection sociale d'entreprise en Europe, Droit social 2003, p. 202.

¹²⁵ J.-P. CHAUCHARD, Brèves réflexions sur les retraites d'entreprise en France, in Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé, dir. S. HENNION-MOREAU, O. KAUFMANN, Bruylant 2007, p. 373.

disparité des caractéristiques et des résultats des systèmes de retraite professionnels des Etats membres en ce qui concerne l'accès, la solidarité, la rentabilité, les risques et les rendements »¹²⁶. La notion de régime est elle-même difficile à cerner en raison de sa diversité¹²⁷.

34. Il est vrai que le droit européen de la protection sociale complémentaire n'existe pas en soi¹²⁸ : aucun corpus n'y est totalement consacré ; aucune concordance de la réglementation s'appliquant au secteur n'est réalisée¹²⁹. Les textes adoptés concernent l'assurance directe sur la vie, l'assurance directe autre que sur la vie, les retraites professionnelles, les institutions de retraite professionnelle, les pensions complémentaires, les régimes complémentaires de sécurité sociale ou l'assurance maladie complémentaire. En outre, les dispositions *« régissant la matière n'ont pas nécessairement, loin s'en faut, le même champ d'application, ce qui ne sert pas la cohésion d'ensemble de l'édifice »*¹³⁰.

35. Certaines définitions peuvent néanmoins s'avérer utiles. Ainsi, l'article 2 de la directive n° 86/378/CEE du 24 juillet 1986¹³¹ précise que *« sont considérés comme régimes professionnels de sécurité sociale les régimes [...] qui ont pour*

¹²⁶ Résolution du Parlement européen du 21 mai 2013 sur une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables (2012/2234 (INI)).

¹²⁷ Th. TAURAN, Est-il possible de définir la notion de « régime » de sécurité sociale ?, RDSS 2009, p. 1111.

¹²⁸ Un auteur parle, à juste de titre, de « *puzzle juridique* » (F. KESSLER, Egalité et protection sociale complémentaire, RDSS 2013, p. 392).

¹²⁹ Le Professeur DEL SOL souligne que *« le droit positif européen applicable aux retraites supplémentaires professionnelles est totalement atomisé et il serait vain de rechercher, au-delà de la pluralité de règles applicables, la construction d'un environnement juridique dédié. Plusieurs facteurs contribuent à cette atomisation : certains sont notionnels, la définition des retraites professionnelles étant relative ; d'autres se trouvent dans la diversité des fondements juridiques sur la base desquels les textes sont adoptés ; d'autres enfin résident dans l'application à ce champ de dispositions générales (notamment celles relatives à l'égalité de traitement et à la non-discrimination). Cela emporte in fine un paysage qui allie complexité et illisibilité »* (M. DEL SOL, Retraites supplémentaires professionnelles : l'influence diffuse de l'Union européenne, Droit social 2014, p. 627). V. également : Ph. MARTIN, La prévoyance d'entreprise en Europe : fragment ou vecteur de protection sociale ?, Revue internationale de sécurité sociale 2005, n° 58, p. 29.

¹³⁰ J.-M. BINON, H. CLAASSENS, La protection sociale complémentaire en droit européen : cadre général, acquis et questions pendantes, in La protection sociale complémentaire dans l'Union européenne, la problématique des pensions et des soins de santé / De Anvullende sociale voorzieningen in de Europese Unie, pensioenen en gezondheidszorg, dir. C. VAN SCHOU BROECK Academia-Bruylant 2003, p. 41.

¹³¹ Dir. n° 86/378/CEE, 24 juill. 1986, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale : JOCE, n° L 241, 12 août 1986, p. 40.

objet de fournir aux travailleurs salariés ou indépendants groupés dans le cadre d'une entreprise ou d'un groupement d'entreprises, d'une branche économique ou d'un secteur professionnel ou interprofessionnel, des prestations destinées à compléter les prestations des régimes légaux de sécurité sociale ou à s'y substituer, que l'affiliation à ces régimes soit obligatoire ou facultative ».

La directive n° 2003/41/CE concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle entend le régime de retraite comme « *un contrat, un accord, un acte de fiducie ou des règles stipulant quelles prestations de retraite sont fournies, et selon quelles modalités* »¹³².

36. Les bénéficiaires. - Les bénéficiaires de la protection sociale complémentaire sont mal définis, même si l'évolution du droit de l'Union européenne a placé « *la famille au point de rencontre de deux égalités, entre l'homme et la femme, entre le travailleur national et le travailleur d'un autre Etat membre* »¹³³. Dans les régimes d'entreprise, le travailleur est le bénéficiaire naturel du système. Le conjoint et les enfants peuvent également être couverts par les garanties mises en place. Au-delà, la situation des membres de la famille élargie demeure confuse¹³⁴. Par ailleurs, dans les Etats, les régimes sont tantôt facultatifs,

¹³² Dir. n° 2003/41/CE, 23 juin 2003, concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle : JOUE n° L 235, 23 sept. 2003, p. 10.

¹³³ P. RODIERE, Droit social : famille et égalité de traitement : RTD eur. 1989, p. 297.

¹³⁴ J.-Ph. LHERNOULD, Le périmètre de la famille en droit social communautaire, Droit de la famille 2005, étude 26, p. 11. L'auteur relève, par exemple, qu'« *il est tantôt fait référence aux descendants du travailleur et de son conjoint de moins de 21 ans ou à sa charge, aux enfants de moins de 21 ans du ressortissant communautaire et des descendants de celui-ci et de son conjoint qui sont à leur charge (Dir. n° 73/148), aux descendants à leur charge (Dir. n° 90/364, 90/365), aux enfants mineurs du regroupant et de son conjoint, y compris les enfants adoptés (Dir. n° 2003/86), aux enfants du couple ou du bénéficiaire du statut de réfugié, à condition qu'ils soient non mariés et à sa charge sans tenir compte du fait qu'ils sont légitimes, nés hors mariage ou adoptés selon les définitions du droit national (Dir. n° 2004/83), aux enfants mineurs célibataires du regroupant ou de son conjoint, qu'ils soient légitimes, nés hors mariage ou adoptés (Dir. n° 2001/55), aux enfants mineurs du couple ou du demandeur, à condition qu'ils soient non mariés et à charge, sans discrimination selon qu'ils sont nés du mariage, hors mariage ou qu'ils ont été adoptés, conformément au droit national (Dir. n° 2003/9), aux descendants directs qui sont âgés de moins de 21 ans ou qui sont à charge, et les descendants directs du conjoint ou du partenaire ainsi qu'aux ascendants directs à charge et ceux du conjoint ou du partenaire (Dir. n° 2004/38)* ». S'agissant de la famille élargie, « *le règlement n° 1612/68, les directives 73/148, 90/364 et 90/365 renvoient sans précision aux ascendants et descendants à charge, la directive n° 2001/55 évoque « d'autres parents proches qui vivaient aux sein de l'unité familiale » tandis que la directive 2004/38 cite « les descendants directs qui sont âgés de moins de 21 ans ou qui sont à charge, et les descendants directs du conjoint ou du partenaire » ainsi que « les ascendants directs à charge et ceux du conjoint ou du partenaire ». Les directives 2003/86, la directive*

tantôt obligatoires. Dans ce dernier cas, la qualité de bénéficiaire est acquise de manière automatique, à moins qu'une dispense d'adhésion soit possible.

37. La couverture de risques. - Les « risques »¹³⁵ couverts par la protection sociale complémentaire sont nombreux¹³⁶, les limites n'en étant fixées que par les besoins des bénéficiaires et la prise en charge par les organismes assureurs¹³⁷. La maladie, le handicap¹³⁸, la dépendance¹³⁹, la vieillesse, le décès¹⁴⁰ font partie des thèmes qui entrent dans son champ d'application¹⁴¹.

2003/9 et 2004/83 ont une approche étroite de la famille, ne faisant mention que du conjoint et des enfants ».

¹³⁵ « La notion même de risque est atteinte. La vieillesse, par exemple, a été considérée comme un risque à une époque où seule une minorité de personnes arrivaient à l'âge de la retraite (d'où l'appellation de risque vieillesse). Le risque apparaît comme altéré lorsque l'aléa n'y joue plus qu'une faible part » (J.-P. CHAUCHARD, Les nécessaires mutations de l'État Providence : du risque social à l'émergence d'un droit-besoin, Droit social 2012, p. 135).

¹³⁶ L'Homme à l'état naturel connaît, selon ROUSSEAU, des « ennemis plus redoutables que les bêtes féroces et dont l'homme n'a pas les mêmes moyens de se défendre : les infirmités naturelles, l'enfance, la vieillesse et les maladies de toute espèce » (J.-J. ROUSSEAU, Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les Hommes, in Œuvres complètes III. Du contrat social - Ecrits politiques, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard 1964, p. 137). Ce constat peut être renouvelé.

¹³⁷ « Il y a pourtant assez de maux réels ; cela n'empêche pas que les gens y ajoutent, par une sorte d'entraînement de l'imagination » (ALAIN, Propos, I, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard 1956, p. 19).

¹³⁸ La Cour de justice définit le handicap comme la « limitation résultant notamment d'atteinte physique, mentale ou psychique et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle » (CJCE, 11 juill. 2006, Sonia Chacon Navas, aff. C-13/045 : Rec., p. 6467 ; RDSS 2007, p. 75, note A. BOUJEKA).

¹³⁹ N. KERSCHEN, La dépendance saisie par le droit social, RDSS 1992, p. 438 ; D. THOUVENIN, La prise en charge des personnes âgées dépendantes par les organismes privés, RDSS 1992, p. 512 ; S. MILANO, L'assurance dépendance en Allemagne et la réforme en cours, RDSS 2008, p. 469 ; J. BICHOT, Faut-il une cinquième branche pour un cinquième risque ?, RDSS 2008, p. 940. L'auteur estime que la prise en charge de la dépendance doit être totalement assurée par le système de retraite par répartition : « la vieillesse a été considérée comme un risque à une époque où seule une minorité de personnes arrivaient à l'âge de la retraite [...]. En considérant et en traitant essentiellement comme un risque une situation - la dépendance - qui survient de façon habituelle au cours de l'inéluctable processus de vieillissement, on commettrait vraisemblablement la même erreur d'appréciation qui a déjà handicapé l'organisation de nos systèmes de retraites par répartition » (V. RUOL, Le financement de la dépendance par l'assurance privée. Un éclairage technique, Droit social 2011, p. 844).

¹⁴⁰ ALAIN, Propos, I, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, 1956, p. 22.

¹⁴¹ En France, l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale dispose que le domaine de la protection sociale complémentaire d'entreprise recouvre les garanties collectives dont bénéficient les salariés, anciens salariés et ayants droit en complément de celles qui résultent de l'organisation de la sécurité sociale, à moins qu'elles ne soient instituées par des dispositions législatives ou réglementaires. L'article L. 911-2 précise que les garanties collectives mentionnées à l'article L. 911-1 ont notamment pour objet de prévoir, au profit des salariés, des anciens salariés et de leurs ayants droit, la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, des risques d'inaptitude et du risque chômage, ainsi que la constitution d'avantages sous forme de pensions de retraite, d'indemnités ou de primes de départ en retraite ou de fin de carrière.

38. Ces risques sont appréciés diversement par les bénéficiaires. Les frais de santé revêtent un caractère de fréquence (si ce n'est de récurrence, s'agissant des frais d'optique ou dentaires) relevant d'une logique de consommation autant que d'une logique d'assurance. La prévoyance, en particulier s'agissant des risques décès et invalidité, est davantage éloignée de leurs préoccupations quotidiennes. En outre, les intérêts des salariés diffèrent souvent en fonction de la catégorie professionnelle à laquelle ils appartiennent. Les catégories les moins favorisées sont plus attentives à leur couverture frais de santé ; les cadres sont plus sensibles au renforcement de leurs droits à retraite¹⁴².

39. Les régimes de retraite du second pilier sont dits « complémentaires » lorsque les pouvoirs publics européens y font référence. En France toutefois, est dénommée retraite « complémentaire » celle gérée par l'Association générale des institutions de retraite complémentaire des cadres (Agirc) et l'Association pour le régime de retraite complémentaire des salariés (Arrco). La première a été instituée par la convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947, la seconde par l'accord national interprofessionnel du 8 décembre 1961. Ces régimes complémentaires de retraite ont été généralisés par la loi du 29 décembre 1972¹⁴³. Il s'agit de régimes par répartition dont les caractéristiques les rattachent, dans la classification européenne, au premier pilier. Ainsi, en France, les dispositifs professionnels institués par les branches ou les entreprises sont dénommés régimes de retraite « supplémentaire ». Dans le cadre de la présente étude, il sera fait référence à la retraite « complémentaire » afin de suivre la terminologie retenue en droit européen. Les références à la retraite « supplémentaire » concerneront la France, pour éviter toute confusion avec les régimes gérés par l'Agirc et l'Arrco.

¹⁴² M. HALLOPEAU (dir.), *Epargne, retraite, prévoyance d'entreprise*. Manuel juridique, financier, RH, L'Argus de l'assurance 2014, 2^e éd., p. 29 et s.

¹⁴³ L. n° 72-1223, 29 déc. 1972, portant généralisation de la retraite complémentaire au profit des salariés et anciens salariés : JORF, 30 déc. 1972, p. 13781.

40. Ces régimes de retraite peuvent être à prestations définies ou à cotisations définies. Le régime à prestations définies est celui par lequel l'entreprise s'engage vis-à-vis des bénéficiaires au versement d'un montant de retraite prédéterminé, généralement exprimé en pourcentage du dernier salaire ou de la moyenne des derniers salaires d'activité. Ce type de régime garantit un niveau de pension, non un niveau de financement. Le régime à cotisations définies peut se définir comme le dispositif par lequel l'entreprise verse à un organisme assureur, pour le compte de salariés, des cotisations qui constituent un capital et qui seront converties en rente lors de sa liquidation. L'engagement de l'entreprise porte exclusivement sur un niveau de financement et non sur un niveau de prestations. La distinction entre les régimes à cotisations définies et ceux à prestations définies est connue du droit européen et de tous les Etats membres de l'Union.

41. Les opérateurs. - Au XIX^e siècle, les premiers régimes d'entreprise étaient gérés en interne, une cotisation du salarié alimentant un fonds. Le risque majeur était la disparition des sommes et de la couverture en cas de difficultés financières de l'entreprise. En outre, en cas de départ, le salarié n'avait aucun droit au transfert des droits acquis. L'idée s'est alors diffusée de confier la gestion de ces fonds à un organisme extérieur spécialisé¹⁴⁴. Le recours à la gestion externe s'imposait, tant dans l'intérêt de l'entreprise, qui « *ne peut assumer toutes les promesses que supposent certaines garanties sociales* » et « *doit pouvoir survivre au coût de ses engagements* », que dans celui des bénéficiaires, dont la « *garantie doit pouvoir survivre à l'entreprise, voire même, à leur présence dans l'entreprise* »¹⁴⁵. La protection sociale complémentaire est ainsi au cœur d'une « *organisation trilatérale* »¹⁴⁶, coordonnant les droits et les obligations des bénéficiaires, de l'employeur et de l'organisme spécialisé.

¹⁴⁴ J. BIGOT (dir.), Traité de droit des assurances, tome 1 : entreprises et organismes d'assurance, LGDJ 2011, 3^e éd., n° 23, p. 12 et 13.

¹⁴⁵ J.-F. CESARO, Protection sociale d'entreprise et assurance, Droit social 2006, p. 165.

¹⁴⁶ L.-E. CAMAJI, La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales, Dalloz 2008, n° 511, p. 307.

42. Les organismes intervenant dans le domaine de la protection sociale complémentaire varient en fonction des Etats. En France, jusqu'à la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989¹⁴⁷, les associations pouvaient couvrir des garanties de prévoyance et de retraite ; il en allait de même des entreprises, qui géraient celles-ci en interne. Le législateur a restreint l'accès à cette activité aux entreprises d'assurance, aux institutions de prévoyance et aux mutuelles. Elles constituent toutes des « organismes assureurs », dans la mesure où toutes fonctionnent en ayant recours à la technique de l'assurance. Dans d'autres Etats membres de l'Union européenne, interviennent des coopératives, des associations ou des trusts... Les termes d'organismes spécialisés ou professionnels désigneront le plus souvent, dans le cadre de la présente étude, l'ensemble des opérateurs intervenant dans ce domaine au sein de l'Union.

43. Le droit européen joue un grand rôle dans la structuration des opérateurs. Le secteur de l'assurance s'est en effet épanoui à compter des années 1970 par le biais du droit dérivé. En revanche, alors que l'exercice de l'activité d'assurance fait l'objet d'une réglementation extrêmement dense, il n'en existe aucune définition¹⁴⁸. Les pouvoirs publics européens ne se sont pas saisis de cette question. Le champ d'application normatif est défini indirectement par les directives au moyen de listes d'assurances ou d'opérations autorisées ou exclues¹⁴⁹. Le législateur français a repris la même méthode : il distingue différentes catégories d'assurance sans toutefois définir l'assurance¹⁵⁰. D'une manière générale, le contrat d'assurance peut toutefois être présenté comme l'opération par

¹⁴⁷ Dite loi « Evin » (art. 2, L. n° 89-1009, 31 décembre 1989 : JORF n° 1, 2 janv. 1990, p. 13).

¹⁴⁸ Il est toutefois relevé que « *c'est la garantie du risque qui constitue l'élément fondamental de l'opération d'assurance* », de telle sorte que l'activité d'assurance directe peut être définie comme celle « *consistant à effectuer des opérations d'assurance, et l'opération d'assurance comme l'opération consistant à couvrir des risques auxquels sont exposés un ensemble d'assurés, en vertu d'une obligation de couverture et en contrepartie de primes ou cotisations d'assurance, entraînant une obligation de règlement des prestations en cas de réalisation de ce risque, sachant que l'activité des entreprises contrôlées par l'Etat ne se limite pas aux opérations d'assurance proprement dites* » (J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances*, tome 1 : entreprises et organismes d'assurance, LGDJ 2011, 3^e éd., n° 137, p. 77 et 78).

¹⁴⁹ Art. 1-3 et art. 2-1, 2, 3, 4, Dir. n° 73/239/CE, 23 juill. 1973, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice : JOCE n° L 228, 16 août 1973, p. 3 ; art. 1-1, 1-2 et 3, Dir. n° 2002/83/CE, 5 nov. 2002, concernant l'assurance directe sur la vie : JOCE n° L 345, 19 déc. 2002, p. 1.

¹⁵⁰ Art. L. 310-1, C. ass.

laquelle un organisme assureur s'engage à indemniser une ou plusieurs personnes en cas de réalisation d'un risque, en contrepartie du versement régulier d'une prime ou cotisation. Le risque est nécessairement un élément aléatoire, à peine de nullité du contrat d'assurance¹⁵¹.

44. Plus récemment, la directive n° 2003/41 du 3 juin 2003¹⁵² a réglementé les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle. L'article 6, a) de ce texte définit l'institution de retraite professionnelle comme « *un établissement, quelle que soit sa forme juridique, qui fonctionne selon le principe de financement par capitalisation et qui est établi séparément de toute entreprise ou groupement d'affiliation dans le but de fournir des prestations de retraite liées à une activité professionnelle, sur la base d'un accord ou d'un contrat* »¹⁵³.

2. Les disciplines juridiques

45. **Le brassage des droits.** - La protection sociale complémentaire se situe au confluent du droit du travail, du droit de la sécurité sociale et de la protection sociale, du droit des assurances, du droit fiscal, du droit de la concurrence et du droit des « structures » (sociétés d'assurance, mutuelles, institutions de prévoyance, coopératives, trusts, etc.)¹⁵⁴. Cet intense brassage juridique accroît la

¹⁵¹ « *Le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un aléa au sens des articles 1964 du Code civil, L. 310-1, 1° et R. 321-1, 20 du Code des assurances et constitue un contrat d'assurance sur la vie* » (Cass. ch. Mixte, 23 nov. 2004, n° 03-13.673 ; JCP E 2004, act. 267).

¹⁵² Dir. n° 2003/41/CE, 23 juin 2003, concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle, JOUE n° L 235, 23 sept. 2003, p. 10.

¹⁵³ S. HENNION-MOREAU, Les retraites professionnelles dans le système juridique de l'Union européenne, RDSS 2008, p. 5.

¹⁵⁴ En droit français, il est relevé que « *la mise en œuvre du système le plus commun (système à cotisations définies) dans les conditions les plus communes exige, au minimum, l'utilisation de cinq codes différents (Code civil, Code du travail, Code de la sécurité sociale, Code des assurances, Code général des impôts)* » (V. ROULET, L'opération d'assurance dans la rémunération des salariés, Editions Panthéon Assas 2011, n° 30, p. 29 et 30). V. également : J.-P. DUMONT, Les systèmes de protection sociale en Europe, Economica 1998, 4^e éd., p. 295. Le lien entre droit du travail et droit de la protection sociale est évident. Relevant de la même substance, ces mécanismes sont des « *éléments constitutifs du statut salarial, ou du moins de l'identité des salariés* » (A. BOUILLOUX, Le droit de la protection sociale, un modèle ?, SSL 2011, suppl. n° 1194, p. 68). V. également : J. BARTHELEMY, Peut-on dissocier le droit du travail et le droit de la sécurité sociale ? Contribution à la théorie des vases communicants, Droit social 2007, p. 787. Dans le même sens, le Professeur VERKINDT relève que « *bien plus qu'un simple rapprochement, voire même qu'une simple interaction, l'association du droit du travail et du droit de la sécurité sociale paraît*

dépendance des régimes de protection sociale complémentaire au contenu des régimes de base. Leur intégration dans les libertés économiques garanties et mises en œuvre par l'Union européenne¹⁵⁵ aggrave la complexité des dispositions qui leur sont applicables, freinant leur développement.

46. Plan. - Aucun cap clair n'a été fixé par les pouvoirs publics européens s'agissant du droit de la protection sociale complémentaire¹⁵⁶, celle-ci ne constituant pas un concept autonome dans le corpus normatif dont ils ont la charge. Il est donc préférable d'évoquer la contribution¹⁵⁷ du droit européen, plus que son influence¹⁵⁸ ou son incidence¹⁵⁹. Les obstacles tenant à l'absence de textes

être le dénuement d'une dialectique dont le produit pourrait bien s'appeler « sécurité sociale professionnelle » (P.-Y. VERKINDT, Sécurité professionnelle, sécurité sociale, sécurité sociale professionnelle. Quelques gammes autour de trois expressions, Droit social 2011, p. 1295). V. également : F. GAUDU, La sécurité sociale professionnelle, un seul lit pour deux rêves, Droit social 2007, p. 393.

¹⁵⁵ A. SUPLOT, L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total, Seuil 2010, p. 120 ; S. HENNION-MOREAU, Les retraites professionnelles dans le système juridique de l'Union européenne, RDSS 2008, p. 5.

¹⁵⁶ « *L'observateur extérieur est bien en peine de se faire une idée précise des objectifs assignés par le traité CE à la construction européenne en cette matière, de ce qui a été fait à ce jour pour parvenir à ces objectifs et de ce qui reste à faire à cette fin* » (J.-M. BINON, H. CLAASSENS, La protection sociale complémentaire en droit européen : cadre général, acquis et questions pendantes, in La protection sociale complémentaire dans l'Union européenne, la problématique des pensions et des soins de santé / De Anvullende sociale voorzieningen in de Europese Unie, pensioenen en gezondheidszorg, dir. C. VAN SCHOUBROECK, Academia-Bruylant 2003, p. 41). « *Evoquer l'influence du droit de l'Union européenne dans le domaine de la santé en général et des soins de santé en particulier relève presque du masochisme* » (E. BROSSET, Les « coordonnées » de l'influence du droit de l'Union européenne en matière de soins de santé, RDSS 2013, p. 105). Ce dernier auteur cite les propos du Professeur WEIL : « *masochistes parmi les masochistes, les juristes de droit international poussent encore plus loin cette quête douloureuse ; puisque ce n'est pas seulement le phénomène juridique en général qui leur pose problème, c'est leur propre discipline qui les tourmente* » (P. WEIL, Le droit international en quête de son identité, Cours de l'Académie de droit international, t. 237, 1996).

¹⁵⁷ « *Collaboration à une œuvre commune* » (Le Petit Robert, Edition 2015). L'« œuvre », en l'occurrence, est la construction du droit de la protection sociale complémentaire. Elle est « commune » car l'action du droit européen se conjugue avec celle du droit interne de chaque Etat membre. La contribution peut également se définir, « *en toute matière* », comme la « *part que doit supporter chacun dans une charge incombant à plusieurs* » (G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, PUF 2014, p. 265).

¹⁵⁸ « *Action qu'exerce une chose, un phénomène, une situation sur qqn ou qqch* » (Le Petit Robert, Edition 2015). Ce terme est très utilisé s'agissant de la description des effets du droit européen sur le droit interne s'agissant de champs disciplinaires dont les règles sont moins « atomisées » (quelques exemples récents : P. RODIERE, L'influence du droit communautaire et du droit international, Droit social 2008, p. 895 ; E. BROSSET, Les « coordonnées » de l'influence du droit de l'Union européenne en matière de soins de santé, RDSS 2013, p. 1050 ; M. SCHMITT, L'influence du droit de l'Union européenne sur les réformes françaises du marché du travail et de l'emploi, RDSS 2014, p. 454). Le Professeur DEL SOL pondère son utilisation en évoquant « l'influence diffuse » du droit de l'Union (M. DEL SOL, Retraites supplémentaires professionnelles : l'influence diffuse de l'Union européenne, Droit social 2014, p. 627). L'« impact » du droit européen est également évoqué (M. LAROQUE, L'impact du droit communautaire sur les concepts de la protection sociale française, Droit social 1997, p. 961). Cet auteur relève d'ailleurs, au sujet de la protection sociale, que « *pour qu'il y ait impact du droit communautaire, cela suppose [...] qu'il y ait une conception communautaire de la protection sociale et donc d'examiner comment s'est construite cette conception et sur quels principes elle débouche* ». Il pourrait être envisagé d'entendre ce constat à la

coordonnés et de définitions claires ainsi qu'aux différences structurelles entre les systèmes de protection sociale complémentaire en Europe¹⁶⁰ ne permettent pas, pour l'heure, d'envisager l'uniformisation du droit applicable, même si un processus d'harmonisation ou de coordination a pu, dans certains cas, être mis en œuvre¹⁶¹. Le rôle du droit européen en matière de protection sociale complémentaire est toutefois majeur¹⁶², qu'il s'agisse de l'encadrement des opérateurs¹⁶³ (**Première partie**) ou de la protection des bénéficiaires des dispositifs mis en place¹⁶⁴ (**Seconde partie**).

protection sociale complémentaire. Pour autant, celle-ci est bien plus tiraillée entre l'économique et le social et entre les intérêts des bénéficiaires et des gestionnaires des régimes, si bien que le droit européen joue un rôle dans son évolution sans toujours qu'une ligne claire de développement soit tracée.

¹⁵⁹ « *Ce qui arrive, survient ; circonstance, incident* » (Le Petit Robert, Edition 2015).

¹⁶⁰ A tel point que certains se sont interrogés sur le caractère illusoire d'une action communautaire en la matière (S. MICHAS BEGUERIE, Régimes privés de retraites complémentaires. Essai de comparaison des systèmes allemand, anglais et français dans une perspective communautaire, *Droit social* 1996, p. 519). En réalité, le rôle du droit européen est ambivalent et peut apparaître « *comme un dieu Janus à double face, porteur de menaces avec son premier visage, et d'opportunité pour le second. Ce ne sont pas les mêmes individus, groupes d'intérêt, collectifs, acteurs, etc. qui se sentent menacés par le droit européen ou qui, au contraire, se trouvent dotés de ressources par lui* » (J.-C. BARNIER, F. COLOMB, protection sociale et droits sociaux entre menaces et opportunités : le droit européen comme dieu Janus, *Revue française des affaires sociales* 2012, n° 1, p. 16).

¹⁶¹ Le droit européen ne se borne généralement pas à organiser une coordination de la législation applicable au sein des Etats membres. Le Professeur Morvan parle de « *communautarisation* » du droit interne de la protection sociale, c'est-à-dire d'une « *conception uniforme des règles de coordination* » (P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis 2013, 6^e éd., p. 37, n° 57).

¹⁶² « *Le droit de la protection sociale complémentaire : une symphonie en quatre temps inégalement achevés* » (J.-M. BINON, H. CLAASSENS, La protection sociale complémentaire en droit européen : cadre général, acquis et questions pendantes, in *La protection sociale complémentaire dans l'Union européenne, la problématique des pensions et des soins de santé / De Anvullende sociale voorzieningen in de Europese Unie, pensioenen en gezondheidszorg*, dir. C. VAN SCHOU BROECK, Academia-Bruylant 2003, p. 39). Ce rôle s'inscrit plus largement dans le mouvement d'europanisation progressive du droit privé (R. ZIMMERMANN, *Le droit comparé et l'europanisation du droit privé*, RTD civ. 2007, p. 451).

¹⁶³ Th. TAURAN, Les institutions de retraite et le droit de l'Union européenne, JCP S 2006, 1153 ; Document portant sur « *Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle* » réalisé au mois de juillet 2011 par la direction générale des politiques internes à la demande de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, p. 11.

¹⁶⁴ Livre blanc, Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables, 16 févr. 2012 (COM(2012) 55 final).

Première partie - L'encadrement des opérateurs

47. **Un mouvement.** - La particularité première de la protection sociale complémentaire est de faire naître une relation contractuelle triangulaire entre le bénéficiaire du régime, l'entreprise qui l'emploie et un opérateur spécialisé¹⁶⁵. La garantie complémentaire souscrite par l'employeur en faveur des salariés et, plus largement, des bénéficiaires devant « *pouvoir survivre à l'entreprise* » voire « *à leur présence dans l'entreprise* », l'idée s'impose « *de désigner un tiers pour mieux tenir la parole donnée par celle-ci* »¹⁶⁶. La prise de conscience, par les pouvoirs publics européens, de la nécessité de promouvoir ce schéma a largement participé au développement des organismes spécialisés, favorisé également par le rayonnement des libertés communautaires. Elle a entraîné, en France mais aussi dans la plupart des pays de l'Union européenne, un basculement d'une conception institutionnelle vers une conception assurantielle de la protection sociale complémentaire¹⁶⁷.

De la volonté des pouvoirs publics européens de mettre en place un marché unique est née la nécessité de procéder à l'harmonisation du droit applicable à ces organismes. Depuis 1973¹⁶⁸, de nombreuses directives relatives au secteur de

¹⁶⁵ L'intervention d'un tiers est d'ailleurs une composante de base du droit des assurances : « *en droit classique, le tiers est véritablement étranger au contrat. Sans que celui-ci soit tourné contre lui, il ne lui nuit ni ne lui profite. Le tiers est en position de neutralité. Tel n'est pas le cas dans le contrat d'assurance où la présence d'un tiers est fréquente, qui plus est prévue. C'est même souvent lui qui en sera le bénéficiaire [...]* » (B. BEIGNIER, Droit des assurances, Montchrestien 2011, p. 2). En l'occurrence, les bénéficiaires du dispositif de protection sociale complémentaire mis en œuvre au sein de l'entreprise sont les salariés et, fréquemment, leurs ayants droit et/ou les anciens salariés.

¹⁶⁶ J.-F. CESARO, Protection sociale d'entreprise et assurance, Droit social, 2006, p. 165.

¹⁶⁷ J. BARTHELEMY, Protection sociale complémentaire : de la conception institutionnelle à la conception assurantielle, JCP S 2006, 1810.

¹⁶⁸ Dir. n° 73/239/CEE, 24 juill. 1973, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et son exercice : JOCE, n° L 228, 16 août 1973, p. 43.

l'assurance ont été adoptées¹⁶⁹. La plupart d'entre elles ont contribué à modeler, directement ou indirectement, le droit de la protection sociale complémentaire.

Pendant trois décennies - 1970, 1980 et 1990 - décisives dans la construction du marché européen de l'assurance, d'une manière générale, et de la protection sociale complémentaire, en particulier, c'est le modèle de la société d'assurance qui a prévalu et autour duquel toutes les normes, d'établissement, de fonctionnement et de contrôle ont été élaborées. Cette situation a entraîné une harmonisation progressive des règles applicables aux opérateurs intervenant dans le domaine de la protection sociale complémentaire¹⁷⁰.

48. Des obstacles. - La mise en œuvre de ce mouvement de convergence s'est toutefois heurtée à de nombreuses difficultés. D'une part, comme souvent, l'adoption de textes transposables en droit interne fut rendue malaisée par la complexité des législations applicables au sein des Etats membres, des différences

¹⁶⁹ Dir. n° 78/473/CEE, 30 mai 1978, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives en matière de coassurance communautaire : JOCE n° L 151, 7 juin 1978, p. 25 ; Dir. n° 79/267/CEE, 5 mars 1979, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe sur la vie, et son exercice : JOCE, n° L 063, 13 mars 1979, p. 1 ; Dir. n° 87/344/CEE, 22 juin 1987, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance-protection juridique : JOCE n° L 185, 4 juill. 1987, p. 77 ; Dir. n° 88/357/CEE, 22 juin 1988, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services : JOCE n° L 172, 4 juill. 1988, p. 1 ; Dir. n° 90/619 CEE, 8 nov. 1990, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 79/267/CEE : JOCE n° L 330, 29 nov. 1990, p. 50 ; Dir. n° 92/49/CEE, 18 juin 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie : JOCE n° L 228, 11 août 1992, p. 1 ; Dir. n° 92/96/CEE, 10 nov. 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE (troisième directive «assurance non-vie») : JOCE n° 228, 11 août 1992, p. 1 ; Dir. n° 98/78/CE, 27 oct. 1998, sur la surveillance complémentaire des entreprises d'assurance faisant partie d'un groupe d'assurance : JOCE n° L 330, 5 déc. 1998, p. 1 ; Dir. n° 2001/17/CE, 19 mars 2001, concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance : JOCE n° L 110, 20 avr. 2001, p. 28 ; Dir. n° 2002/83/CE, 5 nov. 2002, concernant l'assurance directe sur la vie : JOCE n° L 345, 19 déc. 2002, p. 1 ; Dir. n° 2005/68/CE, 16 nov. 2005, relative à la réassurance : JOUE n° L 323, 9 déc. 2005, p. 1 ; Dir. n° 2009/138/CE, 25 nov. 2009, sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (Solvabilité II) : JOUE n° L 335, 17 déc. 2009, p. 1. Ces directives ont été codifiées de manière non officielle par le Comité européen des assurances.

¹⁷⁰ C'est la raison pour laquelle les autres organismes amenés à intervenir dans le domaine de la protection sociale complémentaire ont progressivement, en application des directives de deuxième et troisième génération et par nécessité afin de maintenir leur compétitivité sur le secteur, calé progressivement leur mode de fonctionnement sur celui des entreprises d'assurance.

constatées entre celles-ci et de la variété des politiques et conceptions en vigueur. D'autre part, le renforcement du rôle des organismes intervenant en matière de protection sociale complémentaire se situe au cœur d'un débat où s'opposent plusieurs logiques. La logique de marché est encadrée par les impératifs de santé publique et de solidarité. Les arbitrages rendus nécessaires par la conciliation de principes opposés sont loin d'être achevés. En outre, si les organismes spécialisés sont favorables à une externalisation de la protection sociale, les entreprises, qui estiment être capables de « sécuriser » les engagements pris grâce à des provisions comptables, y sont plus réticentes. S'opposent à ce titre le modèle britannique, basé sur une gestion externe - c'est le schéma de développement des fonds de pension - et le modèle allemand, bâti sur une gestion interne sur la base de réserves portées au bilan de l'entreprise.

49. Une modélisation. - Initiée au début des années 1970, toujours à l'œuvre aujourd'hui, la modélisation des opérateurs intervenant au sein de l'Union européenne dans le champ de la protection sociale complémentaire s'opère sur le plan structurel (**Titre 1**) et opérationnel (**Titre 2**).

TITRE 1 - L'INACHÈVEMENT DE LA CONVERGENCE STRUCTURELLE

50. Le modèle de la société d'assurance. - Dans les années 1970, un constat a été dressé : la gestion des régimes de protection sociale complémentaire et, plus largement, d'assurance, peut revêtir de nombreuses formes. Il n'était envisageable ni de bâtir un cadre européen pour chacune d'elles, ni d'en supprimer directement certaines, au risque de retarder la mise en œuvre du marché commun¹⁷¹. Une voie intermédiaire a été empruntée, élargie ces trente dernières années au gré de l'intervention des pouvoirs publics européens, et en particulier de l'adoption de générations successives de directives ayant trait à l'assurance.

51. Harmonisation directe. - Le législateur européen a entrepris d'exclure de l'accès au marché les entreprises dont il était jugé que la forme sociale n'apportait pas des garanties adéquates en termes de fonctionnement et de financement¹⁷². Il a ainsi réservé à un certain nombre d'opérateurs l'application des directives visant à instituer un marché commun de l'assurance¹⁷³. Le quatrième considérant de la

¹⁷¹ J.-M. BINON, Les directives européennes en matière d'assurance sociale complémentaire (assurances, banques, institutions de retraite). Analyse comparative de leur champ d'application et de leur régime de libéralisation, Bruylant 1994, p. 26.

¹⁷² « Confrontées à l'extrême diversité d'intervenants économiques dans le domaine de l'assurance sociale complémentaire, les autorités communautaires ont défini, dans chacune des directives, un champ d'application plus ou moins rigoureusement délimité, tantôt en termes d'opérations, tantôt en termes d'opérateurs, tantôt par le recours simultané à ces deux critères » (J.-M. BINON, Les directives européennes en matière d'assurance sociale complémentaire (assurances, banques, institutions de retraite). Analyse comparative de leur champ d'application et de leur régime de libéralisation, Bruylant 1994, p. 13).

¹⁷³ Dès lors que les pouvoirs publics européens ont eu l'ambition d'ériger un grand marché européen dans le domaine de l'assurance, il était essentiel d'adopter des textes en ce sens concernant non seulement les organismes assureurs, mais également les intermédiaires d'assurance, dont le rôle est d'une grande importance dans ce secteur. Un texte a rapidement été adopté, parallèlement aux directives relatives aux organismes assureurs. La directive n° 77/92/CEE du 13 décembre 1976, relative à des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services pour les activités d'agent et de courtier d'assurance (ex groupe 630 CITI) et comportant notamment des mesures transitoires pour ces activités, a été adoptée sur la base du premier considérant selon lequel « pour les activités d'agent et de courtier d'assurance, des conditions pour l'accès aux activités en question et pour l'exercice de celles-ci ne sont pas imposées dans tous les Etats membres ; [...] il existe tantôt la liberté d'accès et d'exercice, tantôt des dispositions rigoureuses prévoyant la possession d'un titre pour l'accès à la profession ». Dès lors, « à défaut d'une reconnaissance mutuelle des diplômes ou d'une coordination immédiate, il apparaît souhaitable de faciliter l'exercice effectif de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services pour les activités en question, notamment par l'adoption de mesures transitoires [...], afin d'éviter une gêne anormale pour les ressortissants des Etats membres où l'accès à ces activités n'est soumis à aucune condition » (JOCE n° L 26, 31 janv. 1977, p. 14). Ce texte définissait les activités auxquelles il s'appliquait, à savoir les activités de courtage, d'agent général et celles des autres personnes exerçant une activité d'intermédiaire et citait les formes d'exercice notamment visées par son application. Par exemple, pour la France, étaient visés le courtier d'assurance, l'agent général d'assurance ainsi que, pour la dernière catégorie d'activité, les mandataires, intermédiaires et sous-agents. En Allemagne, étaient citées le « Versicherungsmakler » (courtier d'assurance), le « Versicherungsvertreter » (agent d'assurance), le

directive n° 73/239/CEE du 24 juillet 1973, relative à l'assurance non-vie¹⁷⁴, précisait ainsi qu'il convenait « *d'exclure du champ d'application de la directive certaines mutuelles qui, en vertu de leur régime juridique, remplissent des conditions de sécurité et offrent des garanties financières spécifiques* »¹⁷⁵, ainsi que « *certaines organismes, dans plusieurs Etats membres, dont l'activité ne s'étend qu'à un secteur très restreint et se trouve statutairement limitée à un certain territoire ou à des personnes déterminées* ». Les articles 3 et 4 détaillaient ces exclusions. Surtout, l'article 8 demandait aux Etats membres d'exiger que les entreprises qui se constituent et sollicitent l'agrément exerçant dans le secteur de l'assurance non-vie adoptent une forme précise. En pratique, la vérification de l'emploi d'une forme autorisée est effectuée en amont dans la mesure où l'accès aux activités d'assurance est subordonné à l'octroi d'un agrément par l'autorité de contrôle de l'Etat d'origine. Une personne physique ne pouvait par ailleurs être considérée comme un organisme autorisé à exercer l'activité d'assurance, ce qui ne saurait surprendre : il n'est pas contestable qu'une personne morale offre de meilleures garanties¹⁷⁶. Concernant la France, seules la société anonyme, la société à forme mutuelle, la mutuelle et l'union de mutuelles étaient autorisées. Les institutions de prévoyance¹⁷⁷ n'étaient pas concernées initialement par le marché commun¹⁷⁸.

« Gelegenheitsvermittler » (intermédiaire) et le « Inkassant » (sous-agent). La directive n° 2002/92 du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance a renforcé les exigences mises à la charge des intermédiaires. L'article 2.3 définit l'intermédiation en assurance comme « *toute activité consistant à présenter ou à proposer des contrats d'assurance ou à réaliser d'autres travaux préparatoires à leur conclusion ou à les conclure, ou à contribuer à leur gestion et à leur exécution en cas de sinistre* ». L'article 2.5 définit l'intermédiaire d'assurance comme « *toute personne physique ou morale qui, contre rémunération, accède à l'activité d'intermédiation en assurance ou l'exerce* ». Ce texte a été transposé en droit français par la loi du 15 décembre 2005 (L n° 2005-1564, 15 déc. 2005, portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'assurance : JORF n° 292, 16 déc. 2005 : p. 19348).

¹⁷⁴ En matière de protection sociale complémentaire, les garanties relatives aux frais de santé, à l'incapacité et à l'invalidité relèvent de l'assurance de personnes non-vie ; les garanties décès et retraite relèvent de l'assurance sur la vie.

¹⁷⁵ En réalité, les spécificités des mutuelles étaient telles que l'immense majorité d'entre elles était concernée par cette exclusion.

¹⁷⁶ J. CARBONNIER, Droit civil, Vol. I, PUF 2004, p. 726 : « *les biens de la personne morale sont réservés au paiement de ses créanciers et ne peuvent servir à payer les créanciers personnels de tel ou tel de ses membres - autrement dit, l'actif social est le gage exclusif des créanciers sociaux, à l'encontre des créanciers personnels des associés* ».

¹⁷⁷ Les institutions de prévoyance sont régies par le titre III du livre IX du code de la sécurité sociale. L'article L. 931-1 de ce code les définit comme « *des personnes morales de droit privé à but non lucratif, administrées paritairement par des membres adhérents et des membres participants* ». Les « membres

Les directives suivantes ont toutes repris cette méthode d'harmonisation en deux séquences, en présentant les formes d'exercice exclues puis les formes autorisées. La seconde directive non-vie, n° 92/49/CEE en date du 18 juin 1992, a conservé ce mode opératoire en mettant toutefois à jour la liste des organismes autorisés. Les institutions de prévoyance françaises ont été intégrées au rang des organismes habilités à solliciter un agrément permettant d'exercer à l'intérieur du marché commun¹⁷⁹.

52. Dans un premier temps, les formes autorisées dans le cadre de l'exercice de l'assurance sur la vie ont été différentes de celles admises dans le cadre de l'assurance non-vie. Ainsi, la directive n° 79/267/CEE du 5 mars 1979 excluait un nombre plus important d'organismes¹⁸⁰. Les formes autorisées à exercer sur le

adhérents » sont la ou les entreprises ayant adhéré à un règlement de l'institution ou souscrit un contrat auprès d'elle. Les « membres participants » sont les salariés affiliés, les anciens salariés ou leurs ayants droit.

¹⁷⁸ En Allemagne, étaient concernées les sociétés anonymes (« Aktiengesellschaft »), les sociétés d'assurance mutuelle (« Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit ») et les sociétés d'assurance de droit public (« Öffentlich-rechtliches Wettbewerbs-Versicherungsunternehmen »). Les formes autorisées au Royaume-Uni étaient les suivantes : « incorporated companies limited by shares or by guarantee or unlimited », « societies registered under the Industrial and Provident Societies Act », « societies registered under the Friendly Societies Act » et l'association des souscripteurs dénommée « Lloyd's ». Le Lloyd's est une association de souscripteurs dépourvue de toute personnalité juridique. Il s'agit de la seule dérogation au principe selon lequel les organismes participant à la construction du marché commun de l'assurance sont dotés de la personnalité morale (pour un développement et un historique complets, v. G. LEVIE, Droit européen des assurances, Bruylant 1992, p. 61).

¹⁷⁹ Dir. n° 92/49/CEE, 18 juin 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie : JOCE n° L 228, 11 août 1992, p. 1. La liste des organismes autorisés au Royaume-Uni et en Allemagne est demeurée inchangée. En Espagne, étaient concernées la société anonyme (« sociedad anonima »), la société mutuelle (sociedad mutua) et la société coopérative (« sociedad cooperativa »). Il était précisé, d'une manière générale, que « L'entreprise d'assurance pourra également adopter la forme de société européenne, lorsque celle-ci aura été créée ».

¹⁸⁰ Elle maintenait en dehors de son champ d'application :

- « les opérations des organismes de prévoyance et de secours qui accordent des prestations variables selon les ressources disponibles et déterminent forfaitairement la contribution de leurs adhérents » (article 2, § 2) ;
- « les opérations effectuées par des organismes autres que les entreprises d'assurance, qui ont pour objet de fournir aux travailleurs, salariés ou non, groupés dans le cadre d'une entreprise ou d'un groupement d'entreprise ou d'un secteur professionnel ou interprofessionnel, des prestations en cas de décès ou en cas de vie, que les engagements résultant de ces opérations soient ou non couverts intégralement et à tout moment par des provisions mathématiques » (article 2, § 3). Sont visées par ce paragraphe les institutions professionnelles de retraite ;
- « les mutuelles d'assurance dont les statuts prévoient la possibilité soit de procéder à des rappels de cotisations, soit de réduire les prestations, soit de faire appel au concours d'autres personnes qui ont souscrit un engagement à cette fin, dans le montant annuel des cotisations perçues au titre

marché commun étaient régies par l'article 8 de ce texte. A titre d'exemple, seules la société anonyme, la société à forme mutuelle à cotisations fixes et la société à forme tontinière étaient autorisées en France à solliciter l'agrément permettant d'exercer les activités d'assurance sur la vie. Les mutuelles « classiques », les institutions de retraite et les institutions de prévoyance étaient exclues du dispositif¹⁸¹. En revanche, dès la seconde directive portant sur l'assurance sur la vie, en date du 10 novembre 1992¹⁸², les formes autorisées ont été harmonisées avec celles en vigueur pour l'assurance non-vie. La dernière directive adoptée, en date du 25 novembre 2009, ne marque pas d'évolution quant aux entités admises à exercer une activité d'assurance¹⁸³.

53. Harmonisation indirecte. - Les pouvoirs publics européens ont également entendu standardiser les opérateurs de manière indirecte, en restreignant le champ des activités dans lesquelles ceux-ci peuvent intervenir dans le cadre de la mise en œuvre du marché commun. A ce titre, l'article 2 de la directive n° 73/209/CEE du 24 juillet 1973, relative à l'assurance non-vie, maintenait en dehors de son champ d'application la branche vie, l'assurance sur rente et les assurances complémentaires pratiquées par les entreprises d'assurance sur la vie¹⁸⁴, ce qui était logique eu égard à l'objet de ce texte. Etaient également écartées les opérations de capitalisation et celles des organismes de prévoyance et de secours

des activités couvertes par la directive n'excède pas 500 000 unités de compte pendant trois années consécutives ». (article 3, § 2).

¹⁸¹ La liste des organismes français autorisés en matière d'assurance sur la vie était ainsi différente de celle autorisée s'agissant de l'assurance non-vie, cette dissonance ne se retrouvant ni en Allemagne, ni au Royaume-Uni.

¹⁸² Dir. n° 92/96/CEE, 10 nov. 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE (troisième directive «assurance non-vie») : JOCE n° 228, 11 août 1992, p. 1.

¹⁸³ En vertu de l'article 17 de ce texte (Dir. n° 2009/138/CE, 25 nov. 2009, sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (Solvabilité II) : JOUE n° L 335, 17 déc. 2009, p. 1), seules les entreprises adoptant « l'une des formes juridiques mentionnées à l'annexe III » peuvent être autorisées à exercer une activité d'assurance ou de réassurance. Ladite annexe liste ces formes pour chaque Etat membre, en distinguant selon que l'entreprise exerce dans le domaine de l'assurance vie ou de l'assurance non-vie. Plusieurs formes juridiques sont autorisées dans la quasi-totalité des Etats sans changement concernant la France, l'Allemagne, le Royaume-Uni et l'Espagne, à l'exception de certains des derniers Etats entrants au sein de l'Union, tels la Slovaquie ou l'Estonie. Les formes autorisées au regard du droit tchèque sont la société anonyme (« akciová společnost ») et la société coopérative (« družstvo »).

¹⁸⁴ « C'est-à-dire les assurances atteintes corporelles y compris l'incapacité de travail professionnel, les assurances-décès à la suite d'accident et de maladie, lorsque ces diverses assurances sont souscrites complémentirement aux assurances-vie ».

dont les prestations varient d'après les ressources disponibles et dans lesquels la contribution est déterminée forfaitairement. L'article 3 était consacré aux mutuelles, excluant celles remplissant certains critères en termes d'activité¹⁸⁵.

54. La directive n° 79/267/CEE du 5 mars 1979, relative à l'assurance sur la vie, reprenait le même mode opératoire en excluant certaines activités de son champ d'application. Il en allait ainsi, logiquement, des branches visées par la directive du 24 juillet 1973, des opérations des organismes de prévoyance et de secours et des opérations ayant « *pour objet de fournir aux travailleurs, salariés ou non, groupés dans le cadre d'une entreprise ou d'un groupement d'entreprises ou d'un secteur professionnel ou interprofessionnel, des prestations en cas de décès, en cas de vie ou en cas de cessation ou de réduction d'activités* » dès lors qu'elles étaient effectuées par des organismes autres que les entreprises visées par la directive. Un large pan de la protection sociale complémentaire était ainsi exclu du marché commun.

55. La deuxième directive relative à l'assurance sur la vie, en date du 8 novembre 1990¹⁸⁶, a confirmé cette tendance, en retenant un champ d'application plus restrictif encore. Ainsi, selon son cinquième considérant, « *pour certaines opérations concernant les fonds collectifs de retraite, la multiplicité et la complexité des différents systèmes et leurs rapports étroits avec les régimes de sécurité sociale nécessitent une étude attentive ; il convient donc de les exclure du champ d'application des dispositions particulières à la libre prestation de services de la présente directive ; [...] ils feront l'objet d'une autre directive* ». Etaient au

¹⁸⁵ Etaient exclues du champ d'application de la directive les mutuelles dont, à la fois :

- le statut prévoyait la possibilité de procéder à des rappels de cotisations ou de réduire leurs prestations,
- l'activité ne couvrait pas les risques de responsabilité civile (sauf si ceux-ci constituent une garantie accessoire) ni les risques de crédit et de caution,
- le montant annuel des cotisations perçues au titre des activités couvertes par la directive n'excédait pas un million d'unités de compte,

et

- la moitié au moins des cotisations perçues au titre des activités couvertes par la directive provenait des personnes affiliées à la mutuelle.

¹⁸⁶ Dir. n° 90/619 CEE, 8 nov. 1990 : JOCE n° L 330, 29 nov. 1990, p. 50.

surplus exclues par l'article 10, § 2 de ce texte les opérations définies par la législation relative à la sécurité sociale mais gérées ou pratiquées par des assureurs privés à leurs propres risques, ainsi que les opérations visées à l'article L. 441-1 du code français des assurances¹⁸⁷, figurant en tête d'un chapitre relatif à certaines opérations de prévoyance collective et d'assurance.

56. La troisième directive, du 10 novembre 1992, est toutefois rapidement revenue à la conception de la première, en insérant de nouveau dans le champ d'application du dispositif les opérations qui en avaient été exclues par la deuxième, notamment en raison des difficultés d'adoption d'une directive consacrée aux institutions de retraite¹⁸⁸. Ni la directive n° 2002/83/CE du 5 novembre 2002 concernant l'assurance sur la vie et procédant à une refonte des trois directives précédentes, ni la directive n° 2009/138/CE du 25 novembre 2009 n'ont apporté de modifications substantielles au dispositif retenu¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Dans sa version en vigueur du 21 juillet 1976 au 1^{er} juillet 1994 : « *seules les personnes physiques ou morales mentionnées au présent chapitre sont autorisées à participer directement ou indirectement, notamment par la collecte de primes ou cotisations, par la constitution de capitaux payables en cas de vie, par la constitution et le service de retraites ou avantages viagers, à toute opération de prévoyance collective ou d'assurance ayant pour objet l'acquisition ou la jouissance de droits en cas de vie qui ne sont pas couverts, intégralement et à tout moment, par des provisions mathématiques.*

Toutefois, demeurent en dehors du champ d'application du présent chapitre les régimes mentionnés aux articles L. 1 à L. 3 et au livre VIII du code de la sécurité sociale et aux titres II et V du livre VII du code rural autres que les institutions mentionnées à l'article 1050 dudit code rural et que les sections mutualistes des caisses mutuelles d'assurances sociales agricoles mentionnées à l'article 1052 du code rural ».

¹⁸⁸ J.-M. BINON, Les directives européennes en matière d'assurance sociale complémentaire (assurances, banques, institutions de retraite). Analyse comparative de leur champ d'application et de leur régime de libéralisation, Bruylant 1994, p. 99.

¹⁸⁹ Ces textes ont donné lieu à interprétation s'agissant de certaines situations particulières. Ainsi, il a été jugé que les directives assurance ne sont pas applicables au régime français d'assurance maladie des travailleurs indépendants. Ce régime est géré administrativement par des organismes assureurs conventionnés et choisis librement par les bénéficiaires, sans toutefois que ces organismes ne disposent d'une quelconque marge de manœuvre quant à la fixation du montant des cotisations et aux prestations (CJCE, 26 mars 1996, Garcia, aff. C-238/94 : Rec., p. 1673 ; Droit social 1996, p. 705, obs. Ph. LAIGRE). En revanche, les directives s'appliquent lorsque l'Etat confie à des organismes assureur la gestion « *à leurs propres risques* » de prestations de sécurité sociale (CJCE, 8 mai 2000, Commission c/ Belgique, 8 mai 2000, aff. C-206/98 : Rec., p. 3509. Cette décision a été rendue s'agissant de la législation sociale belge sur les accidents de travail). Certains ont considéré que cet arrêt caractérisait l'absence de réflexion de la Cour de justice sur « *le concept de risque social* » et caractérisait « *un début de déréglementation au niveau européen* » (C. RIOT, Le risque social face aux lois du marché, Gaz. Pal. 2005, n° 181, p. 3).



57. La survivance de particularismes. - Le chantier de l'harmonisation ouvert il y a quarante ans l'est toujours. Subsistent des structures dotées de forts particularismes parmi les organismes issus de l'économie sociale (**Chapitre 1**) et ceux consacrés à la retraite (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 - Le particularisme des organismes de l'économie sociale

58. Définitions. - Le secteur de l'économie sociale a été largement mis en valeur pendant les années 1980¹⁹⁰ avant de connaître un « passage à vide » dans les années 1990¹⁹¹. A la faveur des dernières crises financières et économiques¹⁹², les années 2000 ont vu renaître un certain engouement pour ce volet de l'économie¹⁹³, « cousin » de la responsabilité sociale et environnementale¹⁹⁴. Il a dès lors été entrepris d'en donner une définition.

59. La Conférence européenne permanente des coopératives, mutualités, associations et fondations estimait en 2002 que *« les organisations de l'économie sociale sont des acteurs économiques et sociaux présents dans tous les secteurs. Elles se caractérisent avant tout par leur finalité et une façon différente d'entreprendre. L'économie sociale comprend les coopératives, les mutualités, les associations et les fondations. Ces entreprises sont particulièrement actives dans certains domaines comme la protection sociale, les services sociaux, de santé, bancaires, d'assurance, la production agricole, la consommation, le travail associé, l'artisanat, l'habitation, l'approvisionnement, les services de proximité, l'éducation et la formation, ainsi que dans les domaines de la culture, du sport et des loisirs [...]. Les formes juridiques des organismes de l'économie sociale peuvent varier d'un Etat membre à l'autre. Cependant, ces entreprises se*

¹⁹⁰ Le Comité National de Liaison des Activités Mutualistes, Coopératives et Associatives (CNLAMCA) avait publié une - courte - Charte de l'économie sociale en 1980. L'article 1^{er} énonce que *« les entreprises de l'Economie Sociale fonctionnent de manière démocratique, elles sont constituées de sociétaires solidaires et égaux en devoirs et en droits »*.

¹⁹¹ *« En ce début des années quatre-vingt dix, la mode est passée. L'Economie sociale est devenue un concept quasiment marginal. Nonobstant quelques cercles bien esseulés, les idées véhiculées en la matière ne sont plus considérées en général comme pouvant servir d'exemple. Pourtant, la question de la préservation d'une dimension solidariste dans un cadre capitaliste reste obsédante »* (H. MAUROY, La mutualité en mutation, Les pratiques solidaristes en question, L'Harmattan 1996, p. 7 et 8). Le retournement de situation est, vingt ans après, flagrant.

¹⁹² Les organismes de l'économie sociale et solidaire constitueraient ainsi un *« instrument de combat contre la crise, à laquelle répond une adaptation nécessaire »* (B. BERNABE, La coopérative, instrument juridique de la nécessité, RD. rur. 2011, p. 12).

¹⁹³ Communication, Initiative pour l'entrepreneuriat social, 25 oct. 2011 (COM(2011) 682 final) ; M. LIENEMANN, Rapport d'information sur l'économie sociale et solidaire, Sénat, 25 juill. 2012. Le Conseil économique et social européen a relevé *« l'énorme potentiel que représente l'entreprise sociale »* (Avis, Initiative pour l'entrepreneuriat social, 23 mai 2012 (INT/606)).

distinguent de celles à capitaux par leurs spécificités liées à des caractéristiques communes, notamment : la primauté de la personne et de l'objet social sur le capital, l'adhésion volontaire et ouverte, le contrôle démocratique par les membres, la conjonction des intérêts des membres usagers et de l'intérêt général, la défense et la mise en œuvre des principes de solidarité et de responsabilité, l'autonomie de gestion et l'indépendance par rapport aux pouvoirs publics, l'essentiel des excédents est destiné à la poursuite d'objectifs de développement durable, de l'intérêt des services aux membres et de l'intérêt général »¹⁹⁵.

60. A l'occasion d'une proposition de règlement du 6 octobre 2011 établissant un programme de l'Union européenne pour le changement social et l'innovation sociale¹⁹⁶, la Commission a proposé sa propre définition : l'entreprise sociale est celle « *dont le principal objectif est d'avoir une incidence sociale plutôt que de générer du profit pour ses propriétaires ou ses partenaires. Elle opère sur le marché en fournissant des biens et des services de façon entrepreneuriale et innovante et elle utilise ses excédents principalement à des fins sociales. Elle est soumise à une gestion responsable et transparente, notamment en associant ses employés, ses clients et les parties prenantes concernées par ses activités économiques* ».

61. Une loi espagnole du 29 mars 2011, légèrement antérieure à l'initiative de la Commission, définit l'économie sociale par « *l'ensemble des activités économiques et d'entreprise menées à bien par les sociétés qui [...] recherchent soit l'intérêt collectif de ses membres, soit l'intérêt général économique et social, soit les deux* »¹⁹⁷. L'effort de concision doit être salué.

¹⁹⁴ C. CHAMPAUD, Manifeste pour la Doctrine de l'entreprise, Larcier 2011, avant-propos.

¹⁹⁵ Charte de l'économie sociale, 10 avril 2002.

¹⁹⁶ Proposition de règlement du Parlement et du Conseil établissant un programme de l'Union européenne pour le changement social et l'innovation sociale, 6 oct. 2011 (COM(2011) 609 final).

¹⁹⁷ Art. 2, L. 5/2001 du 29 mars 2011 sur l'économie sociale : BOE n° 76, 30 mars 2011, p. 33023.

62. En France, la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire¹⁹⁸ adopte à son tour une définition de cette notion. La reconnaissance officielle de ce secteur marque une évolution : jusqu'à présent, les juristes s'étaient davantage intéressés au statut des organismes intervenant dans ce secteur qu'à l'économie sociale dans son ensemble¹⁹⁹. L'article 1^{er} de la loi de 2014 définit l'économie sociale et solidaire comme un mode d'entreprendre et un outil de développement économique adapté à tous les domaines de l'activité humaine. Entrent dans son périmètre les personnes morales de droit privé qui remplissent l'ensemble des conditions suivantes : 1) un but autre que le partage de bénéfices ; 2) une gouvernance démocratique, définie et organisée par les statuts, prévoyant, indépendamment de leur apport en capital ou du montant de leur contribution financière, l'information et la participation des associés, des salariés et des parties prenantes aux réalisations de l'entreprise ; 3) une gestion conforme aux principes selon lesquels les bénéfices sont majoritairement consacrés à l'objectif de maintien ou de développement de l'activité de l'entreprise et les réserves obligatoires constituées, « impartageables », ne peuvent pas être distribuées.

Le législateur a également précisé que l'économie sociale et solidaire est composée des activités de production, de transformation, de distribution, d'échange et de consommation de biens ou de services, mises en œuvre : 1) par les personnes morales de droit privé constituées sous la forme de coopératives, de mutuelles ou d'unions relevant du code de la mutualité, ou de sociétés d'assurance mutuelles relevant du code des assurances, de fondations ou d'associations ; 2) par les sociétés commerciales qui, aux termes de leurs statuts, remplissent les conditions susmentionnées, recherchent une utilité sociale et appliquent certains principes de gestion.

¹⁹⁸ L. n° 2014-856, 31 juill. 2014, relative à l'économie sociale et solidaire : JORF n° 0176, 1^{er} août 2014, p. 12666.

¹⁹⁹ M.-P. BLIN-FRANCHOMME, L'entreprise de l'économie sociale et solidaire : un nouveau sujet de droit naissant, RLDA 2013, suppl. n° 88, p. 11 ; D. HIEZ, Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix, Revue des sociétés 2012, p. 671 ; D. HIEZ, Le cadre juridique de l'entreprise non capitaliste, clef de distinction entre l'entreprise sociale et l'entreprise d'économie sociale et solidaire, RECMA 2013, n° 327, p. 95.

63. Il apparaît ainsi que les organismes à but non lucratif intervenant au sein de l'Union européenne dans le champ de la protection sociale complémentaire et qui se réclament de l'économie sociale se rassemblent autour de critères et de valeurs communs qui permettent, en principe, de les distinguer assez nettement des organismes à but lucratif.

64. Données. - Les entreprises classiquement rattachées à l'économie sociale sont les coopératives (**Section 1**), les mutuelles (**Section 2**), les associations²⁰⁰ et les fondations. Seules les deux premières sont amenées à intervenir au sein d'un nombre significatif d'Etats membres dans le domaine de la protection sociale complémentaire. En revanche, les institutions de prévoyance²⁰¹, qui font partie des trois catégories d'organismes assureurs autorisés en France (avec les mutuelles et les sociétés d'assurance) et qui relèvent également de l'économie sociale²⁰², ne se retrouvent pas dans les autres Etats membres de l'Union européenne²⁰³. Le caractère paritaire est toutefois également présent dans les fonds de branches aux Pays-Bas ou les fonds territoriaux en Italie²⁰⁴.

En 2008, les mutuelles et coopératives d'assurance représentaient 55 % du nombre total des organismes assureurs opérant au sein des 27 Etats membres de l'Union

²⁰⁰ H. DURAND, L'association comme entreprise de l'économie sociale et solidaire, RLDA 2013, suppl. n° 88, p. 37. L'auteur relève que « l'introduction des associations dans le secteur marchand, inimaginable il y a un siècle, est aujourd'hui une réalité. Il est pourtant possible de douter de l'adéquation de cette forme juridique avec les besoins de la vie économique. Si l'association présente d'indéniable caractères attrayants pour l'exercice d'une activité économique, elle n'apporte pas une sécurité juridique suffisante face aux risques encourus ».

²⁰¹ En 2010, il existait 30 institutions de prévoyance en France, soit 4,4 % du nombre des organismes assureurs exerçant au sein de cet Etat membre. Elles détenaient 16,5 % du marché de la complémentaire santé (DREES, Les contrats les plus souscrits auprès des organismes complémentaires santé en 2010, 2014, p. 9).

²⁰² « Si les mutuelles et les institutions de prévoyance, à but non lucratif, partagent un même principe qui est celui du non-intéressement aux résultats, elles incarnent deux modèles distincts de « gouvernance sociale », le mutualisme et l'économie sociale d'un côté, le paritarisme de l'autre. Toutefois, l'une et l'autre s'opposent dans leurs principes fondateurs à la logique « marchande » des sociétés d'assurance à but lucratif » (M. KERLEAU, Le nouveau cadre institutionnel de la protection sociale complémentaire d'entreprise : quels enjeux pour les mutuelles santé ?, RECMA 2009, n° 312, p. 32).

²⁰³ Les fondations occupent une place essentielle dans le système de retraite aux Pays-Bas (v. n° 151), sans que ce modèle ne se soit exporté au sein des autres Etats membres.

²⁰⁴ L'association européenne des institutions paritaires de protection sociale (AEIP), créé en 1996, regroupe une quarantaine d'adhérents.

européenne et 18 % de parts de marché²⁰⁵. Leur poids sur ce secteur est en légère régression depuis 2004. Leur nombre est passé d'environ 3.700 à 3.300 mutuelles et coopératives d'assurance. Ce phénomène est lié au renforcement de la concurrence, à la concentration des structures et à l'adoption par certaines d'entre elles de la forme de sociétés d'assurance²⁰⁶. Quant à leur part de marché, elle était à cette date de 20,3 %, soit une baisse de 2 % en quatre ans. Elle demeure toutefois extrêmement variable selon les Etats.²⁰⁷ En France, l'économie sociale et solidaire concentre 10,3 % des emplois et 2.327.000 salariés²⁰⁸.

Les données collectées depuis lors laissent apparaître une progression de la part de marché des mutuelles et coopératives, passée de 22,1 % en 2007 à 28,4 % en 2012²⁰⁹. Non seulement ces organismes ont bien résisté à la crise économique mondiale mais cette dernière semble avoir renforcé la confiance du marché et des bénéficiaires de dispositifs de protection sociale complémentaire à leur égard.

Section 1 - Les coopératives

65. Le terme de « coopérative » abrite des structures très différentes, bien qu'animées de valeurs communes (§ 1). Cette situation n'a pas empêché l'adoption du statut de coopérative européenne (§ 2).

§ 1. Une notion à géographie variable

66. De réelles divergences structurelles sont perceptibles entre les coopératives opérant au sein des différents Etats membres (A). Cette hétérogénéité n'empêche

²⁰⁵ AMICE, Facts and figures, Mutual and cooperative insurance in Europe, 2012, p. 5.

²⁰⁶ F.-X. TESTU, V. THIRE, Concentration et entreprises d'assurance : l'exemple des fusions et partenariats impliquant des mutuelles santé, JCP E 2007, 16.

²⁰⁷ AMICE, Facts and figures, Mutual and cooperative insurance in Europe, 2012, p. 7 et s.

²⁰⁸ Chambre Régionale de l'Economie Sociale et Solidaire de Midi-Pyrénées, Regards sur l'Economie Sociale et Solidaire et France, RLDA 2013, suppl. n° 88, p. 7.

²⁰⁹ AMICE-ICMIF, 2012 Market Insight Europe, La part du marché européen de l'assurance détenue par les assureurs mutuels et coopératifs, 2014, p. 3.

pas de les distinguer des autres organismes phares de l'économie sociale, les mutuelles (**B**).

A. De réelles divergences structurelles

67. Avec les sociétés par actions. - L'Union européenne compte plus de 300.000 coopératives. Ces organismes, qui existent dans la plupart des Etats, se distinguent des sociétés par actions dans la mesure où ils « *agissent dans l'intérêt de leurs membres, qui sont en même temps des utilisateurs, et ne sont pas [gérés] au profit d'investisseurs extérieurs. Les bénéficiaires sont perçus par les membres en proportion de leurs transactions avec la coopérative ; les réserves et les actifs sont détenus en commun, impartageables et consacrés aux intérêts communs des membres. Comme les liens personnels entre les membres sont en principe étroits, les nouvelles adhésions doivent être approuvées par eux, tandis que les droits de vote ne sont pas nécessairement proportionnels aux parts détenues [...]. Toutes les coopératives agissent exclusivement dans l'intérêt économique de leurs membres, alors que certaines d'entre elles consacrent des activités à la poursuite d'objectifs sociaux, ou environnementaux, dans l'intérêt de leurs membres et dans un intérêt collectif plus large* »²¹⁰. Il ne s'agit pas de structures capitalistes²¹¹.

68. Au sein de l'Union européenne. - En France, les coopératives existent depuis le XIX^e siècle²¹². Un socle juridique commun a été posé par la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947, réformée en profondeur par la loi n° 92-643 du 13 juillet 1992 et, plus récemment, par la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014²¹³. Le

²¹⁰ Communication de la Commission sur la promotion des sociétés coopératives en Europe, 23 févr. 2004, COM(2004) 18 final.

²¹¹ R. SAINT-ALARY, P. LE BERRE, Sociétés coopératives - Généralités, JurisClasser Sociétés Traité, fasc. 168-10, 2010, n° 51.

²¹² « Cette forme de groupement est née en France en 1835 quand Michel-Marie Derrion crée la première épicerie coopérative à Lyon » (C. SERLOOTEN, Coopérative et entreprise sociale et solidaire, RLDA 2013, suppl. n° 88, p. 29).

²¹³ JORF n° 0176, 1^{er} août 2014, p. 12666. L'article 24 de ce texte modifie la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération et définit la coopérative comme « une société constituée par plusieurs personnes volontairement réunies en vue de satisfaire à leurs besoins économiques ou sociaux par leur effort commun et la mise en place des moyens nécessaires. Elle exerce son activité dans toutes les branches de l'activité humaine et respecte les principes suivants : une adhésion volontaire et ouverte à tous, une

législateur a également décliné la législation applicable aux coopératives en fonction des nombreux secteurs d'activité dans lesquels elles sont amenées à exercer²¹⁴. Les coopératives ne sont toutefois pas mentionnées parmi les structures autorisées à intervenir dans le secteur de la protection sociale complémentaire. Elles sont supplantées sur ce point par les mutuelles et les institutions de prévoyance, outre les sociétés d'assurance. Il en va de même en Allemagne. En Espagne, les coopératives d'assurance sont autorisées mais très rares ; aucune n'était présente sur le marché national en 2008²¹⁵. A l'inverse, en République tchèque, les sociétés coopératives sont autorisées mais pas les mutuelles. Au demeurant, ces structures n'y ont qu'un faible succès. Seule une société coopérative existait en 2008, sur les cinquante trois organismes assureurs que comptait ce pays à cette date ; la part de marché détenue n'était que de 0,3 %²¹⁶.

69. A l'échelle de l'Union, ces organismes, qui interviennent dans les domaines d'activité les plus variés²¹⁷, demeurent souvent méconnus. Certains Etats membres ont néanmoins adopté des législations visant à promouvoir le modèle coopératif. Ainsi, l'Italie a adopté en 1991²¹⁸ le statut des coopératives sociales qui ont pour finalité de poursuivre l'intérêt de la communauté en vue de la promotion humaine et de l'intégration sociale des citoyens en fournissant une offre de services sociaux et de santé ou en contribuant à la création d'emplois au profit des personnes désavantagées. La formule a connu un réel succès : 7.300 coopératives sociales

gouvernance démocratique, la participation économique de ses membres, la formation desdits membres et la coopération avec les autres coopératives ».

²¹⁴ A titre d'exemple : les sociétés coopératives ouvrières de productions, instituées par la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 (JORF n° 168, 20 juill. 1978, p. 2878) ; les sociétés coopératives artisanales, régies par la loi n° 83-657 du 20 juillet 1983 (JORF n° 0167, 21 juill. 1983, p. 2242) ; les Caisses d'épargne et de prévoyance, qui sont soumises aux dispositions de la loi n° 47-1775 (JORF n° 0214, 11 sept. 1947, p. 9088) par la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 (JORF n° 148, 29 juin 1999, p. 9487). Pour une présentation détaillée, v. : R. SAINT-ALARY, P. LE BERRE, Sociétés coopératives - Généralités, JurisClasseur Sociétés Traité, fasc. 168-10, 2010, n° 30 et s. ; P. MOUSSERON, La nouvelle jeunesse des coopératives, JSS 2008, n° 55, p. 37 ; Conseil supérieur de la coopération, Rapport 2007, Le mouvement coopératif en France.

²¹⁵ AMICE, Facts and figures, Mutual and cooperative insurance in Europe, 2012, p. 41 et s.

²¹⁶ AMICE, Facts and figures, Mutual and cooperative insurance in Europe, 2012, p. 41 et s.

²¹⁷ Pour des exemples, v. J. MUNOZ, M. RADRIGAN RUBIO et Y. REGNARD, La gouvernance des entreprises coopératives, PUR 2008.

²¹⁸ L. n° 381-91, 18 nov. 1991 : GU 3 déc. 1991.

étaient dénombrées en 2005, dont environ un tiers avaient notamment pour objet la fourniture de services sociaux ou de santé²¹⁹.

B. La différenciation avec les mutuelles

70. Critères. - L'article 54, aliéna 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne précise que « *par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif* ». Nonobstant leur rattachement commun à la sphère de l'économie sociale, les coopératives et les mutuelles sont distinguées par le droit européen du fait de leur différence structurelle. Les premières sont des sociétés à but lucratif. Dès lors, elles sont nécessairement plus proches, par leur fonctionnement, des autres catégories de sociétés que des mutuelles.

71. Un autre critère classique de distinction entre coopératives et mutuelles tient au fait que « *les premières ont pour but la livraison d'un produit ou la fourniture d'un service alors que les secondes ont pour fin la garantie d'un risque. Effectivement, le domaine des mutuelles est avant tout celui de l'assurance et de la prévention des risques sociaux [...]. On a pu ainsi écrire que la mutualité avait un rôle défensif, de protection de l'individu et de sa famille tandis que la coopération était une institution offensive ayant pour objet la reprise du profit capitaliste et la promotion du progrès technique* ». En revanche, d'un point de vue juridique, il n'y aurait pas de différence de nature entre ces deux catégories d'entreprises²²⁰.

²¹⁹ La France s'en est inspirée pour créer les sociétés coopératives d'intérêt collectif, qui ont pour objet la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif, qui présentent un caractère d'utilité sociale. Le droit britannique s'est également inscrit dans cette tendance en instituant les community interest companies, qui sont des structures qui ont pour objet le but de la communauté ou d'une partie de la communauté et qui, pour atteindre ce but, se voient offrir un large recours aux instruments financiers tels la distribution de bénéfices ou encore l'appel public à l'épargne (D. HIEZ, Le statut juridique des entreprises non capitalistiques à l'heure des choix, *Revue des sociétés* 2012, p. 671).

²²⁰ R. SAINT-ALARY, P. LE BERRE, Sociétés coopératives - Généralités, *JurisClasseur Sociétés Traité*, fasc. 168-10, 2010, n° 66.

72. Observations. - L'opposition entre les coopératives, tournées vers la concurrence et les sociétés par actions, d'une part, et les mutuelles, orientées vers des activités assurantielles, d'autre part, correspond sans doute à une analyse centrée sur le droit français. Dans ce cadre restreint, en effet, les coopératives ne sont pas reconnues comme des organismes assureurs, contrairement aux mutuelles. En revanche, les coopératives sont autorisées à exercer une activité assurantielle dans de nombreux autres Etats membres, parfois en concours avec les mutuelles. Ces deux types de structures relèvent des directives relatives à la mise en place du marché européen de l'assurance. Ainsi, les entreprises d'assurance, les coopératives et les mutuelles sont mises en situation de concurrence par les pouvoirs publics européens.

73. Mais parce que les mutuelles et les coopératives peuvent revêtir la forme de sociétés, d'associations ou de structures *sui generis*²²¹, les frontières sont souvent brouillées, au moins en fait.

§ 2. Un statut européen de compromis

74. Le statut de la coopérative européenne a été adopté, à l'issue de longs débats **(A)**, dans un esprit d'aménagement pragmatique des principes coopératifs **(B)**.

A. La longueur du processus d'élaboration

75. La reconnaissance du statut de coopérative européenne a été envisagée dès le début des années 1980²²². Le processus ne s'est accéléré que dix ans plus tard²²³.

²²¹ Par exemple, en République tchèque, la coopérative prend la forme d'une société. Il en va de même en Espagne. En France, c'est le législateur qui est intervenu, dans le cadre de la loi n° 47-1775 de 1947, pour affirmer que les coopératives étaient des sociétés. Le point de savoir si ces structures devaient être considérées comme des sociétés ou des associations avait été jusqu'alors largement débattu (Cass. Ch. Réunies, 11 mars 1914, Caisse rurale de Manigod).

²²² Comme l'indique le premier considérant du règlement n° 1435/2003 du 22 juillet 2003, relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC) (JOUE n° L 207, 18 août 2003, p. 1), le Parlement européen avait déjà adopté le 13 avril 1983 une résolution sur les coopératives dans la Communauté européenne, le 9 juillet

Trois propositions de règlement ont été présentées par la Commission en 1992 sur le fondement de l'article 100, a) du traité de Rome²²⁴. Ces textes avaient pour ambition de porter statut d'une mutualité européenne²²⁵, d'une association européenne et d'une société coopérative européenne²²⁶. La création d'une telle forme d'entreprise est apparue nécessaire, dès lors que « *les deux structures européennes existantes²²⁷ ne suffisaient plus aux coopérations de dimension communautaire qui ne relevaient ni d'un souci de lucrativité à l'image des sociétés européennes, ni du pur souci de faciliter ou développer l'activité économique des membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité* »²²⁸.

76. Le règlement n° 1435/2003 du 22 juillet 2003²²⁹ a institué un statut de la société coopérative européenne, dite « SEC »²³⁰, complété par la directive n° 2003/72 relative à l'implication des travailleurs²³¹. Cet organisme, doté de la personnalité morale, « *a pour objet principal la satisfaction des besoins et/ou le développement des activités économiques et/ou sociales notamment par la conclusion d'accords avec ceux-ci en vue de la fourniture de biens ou de services ou de l'exécution de travaux dans le cadre de l'activité que la SEC exerce ou fait exercer. La SEC peut aussi avoir pour objet de répondre aux besoins de ses*

1987 une résolution sur la contribution des coopératives au développement régional et le 26 mai 1989 une résolution sur le rôle des femmes dans les coopératives et les initiatives locales d'emploi.

²²³ CESE, avis de la Commission au Conseil, Les entreprises de l'économie sociale et la réalisation du marché européen sans frontière, 1989.

²²⁴ Devenu 95 TCE, puis 114 TFUE, relatif à la procédure de rapprochement des Etats membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.

²²⁵ Proposition de règlement du Conseil concernant le statut de la mutuelle européenne, 5 mars 1992 (COM(91) 273 final).

²²⁶ K. RODRIGUEZ, Société coopérative européenne, JurisClasseur Sociétés Traité, fasc. 168-20, 2008.

²²⁷ Société européenne et groupement européen d'intérêt économique.

²²⁸ K. RODRIGUEZ, La société coopérative européenne : tenants et aboutissants, D. 2004, p. 1219. G. PARLEANI, Le règlement relatif à la société coopérative européenne, et la subtile articulation du droit communautaire et des droits nationaux, Revue des sociétés 2004, p. 74.

²²⁹ Règl. n° 1435/2003/CE, 22 juill. 2003, relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC) : JOUE n° L 207, 18 août 2003, p. 1.

²³⁰ E. BAYO, La société coopérative européenne ou les enjeux multiples d'une nouvelle forme de groupement, JSS 2007, n° 49, p. 50 ; C. CATHIARD, La société coopérative européenne, JCP E 2009, 1012 ; K. RODRIGUEZ, La société coopérative européenne : tenants et aboutissants, D. 2004, p. 1219.

²³¹ Dir. n° 2003/82/CE, 11 sept. 2003, complétant le statut de la société coopérative européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs : JOCE n° L 207, 18 août 2003, p. 25.

membres en favorisant, de la même manière, leur participation à des activités économiques dans une ou plusieurs SEC et/ou coopératives nationales »²³².

La société coopérative européenne a été introduite en France par les lois n° 2008-649²³³ du 3 juillet 2008 et n° 2008-89 du 30 janvier 2008²³⁴, celle-ci transposant les dispositions relatives à l'implication des travailleurs²³⁵.

B. L'aménagement des principes coopératifs

77. Principes généraux. - La société coopérative européenne peut être constituée soit par au moins cinq personnes physiques, soit par au moins cinq personnes physiques et sociétés, soit par des sociétés ainsi que d'autres entités juridiques de droit public ou privé²³⁶, soit par fusion de coopératives, soit par transformation de coopératives, pourvu que les entités concernées relèvent d'au moins deux Etats membres²³⁷. Sauf stipulation contraire prévue par les statuts, chaque membre de la SEC ne s'engage qu'à concurrence du capital qu'il a souscrit. La responsabilité y est donc limitée. Son capital est, en principe, d'au moins 30.000 euros²³⁸. Son siège doit être situé à l'intérieur de l'Union, dans le même Etat membre que son administration centrale²³⁹. La sécurité juridique étant essentielle au succès de l'implantation des sociétés coopératives européennes, la question de la loi applicable²⁴⁰ est traitée de manière détaillée²⁴¹, de même que celles de la fusion et de la transformation d'une coopérative existante en SEC²⁴².

²³² Art. 2, Règl. n° 1435/2003/CE, 22 juill. 2003 : JOUE n° L 207, 18 août 2003, p. 1.

²³³ L. n° 2008-649, 3 juill. 2008, portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire : JORF n° 155, 4 juill. 2008, p. 10705.

²³⁴ L. n° 2008-89, 30 janv. 2008, relative à la mise en œuvre des dispositions communautaires concernant le statut de la société coopérative européenne et la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur : JORF n° 26, 31 janv. 2008, p. 1808.

²³⁵ Cette transposition est d'ailleurs intervenue avec retard ; elle aurait dû être réalisée le 18 août 2006.

²³⁶ A l'inverse, la société européenne ne peut pas être créée « *ex nihilo* ».

²³⁷ Art. 2, Règl. n° 1435/2003/CE, 22 juill. 2003 : JOUE n° L 207, 18 août 2003, p. 1.

²³⁸ Art. 3.2, Règl. n° 1435/2003/CE, 22 juill. 2003 : JOUE n° L 207, 18 août 2003, p. 1.

²³⁹ Art. 5.4, Règl. n° 1435/2003/CE, 22 juill. 2003 : JOUE n° L 207, 18 août 2003, p. 1.

²⁴⁰ « *Le choix de la localisation du siège social de la société est loin d'être neutre, ce qui rappelle qu'un des ressorts de la construction européenne est la compétition entre les droits nationaux* » (G. PARLEANI, Le règlement relatif à la société coopérative européenne, et la subtile articulation du droit communautaire et des droits nationaux, Revue des sociétés 2004, p. 74).

²⁴¹ Art. 1, Règl. n° 1435/2003/CE, 22 juill. 2003 : JOUE n° L 207, 18 août 2003, p. 1 :

« 1. La SEC est régie :



78. Principes aménagés. - Le règlement du 22 juillet 2003 se caractérise par un aménagement pragmatique, voire opportuniste, des principes coopératifs²⁴³. Son préambule illustre le souhait des pouvoirs publics européens de conserver, dans le cadre de la mise en place de la société coopérative européenne, les principes inhérents à ce type de structure²⁴⁴. Ces particularismes ont toutefois été atténués afin que les coopératives soient « *plus séduisantes pour les investisseurs* »²⁴⁵ et, ainsi, plus compétitives face aux sociétés par actions. Ce sont d'ailleurs ces

-
- a) *par le présent règlement ;*
 - b) *lorsque le présent règlement l'autorise expressément, par les dispositions des statuts de la SEC ;*
 - c) *pour les matières non réglées par le présent règlement ou, lorsqu'une matière l'est partiellement, pour les aspects non couverts par le présent règlement par :*
 - i) *les lois adoptées par les Etats membres en application de mesures communautaires visant spécifiquement les SEC ;*
 - ii) *les lois des Etats membres qui s'appliqueraient à une société coopérative constituée selon le droit de l'Etat membre dans lequel la SEC a son siège statutaire ;*
 - iii) *les dispositions des statuts de la SEC, dans les mêmes conditions que pour une coopérative constituée selon le droit de l'Etat membre dans lequel la SEC a son siège statutaire.*

Comme tous les groupements européens, la société coopérative européenne est ainsi régie par le droit d'un Etat membre et ne relève pas totalement d'une législation européenne.

2. *Si la législation nationale prévoit des règles et/ou restrictions spécifiques liées à la nature des activités exercées par une SEC ou une forme de contrôle exercée par une autorité de surveillance, cette législation s'applique intégralement à la SEC ».*

²⁴² Art. 19, Règl. n° 1435/2003/CE, 22 juill. 2003 : JOUE n° L 207, 18 août 2003, p. 1.

²⁴³ En France, le constat a été fait s'agissant des banques coopératives : « *instrumentaliser la morale, telle est aujourd'hui une pratique assez répandue dans le secteur bancaire et dans le milieu des affaires* » (E. LAMARQUE, Le modèle coopératif est-il plus moral ? Le cas des banques coopératives, Revue de droit bancaire et financier 2014, n° 20, p. 74 et s.).

²⁴⁴ Les considérants 7 et 8 du règlement n° 1435/2003 résument parfaitement l'essence des coopératives : « 7) *Les coopératives sont avant tout des groupements de personnes physiques ou morales qui obéissent à des principes de fonctionnement particuliers, différents de ceux des autres opérateurs économiques. On citera, par exemple, les principes de la structure et du contrôle démocratiques ainsi que de la distribution équitable des bénéfices nets de l'exercice.*

8) *Ces principes particuliers concernent notamment le principe de la prééminence de la personne, qui se concrétise par des dispositions spécifiques concernant les conditions d'adhésion, de retrait et d'exclusion des membres; il se traduit par l'énoncé de la règle « un homme, une voix », le droit de vote étant attaché à la personne et il implique l'impossibilité pour les membres d'exercer des droits sur l'actif de la société coopérative ».*

Le considérant n° 10 prévoit que : « *une société coopérative européenne [...] devrait avoir pour objet principal la satisfaction des besoins de ses membres et/ou le développement de leurs activités économiques et sociales, dans le respect des principes suivants :*

- *ses activités devraient avoir pour finalité le bénéfice mutuel de ses membres afin que chacun d'entre eux bénéficie des activités de la SEC en fonction de sa participation,*
- *ses membres devraient également être des clients, travailleurs ou fournisseurs ou sont, d'une manière ou d'une autre, impliqués dans les activités de la SEC,*
- *son contrôle devrait être assumé à parts égales entre ses membres, un vote pondéré pouvant toutefois être prévu, afin de refléter la contribution de chaque membre à la SEC,*
- *la rémunération du capital emprunté et des participations devrait être limitée,*
- *ses bénéfices devraient être distribués en fonction des activités réalisées avec la SEC ou utilisés pour satisfaire les besoins de ses membres,*
- *il ne devrait pas y avoir de barrières artificielles à l'adhésion,*
- *en cas de dissolution, l'actif net et les réserves devraient être distribués selon le principe de dévolution désintéressée, c'est-à-dire à une autre entité coopérative poursuivant des fins ou des objectifs d'intérêt général similaires ».*

dernières qui ont inspiré le législateur européen lorsqu'il a aménagé les principes coopératifs, dans un souci d'harmonisation.

79. L'atteinte la plus forte aux principes classiques tient à la possibilité d'incorporer les réserves partageables au capital²⁴⁶. La réglementation du droit de vote éclaire également sur la volonté du législateur européen de convaincre les investisseurs du potentiel de la société coopérative européenne. Ainsi, le partage non égalitaire de voix valorisant, dans certaines limites, la participation à l'activité de la structure est admis, pourvu que la loi de l'Etat membre dans lequel la SEC a son siège le permette²⁴⁷. Par ailleurs, sous la même condition, les statuts peuvent attribuer des droits aux membres non usagers de la SEC²⁴⁸, c'est-à-dire aux investisseurs, pourvu que ceux-ci ne détiennent pas plus de 25 % des droits de vote. Les statuts d'une société coopérative européenne participant à des activités dans le domaine financier ou dans le domaine de l'assurance (*a fortiori*, dans celui de la protection sociale complémentaire) « *peuvent prévoir que le nombre de voix est déterminé par la participation du membre aux activités de la coopérative, y compris sous forme de participation au capital de la SEC. Les voix ainsi attribuées ne peuvent dépasser le nombre de cinq par membre, ou 10 % du total des droits de vote, la valeur la plus faible étant retenue* ». L'article 1.4 du règlement prévoit aussi que « *la SEC ne peut admettre des non membres au bénéfice de ses activités ou permettre à ceux-ci de participer à ses opérations, sauf disposition contraire des statuts* ». La souplesse du dispositif est grande, puisqu'il est envisageable qu'une société coopérative européenne comprenne non seulement des membres non usagers mais des usagers non membres. Enfin, la société coopérative

²⁴⁵ K. RODRIGUEZ, La société coopérative européenne : tenants et aboutissants, D. 2004, p. 1219.

²⁴⁶ Art. 4-8, Règl. n° 1435/2003/CE du Conseil du 22 juillet 2003 : JOUE n° L 207, 18 août 2003, p. 1.

²⁴⁷ Art. 59, Règl. n° 1435/2003/CE du Conseil du 22 juillet 2003 : JOUE n° L 207, 18 août 2003, p. 1.

²⁴⁸ L'article 14.1 alinéa 2 du règlement prévoit que « *les statuts peuvent stipuler que, lorsque la législation de l'Etat membre où se trouve le siège de la SEC le permet, des personnes n'ayant pas vocation à utiliser ou à produire les biens et les services de la SEC peuvent être admis en qualité de membres investisseurs (non-usagers). Dans ce cas, l'acquisition de la qualité de membre est subordonnée à l'approbation de l'assemblée générale ou de tout autre organe agissant par délégation sur décision de l'assemblée générale ou en vertu des statuts* ». La formulation faussement restrictive retenue par les pouvoirs publics européens ne trompe guère : il s'agit bien là d'une importante dérogation aux principes coopératifs.

européenne « *peut mener ses activités par l'intermédiaire d'une filiale* »²⁴⁹, ce qui amène certains auteurs à s'interroger sur les risques de dénaturation d'une coopérative susceptible de se transformer en simple holding²⁵⁰.

80. Au demeurant, la tendance à l'introduction de mécanismes propres aux sociétés par actions dans le secteur coopératif ne s'observe pas uniquement en droit européen. Les droits internes des Etats membres sont également concernés par ce mouvement²⁵¹ qui traduit, là encore, une tendance à l'harmonisation des structures exerçant leur activité dans le cadre du marché intérieur²⁵².

81. Bilan. - Le bilan de la société coopérative européenne est mitigé. D'une part, il est très difficile de connaître le nombre de SEC immatriculées en l'absence de registre créé à cet effet, contrairement aux sociétés européennes qui étaient au nombre de 855 au 7 juillet 2011²⁵³. Il ressort toutefois du rapport de la Commission du 23 février 2012 relatif au statut de société coopérative européenne qu'il en existerait 24 à la date du 22 novembre 2011, dont une en France. Seulement sept d'entre elles exerceraient dans le secteur de l'économie sociale, intervenant dans « *des domaines tels que l'emploi des personnes défavorisées, les soins médicaux et*

²⁴⁹ Art. 1.3, Règl. n° 1435/2003/CE du Conseil du 22 juillet 2003 : JOUE n° L 207, 18 août 2003, p. 1.

²⁵⁰ G. PARLEANI, Le règlement relatif à la société coopérative européenne, et la subtile articulation du droit communautaire et des droits nationaux, *Revue des sociétés* 2004, p. 74 ; S. GRANDVUILLEMIN, L'avènement du statut de coopérative européenne, le règlement du 22 juillet 2003, *JCP E* 2003, 1663.

²⁵¹ Pour une revue des mesures mises en œuvre en France en ce sens, v. K. RODRIGUEZ, La société coopérative européenne : tenants et aboutissants, *D.* 2004, p. 1219. L'auteur cite le Professeur SAINTOURENS, qui constate qu'« *évoluant dans un contexte commun aux entreprises non coopératives, il est clair que, sur le plan du droit des sociétés, les coopératives devaient se trouver engagées dans un mouvement d'adaptation de leur statut dans le sens d'un rapprochement avec les sociétés de droit commun [...] à l'occasion de l'adoption de la loi n° 92-643 du 13 juillet 1992 relative à la modernisation des entreprises coopératives, c'est à une profonde réduction du particularisme des sociétés coopératives que l'on assiste* » (B. SAINTOURENS, *Sociétés coopératives et sociétés de droit commun*, *Revue des sociétés* 1996, p. 1).

²⁵² La volonté des pouvoirs publics européens de conjuguer les principes coopératifs avec ceux de l'efficacité économique transparaît clairement dans le règlement du 22 juillet 2003. En ce sens, v. G. PARLEANI, Le règlement relatif à la société coopérative européenne, et la subtile articulation du droit communautaire et des droits nationaux, *Revue des sociétés* 2004, p. 74 ; K. RODRIGUEZ, La société coopérative européenne : tenants et aboutissants, *D.* 2004, p. 1219. Il est également relevé que la SEC constitue « *un groupement compétitif parce qu'elle est également, peut-être même avant tout, une véritable société commerciale* » (A. LECOURT, La société coopérative européenne (SEC) : entreprise sociale, solidaire et compétitive !, *RLDA* 2013, suppl. n° 88, p. 26).

²⁵³ C. CATHIARD, A. LECOURT, Les structures européennes : principales caractéristiques et intérêts pour les entreprises, *Droit des sociétés* 2011, n° 11, p. 5.

la fourniture de services dans le secteur de la santé ». Cet échec relatif serait dû à la complexité de la réglementation²⁵⁴. Deux explications supplémentaires peuvent être avancées : 1) pourquoi créer une société coopérative européenne alors qu'une société européenne offre davantage de souplesse ? 2) l'hétérogénéité des coopératives au sein de l'Union, fruit de l'absence de politique d'harmonisation, n'a-t-elle pas desservi cette structure supranationale ? Au demeurant, au-delà des efforts - aux retombées relatives - entrepris ces dernières décennies au sein de l'Union européenne pour faire connaître et rendre attractives les coopératives, la crise économique mondiale amène à une réflexion plus globale sur les alternatives aux structures capitalistes²⁵⁵.

Section 2 - Les mutuelles

82. Plus que les sociétés d'assurance, les mutuelles ont un lien historique avec la protection sociale complémentaire. La part du chiffre d'affaires qu'elles réalisent a toutefois tendance à se réduire, en raison de la volonté des premières nommées d'investir plus largement ce qu'elles ont perçu comme un marché porteur et d'un processus d'harmonisation des formes sociales qui gomme la spécificité des offres de services proposées par les différents protagonistes. L'harmonisation structurelle des entreprises intervenant dans le champ de la protection sociale complémentaire autour du modèle de la société d'assurance a entraîné une perte de spécificité progressive des mutuelles dont les effets ne sont pas encore totalement connus (§ 1). Elle a également amené ces dernières à amorcer un mouvement visant à obtenir la reconnaissance de leur statut sur le plan européen (§ 2).

²⁵⁴ Rapport de la Commission, Application du règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la coopérative européenne (SCE), 23 févr. 2012 (COM(2012) 72 final). Il est également souligné que « *le Règlement complique inutilement les choses : il renvoie tantôt aux règles nationales qui concernent les coopératives de l'Etat du siège, tantôt aux normes qui gouvernent la SA de l'Etat du siège. Or, cette multitude de renvois crée inévitablement un risque accru de law shopping. En mettant en exergue, comme dans la SE, les règles nationales, le législateur communautaire crée une concurrence entre les Etats sur le terrain de la pertinence de leur réglementation en matière de coopérative ou de SA. Il n'est pas certain qu'à ce jeu, la France sorte gagnante* » (A. LECOURT, La société coopérative européenne (SEC) : entreprise sociale, solidaire et compétitive !, RLDA 2013, suppl. n° 88, p. 26).

²⁵⁵ A ce titre, l'année 2012 a été proclamée « Année internationale des coopératives » par les Nations Unies (<http://social.un.org/coopsyear/>).

§ 1. Une spécificité menacée

83. Les mutuelles présentent des caractéristiques distinctes de celles des sociétés d'assurance, contribuant largement à leur originalité **(A)** et à leur succès. La frontière s'estompe toutefois, essentiellement en raison de l'action des pouvoirs publics européens et de la réalisation du marché européen de l'assurance, à tel point que de nombreux analystes estiment que les mutuelles seraient en voie de « banalisation »²⁵⁶ **(B)**.

A. Une forte originalité

84. Historique. - Si l'origine des mutuelles est très ancienne²⁵⁷, le développement du concept de mutualité tel que nous le connaissons en matière de santé est lié à la révolution industrielle, avec la création de « caisses de secours » dont l'objet était l'entraide entre les adhérents en cas de maladie, accident, chômage ou décès²⁵⁸. Ce phénomène se rencontre en France²⁵⁹ et dans de nombreux autres pays européens²⁶⁰.

²⁵⁶ Cette expression, employée pour formaliser l'existence d'un risque pesant sur ces organismes, revient très fréquemment (v. notamment, M. DEL SOL, La construction juridique du marché de l'assurance santé en Europe, RDSS 2011, p. 197 ; P. TOUCAS-TRUYEN, Histoire de la mutualité et des assurances, La Découverte et Syros 1998, p. 113 ; D. ASSAYAG, F. GUEDJ, P. TOUCAS-TRUYEN, La santé en Europe, entre marché et solidarité, Les Editions de l'Atelier 2004, p. 75.

²⁵⁷ « La mutualité puise ses racines dans des temps très anciens, puisqu'on en trouve déjà la trace en Basse-Egypte dès le IV^e millénaire avant Jésus-Christ sous la forme d'une caisse d'entraide entre les tailleurs de pierre » (Commission européenne, document de consultation, Les Mutuelles dans une Europe élargie, 3 oct. 2003, p. 6).

²⁵⁸ M. DREYFUS, Liberté, égalité, mutualité. Mutualité et syndicalisme (1852-1967), Editions de l'Atelier 2001.

²⁵⁹ En France, ces structures se sont développées initialement en marge du droit, la loi Le Chapelier du 14 juin 1791 ayant proscrit la liberté associative au sein des activités professionnelles et, par conséquent, les activités d'entraide (art. 2 : « Les citoyens d'un même état ou profession, les entrepreneurs, ceux qui ont boutiques ouvertes, les ouvriers compagnons d'un art quelconque ne pourront lorsqu'il se trouveront ensemble, se nommer ni président, ni secrétaires, ni syndics, tenir des registres, prendre des arrêtés ou délibérations, former des règlements sur leurs prétendus intérêts communs »). La reconnaissance d'un cadre légal fut très progressive. Une loi du 22 juin 1835 a ainsi autorisé les dépôts des sociétés de secours mutuels dans les Caisses d'épargne, à concurrence de 6.000 francs. Le décret du 26 mars 1852 autorise la reconnaissance des sociétés de secours mutuels, mais les maintient sous un strict contrôle des pouvoirs publics (art. 1 : « Une société de secours mutuels sera créée par les soins du maire et du curé dans chacune des communes où l'utilité en aura été reconnue » ; art. 2 : « Le bureau de chaque société sera nommé par le Président de la République »). Sous cette impulsion, les mutuelles vont progressivement rentrer dans un cadre légal et officiel. Les sociétés de secours mutuels approuvées par les pouvoirs publics qui ne constituaient que 8 % de ces structures en 1852 en représentaient 75 % en 1871. L'encadrement juridique existant demeurait toutefois très contraignant (notamment dans la mesure où les caisses de secours mutuels se confondaient fréquemment avec les caisses de grève). D'une part, les mutuelles ne pouvaient exercer d'autres activités que le secours maladie. D'autre

Le succès des mutuelles s'est bâti autour de leurs domaines d'intervention historiques : la prévoyance, l'assurance et la banque. Le quasi-cantonnement à ces activités s'explique essentiellement par le fait que les législations nationales - puis la législation européenne - n'ont pas doté ces structures des moyens juridiques leur permettant d'agir efficacement dans les autres secteurs économiques²⁶¹.

85. Traits communs. - Les mutuelles se sont toujours singularisées en matière de protection sociale complémentaire. Malgré des dissemblances relevées, la Commission européenne a formulé dans un document de consultation, « Les mutuelles dans une Europe élargie », en date du 3 octobre 2004²⁶², un certain nombre de constats communs aux différents Etats²⁶³. Elle relève ainsi qu'« *aucun Etat ne dispose de loi unique et générale sur les mutuelles. Dans tous les Etats, la*

part, ces structures ne pouvaient pas dépasser 500 adhérents. Il en résultait que certains risques pourtant majeurs et pour lesquelles la technique de la mutualisation était particulièrement adaptée, tels que l'invalidité ou la vieillesse, étaient exclus du champ d'action des sociétés de secours mutuels. « *Le retard s'explique par la résistance opiniâtre qu'opposent les mutualistes aux projets des pouvoirs publics, visant à assimiler le statut des SSM à celui des entreprises d'assurance, en vue de rationaliser leur fonctionnement. L'identité contemporaine du mutualisme français et de ses sociétés de secours mutuels se constitue ainsi à la faveur de la confrontation avec le pôle marchand de l'assurance et avec le syndicalisme ouvrier en gestation* » (www.musee.mutualite.fr). Ce constat historique doit être mis en perspective avec les difficultés rencontrées par les mutuelles aujourd'hui pour faire reconnaître leurs spécificités auprès des pouvoirs publics européens. La loi du 1^{er} avril 1898 relative aux sociétés de secours mutuels, dite également « *Charte de la Mutualité* » a institué un régime beaucoup plus souple et permis aux mutuelles de prendre leur plein essor au début de XX^e siècle. Tous les domaines de la protection sociale leur étaient désormais ouverts. Le nombre d'adhérents n'était plus limité. De même, le contrôle des pouvoirs publics s'est allégé, le développement des mutuelles n'étant plus un sujet d'inquiétude politique. La loi des assurances sociales, en date de 30 avril 1930, en instaurant une couverture obligatoire (art. 2 : « *Sont affiliés obligatoirement aux assurances sociales tous les salariés de l'un ou de l'autre sexe dont la rémunération totale annuelle, quelle qu'en soit la nature, à l'exclusion des allocations familiales, ne dépasse pas 15.000 francs [...]* ») de grande ampleur (art. 1 : « *Les assurances sociales couvrent les risques maladie, invalidité prématurée, vieillesse, décès et comportent une participation aux charges de famille et de maternité [...]* ») a amené les mutuelles à s'adapter à leur nouveau rôle, basé sur une intervention complémentaire à celle des pouvoirs publics. Cette tendance s'est accentuée avec l'instauration de la sécurité sociale en 1945.

²⁶⁰ En Allemagne, les premières caisses coopératives de crédit, dites « Caisses Raiffeisen » (du nom de leur fondateur, Frédéric-Guillaume Raiffeisen, homme politique et économiste allemand) ont également été créées au XIX^e siècle. Ce système encourageant l'esprit d'initiative et l'entraide s'est par la suite développé dans plus de cent pays et rassemble environ 350 millions de sociétaires (<http://www.raiffeisen.ch/>). Au Royaume-Uni, les « Building societies » sont des institutions financières détenues par leurs membres sur la base d'une organisation mutualiste, visant à la construction ou à l'achat de logements et à leur affectation à ses membres, dont l'origine remonte à 1775. En 2011, il existait 47 groupements de ce type, qui comptaient, au total, environ 18 millions de membres et géraient plus de 360 milliards de Livres Sterling (www.bsa.org.uk/).

²⁶¹ PANTEIA, Study on the current situation and prospects of mutuals in Europe 2012, p. 17.

²⁶² Commission européenne, document de consultation, Les Mutuelles dans une Europe élargie, 3 oct. 2003.

²⁶³ En ce sens, O. BONED, Est-il légitime de parler d'identité mutualiste en Europe. Une réponse fondée sur quelques mutuelles santé, RECMA 2006, n° 299, p. 9.

loi définit précisément les activités que peuvent entreprendre les mutuelles ». Par ailleurs, « *si tous les Etats membres disposent de législations détaillées sur les mutuelles de santé, les dispositions régissant les mutuelles d'assurance sont quant à elles intégrées dans les lois générales sur les sociétés d'assurance* ». En outre, « *tous les Etats membres permettent la constitution de mutuelles pour mener des activités d'assurance non-vie et/ou vie, à l'exception de la Grèce, où il n'existe donc que des mutuelles de santé* ». Il est également souligné que « *certaines législations nationales imposent des contraintes en termes de sociétariat. C'est le cas au Portugal, où les mutuelles d'assurance doivent être créées sur une base corporative, ne pouvant offrir de produits/services en dehors de cette corporation* »²⁶⁴. Des similitudes sont également observées sur le plan financier et fiscal. Par exemple, à l'exception de la Belgique, du Danemark et de l'Espagne, tous les Etats mettent des instruments de financement des fonds propres à la disposition des mutuelles. De même, à l'exception de la France, du Luxembourg et de l'Irlande, tous permettent la distribution de l'actif net aux membres en cas de dissolution. Il pourrait être ajouté que les mutuelles se distinguent également des organismes assureurs à but lucratif par leurs actions en faveur des personnes défavorisées²⁶⁵.

86. Si les mutuelles présentent des caractéristiques communes permettant de les rassembler²⁶⁶, des différences majeures permettent surtout de les distinguer des entreprises d'assurance de droit commun. La Commission en a énuméré six : leur moindre exposition aux fluctuations du marché et, par conséquent, aux aléas des

²⁶⁴ Le rapport sur « Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle », élaboré par la direction générale des politiques internes à la demande de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen en juillet 2011 est beaucoup moins nuancé : « *les éléments par lesquels d'habitude les mutuelles se différencient d'autres types d'organisations (à savoir, le lien entre le fait d'être membre et celui d'être assuré, le principe d'un vote par personne et l'absence d'actions) ne se retrouvent pas dans tous les Etats membres. Par conséquent, le concept de « société mutuelle » peut être interprété largement en Europe et il arrive que des organisations définies dans différents pays comme des mutuelles aient peu de points communs entre elles* » (p. 8).

²⁶⁵ Par exemple, en France dans le cadre de la couverture maladie universelle complémentaire, dite « CMU-C » (M. BORGETTO, F. KESSLER, *Mutualité et protection sociale*, RDSS 2009, p. 395).

²⁶⁶ V. également : Ph.-J. HESS, *Permanence des grands principes mutualistes depuis le XIX^e siècle*, in *Engagements et valeurs mutualistes en Europe*, dir. D. ASSAYAG, F. GUEDJ, P. TOUCAS-TRUYEN, *Alternatives Economiques* 2004, p. 47.

crises économiques, dans la mesure où elles n'émettent pas d'actions cotées²⁶⁷ ; la possibilité de développer une vision de la croissance de la structure à long terme en raison de la déconnexion de toute valeur boursière ; l'absence d'actionnaire à rémunérer, ce qui permet de consacrer davantage de moyens au développement et à la pérennité de l'entreprise ; la finalité, qui conduit à privilégier les intérêts des membres, qui sont également les bénéficiaires ; le modèle participatif, responsable et citoyen ; l'ancrage local fort, axé sur la dimension humaine des relations, ces éléments concourant « à en faire un trait d'union entre le local et le global » [...] « dans une économie qui se mondialise »²⁶⁸.

87. Essor au sein de l'Union européenne. - Cette originalité a favorisé l'essor des mutuelles. En 2009, elles revendiquaient, sur le plan européen, plus de 100 millions de membres et près de 170 millions de bénéficiaires²⁶⁹. Elles représentaient les deux tiers des entreprises d'assurance, détenaient 25 % des parts du marché européen de l'assurance et réalisaient un chiffre d'affaires de plus de 180 milliards d'euros²⁷⁰.

²⁶⁷ Le document portant sur « Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle » réalisé au mois de juillet 2011 par la direction générale des politiques internes à la demande de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, relève également que « *comme les mutuelles acquièrent leurs capitaux uniquement via leurs membres et non pas par le biais des marchés de capitaux, elles semblent mieux résister aux crises financières et aux crises du crédit et, dès lors, être plus durables* ». Ce texte relève également fort justement que les mutuelles ont trouvé d'autres moyens - en dehors des rapprochements de structures - de se développer, en proposant d'autres activités ou produits ou en tentant d'augmenter leur rentabilité (p. 9). V. également, C. LAUX, A. MUERMANN, Financing risk transfer under governance problems: Mutual versus stock insurers, in *Journal of Financial Intermediation* 2010, 333.

²⁶⁸ Compte tenu du nombre d'Etats membres et du caractère disparate des législations applicables, ces caractéristiques communes supportent de nombreuses exceptions. C'est sans doute la raison pour laquelle la Commission se réfère à un ensemble de caractéristiques sous forme d'un faisceau d'indices plutôt qu'à une définition qui aurait été malaisée à élaborer. V. « Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle » réalisé au mois de juillet 2011 par la direction générale des politiques internes à la demande de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, p. 11 à 23, notamment). Il n'en demeure pas moins que toutes ces structures constituent une catégorie relativement homogène, qui se distingue clairement des sociétés à but lucratif de droit commun.

²⁶⁹ Voir 230 millions en 2011, l'écart ne se justifiant que par le peu de précision des données statistiques disponibles (« Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle », document réalisé par la direction générale des politiques internes à la demande de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, juill. 2011, p. 8).

²⁷⁰ M. DEL SOL, Europe et mutualité : une influence à sens unique ?, RDSS 2009, p. 410. V. également : AMICE, Facts and Figures - mutual and cooperative insurance in Europe, 2012.

Les mutuelles étaient présentes dans tous les Etats membres de l'Union européenne avant l'élargissement opéré le 1^{er} mai 2004. Elles existent actuellement au sein de 22 des 28 Etats membres, à l'exception de Chypre, de la République tchèque, de l'Estonie, de la Lituanie, de la Slovaquie et de la Croatie²⁷¹. En France, les mutuelles constituent les organismes de protection sociale complémentaire les plus populaires s'agissant de la prise en charge des frais de santé.

Leur poids économique est variable au sein des différents Etats membres. Il a peu évolué ces dernières années, si ce n'est dans le sens d'un léger déclin au profit des sociétés d'assurance. En France, le nombre de mutuelles est passé de 843 à 716 entre 2004 et 2008²⁷². Leur part de marché est toutefois restée stable, passant de 32 % à 31,6 % pendant cette période²⁷³. En Allemagne, le nombre de mutuelles est passé de 259 en 2004 à 257 en 2008, sur un total de 1432 organismes assureurs, pour une part de marché en légère augmentation sur cette période, de 31,3 à 33,8 %. A l'inverse, en Espagne, la part de marché des mutuelles est tombée de 26,2 à 11,9 %²⁷⁴ au cours de cette même période.

88. Catégories. - Deux grandes catégories de mutuelles existent en Europe : les « organismes de prévoyance et de secours », qui ont pour objet de procurer une couverture sociale qu'elle soit de base ou complémentaire²⁷⁵ et les « sociétés d'assurance mutuelle » qui exercent une activité d'assurance organisée et gérée

²⁷¹ « Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle », document réalisé par la direction générale des politiques internes à la demande de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, juill. 2011, p. 7 ; AMICE-ICMIF, 2012 Market Insight Europe, La part du marché européen de l'assurance détenue par les assureurs mutuels et coopératifs, 2014, p. 7.

²⁷² Sur une période plus longue, une tendance se dessine toutefois : le nombre de mutuelles intervenant sur le marché de la complémentaire santé est passé de 1349 à 559 entre 2002 et 2010 (DREES, Les contrats les plus souscrits auprès des organismes complémentaires santé en 2010, 2014, p. 9).

²⁷³ En 2009, on estimait qu'environ 6 résidents français sur 10 étaient couverts par une mutuelle, soit près de 38 millions de personnes et 18 millions d'adhérents (M. BORGETTO, F. KESSLER, Mutualité et protection sociale, RDSS 2009, p. 395).

²⁷⁴ Alors même que le rôle des mutuelles y a longtemps été central, dans la mesure où elles constituaient le seul dispositif de prévoyance sociale (S. CASTILLO, Mutualité et santé dans l'Espagne contemporaine, 1832-2002, in La santé en Europe, entre marché et solidarité, dir. D. ASSAYAG, F. GUEDJ, P. TOUCAS-TRUYEN, Les Editions de l'Atelier 2004, p. 29).

²⁷⁵ Aux Pays-Bas et en Belgique, les mutuelles interviennent tant au titre du régime de base qu'au titre du régime complémentaire (« Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle », document réalisé par la direction générale des politiques internes à la demande de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, juill. 2011, p. 8).

selon les principes mutualistes²⁷⁶. Cette distinction est présente en droit français, qui connaît les mutuelles dites « du livre II » (ainsi dénommées en raison du livre du code de la mutualité qui leur est consacré), qui sont des organismes assureurs et les mutuelles dites « du livre III », qui sont tournées vers l'action sociale et culturelle²⁷⁷.

Par ailleurs, contrairement aux sociétés d'assurance, les mutuelles occupent souvent une place particulière dans le système de protection sociale des Etats membres. Leur rôle ne se cantonne pas à la protection sociale complémentaire mais, pour des raisons historiques, il concerne la protection sociale de base. La fin de la Seconde Guerre mondiale a amené le développement de grands régimes de protection sociale en Europe²⁷⁸. Cette tendance a conduit les Etats à opérer un arbitrage quant au rôle qu'il convenait de donner aux mutuelles. La réponse apportée par les pouvoirs publics n'a pas été partout la même. Des différences subsistent encore en grande partie aujourd'hui²⁷⁹. Ainsi, selon le document portant sur « Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle » réalisé au mois de juillet 2011 par la direction générale des politiques internes à la demande de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, les mutuelles sont susceptibles de relever de quatre catégories : les mutuelles uniquement actives dans l'assurance maladie obligatoire (Grèce) ; les mutuelles inactives dans l'assurance maladie (Bulgarie, Irlande, Lettonie, Roumanie) ; les mutuelles actives dans l'assurance maladie obligatoire et volontaire (Belgique et Pays-Bas) ; les

²⁷⁶ La terminologie est celle retenue dans le document réalisé par la direction générale des politiques internes, « Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle », juill. 2011, p. 7.

²⁷⁷ En revanche, l'emploi du vocabulaire applicable aux mutuelles s'avère complexe, dès lors qu'en France l'on distingue les mutuelles régies par le code de la mutualité, les sociétés d'assurance mutuelles régimes par le code des assurances et les sociétés d'assurance et de réassurance agricole. Cette situation existe en France depuis de nombreuses années, conduisant certains à rechercher des critères communs - certes assez évidents - entre ces différentes structures (M.-H. MALEVILLE, Critères communs d'une structure méconnue : les mutuelles, JCP E 1992, 182).

²⁷⁸ A l'exception notable de la Belgique, dont le système mutualiste est demeuré structuré à l'identique jusqu'à ce que la loi du 6 août 1990, relative aux mutualités et aux unions nationales de mutualités, soit adoptée.

²⁷⁹ En France, l'Etat s'est en grande partie chargé de la gestion du régime de base de la sécurité sociale. A l'inverse, ce sont les mutuelles qui, en Belgique, sont chargées de cette mission. En Espagne, ce rôle est dévolu non pas à l'Etat directement, mais aux régions (Commission européenne, document de consultation, Les Mutuelles dans une Europe élargie, 3 oct. 2003, p. 7).

mutuelles uniquement actives dans l'assurance maladie volontaire et supplémentaire (Autriche, Allemagne, Danemark, Espagne, Finlande, France, Hongrie, Italie, Luxembourg, Malte, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Slovénie, Suède)²⁸⁰. Cette dernière catégorie est celle qui rassemble le plus grand nombre d'Etats. Cependant, elle recouvre des réalités diverses. Par exemple, la Slovénie ne compte qu'une seule mutuelle²⁸¹ ; le marché suédois de la protection sociale complémentaire est peu développé, en raison des performances du régime de base²⁸² ; au Royaume-Uni, environ 12 % de la population bénéficiaient d'une couverture complémentaire en 2007²⁸³ ; le système mutualiste allemand se distingue des autres par le fait que les mutuelles ont évolué pour devenir des personnes morales de droit public, non détenues par leurs membres²⁸⁴ ; en France, la situation est moins schématique dans la mesure où, pour des raisons historiques, les mutuelles gèrent parfois le régime de base pour le compte du régime général et par délégation de celui-ci. Il en va ainsi de celles des étudiants ou de la fonction publique²⁸⁵.

²⁸⁰ Document portant sur « Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle » réalisé au mois de juillet 2011 par la direction générale des politiques internes à la demande de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, p. 31 et s.

²⁸¹ Document portant sur « Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle » réalisé au mois de juillet 2011 par la direction générale des politiques internes à la demande de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, p. 34.

²⁸² Celui des mutuelles l'est plus encore, dans la mesure où « *l'assurance maladie volontaire est fournie par des assureurs privés, et seulement dans une mesure limitée aux assureurs mutuels. La raison semble être que la justification de l'assurance volontaire ne correspond pas très bien aux idées mutualistes, à savoir la solidarité et l'égalité. L'assurance volontaire a pour vocation de proposer un traitement préférentiel à ses membres et par conséquent de ne pas agir dans l'intérêt du bien général* » (document portant sur « Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle » réalisé au mois de juillet 2011 par la direction générale des politiques internes à la demande de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, p. 48) ; A.-H. GLENNARD, F. JJALTE, M. SVENSSON, A. ANELL., V. BANKAUSKAITE, Health Systems in Transition: Sweden. Copenhague, Bureau régional OMS de l'Europe pour le compte de l'Observatoire européen des systèmes et des politiques de santé, 2005.

²⁸³ Laing and Buisson's Healthcare Market Review 2007-8 (www.laingbuisson.co.uk) in document portant sur « Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle » réalisé au mois de juillet 2011 par la direction générale des politiques internes à la demande de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, p. 38. Pour autant, les sociétés de secours mutuels (« Friendly societies »), traduction d'une conception britannique de la mutualité, se sont apparentées à des sociétés d'assurance dès la fin du XIX^e siècle, ne résistant pas à la concurrence économique avec ces dernières (N. WHITESIDE, L'Angleterre : la naissance d'une logique assurantielle, in La santé en Europe, entre marché et solidarité, dir. D. ASSAYAG, F. GUEDJ, P. TOUCAS-TRUYEN, Les Editions de l'Atelier 2004, p. 43).

²⁸⁴ Document portant sur « Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle » réalisé au mois de juillet 2011 par la direction générale des politiques internes à la demande de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, p. 17.

²⁸⁵ M. BORGETTO, F. KESSLER, Mutualité et protection sociale, RDSS 2009, p. 395.

B. Un risque de banalisation

89. La réalisation progressive du marché européen a contribué à brouiller les frontières tracées depuis le XIX^e siècle. L'élaboration du cadre juridique applicable aux entreprises intervenant dans ce secteur d'activité autour des sociétés d'assurance a largement influencé les mutuelles (1). Le secteur mutualiste avait d'ailleurs anticipé ce risque de perte d'influence de son modèle en appelant, dès le début des années 1990, à ne pas le sous-estimer²⁸⁶ ; il n'est toutefois pas parvenu à faire entendre sa voix.

Ce jeu d'influences entre les différents organismes intervenant dans le champ de la protection sociale complémentaire est également avéré dans le sens inverse : le courant mutualiste a - dans une moindre mesure - imprégné le droit applicable aux sociétés d'assurance (2).

1. L'influence des sociétés d'assurance sur les mutuelles

90. Directement issue du droit européen²⁸⁷, l'influence des sociétés d'assurance sur les mutuelles amène ces dernières à se comporter, de plus en plus, comme des organismes à but lucratif²⁸⁸.

²⁸⁶ G. JEAN-CHARLES, G. LAFARGUE, Les mutuelles face à l'Europe, Editions de Verneuil 1994, p. 106.

²⁸⁷ Même si, en France, le particularisme des mutuelles est particulièrement présent, le législateur était déjà intervenu au début du XIX^e afin d'adopter certaines règles rapprochant ces dernières des sociétés de droit commun. En effet, le constat avait été fait que les mutuelles étaient plus fragiles financièrement que les compagnies d'assurance. Cette caractéristique - peu propice au développement du modèle - avait attiré l'attention des pouvoirs publics en France. Un décret du 8 mars 1922 était ainsi venu encadrer le fonctionnement des mutuelles en matière de constitution des provisions, de tenue des comptes ou encore de répartition des excédents. Une autre distinction historique fut gommée quelques années plus tard, lorsqu'interdiction a été faite aux mutuelles de réduire leurs engagements lorsque les cotisations d'un exercice ne suffisent pas à faire face aux charges de cet exercice²⁸⁷. Cette réforme a permis un développement significatif des mutuelles d'assurance (en parallèle à celles-ci, qui relèvent de la législation sur les assurances, sont apparues peu après la fin de seconde Guerre mondiale, les mutuelles spécialisées dans l'assurance maladie, qui se voient appliquer le code de la mutualité). L'histoire se répète donc, à une époque plus récente, dans un cadre européen cette fois.

²⁸⁸ O. ANFRAY, C. LETELLIER, C. MILLET-URSIN, Mutualité. Mutuelles et unions pratiquant des opérations d'assurance, JurisClasseur Protection sociale Traité, fasc. 845, 2012 ; C. LETELLIER, J.-L. NOWACZYCK, C. MILLET-URSIN, Mutualité. Mutuelles et unions pratiquant des opérations d'assurance, JurisClasseur Protection sociale Traité, 2012, fasc. 840.

91. Considérations économiques. - Les règles européennes applicables aux entreprises intervenant sur le marché de la protection sociale complémentaire ne sont pas favorables au développement des mutuelles sous leur forme actuelle²⁸⁹ dès lors qu'elles les placent dans une situation de concurrence avec les organismes à but lucratif, davantage bâtis pour la compétition économique²⁹⁰. Les organisations mutualistes des Etats membres rencontrent d'importantes difficultés à affirmer leur identité et à se distinguer des sociétés d'assurance²⁹¹. Il est certain que le caractère concurrentiel du marché sur lequel elles opèrent amène les mutuelles à s'interroger davantage sur l'opportunité d'agir à la manière des sociétés de capitaux à but lucratif. Contraintes de s'adapter à cet environnement, les mutuelles n'échappent plus au mouvement de concentration et, plus largement, de renforcement de la taille et de la structure des organismes assureurs²⁹².

92. La Commission a relevé que, dans les domaines où elles interviennent, les mutuelles ont démontré qu'elles étaient « *des entreprises rentables, productives et compétitives, capables de s'adapter aux variations des attentes et des besoins de la population* »²⁹³. Néanmoins, elle pointe ce qu'elle estime être les trois limites du modèle mutualiste, tenant à leur mode de financement et de fonctionnement : les

²⁸⁹ D. LENOIR, La mutualité face à ses enjeux, RDSS 2009, p. 397 ; Y. SAINT-JOURS, L'éthique mutualiste minée par les directives assurances de l'Union européenne, in La santé en Europe, entre marché et solidarité, dir. D. ASSAYAG, F. GUEDJ, P. TOUCAS-TRUYEN, Les Editions de l'Atelier 2004, p. 81.

²⁹⁰ F. KESSLER, Les mutuelles ont-elles une place en Europe ? Un point de vue de juriste, in Engagements et valeurs mutualistes en Europe, dir. D. ASSAYAG, F. GUEDJ, P. TOUCAS-TRUYEN, Alternatives Economiques 2004, p. 135.

²⁹¹ Confcoopérative (confédération des coopératives italiennes), réponse au document de consultation de la Commission européenne « Les Mutuelles dans une Europe élargie », 2004.

²⁹² M. BORGETTO, F. KESSLER, Mutualité et protection sociale, RDSS 2009, p. 395 ; D. LENOIR, La mutualité face à ses enjeux, RDSS 2009, p. 397.

²⁹³ Commission européenne, document de consultation, Les Mutuelles dans une Europe élargie, 3 oct. 2003, p. 9. Dans ce texte, il est également constaté que « *sous l'effet de l'accroissement du coût des soins et de la diminution de la part prise en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale - mais également des délais d'attente parfois très longs pour bénéficier des soins dispensés par les services nationaux de santé (c'est notamment le cas au Royaume-Uni) - ce secteur s'est considérablement développé et est devenu très compétitif. Les mutuelles ont pu y garder une place prépondérante en s'y démarquant et en développant des produits originaux, au prix le plus juste, accessibles au plus grand nombre, et adaptés aux besoins des bénéficiaires [...]. Les mutuelles ont également élaboré des solutions adaptées aux problèmes liés au vieillissement de la population. En matière de retraite, les mutuelles assurent non seulement le paiement de pensions aux retraités, mais offrent également à ces derniers d'autres services : - elles organisent leur accompagnement social ; - elles assurent le suivi de leur situation physique et psychique ; - elles leur donnent la possibilité de participer à la vie associative de la mutuelle ; - elles développent des services spécialement conçus pour les personnes âgées, tels que gestion de maisons de soins ou de centres de retraite, organisation de l'aide domestique et sanitaire à domicile* ».

difficultés du recours à un investisseur externe ; la taille atteinte par certaines mutuelles, qui contribue à une dilution de l'*affectio societatis* et engendre des lenteurs dans le processus de décision en raison de « *l'application de principes démocratiques dans la gouvernance de l'entreprise* » ; la méconnaissance de la nature particulière de la gestion mutuelle²⁹⁴. Les sociétés par actions ont donc la préférence de la Commission.

93. Ces critiques sont très discutables : 1) la taille de certaines sociétés commerciales, en particulier des sociétés cotées, laisse une place toute relative à l'*affectio societatis* ; 2) la mise en œuvre de principes démocratiques érigée en critique laisse perplexe eu égard aux efforts développés par les pouvoirs publics européens et nationaux pour assurer une plus grande transparence dans la gestion des entreprises et la rémunération des dirigeants ; 3) la méconnaissance de la gestion des mutuelles ne fait l'objet d'aucune explication complémentaire de la part de la Commission. Il n'est pas précisé qui ignorerait le fonctionnement de ces organismes, ni quelles conséquences cette incurie produirait.

94. Considérations juridiques. - L'influence des sociétés d'assurance sur les mutuelles est également inspirée par des considérations juridiques, en particulier la nécessité de tenir compte des contraintes réglementaires en termes de gouvernance ainsi qu'en termes de contrôle, notamment financier. C'est ainsi que le document portant sur « Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle » relève à juste titre qu'« *en raison entre autres de la législation européenne en matière d'institutions financières et d'assurance, qui semble s'inspirer avant tout du modèle des sociétés anonymes, le marché de l'assurance deviendra probablement plus uniforme à l'avenir et les mutuelles pourraient être contraintes d'agir progressivement comme des sociétés anonymes ou de se « démutualiser* » »²⁹⁵.

²⁹⁴ Commission européenne, document de consultation, Les Mutuelles dans une Europe élargie, 3 oct. 2003, p. 11.

95. Ainsi, la circonstance que les mutuelles bénéficient, en France, d'un code qui leur est consacré ne garantit en rien l'application de règles distinctes de celles applicables aux autres organismes assureurs²⁹⁶. Le code de la mutualité assure la transposition de textes de droit de l'Union européenne qui visaient à harmoniser la situation des entreprises intervenant dans le domaine de la santé en retenant un critère opérationnel, basé sur l'activité, et non un critère organique, fondé sur le type de structure²⁹⁷.

96. Cette transformation du modèle juridique influe sur le modèle économique des opérateurs à but non lucratif. Les contraintes financières pesant sur ceux-ci amènent les mutuelles à perdre le caractère solidariste qui les caractérise²⁹⁸, voire « à effacer la vocation sociale et citoyenne de la mutualité »²⁹⁹. Cette perte de spécificité est évoquée depuis de nombreuses années, certains auteurs estimant même que la loi du 31 décembre 1989 a transformé les « mutualistes en assurés »³⁰⁰.

²⁹⁵ Document portant sur « Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle » réalisé au mois de juillet 2011 par la direction générale des politiques internes à la demande de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, p. 8.

²⁹⁶ « A l'issue de ce processus, l'ensemble des acteurs s'est vu reconnaître le droit d'exercer toutes les activités d'assurance. Les mutuelles, jusqu'alors cantonnées à la couverture complémentaire santé, ont désormais la possibilité d'intervenir en prévoyance collective ainsi que sur d'autres segments assurantiels (protection juridique, assistance, assurance caution). Au-delà des organismes régis par le Code de la mutualité, l'activité de prévoyance collective dans les entreprises est également ouverte aux organismes régis par le code des assurances [...]. La suppression des barrières à l'entrée a donc eu pour principal effet d'homogénéiser les conditions et les contraintes d'activité entre les familles historiques » (M. KERLEAU, Le nouveau cadre institutionnel de la protection sociale complémentaire d'entreprise : quels enjeux pour les mutuelles santé ?, RECMA 2009, n° 312, p. 20).

« Le code de la mutualité est d'abord et même essentiellement un code de gouvernance, les règles applicables aux activités de couverture des risques étant, par la transposition de directives de plus en plus précises dans leurs dispositions, clonées dans les trois codes concernés » (D. LENOIR, La mutualité face à ses enjeux, RDSS 2009, p. 397). Certains reprochent à ce code de placer « sans réelle protection, les mutuelles dans le marché européen de l'assurance maladie complémentaire » (H. VINCENT, La mutualité française dans l'Union européenne : nouveau contexte, nouveaux défis, RECMA 2006, n° 300, p. 70).

²⁹⁷ Il est vrai que la réforme fut plus profonde : les directives visaient à adapter le fonctionnement des mutuelles, dans la perspective de la mise en œuvre du marché commun en la matière ; la refonte du code a également modifié la gouvernance des mutuelles.

²⁹⁸ « C'est le cas quand on voit les mutuelles accentuer leur tarification à l'âge, ou développer leur activité en contrats collectifs, où elles sont d'ailleurs le principal opérateur, ou développer les options, ou encore développer des offres reposant pour une part sur la couverture du risque par l'épargne individuelle » (D. LENOIR, La mutualité face à ses enjeux, RDSS 2009, p. 397).

²⁹⁹ H. VINCENT, La mutualité française dans l'Union européenne : nouveau contexte, nouveaux défis, RECMA 2006, p. 68.

³⁰⁰ « [...] un texte général qui se propose de renforcer les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques est en grande partie antinomique de la loi sur la mutualité ; référé au modèle de l'assurance, il heurte de plein fouet les principes mêmes qui fondent le droit de la mutualité. Craignant qu'il

97. Les réformes mises en œuvre dans certains pays de l'Union illustrent cette tendance. Ainsi, aux Pays-Bas, la loi du 21 décembre 2004 sur l'assurance soins (Zorgverzekeringswet), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2006, a accentué la logique de privatisation du système de santé et remis en cause la distinction entre les organismes d'assurance santé privés et publics ainsi qu'entre les assurances privées et les mutuelles³⁰¹. La transposition du principe de spécialité dans la législation des Etats membres contribue à ce mouvement³⁰². Ainsi, les mutuelles françaises ont été conduites à distinguer juridiquement et fonctionnellement leurs activités afin « *d'isoler l'activité assurantielle [...] en la détachant de l'activité de gestion de réalisations sanitaires* »³⁰³. L'article L. 111-1, III du code de la mutualité aménage toutefois certaines dérogations. Il admet qu'« *une mutuelle exerçant une activité d'assurance peut assurer la prévention des risques de dommages corporels, mettre en œuvre une action sociale ou gérer des réalisations sanitaires et sociales dans la mesure où ces activités sont accessoires, et accessibles uniquement : - à ses membres participants et à leurs ayants droit, dès lors que les prestations délivrées dans ce cadre découlent directement du contrat qu'ils ont souscrit ; - aux souscripteurs d'un contrat proposé par une entreprise relevant du code des assurances, par une institution de prévoyance relevant du code de la sécurité sociale ou par une autre mutuelle d'assurance, et ayant passé une convention avec elle, dès lors que les prestations délivrées dans ce cadre découlent directement du contrat passé avec ces souscripteurs* ». Ce texte, d'inspiration européenne, a permis aux mutuelles d'intervenir dans des branches d'assurance dont l'accès leur était jusqu'alors fermé (assistance, cautionnement,

entraîne des dérapages, nous suggérons que nous avons affaire à un véritable choix de société, qui devra un jour ou l'autre être abordé [...] » (D. THOUVENIN, La loi du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, ou comment transformer les mutualistes en assurés, RDSS 1990, p. 370).

³⁰¹ F. KESSLER, Les réformes de l'assurance santé aux Pays-Bas : tentative de bilan, RDSS 2006, p. 455 ; M. DEL SOL, L'entreprise mutualiste assurance : un acteur banalisé sur le marché de la protection sociale complémentaire ?, JCP E 2002, 413.

³⁰² L'article 18, § 1 a) de la directive n° 2009/138 dispose que les entreprises d'assurance « *limitent leur objet à l'activité d'assurance et aux opérations qui en découlent directement, à l'exclusion de toute activité commerciale* » (Dir. n° 2009/18/CE, sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) (refonte) : JOCE n° L 335, 17 déc. 2009, p. 1).

³⁰³ M. DEL SOL, La construction juridique du marché de l'assurance santé en Europe, RDSS 2011, p. 197.

protection juridique)³⁰⁴. Mais la question du cumul de l'activité d'assurance avec la gestion d'œuvres sociales s'est posée, les directives imposant aux acteurs de l'assurance de cantonner « *leur objet social à l'activité d'assurance et aux opérations qui en découlent directement, à l'exclusion de toute autre activité commerciale* »³⁰⁵. La difficulté a été contournée par le code de la mutualité, dans sa version issue de l'ordonnance du 19 avril 2001³⁰⁶ : il a autorisé le recours à des « mutuelles sœurs » et encadré la pluriactivité pratiquée au sein d'une même structure juridique.

98. Considérations fiscales. - Le rapprochement progressif des mutuelles sur le plan fiscal conduit également à gommer leur spécificité. Les contraintes fiscales et la perte d'un avantage concurrentiel issu d'une fiscalité plus avantageuse - octroyée afin de tenir compte de l'absence de but lucratif - pèsent lourdement et les amènent à repenser leur mode d'organisation. Le Parlement européen, en 2011, a fait le constat qu'« *en matière fiscale, il existe de moins en moins de différences significatives entre les mutuelles et les autres formes de sociétés* ». Seuls certains Etats soumettent les mutuelles à des règles différentes de celles applicables aux autres organismes assureurs³⁰⁷, la tendance étant à l'harmonisation avec ces

³⁰⁴ La réassurance contribue également à ce phénomène de banalisation des mutuelles, dans la mesure où l'article L. 211-4 du code de la mutualité permet que les engagements des mutuelles fassent l'objet d'une réassurance auprès d'organismes non mutualistes. La frontière entre ces différentes catégories d'organismes d'assurance est donc de plus en plus brouillée. En ce sens, v. M. DEL SOL, Les effets de la transposition des directives assurance sur le droit de la mutualité, in *Concurrence et protection sociale en Europe*, ss dir. P. HASSENTEUFEL, S. HENNION-MOREAU, PUR 2003, p. 71 : « *l'adhésion mutualiste peut dès lors être analysée comme une sorte de fiction* », même s'il est vrai que ce texte prend soin de préciser que dans une telle hypothèse, la mutuelle « *reste seule responsable de ses engagements vis-à-vis des personnes garanties* ».

³⁰⁵ Art. 8, Dir. n° 73/239/CEE, 24 juill. 1973, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et son exercice : JOCE, n° L 228, 16 août 1973, p. 43. ; Dir. n° 79/267/CEE, 5 mars 1979, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe sur la vie, et son exercice : JOCE, n° L 63, 13 mars 1979, p. 1.

³⁰⁶ Ord. n° 2001-350, 19 avr. 2001, relative au code de la mutualité et transposant les directives 92/49/CEE et 92/96/CEE du Conseil des 18 juin et 10 novembre 1992 : JORF n° 95, 22 avr. 2001, p. 6288.

³⁰⁷ Le document intitulé « le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle » réalisé au mois de juillet 2011 par la direction générale des politiques internes à la demande de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen mentionne la Belgique, le Danemark, la France, l'Irlande, l'Italie, les Pays-Bas et le Royaume-Uni (p. 25).

derniers³⁰⁸. C'est ainsi qu'en France le régime d'exonération dont bénéficiaient les mutuelles a été progressivement remis en cause. Auparavant, les mutuelles étaient assujetties au régime fiscal des organismes à but non lucratif, en application de l'article 206-5 du code général des impôts. Ainsi, leur résultat était fiscalement exonéré. Le mouvement d'harmonisation du régime fiscal applicable aux organismes assureurs intervenant dans le domaine de la protection sociale complémentaire a été mis en œuvre à compter de la loi de finances rectificative pour 2006³⁰⁹. Son entrée en vigueur a toutefois été retardée dans la mesure où la Commission avait ouvert une enquête afin de déterminer si ce régime était conforme aux canons du droit européen au regard de la réglementation relative aux aides d'Etats. Par ailleurs, si les structures restaient exonérées, tel n'était plus le cas depuis plusieurs années des opérations pratiquées par elles, une taxe sur les conventions d'assurance ayant été instituée par la loi portant réforme de l'assurance maladie du 13 août 2004³¹⁰.

99. Si la tendance générale est à l'harmonisation fiscale, tant sur le plan européen qu'au niveau des Etats, certaines distinctions persistent en raison même des règles de droit de l'Union qui ont pour effet de priver les mutuelles de certains avantages offerts aux autres entreprises³¹¹. Il en va ainsi de la directive du 23 juillet 1990 sur le régime fiscal des sociétés mères et filiales d'Etats membres différents³¹² ou encore de la directive sur le régime fiscal applicable aux opérations

³⁰⁸ Notamment sous la pression des pouvoirs publics européens. L'intervention de la Commission européenne concernant l'exonération de la taxe sur les primes d'assurance maladie dont ont bénéficié les mutuelles en France, au titre de la législation sur les aides d'Etats, en constitue l'exemple le plus frappant.

³⁰⁹ Art. 88, L. n° 2006-1771, 30 déc. 2006 : JORF n° 0303, 31 déc. 2006, p. 20228.

³¹⁰ Art. 995-15° et 16°, CGI.

³¹¹ Commission européenne, document de consultation, Les Mutuelles dans une Europe élargie, 3 oct. 2003, p. 13.

³¹² Dir. n° 90/435/CEE, 23 juill. 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents : JOCE, n° L 225, 20 août 1990, p. 6. La directive n° 2006/98/CE du 20 novembre 2006, portant adaptation de certaines directives dans le domaine de la fiscalité, en raison de l'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie, modifiant cette directive (JOUE, n° L 363, 20 déc. 2006, p. 129) n'a pas étendu l'application de cette réglementation à l'ensemble du secteur mutualiste. Si les « sociétés d'assurance mutuelle », les « caisses d'épargne et de prévoyance », les « coopératives » et « unions de coopératives » sont désormais visées (le précédent texte se cantonnait aux formes sociales de « société anonyme », « société en commandite par actions », « société à responsabilité limitée » et aux « établissements et entreprises publics à caractère industriel et commercial »), tel n'est pas le cas des « mutuelles » au sens du code de la mutualité. Les institutions de prévoyance ne sont pas non plus mentionnées.

transfrontalières de restructuration³¹³. En effet, les avantages fiscaux institués par ces deux textes ne bénéficient pas systématiquement aux mutuelles dans la mesure où, dans de nombreux Etats membres, ces dernières ne sont pas mentionnées parmi les formes de structures figurant en annexe des directives.

100. Considérations consuméristes. - Le développement - notamment sous l'impulsion des pouvoirs publics européens³¹⁴ - du droit de la consommation, met également à mal la spécificité des mutuelles. Le courant consumériste s'oppose à bien des égards au courant mutualiste³¹⁵. En effet, « *le droit de la consommation cherche à équilibrer les relations entre les professionnels et les consommateurs : il met à la charge des premiers des obligations qui sont autant de droits pour les seconds* »³¹⁶. A l'inverse, la mutualité est conçue sur la base d'une relation égalitaire fondée sur l'adhésion à un système de valeurs. Dans le cadre de la mise en place des régimes de protection sociale complémentaire d'entreprise et de la détermination des garanties couvertes ainsi que de l'organisme en charge de la gestion du régime, cet effet « psychologique » d'adhésion à des valeurs fortes est particulièrement dilué. Il peut difficilement en être autrement dès lors que c'est le plus souvent l'employeur, intervenant lui-même en qualité de non-professionnel de la matière, qui oriente cette sélection³¹⁷. Même si les partenaires sociaux peuvent intervenir et donner leur avis sur le choix opéré par l'entreprise, il n'en demeure pas moins que les salariés, bénéficiaires du régime, n'auront pas directement choisi leur prestataire. Le caractère collectif de ces régimes, qui concernent parfois plusieurs milliers de salariés, ne favorise pas l'adhésion du salarié au système de valeurs véhiculé par l'organisme gestionnaire, en particulier une mutuelle. Dès lors, le prix devient le critère déterminant : il prend le pas sur la recherche d'un

³¹³ Dir. n° 90/434/CEE, 23 juill. 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents : JOCE n° L 225, 20 août 1990, p. 1. La directive n° 2005/19/CE du 17 février 2005 (JOUE n° L 58, 4 mars 2005 p. 19), modifiant cette directive, s'est cantonnée à la même extension de la liste des entreprises concernées que la directive n° 2006/98/CE.

³¹⁴ V. infra, n° 252 et s.

³¹⁵ D. LENOIR, La mutualité face à ses enjeux, RDSS 2009, p. 397.

³¹⁶ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, Droit de la consommation, Dalloz 2010, 8^e éd., p. 3.

³¹⁷ Sous réserve, naturellement, des clauses de désignation et de migration contenues dans les accords de branche.

« *engagement militant* »³¹⁸ alors même que les valeurs véhiculées par l'organisme spécialisé constituent un critère de choix lorsque des individus envisagent de souscrire une « complémentaire santé » à titre individuel (donc sans l'appui de l'entreprise)³¹⁹. Ainsi, l'effet de masse qui permet à une entreprise d'obtenir le meilleur prix d'un organisme assureur - le cas échéant après une mise en concurrence - en raison du nombre de salariés couverts, contribue à une dilution de l'esprit mutualiste au profit d'un esprit consumériste³²⁰. Au demeurant, au moins en ce qui concerne la France, peu de salariés sont capables de préciser quelle est la nature de l'organisme assureur qui gère le régime dont ils sont bénéficiaires. Ils estiment être couverts par « la mutuelle » de leur entreprise alors même que l'organisme qui gère le régime peut être en réalité une société commerciale.

2. *L'influence des mutuelles sur les sociétés d'assurance*

101. La communication autour des valeurs. - La confusion progressive dans l'esprit du public entre les différents organismes participant à la gestion des régimes de protection sociale complémentaire a amené les sociétés d'assurance à être influencées par les principes véhiculés par les organismes à but non lucratif, en particulier les mutuelles³²¹.

³¹⁸ M. ROUX, Les sociétés mutuelles d'assurances. Un statut à l'épreuve du développement, Editions Eska 2009, p. 62.

³¹⁹ Voir M. ROUX, Les sociétés mutuelles d'assurances. Un statut à l'épreuve du développement, Editions Eska 2009, p. 89, reprenant une étude réalisée par le cabinet Facts & Figures en 2007 (Facts & Figures, Benchmark 2007, Croissance x Rentabilité des groupes d'assurance en France, 2007). Il est toutefois vrai que « le développement du consumérisme, avec comme illustration la publication régulière par les journaux consuméristes de comparaisons entre les garanties ou la multiplication des comparateurs en matière d'assurance santé sur internet, a réduit la place laissée à ce mécanisme d'adhésion, au profit d'un mécanisme d'achat, reposant sur des comparaisons entre les offres, au demeurant extrêmement difficiles à comparer, et se traduisant par un taux de rotation désormais important des bénéficiaires » (D. LENOIR, La mutualité face à ses enjeux, RDSS 2009, p. 397).

³²⁰ La libre concurrence des entreprises doit « en principe multiplier les biens offerts, accroître leur qualité et réduire leur prix » (J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, Droit de la consommation, Dalloz, 8^e éd. 2010, p. 1).

³²¹ « Les principes mutualistes rendent plus aisé l'accès à des services aussi essentiels que la santé ou le crédit, notamment à des populations dont les revenus ne permettent pas de trouver ailleurs des réponses à leurs besoins » (Commission européenne, document de consultation, Les Mutuelles dans une Europe élargie, 3 oct. 2003, p. 9). De la même manière, les mutuelles sont également perçues comme de puissants vecteurs de développement des principes inhérents à la responsabilité sociale des entreprises (RSE), définie par la Commission comme « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et à leurs relations avec les parties prenantes »

Tous ces opérateurs se trouvant en concurrence sur un même marché, certaines sociétés d'assurance ont tenté de se présenter auprès du public comme des organismes mutualistes. Les mutuelles ont toutefois obtenu des pouvoirs publics français une protection de leur dénomination afin d'éviter qu'une telle confusion ne s'instaure³²². Mais rien n'empêche une société d'assurance de se présenter auprès du public comme respectant des valeurs de solidarité et de proximité - la plupart du temps en prenant des engagements concrets en ce sens - et, ainsi, de concurrencer *de facto* les mutuelles sur leur propre terrain... ce qui illustre la diffusion des pratiques mutualistes vers les organismes à but lucratif. Participe de ce mouvement l'article 1^{er}, III) de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 sur l'économie sociale et solidaire, qui prévoit que peuvent faire publiquement état de leur qualité d'entreprise de l'économie sociale et solidaire et bénéficier des droits qui s'y rattachent les personnes morales de droit privé qui répondent aux conditions posées par le texte et qui, s'agissant des sociétés commerciales, sont immatriculées, sous réserve de la conformité de leurs statuts, au registre du commerce et des sociétés avec la mention de la qualité d'entreprise de l'économie sociale et solidaire.

102. La diffusion des valeurs. - La loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 a initié la diffusion, juridique et économique, des valeurs chères au courant mutualiste. Le principe de non-sélection des risques en constitue l'une des principales illustrations³²³.

La neutralisation des différences fiscales entre les différentes catégories d'organismes a contribué à ce phénomène. La création des « contrats responsables » par la loi du 13 août 2004 portant réforme de l'assurance maladie³²⁴

(Communication de la Commission, La responsabilité sociale des entreprises : une contribution des entreprises au développement durable, 2 juill. 2002 (COM(2002) 347 final). Les mutuelles ont ainsi « été parmi les premières entreprises à expérimenter le bilan sociétal, outil volontaire permettant de donner une vision globale de la vie de l'entreprise, de ses conséquences sur son environnement, et de son implication sociale » (Commission européenne, document de consultation, Les Mutuelles dans une Europe élargie, 3 oct. 2003, p. 11).

³²² Art. L. 112-2, C. mut.

³²³ Art. 2, L. n° 89-1009, 31 décembre 1989 : JORF n° 1, 2 janv. 1990, p. 13.

³²⁴ Art. 995-15° et 16°, CGI.

en constitue un exemple. Tout en remettant en cause le régime de faveur dont bénéficiaient jusqu'alors les mutuelles par comparaison avec les sociétés d'assurance, le législateur français, en créant une taxe sur les conventions d'assurance quelle que soit la nature de l'organisme, a aménagé un régime de faveur dès lors que ces contrats revêtent un caractère solidaire et responsable. La réforme a entendu favoriser les régimes en fonction de leur nature - dès lors qu'ils remplissent certaines conditions³²⁵ - et non en fonction de la nature de l'organisme assureur. Le dispositif est régulièrement retouché³²⁶.

103. Par ailleurs, les sociétés d'assurance sont contraintes de démontrer qu'elles appliquent des valeurs mutualistes lors des procédures d'appel d'offres visant à sélectionner l'organisme assureur qui sera recommandé pour une durée maximale de cinq ans par la branche professionnelle pour couvrir les entreprises et, par conséquent, les salariés entrant dans le champ d'application de celle-ci. Cette exigence, récente, ne concerne pas uniquement les employeurs de droit privé³²⁷. Le décret du 19 septembre 2007³²⁸ relatif à la participation de l'Etat et de ses établissements publics au financement de la protection sociale complémentaire de leurs personnels, tout en introduisant la mise en concurrence des mutuelles avec les institutions de prévoyance et les entreprises d'assurance, comporte un chapitre entièrement consacré à l'« *application du principe de solidarité aux garanties complémentaires* » : les pouvoirs publics ont souhaité que les principes mutualistes soient pris en compte dans ce dispositif³²⁹. C'est ainsi que l'article 16 impose que les garanties proposées par les organismes assureurs - de quelque nature qu'ils soient - respectent un certain nombre de « *contraintes de solidarité tarifaire et*

³²⁵ Lesquels sont susceptibles de fréquentes modifications, au gré de l'évolution des politiques publiques mises en œuvre, au risque de générer une insécurité juridique, économique et sociale.

³²⁶ Dernière réforme en date, l'article 56, I, B de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2014 vise à lutter contre certaines pratiques tarifaires jugées excessives et rendre le contenu des garanties proposées plus adaptable aux besoins des assurés (L. n° 2013-1203, 23 déc. 2013 : JORF n° 298, 24 déc. 2013, p. 21034). Sur ce point, v. M. DEL SOL, *Chronique de protection sociale complémentaire*, *Droit social* 2014, p. 464).

³²⁷ V. infra, n° 261.

³²⁸ D. n° 2007-1373 du 19 septembre 2007 : JORF n° 219, 21 sept. 2007, p. 15570.

³²⁹ « *Le respect de ces conditions contribue en effet à intégrer une dimension sociale, voire redistributive, sur le marché de la protection sociale complémentaire des fonctionnaires et agents d'établissements publics* » (M. DEL SOL, *Europe et mutualité : une influence à sens unique ?*, RDSS 2009, p. 410).

d'affiliation »³³⁰. Les modalités de choix de l'organisme assureur font également la part belle à la solidarité chère au mouvement mutualiste. L'article 9 du décret impose à l'employeur public de se déterminer en fonction de critères tenant, notamment, au « *degré effectif de solidarité entre les adhérents ou les souscripteurs, intergénérationnelle, familiale et en fonction de la rémunération* » ou encore aux « *moyens destinés à assurer une couverture effective des plus âgés et des plus exposés aux risques* ». Le bilan du dispositif est mitigé³³¹.

De la même manière, le décret n° 2011-1474 du 8 novembre 2011³³² concernant la participation des collectivités territoriales et de leurs établissements publics au financement de la protection sociale complémentaire de leurs agents décide que la procédure de sélection peut revêtir deux formes : 1) la procédure de labellisation des contrats et règlements par un prestataire habilité par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, dispositif qui a rencontré un certain succès puisqu'au mois de septembre 2010, 96 contrats et règlements labellisés étaient recensés³³³ ; 2) la passation d'une convention de participation.

104. Les conditions précédentes brident la liberté des contractants. Mais là n'est sans doute pas l'essentiel. A l'heure où s'affirme la volonté de désengagement des

³³⁰ D. n° 2007-1373, 19 sept. 2007 : JORF n° 219, 21 sept. 2007, p. 15570. L'article 16 énonce que :

« 1° *Le rapport entre la cotisation ou la prime due par le souscripteur ou l'adhérent âgé de plus de trente ans acquittant le montant le plus élevé et la cotisation ou la prime due par le souscripteur ou l'adhérent âgé de plus de trente ans acquittant le montant le moins élevé ne peut être supérieur à trois, à charge de famille et catégorie statutaire identiques et pour une option de garanties comparable, compte non tenu des éventuelles pénalisations prévues au 2° ;*

2° Il ne peut être prévu d'âge maximal d'adhésion. Toutefois lorsque l'adhésion est postérieure de deux ans à l'entrée dans la fonction publique, la cotisation est majorée d'un coefficient calculé selon des modalités fixées par arrêté conjoint du ministre chargé de la sécurité sociale et du ministre chargé de la fonction publique qui tiennent compte de l'âge du bénéficiaire, de son ancienneté dans la fonction publique et de sa durée de cotisation à un dispositif solidaire bénéficiant de la participation mentionnée à l'article 1^{er} ;

3° Pour les garanties incapacité, invalidité et décès, la tarification ne peut être établie sur la base d'un questionnaire médical que lorsque l'adhésion est postérieure de cinq ans à l'entrée dans la fonction publique. Les cotisations sont établies en fonction du traitement ou de la rémunération ».

³³¹ Entre 2008 et 2011, 90 % des appels d'offres ont été remportés par les mutuelles de fonctionnaires historiques. En outre, de grandes disparités existent entre les différents ministères : 120 euros maximum par agent au ministère des affaires étrangères ; 6 euros au ministère de l'Education nationale (Ch. HELARY-OLIVIER, D. JEAN-PIERRE, Préserver la solidarité de la protection sociale complémentaire des fonctionnaires d'Etat par la réforme du dispositif du référencement, JCP A 2014, act. 570).

³³² D. 2011-1474, 8 nov. 2011 : JORF n° 261, 10 nov. 2011, p. 18895 ; JCP A 2011, act. 713 ; D. JEAN-PIERRE, La participation des collectivités territoriales à la protection sociale complémentaire de leurs agents, JCP A 2012, 2173.

pouvoirs publics du champ de la protection sociale, qu'il s'agisse de la prévoyance ou de la retraite, et où le rôle de la protection sociale complémentaire a vocation à se renforcer, il paraît légitime que la - lente ? - transition d'un modèle social à l'autre s'effectue sur des bases de nature à rassurer l'opinion publique et à « sécuriser » les bénéficiaires de ces régimes.

§ 2. *Un statut envisagé*

105. Les mutuelles cherchent depuis plusieurs années à obtenir la reconnaissance de leur spécificité sur la scène européenne en obtenant la création du statut de mutuelle européenne. Leur poids économique justifie ce souhait de ne pas être assimilées aux autres organismes spécialisés³³⁴. L'objectif est également de développer le modèle mutualiste sur la totalité du territoire de l'Union, y compris dans les Etats au sein desquels il n'existe pas. Sont principalement visés les pays d'Europe centrale et orientale où la mutualité est parfois embryonnaire, voire absente³³⁵.

L'objectif final serait de constituer des mutuelles européennes, sur le modèle de la société européenne³³⁶, de la coopérative européenne ou encore du groupement européen d'intérêt économique³³⁷. Il est vrai qu'il peut paraître incohérent que, dès lors qu'il existe un marché européen de la protection sociale complémentaire, seuls

³³³ JCP A 2012, act. 590.

³³⁴ En termes d'emplois, leur poids est également loin d'être neutre : « *une étude pilote réalisée par EUROSTATS en 2001 dans quelques Etats membres montre qu'en 1998, en France, les mutuelles représentaient 16,04 % des emplois dans le secteur de l'intermédiation financière. En Finlande et en Suède, ce taux, dans ce même secteur, était de 13 %* » (Commission européenne, document de consultation, Les Mutuelles dans une Europe élargie, 3 oct. 2003).

³³⁵ H. VINCENT, La mutualité française dans l'Union européenne : nouveau contexte, nouveaux défis, RECMA 2006, n° 300, p.74.

³³⁶ Règl. n° 2157/2001/CE, 8 oct. 2001, relatif au statut de la société européenne (SE) : JOCE n° L 294, 10 nov. 2001, p. 1. L'adoption d'un statut de la société européenne a permis d'envisager la constitution de sociétés européennes d'assurance. La loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 (JORF n° 173, 27 juill. 2005, p. 12160) a matérialisé ce dispositif en France en insérant dans le code de commerce un chapitre consacré à la société européenne. Celle-ci se voit appliquer une pluralité de textes, d'ordres européen et interne. Une société d'assurance immatriculée en France et possédant des filiales à l'étranger peut se transformer en société européenne et absorber ces dernières pour en faire des succursales créées en application du passeport unique.

³³⁷ Règl. n° 2137/85/CEE, 25 juill. 1985, relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique : JOCE n° L 199, 31 juill. 1985, p. 1.

certaines organismes bénéficient de règles qui favorisent leur développement sur le territoire de l'Union. Pourquoi permettre aux entreprises d'assurance de prendre la forme d'une société européenne³³⁸ mais refuser cette possibilité aux mutuelles³³⁹ ?

La reconnaissance de la spécificité des mutuelles leur permettrait enfin d'obtenir une meilleure prise en compte de leurs intérêts, notamment au regard des exigences financières et de solvabilité mises à la charge des organismes assureurs sous l'impulsion des pouvoirs publics européens, sans compter que la création de structures européennes permettrait de réaliser des économies d'échelle³⁴⁰.

Les réflexions autour de la création d'un statut de la mutuelle européenne n'ont toutefois pas encore abouti (*A*), contraignant les mutuelles à envisager d'autres alternatives pour se développer dans le cadre du marché intérieur (*B*).

A. Un statut en discussion

106. Le statut de mutuelle européenne demeure en chantier, en grande partie en raison des hésitations des pouvoirs publics européens (*1*) et en dépit de l'action du secteur mutualiste en sa faveur (*2*).

³³⁸ Cette opération conduit d'ailleurs souvent à l'absorption de filiales se situant dans d'autres Etats membres pour leur substituer des succursales constituées sous le régime du passeport unique.

³³⁹ La position du Parlement européen sur ce point a été clairement exprimée dans sa résolution du 4 juillet 2006 sur la poursuite de la consolidation dans le secteur des services financiers (P6_TA(2006)0294) : « *il convient de préserver la diversité des institutions financières, qui reflète mieux la variété des besoins de financement des sociétés, des PME et des consommateurs, et que, en conséquence, la législation communautaire ne doit pas favoriser un modèle d'entreprise, une structure de société ou un type de produit plus que d'autres* ». Pour une comparaison entre les statuts de la société européenne, le groupement européen d'intérêt économique, la société coopérative européenne et le projet de mutualité européenne alors diffusé, v. AISAM, Comparaison des statuts de droit des sociétés UE, 2006.

³⁴⁰ La taille des structures permet de générer des avantages concurrentiels, dès lors que le poids des coûts fixes tels que la construction, la gestion et l'entretien des plateformes téléphoniques est dilué (M. KERLEAU, Le nouveau cadre institutionnel de la protection sociale complémentaire d'entreprise : quels enjeux pour les mutuelles santé ?, RECMA 2009, n° 312, p. 26).

1. Les hésitations des pouvoirs publics européens

107. Les réticences de la Commission. - La reconnaissance de la mutuelle européenne a été envisagée dès le début des années 1990³⁴¹. Trois propositions de règlement avaient été présentées par la Commission en 1992 sur le fondement de l'article 100, a) du TCE³⁴². Elles avaient pour ambition de porter statut d'une mutualité européenne³⁴³, d'une association européenne et d'une société coopérative européenne.

Une proposition modifiée de règlement avait été émise en 1993 afin de tenir compte de l'avis du Comité économique et social européen et de celui du Parlement européen³⁴⁴. L'adoption du statut de mutuelle européenne a toutefois été mise en sommeil pendant plusieurs années³⁴⁵. Cette ambition n'a repris corps qu'en 2003, avec l'élaboration par la Commission d'un document de consultation intitulé « Les Mutuelles dans une Europe élargie »³⁴⁶. Ce document souligne les lacunes des instruments juridiques mis à la disposition des mutuelles, notamment pour permettre leur regroupement. Il *« attire également l'attention sur la nécessité d'adopter une réglementation européenne sous la forme du statut de la mutualité européenne afin qu'elles puissent profiter pleinement des opportunités que leur offre le grand marché européen, tout en gardant leurs spécificités. Cet instrument est attendu par le monde mutualiste depuis plus de vingt ans »*. Est enfin relevé

³⁴¹ CESE, avis de la commission au conseil, Les entreprises de l'économie sociale et la réalisation du marché européen sans frontière, 1989.

³⁴² Devenu 95 TCE, puis 114 TFUE, relatif à la procédure de rapprochement des Etats membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.

³⁴³ Proposition de règlement (CEE) du Conseil concernant le statut de la mutuelle européenne, 5 mars 1992 (COM(91) 273 final).

³⁴⁴ La Commission européenne fait valoir que les difficultés liées à l'adoption d'un statut de la mutualité dans le courant des années 1990 étaient liées aux discussions parallèles menées quant à l'adoption d'un statut pour la société européenne. Dès lors que cette dernière forme de structure apparaissait être celle de droit commun et concernant le plus grand nombre de personnes morales de droit privé sur le territoire de l'Union, son adoption est apparue comme un préalable avant toute diversification des formes d'entreprise sur le plan européen (Commission européenne, document de consultation, Les Mutuelles dans une Europe élargie, 3 oct. 2003, p. 16). Une autre explication pourrait résider dans le désintérêt initial des mutuelles, structures de proximité par essence, *« pour la construction européenne et les incidences concrètes de cette dernière sur les conditions de fonctionnement des groupements régis par le code de la mutualité »* (G. JEAN-CHARLES, G. LAFARGUE, Les mutuelles face à l'Europe, Editions de Verneuil 1994, p. 6).

³⁴⁵ En ce sens, voir M. DEL SOL, Europe et mutualité : une influence à sens unique ?, RDSS 2009, p. 410.

³⁴⁶ Commission européenne, document de consultation, Les Mutuelles dans une Europe élargie, 3 oct. 2003.

« un manque d'instruments nationaux de regroupement respectueux des principes mutualistes, la plupart de ces instruments étant fondés sur des liens en capital entre les membres du groupe. Un statut européen propre aux mutuelles pourrait pallier [...] cette lacune »³⁴⁷.

Cette impulsion n'a pas été suivie d'effet³⁴⁸. La Commission a transmis une communication au Conseil et au Parlement le 27 septembre 2005³⁴⁹, qui a abouti au retrait de l'avant projet de proposition de règlement sur le statut de la mutualité le 17 mars 2006³⁵⁰, au motif qu'« aucun progrès n'a été accompli dans le processus législatif au cours des six dernières années. Cette proposition est largement obsolète et doit être réévaluée en tenant compte des nouvelles priorités politiques et économiques »³⁵¹.

108. Le volontarisme du Parlement. - Le Parlement européen est beaucoup plus ouvert à la prise en compte des spécificités des mutuelles et, plus largement, des acteurs de l'économie sociale³⁵². Il a adopté six résolutions entre 2005 et 2007

³⁴⁷ La Commission relève également que certains pays, comme la France, l'Autriche ou l'Allemagne, ont introduit des dispositions permettant aux mutuelles de se regrouper, ou de constituer des mutuelles holding.

³⁴⁸ Le secteur de la mutualité avait pourtant apporté un certain nombre de réponses au questionnaire figurant dans son document de consultation du 3 octobre 2003. La Mutualité Française avertissait ainsi la Commission de ce que « l'absence d'un statut européen constituerait à nos dépens une distorsion de reconnaissance et une distorsion de traitement » tout en insistant sur le fait que « nous n'accepterons le statut que sous couvert de la prise en compte de nos principes fondateurs et de notre spécificité organisationnelle » (La Mutualité Française, réponse au document de consultation de la Commission européenne « Les Mutuelles dans une Europe élargie », 30 janv. 2004). Certains acteurs de la mutualité considèrent que c'est au moment de l'élargissement de 15 à 27 membres de l'Union européenne que le modèle mutualiste a perdu le poids qui lui aurait permis d'obtenir plus aisément la reconnaissance d'un statut européen particulier. « Il y a 10 ans, 13 pays sur 15 avaient une dynamique mutualiste. Nous avons raté à ce moment-là l'opportunité de faire accepter la SME. Depuis, avec l'élargissement de l'UE, seuls 15 pays sur 27 ont une dynamique mutualiste », selon Alain COHEUR, de l'Union nationale des mutuelles socialistes en Belgique, interrogé par le quotidien La Tribune dans un article intitulé « Les mutuelles santé revendiquent un statut européen pour se diversifier », publié le mardi 15 novembre 2011, p. 14).

³⁴⁹ Communication de la Commission sur le résultat de l'examen des propositions législatives en instance devant le législateur, 27 sept. 2005 (COM(2005) 462). Certains auteurs pointent toutefois « la mésentente » entre les mutuelles à l'époque, qui les aurait privées de ce statut européen (M. ROUX, Les sociétés mutuelles d'assurances. Un statut à l'épreuve du développement, Editions Eska 2009, p. 52). Sans doute s'agissait-il plus de la difficulté pour ces organismes, si divers dans leur conception dans les différents Etats membres, de s'exprimer d'une seule voix auprès des pouvoirs publics européens.

³⁵⁰ Retrait de propositions de la Commission suite à l'examen de leur pertinence générale, de leur impact sur la compétitivité et d'autres aspects publiés au Journal officiel de l'Union européenne du 17 mars 2006 (2006/C 64/03).

³⁵¹ Commission, MEMO/05/340, Bruxelles, 27 sept. 2005.

³⁵² « Les entreprises de l'économie sociale ne devraient pas être soumises à la même application des règles du droit de la concurrence que les autres entreprises [...] elles requièrent un cadre juridique sûr reposant

suggérant l'adoption d'une réglementation relative au statut de mutuelle européenne et déplorant l'inaction de la Commission sur ce plan³⁵³. Il a également pris une résolution le 19 février 2009 portant plus largement sur l'économie sociale³⁵⁴, dans laquelle il a constaté que « [...] *la reconnaissance des statuts européens pour les associations, les mutuelles et les fondations est nécessaire pour garantir l'égalité de traitement des entreprises de l'économie sociale dans les règles du marché intérieur* ». Le Parlement estime que le retrait de la proposition de règlement portant statut de la mutualité européenne constitue un sérieux revers pour le développement de ces formes d'économie sociale au sein de l'Union. Il demande donc à la Commission de réaliser une étude d'impact des statuts de l'association européenne et de la mutuelle européenne, d'élaborer un cadre juridique reconnaissant les composantes de l'économie sociale et de veiller à ce que le statut de société privée européenne soit susceptible d'être retenu pour tout type d'activité³⁵⁵. Le Parlement a également adopté le 17 février 2011, à une courte majorité de 385 voix sur 751, une déclaration écrite déposée le 10 novembre 2010 portant sur l'instauration de statuts européens pour les mutuelles, les associations et les fondations³⁵⁶.

sur la reconnaissance de leurs valeurs spécifiques, afin de pouvoir agir dans des conditions de concurrence équitables face aux autres entreprises » (Résolution du Parlement européen du 19 février 2009 sur l'économie sociale (2008/2250 (INI)).

³⁵³ Résolution du Parlement européen du 15 décembre 2005 relative au programme législatif et de travail de la Commission pour 2006 (P6_TA(2005)0524) ; résolution du Parlement européen 16 mai 2006 relative au résultat de l'examen des propositions législatives en instance devant le législateur (2005/2214 (INI)) - P6_TA(2006)0206) ; résolution du 4 juillet 2006 relative aux développements récents et aux perspectives du droit des sociétés (2006/2051 (INI)) - P6_TA(2006)0295) ; résolution du Parlement européen du 6 septembre 2006 relative à un modèle social européen pour l'avenir (2005/2248 (INI)) - P6-TA(2006)0340) ; résolution du Parlement européen du 13 décembre 2006 relative au programme législatif et de travail de la Commission pour 2007 (P6_TA-PROV(2006)0565) ; Résolution du Parlement européen du 4 septembre 2007, Mieux légiférer dans l'Union européenne (2007/2095 (INI)) - P6_TA-PROV(2007)0363).

³⁵⁴ Résolution du Parlement européen du 19 février 2009 sur l'économie sociale (2008/2250 (INI)).

³⁵⁵ La Commission a réagi à ces critiques en s'engageant, dans le cadre d'une communication du 27 octobre 2010, à proposer des mesures permettant, notamment de faciliter le développement des mutuelles au sein du marché européen et également à lancer une étude sur leur situation au sein des Etats membres, notamment en ce qui concerne leurs activités transfrontières (communication de la Commission, Vers un acte pour le marché unique - Pour une économie sociale de marché hautement compétitive - 50 propositions pour mieux travailler, entreprendre et échanger ensemble, 27 oct. 2010 (COM(2010) 608 final), p. 29-30.

³⁵⁶ Parlement européen, déclaration écrite sur l'autorisation de statuts européens pour les mutuelles, les associations et les fondations, 11 févr. 2011 (WD 84/2010).

109. Au mois de juillet 2011, la direction générale des politiques internes a publié, sous l'égide du Parlement européen, un volumineux rapport sur « Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle ». Ce rapport met en avant les avantages que présenterait la création de la mutuelle européenne. Il souligne également que « *le nouveau projet de règlement devrait accorder une attention particulière aux arguments défavorables à l'égard du statut. Il faudrait surtout examiner au préalable l'utilité pratique de l'instrument proposé, en tenant compte de l'expérience acquise avec le statut pour les coopératives européennes, pour lesquelles la complexité du renvoi à la législation nationale entrave la mise en œuvre pratique du règlement* ». Encore faut-il relever que : 1) les différences entre les législations nationales concernant le régime des mutuelles justifient que les pouvoirs publics européens reconnaissent une forme de mutuelle supranationale afin de simplifier le développement transnational de ces organismes ; 2) un règlement européen influencerait les législateurs nationaux qui souhaiteraient probablement adapter leur droit interne afin de permettre à leurs mutuelles de s'approprier les mécanismes de développement offerts par le droit européen, ce qui contribuerait à une harmonisation des droits européens « fluidifiant » les échanges mutualistes transnationaux.

110. Dans sa communication du 25 octobre 2011 relative à l'« *Initiative pour l'entrepreneuriat social. Construire un écosystème pour promouvoir les entreprises sociales au cœur de l'économie et de l'innovation sociales* », la Commission a évoqué plusieurs pistes pour permettre le développement des entreprises issues du secteur social, parmi lesquelles le développement « *des formes juridiques européennes adaptées* », en relevant que « *le secteur mutualiste exprime régulièrement le souhait de pouvoir s'appuyer sur un statut européen, [alors que] certains considèrent au contraire qu'un tel besoin n'existe pas* »³⁵⁷.

³⁵⁷ Communication de la Commission, Initiative pour l'entrepreneuriat social. Construire un écosystème pour promouvoir les entreprises sociales au cœur de l'économie et de l'innovation sociales, 25 oct. 2011 (COM(2011) 682 final).

111. Un nouvel élan ? - Le Parlement européen a adopté le 14 mars 2013 une résolution contenant des recommandations à la Commission sur le statut de la mutualité européenne afin de lui demander - une nouvelle fois - d'intervenir en faveur de la création d'un tel outil³⁵⁸. La Commission a immédiatement réagi. A la suite d'une consultation publique lancée sur son site Internet s'agissant de la situation des mutuelles en Europe et de leur avenir, la Commission a, le 16 janvier 2014, annoncé une initiative législative en ce sens pour une mise en œuvre à la fin de l'année 2015 ou au début de l'année 2016³⁵⁹.

2. *L'action des acteurs de la mutualité*

112. Un projet de règlement. - Les acteurs de la mutualité ne sont pas restés inactifs face à cette situation³⁶⁰. Ils ont fait preuve d'un volontarisme certain en allant jusqu'à préparer, en 2007, un projet de règlement relatif au statut de mutuelle européenne³⁶¹. Ce document fait valoir que « *la coopération transfrontalière et les regroupements entre sociétés mutuelles dans l'Union européenne sont actuellement limités par des difficultés juridiques et administratives qui devraient être éliminées dans un marché intérieur pleinement intégré* ». Il insiste sur le fait que le groupement européen d'intérêt économique et la société coopérative européenne « *ne sont pas adaptés aux spécificités des sociétés mutuelles, par conséquent un statut juridique spécifique est nécessaire afin de mettre fin à une situation discriminatoire et de garantir une concurrence non faussée* ».

³⁵⁸ Recommandation du Parlement européen contenant des recommandations à la Commission sur le statut de la mutualité européenne, 14 mars 2013 (2012/2039(INI)).

³⁵⁹ S. ACEDO, La mutuelle européenne sort (enfin) de l'impasse, L'Argus de l'assurance 2014, n° 7345, p. 22.

³⁶⁰ I. GELI, J. BURGUES, Pour un projet de statut européen de la mutualité, in La santé en Europe, entre marché et solidarité, dir. D. ASSAYAG, F. GUEDJ, P. TOUCAS-TRUYEN, Les Editions de l'Atelier 2004, p. 163.

³⁶¹ Proposal for a Regulation on the Statute of the European Mutual Society (EMS), Document établi conjointement le 28 novembre 2007 par l'Association internationale des sociétés d'assurance mutuelle (AISAM), l'Association européenne des assureurs coopératifs des mutuelles (ACME) et l'Association internationale de la mutualité (AIM). Il faut d'ailleurs noter que les deux dernières nommées ont fusionné en 2008 afin de constituer l'Association des assureurs mutuels et coopératifs en Europe (AMICE). Cette dernière compte 110 membres répartis dans 18 Etats membres et représentent plus de 1000 mutuelles, soit 1 mutuelle sur 3 en Europe (S. ACEDO, Plaidoyer pour une Europe moins régulatrice, L'Argus de l'assurance 2014, n° 7367, p. 19).

Ce projet de règlement, pour ambitieux qu'il soit³⁶² eu égard aux réticences de la Commission à adopter un statut européen pour les mutuelles³⁶³, se garde de franchir certaines limites au-delà desquelles un consensus serait plus difficile encore à obtenir : *« ce règlement n'affecte pas les dispositions législatives existantes des Etats membres, ne peut être considéré comme visant à opérer un rapprochement entre les droits applicables aux sociétés mutuelles des différents Etats, mais a pour objectif la création d'un nouveau statut juridique de société mutuelle en complément des statuts juridiques nationaux »*. Ses objectifs affichés sont de : 1) permettre la création d'une mutuelle européenne par des personnes physiques résidant dans des Etats membres différents ou des personnes morales relevant du droit d'Etats membres différents ; 2) rendre possible la création d'une mutuelle européenne par fusion transfrontalière de plusieurs mutuelles existantes, étant donné que la directive relative aux fusions transfrontalières ne s'applique pas ; 3) permettre la création d'une mutuelle européenne par transformation d'une mutuelle nationale, sans passer par une dissolution, dès lors que cette mutuelle a son siège statutaire et son administration centrale dans un Etat membre et un établissement ou une filiale dans un autre Etat membre ; 4) permettre la création d'un groupe mutualiste européen.

113. L'article 1^{er} du projet définit la société mutuelle européenne, dite « SME », comme *« une personne morale qui organise, dans l'intérêt de ses membres, des produits et des services financés sur une base solidaire »*. Selon l'article 3, *« la SME est une personne morale de droit privé sans capital social. La SME est une personne morale à responsabilité limitée : elle opère avec un fonds d'établissement et des réserves indivisibles qui sont destinés à couvrir ses dettes. La SME est gérée démocratiquement et financée collectivement dans l'intérêt de ses membres »*. L'esprit mutualiste est rappelé à l'article 4 : *« la SME a pour objet*

³⁶² Le caractère pratique et opérationnel de ce projet est salué dans le document portant sur « Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle » réalisé au mois de juillet 2011 par la direction générale des politiques internes à la demande de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, p. 9.

³⁶³ Ce projet s'inspire d'ailleurs des réflexions émises par la Commission européenne dans son document de consultation « Les Mutuelles dans une Europe élargie » du 3 octobre 2003 et, antérieurement, du projet de règlement déposé par la Commission au début des années 1990.

principal, en contrepartie d'une cotisation ou d'une contribution équivalente dont le montant peut être variable, de répondre aux besoins de ses membres, tels que définis par ceux-ci, et non de réaliser des bénéfices aux fins de rémunérer des actionnaires. Les moyens de la SME sont affectés à la réalisation de sa mission, dans l'intérêt des besoins des membres ».

Le projet comporte en tout 42 articles et traite de tous les aspects de la société mutuelle européenne, de sa constitution à son fonctionnement, en évoquant également son financement et le contrôle dont elle pourrait faire l'objet.

114. Le mode de création de la société mutuelle européenne envisagé dans ce projet est assez classique. Selon l'article 11, elle peut être constituée par au moins deux mutuelles régies par la législation d'au moins deux Etats membres. Elle peut l'être également par transformation d'une mutuelle constituée selon le droit d'un Etat membre et ayant son siège statutaire et son administration centrale dans l'Union européenne, à condition qu'elle compte au moins 500 membres dans au moins deux Etats de l'UE ou exerce, de manière directe ou indirecte, une activité effective et réelle dans un autre Etat membre, ou soit en mesure de prouver que sa transformation lui permettra de remplir ces conditions. Une société mutuelle européenne peut aussi être créée par fusion de mutuelles ayant leur siège statutaire et leur administration centrale dans l'Union européenne, sous réserve qu'au moins deux d'entre elles relèvent du droit d'Etats membres différents. Cette structure peut également être constituée par la fusion d'au moins une mutuelle avec une autre entité juridique de droit privé, à condition que l'entité juridique absorbante soit une mutuelle ayant son siège statutaire et son administration centrale dans l'Union européenne et que deux des entités concernées au moins relèvent du droit d'Etats membres différents. Elle peut enfin être créée par au moins cinq personnes physiques résidant dans au moins deux Etats membres, à moins que la législation concernant les mutuelles de l'Etat membre du siège statutaire de la société mutuelle européenne n'en dispose autrement.

115. Une intervention pour l'heure inefficace. - Le lobbying exercé par les organismes mutualistes auprès des pouvoirs publics européens n'a pas encore porté ses fruits alors même qu'en raison de l'harmonisation des structures des organismes assureurs et par conséquent de la banalisation des mutuelles, voire de leur « démutualisation »³⁶⁴, la création d'un statut européen pour les mutuelles leur permettrait de conserver une partie de leurs spécificités.

Ce blocage a conduit les organismes à but non lucratif à rechercher des solutions alternatives pour assurer leur développement.

B. Des solutions alternatives

116. Chaque catégorie d'opérateurs recherche un vecteur de croissance dans ce que certains qualifient de « *course à la taille* »³⁶⁵, perçue comme une source d'avantages concurrentiels en raison notamment des économies d'échelle susceptibles d'être réalisées³⁶⁶. Ainsi, les mutuelles cherchent à se développer par croissance interne, en tentant « *de maximiser les produits disponibles, d'en développer de nouveaux, mieux adaptés aux besoins des membres ou encore d'étendre leur affiliation* »³⁶⁷. Selon la Commission, ce comportement mettrait à mal les spécificités mutualistes alors que cette adaptation de la stratégie des mutuelles traduit leur souhait d'assurer à leurs membres le bénéfice de couvertures performantes. En quoi les idéaux mutualistes seraient-ils mis à mal par cette pratique, fruit d'une adaptation au marché concurrentiel dans lequel les mutuelles sont placées ?

Faute de statut européen, les mutuelles se tournent vers des structures juridiques dont le champ d'intervention est plus étendu que celui offert dans le cadre national

³⁶⁴ S. MOTTET, La démutualisation, *Revue d'économie financière* 2002, n° 67, p. 111.

³⁶⁵ A.-M. COZIEN, D. JONIN, Les regroupements de mutuelles : l'expérience des mutuelles de fonctionnaires, *RDSS* 2009, p. 422.

³⁶⁶ M. KERLEAU, Le nouveau cadre institutionnel de la protection complémentaire d'entreprise : quels enjeux pour les mutuelles santé ?, *RECMA* 2009, n° 312, p. 15.

³⁶⁷ Commission européenne, document de consultation, *Les Mutuelles dans une Europe élargie*, 3 oct. 2003.

(1) ou des structures qui entraînent une profonde transformation de leur modèle juridique et économique (2).

1. Les structures de croissance

117. Le GEIE. - Certaines mutuelles ont choisi de constituer un groupement européen d'intérêt économique, structure instituée par le règlement du 25 juillet 1985³⁶⁸, afin de s'inscrire progressivement dans le cadre d'un réseau européen. Ainsi, Euresa, constituée en 1990, regroupe quatorze organismes d'assurance européens dont la compagnie d'assurance suédoise Folksam, la mutuelle d'assurance française Macif, la compagnie d'assurance belge P&V et la compagnie d'assurance italienne Unipol. Les GEIE ne sont pourtant pas adaptés aux mutuelles dans la mesure où ils ne permettent pas de pratiquer directement les opérations d'assurance, pas plus qu'ils ne remplissent la fonction de holding³⁶⁹. En effet, conformément à l'article 3.1 du règlement, « *le but du groupement est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité ; il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même. Son activité doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci* ». En outre, la responsabilité solidaire et indéfinie des membres du groupement envers les créanciers a toujours constitué un frein au développement de ce type de structure³⁷⁰. Le recours au groupement européen d'intérêt économique ne constitue donc qu'un palliatif à l'absence de statut européen de la mutuelle ; il ne saurait s'y substituer.

³⁶⁸ Règl. n° 2137/85/CEE, 25 juill. 1985, relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE) : JOCE n° L 199, 31 juill. 1985, p. 1. Les règles applicables au GEIE sont essentiellement européennes, même si un renvoi aux législations nationales est parfois opéré (par exemple, les articles L. 252-1 à L. 252-13 du code de commerce régissent le GEIE pour la France) : « *le GEIE n'est donc pas au sens strict du terme un groupement régi par le droit européen. Le régime juridique du GEIE traduit au contraire une symbiose entre les droits nationaux et les règles d'origine communautaire* » (C. GAVALDA, G. PARLEANI, Droit des affaires de l'Union européenne, LexisNexis 2010, 6^e éd., n° 245, p. 160). Pour une vue d'ensemble, v. également C. NOURISSAT, Droit des affaires de l'Union européenne, Dalloz 2010, 3^e éd., n° 178 et s., p. 144 et s.

³⁶⁹ En ce sens, v. T. DUMAS, Le développement européen des sociétés d'assurance mutuelle françaises, RECMA 2012, n° 325, p. 113.

³⁷⁰ Art. 24, § 1, Règl. n° 2137/85/CEE, 25 juill. 1985, relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE) : JOCE n° L 199, 31 juill. 1985, p. 1.

118. La société coopérative européenne. - Instituée par le règlement n° 1435/2003³⁷¹, la société coopérative européenne est parfois utilisée par les mutuelles relevant de différents Etats membres pour se rapprocher³⁷², certains principes étant communs à ces deux catégories d'organismes. La société coopérative européenne ne saurait néanmoins, là encore, constituer l'instrument de développement des mutuelles dans le marché européen³⁷³ car : 1) ce dispositif est complexe en raison de l'enchevêtrement des législations applicables³⁷⁴ ; 2) la société coopérative européenne est une entreprise à but lucratif, contrairement aux mutuelles. Si les principes sont parfois communs, la finalité et les modalités d'exercice ne le sont pas³⁷⁵. Le risque de dénaturation de l'activité est évident, mais dans une moindre mesure que dans le cadre d'un regroupement d'activités sous la forme d'une société européenne.

119. Le développement par croissance externe. - Une mutuelle peut également choisir de se développer en procédant au rachat d'autres mutuelles, voire d'autres organismes assureurs³⁷⁶. Certains organismes mutualistes, tel Groupama, se développent essentiellement par ce biais. La stratégie d'internationalisation de ce groupe l'a amené à procéder à un nombre important d'acquisitions d'assureurs

³⁷¹ Règl. n° 1435/2003/CE, 22 juill. 2003, relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC) : JOUE n° L. 207, 18 août 2003, p. 1.

³⁷² Par exemple, Harmonie Mutuelle (France) et l'assureur Cesare Pozzo (Italie) ont créé en 2010 une société coopérative européenne, Fondo Salute détenue à parité, et intervenant dans le domaine de la complémentaire santé, de la dépendance et des réalisations sanitaires et sociales.

³⁷³ M. VATEL, Les mutuelles défendent leur modèle à Bruxelles, L'Argus de l'assurance 2012, n° 7273 : « [...] une coopérative, faute de mieux ».

³⁷⁴ G. PARLEANI, La société coopérative européenne « française » après la loi du 3 juillet 2008, Revue des sociétés 2008, p. 531.

³⁷⁵ « D'un point de vue conceptuel et réglementaire, une coopérative n'est pas une mutuelle. L'apport est la condition sine qua non de la participation à la coopérative ; il est de l'essence même de la qualité d'associé-coopérateur. En revanche, les sociétaires, assurés-mutualistes, ne reçoivent ni part, ni action ; chacun d'entre eux contribue, seulement de façon individuelle, au financement de la garantie collective » (J.-Ph. DOM, La société de groupe d'assurance mutuelle. Du groupe de sociétés à la société de groupe, Revue des sociétés 2009, p. 281).

³⁷⁶ L'exemple le plus récent est la constitution d'Harmonie Mutuelle en 2012. S. SOLLIER, Quel avenir pour les mutuelles santé ?, La Tribune, 30 août 2008 : « Le mouvement de concentration des mutuelles santé est spectaculaire. Elles étaient 790 en 2004, elles ne seront que 260 en 2016. L'annonce de la création officielle [...] d'Harmonie Mutuelle en est l'illustration éclatante. Cette mutuelle issue de la fusion de cinq mutuelles (Harmonie Mutualité, Prévadiès, Mutuelle Existence, Santévie et Spheria Val de France) devient la première de France avec 2 milliards de chiffre d'affaires et 4,5 millions de personnes protégées ». Harmonie Mutuelle dévoile ses ambitions, L'Argus de l'assurance n° 7279, 7 septembre 2012, p. 18.

étrangers, en particulier depuis 2005³⁷⁷. Or, la croissance par acquisition, qui nécessite le plus souvent la mobilisation de fonds importants, est l'une des voies privilégiées par les sociétés par actions. Le financement de telles opérations par les mutuelles ne peut se réaliser grâce aux seules cotisations versées par leurs membres. Le recours à d'autres sources de financement (emprunt, intervention d'investisseurs, marchés financiers), se traduit par une « démutualisation » de la structure³⁷⁸. Ce phénomène est toutefois relativisé par les professionnels du secteur qui estiment que ces opérations ne remettent pas en cause le caractère mutualiste de l'entreprise³⁷⁹. La tendance des mutuelles à recourir à une croissance externe est de plus en plus forte³⁸⁰ pour faire face aux conséquences de l'immobilisme des pouvoirs publics européens. Cependant, de telles opérations peuvent échouer³⁸¹. Dès lors, certains opérateurs choisissent d'emprunter une voie médiane : ils se contentent de prendre une participation dans le capital d'un autre organisme assureur. Tel a été le cas de MMA et de la Maaf qui ont intégré au début des années 2000 le capital de Caser Seguros en Espagne³⁸².

120. Quel que soit le canal utilisé, les groupes mutualistes prennent désormais une envergure importante. Par exemple, l'Union Harmonie Mutuelles couvrait 4.955.723 personnes en 2013, les cotisations perçues atteignant 2.320,6 millions d'euros. La Mutuelle Générale couvrait 1.357.744 personnes pour 806 millions d'euros de cotisations³⁸³.

³⁷⁷ M. ROUX, Les sociétés mutuelles d'assurances. Un statut à l'épreuve du développement, Editions Eska 2009, p. 61.

³⁷⁸ Ph. ABECASSIS, N. COUTINET, J.-P. DOMIN, Les principes mutualistes confrontés aux modalités de regroupement des organismes complémentaires d'assurance maladie, RECMA 2014, n° 331, p. 60.

³⁷⁹ Selon le secrétaire général de l'AMICE, Gregoz Pozniak, « On a beaucoup parlé de démutualisations spectaculaires [...]. Mais tout changement de forme juridique ne signifie pas forcément que l'assureur abandonne son modèle d'entreprise mutualiste ou coopératif et son éthique. Ainsi, lorsqu'un assureur mutuel décide de rassembler une partie de ses activités dans une entreprise filiale ou lorsqu'un assureur coopératif crée une filiale étrangère, les activités concernées continuent de relever de notre secteur » (AMICE, Facts and Figures - mutual and cooperative insurance in Europe, 2012).

³⁸⁰ Le top 30 de la mutualité 2013, L'Argus de l'assurance 2013, n° 7338, p. 45.

³⁸¹ Par exemple, l'absorption de Norwich Union par Aviva ou de Trygg-Hansa par Royal & Sun Alliance.

³⁸² Pour d'autres illustrations, v. T. DUMAS, Le développement européen des sociétés d'assurance mutuelle françaises, RECMA 2012, n° 325, p. 115.

³⁸³ Le top 30 de la santé 2014, L'Argus de l'assurance 2014, n° 7367, p. 56.

Mais certaines mutuelles font preuve d'encore plus d'audace en recourant à des structures d'accueil transformant leur modèle d'exploitation initial. La Commission a constaté la conclusion de partenariats et alliances, le plus souvent dans un cadre international, avec un risque de « démutualisation » de ces structures³⁸⁴, ce qui est, au demeurant, très contestable. Il pourrait au contraire être soutenu que cette stratégie permet d'éviter la marginalisation des mutuelles et traduit leur volonté de ne pas se résigner à opérer en concurrence avec d'autres organismes taillés pour la concurrence.

2. Les structures de transformation

121. La Commission a fait valoir dans le document de consultation intitulé « Les Mutuelles dans une Europe élargie » que l'absence de cadre juridique approprié a amené les mutuelles à imaginer des solutions leur permettant de se développer et de faire face à l'environnement concurrentiel qu'elles doivent affronter parfois « *au mépris des principes mutualistes, banalisant de ce fait leurs spécificités* ». Ce constat, s'il traduit une tendance de fond, demeure excessif.

En France, les mutuelles peuvent créer une société de groupe d'assurance mutuelle (SGAM)³⁸⁵, une union mutualiste de groupe (UMG), pendant mutualiste de la première, ou une union de groupe mutualiste (UGM).

122. SGAM. - La société de groupe d'assurance mutuelle est une structure originale. Régie par le code des assurances, inspirée par les sociétés commerciales de droit commun, elle peut, sous conditions, décider de fonctionner sans capital social. Son activité principale consiste à « *nouer et à gérer des liens de solidarité financière importants et durables* » avec des mutuelles, des institutions de prévoyance, des sociétés d'assurance mutuelle ou des entreprises d'assurance ou

³⁸⁴ Commission européenne, document de consultation, Les Mutuelles dans une Europe élargie, 3 oct. 2003.

de réassurance à forme mutuelle ou coopérative ou à gestion paritaire ayant leur siège social dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen³⁸⁶. Elle constitue une forme particulière de société de groupe d'assurance. En effet, l'article L. 322-1-3 du code des assurances décide que lorsque celle-ci fonctionne sans capital et compte au moins deux entreprises affiliées dont l'une au moins est une société d'assurance mutuelle³⁸⁷, elle peut être dénommée « *société de groupe d'assurance mutuelle* ». Ainsi la Mutuelle générale et Malakoff Médéric envisagent un rapprochement avant la fin de l'année 2014 en recourant à la constitution d'une société de groupe d'assurance mutuelle³⁸⁸. Certains considèrent que le recours à la société de groupe d'assurance mutuelle « *permettrait d'éviter un statut européen de la mutuelle* »³⁸⁹. Le propos ne peut être approuvé. Il n'est pas expliqué pourquoi un tel statut devrait être « évité ». Il faut également garder à l'esprit que la société de groupe d'assurance mutuelle est une forme juridique de droit français qui n'est pas reconnue sur le plan européen, ce qui n'est pas sans susciter des complications dès lors qu'elle vise à développer une activité transnationale³⁹⁰.

123. UMG. - L'union mutualiste de groupe a également pour objectif de rapprocher les mutuelles, qu'elles soient régies par le code de la mutualité ou par le code des assurances, avec les institutions de prévoyance et les entreprises d'assurance. Elle permet de prendre et gérer des participations dans des entreprises

³⁸⁵ Art. L. 322-1-3, C. ass., créé par l'ordonnance n° 2001-766 du 29 août 2001 (JORF n° 201, 31 août 2001, p. 13946). J.-Ph. DOM, La société de groupe d'assurance mutuelle. Du groupe de sociétés à la société de groupe, *Revue des sociétés* 2009, p. 281.

³⁸⁶ Art. L. 322-1-2, C. ass.

³⁸⁷ Etant précisé en outre que, selon ce même article, « *les entreprises affiliées ne peuvent être que des mutuelles ou unions relevant du livre II du code de la mutualité, des institutions de prévoyance ou unions relevant du titre III du livre IX du code de la sécurité sociale, des sociétés d'assurance mutuelle relevant du code des assurances ou des entreprises d'assurance ou de réassurance à forme mutuelle ou coopérative ou à gestion paritaire ayant leur siège social dans un autre Etat membre de la Communauté européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen* ».

³⁸⁸ L. VIEL, Malakoff Médéric, futur partenaire de la Mutuelle Générale, argusdelassurance.com, 3 sept. 2014.

³⁸⁹ T. DUMAS, Le développement européen des sociétés d'assurance mutuelle françaises, *RECMA* 2012, n° 325, p. 115.

³⁹⁰ Il est vrai que la SGAM peut accueillir des entreprises ayant leur siège dans un autre Etat membre ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen, mais les risques de conflits de loi paraissent importants, même si la convention d'affiliation évoque la question de la loi ou des lois applicables, en particulier si des règles d'ordre public de différents Etats entrent en concours.

d'assurance régies par le code des assurances ou dans des entreprises d'assurance ou de réassurance dont le siège social est situé hors de France ou de nouer et gérer des liens de solidarité financière importants et durables avec les mêmes entreprises que la SGAM³⁹¹. Elle a pour défaut principal d'imposer que les mutuelles et unions relevant du code de la mutualité « *disposent d'au moins la moitié des sièges à l'assemblée générale et au conseil d'administration* », à peine de « *nullité de la constitution de l'union mutualiste de groupe* »³⁹². Elle connaît toutefois un certain succès³⁹³, d'ampleur limitée³⁹⁴.

124. UGM. - Selon l'article L. 111-4-1 du code de la mutualité, l'union de groupe mutualiste « *a pour objet de faciliter et développer, en les coordonnant, les activités de ses membres qui demeurent, pour chacun d'entre eux, directement responsables de la garantie de leurs engagements* ». Elle permet d'effectuer un premier rapprochement de structures sans entraîner de solidarité financière³⁹⁵. L'union de groupe mutualiste peut prévoir dans ses statuts l'adhésion non seulement de mutuelles, unions, institutions de prévoyance, sociétés d'assurances mutuelles, mais aussi d'autres organismes d'assurance à forme mutuelle ou coopérative ou à gestion paritaire dont le siège est situé dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen. Les unions de groupe mutualiste ne peuvent pas pratiquer d'opérations d'assurance ou de réassurance. Celles-ci demeurent effectuées par leurs membres.

³⁹¹ A distinguer des unions de sociétés d'assurance mutuelles régies par l'article L. 322-26-3 du code des assurances et qui ne peuvent être constituées qu'entre des sociétés d'assurance mutuelles, nécessairement régies par le même code ; à distinguer, surtout, des unions de groupes mutualistes, issus de l'ordonnance n° 2001-767 du 29 août 2001 (JORF n° 201, 31 août 2001, p. 13965), dont l'objet est plus restreint : « *faciliter et développer, en les coordonnant, les activités de ses membres, qui demeurent, pour chacun d'entre eux, directement responsables de la garantie de leurs engagements* » (C. mut. L. 111-4-1).

³⁹² Art. L. 111-4-2, C. mut.

³⁹³ Humanis a créé une union de groupe mutualiste au cours du second semestre de l'année 2012, l'objectif étant de renforcer des synergies existantes entre les secteurs interprofessionnels, professionnels et les institutions de prévoyance (argusdelassurance.com, Humanis crée une union de groupe mutualiste, 4 octobre 2012).

³⁹⁴ A.-M. COZIEN, D. JONIN, Les regroupements de mutuelles : l'expérience des mutuelles de fonctionnaires, RDSS 2009, p. 422.

³⁹⁵ L'Union de groupe mutualiste Umanens regroupe La Mutuelle familiale, Identités Mutuelle et le groupe Entis. Elle totalise 1.055.000 personnes couvertes et 550 millions d'euros de cotisations et se place au

125. La conformité des structures à l'article 212 de la directive n° 2009/138/CE du 25 novembre 2009 constitue un sujet d'inquiétude pour les organismes français. Selon ce texte, il y a groupe lorsqu'une « *entreprise exerce effectivement, au moyen d'une coordination centralisée, une influence dominante sur les décisions, y compris les décisions financières, des autres entreprises faisant partie du groupe* ». Or tel n'est pas le cas, au sens strict, des SGAM, des UMG et des UGM, ce qui est susceptible de créer des difficultés d'application des règles prudentielles³⁹⁶.

126. Filiale à forme capitalistique et « joint-venture ». - L'absence d'instrument de développement au niveau européen conduit souvent les mutuelles souhaitant dépasser le cadre des frontières nationales à l'intérieur desquelles elles sont implantées à constituer une holding prenant la forme d'une société par actions.

La Commission a constaté en 2003 que les mutuelles se développaient également « *par la croissance externe, que ce soit par le rachat de sociétés de droit commun, ou par la création de filiales, cotées ou non* »³⁹⁷. Le Président de l'Association des assureurs mutuels et coopératifs en Europe précisait en 2011 que « *créer des entités transnationales est indubitablement plus aisé avec un concept d'entreprise s'appuyant sur le marché des capitaux* »³⁹⁸. Le cas échéant, c'est une filiale commune avec un ou plusieurs autres organismes assureurs, qu'il s'agisse ou non de structures mutualistes, qui est constituée. En pratique, ce schéma est essentiellement utilisé pour « *faire connaître une marque mère à travers une société locale* »³⁹⁹. Cette formule est sans nul doute éloignée de la conception

cinquième ou sixième rang des groupements mutualistes (L. VIEL, Umanens donne un nouveau sens à l'union mutualiste, L'Argus de l'assurance 2014, n° 7354, p. 19).

³⁹⁶ G. VIAL, C. LECHANTRE, Les défis de la transposition, L'Argus de l'assurance 2014, n° 7365, p. 22 ; C. LECHANTRE, La notion de groupe en question, L'Argus de l'assurance 2014, n° 7366, p. 43.

³⁹⁷ Commission européenne, document de consultation, Les Mutuelles dans une Europe élargie, 3 oct. 2003.

³⁹⁸ AMICE, Coopérations et activités transfrontalières dans le secteur des mutuelles et coopératives d'assurance, Bruxelles, 2011.

³⁹⁹ T. DUMAS, Le développement européen des sociétés d'assurance mutuelle françaises, RECMA 2012, n° 325, p. 115.

classique de la structuration des mutuelles⁴⁰⁰. La création d'une filiale commune est génératrice d'une « démutualisation » structurelle et d'un risque de « démutualisation » fonctionnelle. Néanmoins, l'application des principes mutualistes n'est pas fondamentalement incompatible avec l'exercice sous la forme d'une société commerciale. Le risque reste mesuré lorsque la mutuelle détient la majorité du capital et des droits de vote de la filiale commune et qu'elle contrôle ses organes de direction⁴⁰¹. En outre, l'adoption de règles de gouvernance permettant de garantir le respect des principes mutualistes est envisageable. Il est en effet possible d'adopter, dans les statuts de la société commerciale, des règles de fonctionnement similaires à celles en vigueur au sein des mutuelles. La création, par une mutuelle, d'une filiale prenant les traits d'une société par actions présente l'avantage de la simplicité au plan juridique dès lors que cette dernière est totalement soumise à l'application du droit local, ce que ne permet pas une succursale : les contraintes de l'Etat membre d'origine et celles de l'Etat d'implantation se conjuguent alors avec plus ou moins de succès.

127. La transformation des mutuelles. - Les Etats membres de l'Union européenne autorisent la transformation juridique des mutuelles⁴⁰². Les conditions permettant d'y aboutir sont toutefois contraignantes en raison de la spécificité de ces organismes. Les conditions tenant à la majorité et au quorum permettant d'y procéder sont la plupart du temps renforcées.

Les conséquences d'une transformation peuvent varier selon les Etats. Dans certains d'entre eux, la conception solidariste de la mutuelle est renforcée par son caractère intergénérationnel. Ainsi, en cas de transformation en France, en Irlande

⁴⁰⁰ Dans ce document, la Commission, reprenant un constat formulé par l'Association des Assureurs Coopératifs et Mutualistes Européens en 2001 (« La mutualité : une valeur sûre ») relève : « *que ce soit pour accéder aux marchés de capitaux, pour aider une mutuelle défailante, pour permettre aux membres d'obtenir une part de la valeur intrinsèque de la société, ou pour toute autre raison, certaines mutuelles, essentiellement dans les pays anglo-saxons, ont choisi d'abandonner leur forme juridique originale pour endosser celle de société de capitaux* ». Ainsi, au Royaume-Uni, entre 1992 et 2001, 29 % du marché de l'assurance sur la vie et 75 % de celui des « Building Societies » ont fait l'objet d'une « démutualisation ».

⁴⁰¹ M. ROUX, Les sociétés mutuelles d'assurances. Un statut à l'épreuve du développement, Editions Eska 2009, p. 61.

⁴⁰² Si tant est, évidemment, que ce statut y soit reconnu.

ou au Luxembourg, l'actif net ne peut être dévolu qu'à d'autres mutuelles ou à des associations reconnues d'intérêt public. Il ne peut l'être ni à ses membres, ni à des sociétés de droit commun⁴⁰³. L'objectif est de garantir que la vocation solidariste des sommes affectées à la mutuelle persiste au-delà de la transformation ou de la disparition de celle-ci. La mutuelle fonctionne ainsi pleinement par répartition et non par capitalisation, pour reprendre une distinction classique concernant les systèmes de prise en charge de la retraite.

Le bilan des transformations ne semble guère positif. Ainsi, la Commission a relevé en 2003 que « *sur 13 entreprises ayant opéré leur conversion au Royaume-Uni, peu ont fait des acquisitions et nombre d'entre elles ont été rachetées peu après leur démutualisation* »⁴⁰⁴.

128. Conclusion du chapitre. - Les incertitudes qui entourent l'avenir des opérateurs issus de l'économie sociale et solidaire tels que nous les connaissons actuellement en Europe dépassent de très loin les questions que posent ces seules structures. Les attermolements concernant le statut européen des mutuelles sont surtout révélateurs d'une réflexion beaucoup plus large liée à la remise en cause du modèle économique retenu par l'Union européenne en raison des crises qui ont secoué les Etats membres ces dernières années. La diffusion des valeurs des mutuelles au sein des entreprises à structure capitaliste pourrait apparaître comme une victoire des organismes issus de l'entrepreneuriat social et solidaire mais l'affichage de principes ne garantit pas toujours leur application ; le risque de récupération à des fins publicitaires existe. Il faut espérer que cette diffusion annonce une réelle redéfinition des priorités économiques et sociales présidant au fonctionnement des entreprises. Elle ne sera, sinon, qu'une victoire à la Pyrrhus.

⁴⁰³ Art. L. 113-4, C. mut.

⁴⁰⁴ Commission européenne, document de consultation, Les Mutuelles dans une Europe élargie, 3 oct. 2003, p. 15.

Chapitre 2 - Le particularisme des organismes de retraite complémentaire

129. La volonté européenne d'harmonisation des normes applicables aux organismes de retraite complémentaire s'exprime de manière limitée (**Section 1**). Une grande variété de conceptions au sein de l'Union demeure (**Section 2**).

Section 1 - Une volonté d'harmonisation limitée

130. L'importance donnée au sein des Etats aux retraites complémentaires et aux organismes chargés de les gérer est extrêmement variable (§ 1). Les incursions européennes en la matière sont récentes et particulièrement timides (§ 2).

§ 1. Une importance nationale variable

131. Trois grands modèles d'implantation des institutions de retraite complémentaire peuvent être observés dans le monde selon la place qu'ils occupent au sein des Etats. Le modèle anglo-saxon confère un rôle essentiel aux systèmes de retraite par capitalisation, en particulier aux fonds de pension. Il s'est initialement développé aux Etats-Unis et trouve écho au Royaume-Uni et aux Pays-Bas. Le modèle allemand laisse une large place à la capitalisation tout en étant principalement centré sur les régimes de base obligatoires par répartition. Le modèle latin, dont relèvent la France (qui ne reconnaît pas les fonds de pension dans leur conception anglo-saxonne) et l'Espagne, privilégie ces derniers régimes au mépris du recours à la capitalisation, jugée moins fédératrice⁴⁰⁵.

132. Certains ont tenté une systématisation des retraites supplémentaires en distinguant les régimes d'entreprise (Royaume-Uni, Allemagne, Etats-Unis,

⁴⁰⁵ F. CHARPENTIER, Les fonds de pension, Economica 1996, p. 38.

notamment), les régimes sectoriels (Pays-Bas), les régimes nationaux (Danemark) et les plans de retraite individuels (Etats-Unis, Royaume-Uni)⁴⁰⁶.

S'agissant plus spécialement des fonds de pension, certaines distinctions ont été opérées en fonction de la nature de leurs portefeuilles. Ainsi, les organismes de certains Etats « *tentent de conserver, malgré l'application des règles de libre concurrence, une vision « nationale » de leurs investissements et privilégient les placements dans l'industrie locale, alors que d'autres se sont résolument tournés vers des actifs aussi risqués que rémunérateurs. Les exemples opposés de la Finlande, qui a longtemps été dans le premier cas et de l'Islande, dont les fonds de pension ont massivement investi, non sans dommage on le sait, à l'étranger et par des engagements très exposés, en sont une bonne illustration* »⁴⁰⁷.

133. Cette diversité dans l'approche de la retraite complémentaire, donc des organismes spécialisés intervenant dans ce domaine, alliée au fait que la retraite relève toujours du champ régalién, n'a pas incité les pouvoirs publics européens à se préoccuper de la mise en place d'un marché européen en la matière avant le début des années 1990.

§ 2. Une initiative européenne récente

134. Une décennie de tâtonnements. - Un document interne de la Commission, en date du 9 octobre 1990, intitulé « L'achèvement du marché intérieur dans le domaine des retraites privées », est consacré aux « *institutions financières autres que les entreprises d'assurance qui ont pour caractéristique de fournir des prestations de retraites privées individuelles ou collectives liées à un emploi ou à une profession, même si ces régimes de retraite remplacent partiellement ou intégralement des prestations qui, sinon, seraient fournies par des organismes de*

⁴⁰⁶ Ch. QUEMENT, Les fonds de pension, RDSS 1996, p. 158.

⁴⁰⁷ A. ROBINET, Rapport d'information déposé par la commission des affaires sociales en conclusion des travaux de la mission sur le financement des retraites dans les Etats européens, A. N., 2 juin 2010, p. 42.

sécurité sociale »⁴⁰⁸. Il marque le point de départ d'une réflexion qui allait connaître des prolongements.

Une proposition de directive concernant la liberté de gestion et d'investissement des fonds collectés par les institutions de retraite est établie par la Commission en 1991⁴⁰⁹. Mais elle la retire le 21 décembre 1994 faute de consensus entre les Etats membres et en raison de l'opposition des assureurs, ces derniers estimant que ce projet mettait à la charge des fonds de pension des exigences moindres que celles qu'ils devaient eux-mêmes assumer, de telle sorte que la concurrence entre les différentes catégories d'opérateurs aurait été faussée⁴¹⁰.

La Commission a alors adopté une communication relative à un marché intérieur pour les fonds de retraite reprenant très largement les termes du projet de directive. Cette communication a toutefois donné lieu à un contentieux. La France a demandé son annulation dans la mesure où la Commission allait au-delà d'une simple interprétation du traité... et a obtenu satisfaction le 20 mars 1997⁴¹¹.

135. La directive n° 2003/41/CE du 3 juin 2003. - Ces échecs successifs ont amené la Commission à changer de méthode. Un livre vert sur les retraites complémentaires a été élaboré en 1997⁴¹², préalablement à l'adoption en 1999 d'une nouvelle communication « Vers un marché unique pour les retraites complémentaires »⁴¹³. Cette démarche, beaucoup plus axée sur la concertation avec

⁴⁰⁸ Communication de la Commission, L'achèvement du marché intérieur dans le domaine des retraites privées, 9 oct. 1990 (15/224/90), p. 2.

⁴⁰⁹ Proposition de directive du Parlement et du Conseil concernant la liberté de gestion et d'investissement des fonds collectés par les institutions de retraite, 1991 (COM(91) 301 final). Pour une analyse détaillée de ce texte, v. J.-M. BINON, Les directives européennes en matière d'assurance sociale complémentaire (assurances, banques, institutions de retraite). Analyse comparative de leur champ d'application et de leur régime de libéralisation, Bruylant 1994, p. 26.

⁴¹⁰ F. KESSLER, Les fonds de pension pan-européens et l'épargne retraite française - premier commentaire de la directive 2003/41 du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle, RDSS 2004, p. 192 ; F. KESSLER, Les fonds de pension seront gérés en « bon père de famille », Liaisons sociales Europe 2003, n° 81, p. 2.

⁴¹¹ CJCE, 20 mars 1997, Commission c/ France, aff. C-57/95 : Rec., p. 1627.

⁴¹² Livre vert, Les retraites complémentaires dans le Marché unique, 10 juin 1997 (COM(97) 283).

⁴¹³ Communication de la Commission, Vers un marché unique pour les retraites complémentaires, 11 mai 1999 (COM(1999) 134 final).

l'ensemble des acteurs de ce secteur, a été suivie d'une nouvelle proposition de directive publiée le 11 octobre 2000. La directive concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle a finalement été adoptée le 3 juin 2003⁴¹⁴. Ce texte affirme avoir pour objectif la réalisation d'un « véritable marché intérieur pour les services financiers » (considérant n° 1). Le but n'est donc pas de participer à un renforcement de la protection sociale des travailleurs au sens de l'article 137 du traité⁴¹⁵. Il ne s'agit pas de contourner l'exigence d'unanimité alors posée, dans la mesure où il est spécifié que « la présente directive n'a pas pour objet de remettre en cause [la] prérogative » selon laquelle les Etats conservent la responsabilité de l'organisation de leur régime de retraite (considérant n° 9). Mais il est souligné que la « directive constitue [...] un premier pas vers l'institution d'un marché intérieur des régimes de retraite professionnelle organisé à l'échelle européenne », guidé par un principe de prudence en vue de garantir un niveau élevé de sécurité aux retraités et de permettre une gestion efficace des régimes de retraite (considéranants n° 6 et 7). L'article 5 de la directive autorise les Etats membres à ne pas appliquer ce texte aux institutions gérant des régimes comptant moins de 100 affiliés.

136. L'institution de retraite professionnelle est définie à l'article 6 de la directive comme « un établissement, quelle que soit sa forme juridique, qui fonctionne selon le principe du financement par capitalisation et qui est établi séparément de toute entreprise ou groupement d'affiliation dans le but de fournir des prestations de retraite liées à une activité professionnelle, sur la base d'un accord ou d'un contrat :

- individuel ou collectif entre le ou les employeur(s) et le(s) salarié(s) ou leurs représentants respectifs, ou
- conclu avec des travailleurs non salariés, conformément à la législation des Etats membres d'accueil et d'origine,

⁴¹⁴ Dir. n° 2003/41, 3 juin 2003, concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle : JOCE n° L 235, 23 sept. 2003, p. 10 ; G. CORON, Retraite par capitalisation et Union européenne : retour sur la directive institutions de retraite professionnelle, Revue de l'IRES 2003, n° 43, p.3.

⁴¹⁵ Devenu l'article 153 du TFUE.

et qui exerce des activités qui découlent directement de ce but ».

Cette définition très large, à dessein, permet d'englober des organismes aussi différents que les institutions de prévoyance françaises, les fonds de pension néerlandais ou les « stakeholders pensions » opérant au Royaume-Uni. La finalité du texte, qui s'inspire largement de la jurisprudence développée par la Cour de justice, n'est donc pas d'harmoniser les formes existantes mais d'imposer au plus grand nombre de respecter des règles permettant de renforcer leur stabilité et de « sécuriser » les pensions⁴¹⁶.

137. L'institution de retraite professionnelle doit être « *établie séparément de toute entreprise ou groupement d'affiliation* »⁴¹⁷. L'objectif est de sauvegarder les actifs de l'institution en cas de faillite de l'entreprise. L'institution doit également respecter un principe de spécialité, l'article 7 de la directive précisant que « *chaque Etat membre impose [à celles] établies sur son territoire l'obligation de limiter leurs activités aux opérations relatives aux prestations de retraite et aux activités qui en découlent* »⁴¹⁸. Ce texte s'inscrit dans la ligne des principes qui animent les directives adoptées en matière d'assurance depuis les années 1970.

Pour autant, il est précisé que les activités de retraite professionnelle et d'assurance relèvent de l'application de régimes différents, les assurances étant régies par les textes qui leur sont consacrés. En revanche, la définition donnée par la directive n° 2003/41/CE étant extensive, une entreprise d'assurance se trouve

⁴¹⁶ S. HENNION-MOREAU, Les retraites professionnelles dans le système juridique de l'Union européenne, RDSS 2008, p. 5. Il est également relevé qu'« *il est difficile de justifier d'obliger les travailleurs à mettre de l'argent sur des dispositifs dont, finalement, seul l'organisme prestataire retire un bénéfice* » (OCDE, Panorama des pensions 2013. Les indicateurs de l'OCDE et du G20, Editions OCDE 2013, p. 11 et 12).

⁴¹⁷ Art. 6 et 8, Dir. n° 2003/41, 3 juin 2003, concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle : JOCE n° L 235, 23 sept. 2003, p. 10

⁴¹⁸ Cet article ajoute que « *lorsque [...] une entreprise d'assurance gère ses activités de fournitures de retraites professionnelles en mettant en place un cantonnement de ses actifs et de ses engagements, les actifs et engagements qui ont fait l'objet de ce cantonnement sont limités aux opérations relatives aux prestations de retraite et aux activités qui en découlent directement* ».

placée dans son champ d'application dès lors qu'elle gère également un régime de retraite professionnelle, mais pour cette activité uniquement⁴¹⁹.

138. La proposition de directive du 27 mars 2014. - Le 27 mars 2014, la Commission a adopté une proposition législative établissant de nouvelles règles et procédant à la refonte de la directive de 2003. Quatre axes de réforme sont évoqués dans l'exposé des motifs : 1) instaurer des normes de gouvernance plus strictes, intégrant les bonnes pratiques dégagées au niveau national afin d'éviter de mettre en danger les retraites des bénéficiaires en cas de mauvaise gestion ou de gestion insuffisante des risques ; 2) réduire les divergences réglementaires et l'excès de lourdeur des procédures transfrontières ; 3) renforcer la réglementation en matière d'information fournie aux affiliés et aux bénéficiaires ; 4) donner aux autorités de surveillance les moyens de surveiller efficacement les institutions de retraite professionnelle. L'approche de la Commission demeure prudente : les Etats membres conservent la responsabilité de l'organisation de leur système de retraite. La révision envisagée ne remet pas en cause cette prérogative, pas plus qu'elle ne porte sur des questions de droit interne social, fiscal ou contractuel. Les définitions et principes issus de la directive n° 2003/41/CE ne sont pas davantage modifiés⁴²⁰.

⁴¹⁹ L'intégration des assureurs dans le champ d'application de cette directive a fait l'objet de longs débats. Le Comité européen des assurances estimait notamment qu'il était important que les entreprises d'assurance soient également concernées afin que l'ensemble des acteurs intervient dans un cadre de concurrence loyale (F. KESSLER, Les fonds de pension seront gérés en « bon père de famille », Liaisons sociales Europe 2003, n° 81, p. 2).

⁴²⁰ Proposition de directive du Parlement et du Conseil concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (refonte), 27 mars 2014 (COM(2014) 167 final). L'OCDE s'est aussi engagée sur ce terrain : « la réglementation concernant la gouvernance des fonds de pension doit être conçue en fonction de l'objectif fondamental qui est que les fonds de pension sont destinés à être une source sûre de financement des pensions. La structure de gouvernance devrait assurer une séparation adéquate des fonctions opérationnelles et de surveillance, et garantir la responsabilité et la compétence de ceux qui sont investis de ces fonctions. Les fonds de pension devraient présenter les mécanismes de contrôle, de communication et d'incitation adéquats pour encourager une prise de décision judicieuse, une exécution correcte et rapide, la transparence et des évaluations et des réexamens réguliers » (OCDE, Principes de l'OCDE sur la réglementation des pensions professionnelles - Méthodologie pour l'évaluation et la mise en œuvre, 2011, p. 81).

Section 2 - Des conceptions nationales diversifiées

139. Il existe une grande diversité de structures au sein de l'Union européenne. En effet, « *il n'y a rien de commun entre un fonds à prestations définies - additionnel ou différentiel - qui garantit un montant total de pension et un fonds à cotisations définies qui ne renseigne pas sur le montant de la retraite future et livre son détenteur à l'incertitude des marchés financiers. Rien à voir non plus entre un fonds souscrit à titre individuel et un fonds relevant d'une branche professionnelle et donc quasi obligatoire comme aux Pays-Bas. Rien à voir enfin entre un vrai produit retraite et un plan 401 k américain beaucoup plus proche par ses modalités de fonctionnement et sa fiscalité d'un dispositif d'épargne-retraite* »⁴²¹. La variété des structures doit être rapprochée de la place occupée par les retraites privées dans ces Etats. Le taux de couverture des régimes de retraite privés en 2009/2010 s'élevait à 88 % aux Pays-Bas, 47,1 % en Allemagne et aux Etats-Unis, 43,3 % au Royaume-Uni, 18,6 % en Espagne et 13,3 % en Italie⁴²². Par ailleurs, en 2012, les retraites privées représentaient 138,2 % du PIB des Pays-Bas, 88,2 % du PIB du Royaume-Uni, 70,5 % du PIB des Etats-Unis, pays au sein desquels les fonds de pension ont une importance prépondérante, 7,8 % du PIB de l'Espagne, 6,5 % du PIB de la République tchèque, 5,5 % du PIB de l'Allemagne, mais seulement 0,2 % de celui de la France. Les régimes de retraite privés au sein des pays de l'OCDE, qui comprend 24 pays européens parmi ses 34 membres, représentaient 29.500 milliards de dollars en 2011⁴²³. 68,4 % étaient détenus par des fonds de pension, 18,4 % par des banques ou des sociétés d'investissement, 12,4 % par le biais de l'assurance et 0,8 % en provisions comptables d'entreprises⁴²⁴.

⁴²¹ F. CHARPENTIER, Les retraites en France et dans le monde, Nouvelles problématiques, Economica 2009, p. 367.

⁴²² OCDE, Panorama des pensions 2013. Les indicateurs de l'OCDE et du G20, Editions OCDE 2013, p. 107.

⁴²³ Ce chiffre, en progression constante, était de 25.000 milliards en 2009 (OCDE, Principes de l'OCDE sur la réglementation des pensions professionnelles - Méthodologie pour l'évaluation et la mise en œuvre, 2011, p. 3).

⁴²⁴ OECD, Pension Markets in Focus, September 2012, issue 9.

140. Les régimes gérés en interne par des entreprises sont très minoritaires. Le risque majeur est qu'en cas de faillite de l'entreprise, le salarié perde à la fois son emploi et ses droits à retraite. Ce mode d'organisation semble voué à disparaître progressivement. Le durcissement des normes comptables - lié notamment à l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2013, de la norme comptable IAS 19 - ainsi que des régimes fiscaux et sociaux applicables renforcent ce phénomène.

La gestion externe des régimes de retraite par un organisme tiers spécialisé tend à se généraliser. Plus sûre pour les bénéficiaires, l'externalisation l'est aussi pour les entreprises, dans la mesure où leurs fonds propres sont à l'abri en cas de litige. Ces régimes sont souvent nommés « fonds de pension » tant par le grand public que par la presse ou les pouvoirs publics. Selon certains, cette expression vise toutefois, au sens strict, les régimes d'entreprise à prestations définies, financés par l'entreprise. Au sens large, elle désigne l'ensemble des régimes complémentaires, y compris à cotisations définies⁴²⁵. Si un modèle domine, celui des fonds de pension (§ 1), des alternatives existent (§ 2).

§ 1. Les fonds de pension

141. Les fonds de pension ont largement évolué depuis les années 1980. Dans un premier temps, leur puissance financière s'est nettement accrue en raison de l'augmentation de la capitalisation boursière dont ils ont bénéficié, les actions et produits financiers occupant une part importante dans leurs actifs. L'inconvénient est une forte exposition aux aléas financiers et aux variations du marché⁴²⁶.

A la suite de scandales liés non seulement à la faillite de fonds de pension, en particulier au Royaume-Uni dans les années 1990, et à l'absence de paiement de

⁴²⁵ H. LOURDELLE, Le développement des régimes de pensions complémentaires européens : frein à la mobilité des travailleurs ou risque pour le développement des régimes de pension de sécurité sociale ?, RDSS 2008, p. 29.

⁴²⁶ A. ROBINET, Rapport d'information déposé par la commission des affaires sociales en conclusion des travaux de la mission sur le financement des retraites dans les Etats européens, A. N., 2 juin 2010, p. 41.

leur pension à des retraités, mais également à la crise financière ayant cours depuis 2008, la sécurisation de ces dispositifs est devenue une priorité. Aux Etats-Unis, les fonds de pension ont évolué : d'abord régimes à prestations définies mettant à la charge de l'organisme une obligation de résultat envers les bénéficiaires, ils sont devenus des régimes à cotisations définies, qui ne mettent à leur charge qu'une obligation de moyens⁴²⁷. Aux Pays-Bas, le contrôle de l'activité des fonds et du taux de couverture de leurs engagements s'est développé. L'OCDE a adopté différentes recommandations en la matière, en proposant notamment de « sécuriser » les pensions des bénéficiaires en choisissant des actifs moins risqués à mesure que ces derniers approchent de l'âge de liquidation de la retraite⁴²⁸.

Les Etats membres de l'Union européenne ont été amenés à réformer leurs régimes de retraite dans le courant des années 2000. Nombreux sont ceux à avoir été influencés par le système en vigueur aux Etats-Unis, articulant un financement par le régime public fédéral et un complément privé versé par un fonds de pension. Le poids des fonds de pension dans l'économie des pays développés est aujourd'hui incontestable. Ainsi, les fonds implantés dans les pays de l'OCDE représentaient 20.100 milliards de dollars en 2011⁴²⁹.

La forme la plus courante des fonds de pension est le trust (**A**), même si d'autres structures peuvent les abriter (**B**).

A. Le trust, structure privilégiée de développement

142. Un concept anglo-saxon. - Le trust constitue la structure juridique la plus utilisée par les fonds de pension : « *parce qu'il est destiné, dans sa forme juridique ancestrale, à assurer la gestion du patrimoine d'un mineur placé sous tutelle, il serait en mesure, dans sa forme financière, de protéger efficacement les*

⁴²⁷ A. N., Rapport d'information déposé par la commission des affaires sociales en conclusion des travaux de la mission sur le financement des retraites dans les Etats européens, A. ROBINET, 2 juin 2010, p. 42.

⁴²⁸ A. N., Rapport d'information déposé par la commission des affaires sociales en conclusion des travaux de la mission sur le financement des retraites dans les Etats européens, A. ROBINET, 2 juin 2010, p. 45.

épargnants non avertis que sont les salariés. La véritable nature de la protection ainsi assumée par les fonds de pension serait à chercher dans cet héritage institutionnel »⁴³⁰.

Le trust a connu un essor considérable en Angleterre, dès le moyen-âge. Il s'est développé en matière de retraite aux Etats-Unis essentiellement à compter du début du XX^e⁴³¹. L'employeur est le « settlor », c'est-à-dire le sponsor ; les salariés sont les bénéficiaires. Les fonds destinés au financement des retraites sont externalisés auprès d'un « trustee » généralement contrôlé par la direction de l'entreprise et un salarié. Les fonds de pension constituent aux Etats-Unis un instrument essentiel de la mise en œuvre de la politique de retraite publique. Certes, ces organismes sont privés. Mais leur développement n'a été possible qu'en raison de l'intervention de l'Etat pour favoriser fiscalement ces régimes professionnels, réglementer leur activité et assurer leur contrôle.

L'incitation fiscale a été utilisée à plusieurs reprises par les pouvoirs publics, par exemple en 1913 en rendant les pensions non imposables au titre des bénéfices des sociétés, en 1921 en autorisant les employeurs à déduire fiscalement les cotisations relatives aux droits acquis dans l'année en cours, en 1928, en étendant cette déductibilité aux droits acquis au cours des années antérieures, en 1978 en substituant les fonds de pension à prestations définies aux fonds dits « 401 k » à cotisations définies⁴³².

⁴²⁹ OECD, Pension Markets in Focus, September 2012, issue 9, p 5.

⁴³⁰ S. MONTAGNE, Les fonds de pension - Entre protection sociale et spéculation financière, Odile Jacob 2006, p. 15 et p. 41 et s. Pour un historique du trust insistant sur sa transformation « *d'un dispositif de transmission passive de la propriété foncière* » à « *un régime actif de gestion de portefeuille d'actifs financiers* » (p. 61) et un historique sur la « pension industry ».

⁴³¹ Les premières retraites d'entreprise apparaissent toutefois, comme en Europe, au cours du XIX^e siècle (La lettre de l'Observatoire des Retraites, Les retraites dans le monde. Etat des lieux continent par continent, 2013, n° 19, p. 46).

⁴³² S. MONTAGNE, Les fonds de pension - Entre protection sociale et spéculation financière, Odile Jacob 2006, p. 74 et s.

La complexification de la législation sur les retraites d'entreprise dans le courant des années 1940 (recours à l'actuariat, capitalisation minimum) a conduit à l'externalisation de ces régimes.

143. La loi « Employee Retirement Income Security Act » (ERISA), adoptée en 1974, a imposé aux responsables des fonds de pension une gestion prudente non au sens de « prudent man » mais de « prudent expert » : ils doivent se comporter avec le soin, l'expertise et la diligence que mettrait un homme prudent agissant avec une capacité comparable et familier de ce type d'affaires, à entreprendre semblable action avec un but comparable rendant indispensable le recours à des spécialistes, et, par conséquent, à des gestionnaires de fonds de pension externalisés. Cette délégation a été elle-même renforcée par le développement des régimes à cotisations définies favorisés par l'article 401 k inséré dans le code fiscal par le « Revenue Act » de 1978, aux termes duquel l'employeur ne prenait plus l'engagement d'assurer un certain montant de pension, son engagement portant uniquement sur un niveau de cotisations. Ce dispositif, qui s'apparente à de l'épargne retraite, a entraîné un développement rapide des fonds de pensions à cotisations définies : ils couvraient 70 % des salariés bénéficiaires d'un plan de retraite en 1998⁴³³. Cette délégation de la gestion des fonds de pension aux intermédiaires financiers était censée protéger les intérêts des salariés. Elle aurait, en réalité, abouti à une « *prise de pouvoir de la finance dans le trust* »⁴³⁴. La règle de l'intérêt exclusif y a largement contribué. La loi ERISA a introduit ce concept selon lequel un fiduciaire doit remplir ses devoirs à l'égard d'un fonds dans le seul intérêt des participants et bénéficiaires et dans l'objectif exclusif de fournir des bénéfices aux participants et bénéficiaires⁴³⁵.

Le Pension Protection Act de 2006 a obligé les entreprises à financer progressivement les engagements de retraite à hauteur de 100 % et à cotiser davantage lorsque le régime

⁴³³ S. MONTAGNE, Les fonds de pension - Entre protection sociale et spéculation financière, Odile Jacob 2006, p. 97 et s.

⁴³⁴ S. MONTAGNE, Les fonds de pension - Entre protection sociale et spéculation financière, Odile Jacob 2006, p. 107 et s.

⁴³⁵ USC, section 1104(a) (1).

est sous-capitalisé en dessous de 80 %. Les plans « 401 k » sont encouragés, les salariés y étant affiliés sauf expression d'un refus d'y adhérer⁴³⁶.

144. Les fonds de pension au Royaume-Uni. - Les marchés financiers se sont particulièrement développés au Royaume-Uni, la capitalisation boursière y étant plus élevée que dans nombre d'autres Etats membres de l'Union⁴³⁷. Les pensions de retraite servies par l'Etat étant modiques⁴³⁸ et l'intervention de celui-ci dans ce domaine n'étant pas favorisée par la conception beveridgienne qui sous-tend le système de protection sociale, les régimes de retraite professionnels ont joué un rôle central.

Au Royaume-Uni, les régimes complémentaires de retraite se situent au carrefour de plusieurs disciplines : outre la législation sur le droit du travail, le droit des assurances, le droit de la sécurité sociale et le droit fiscal, intervient la loi coutumière sur les trusts (« *Trust Law* »). Pour des raisons historiques⁴³⁹, le trust demeure la principale forme d'organisation de la retraite complémentaire au Royaume-Uni⁴⁴⁰. Le recours à des organismes assureurs est également fréquent⁴⁴¹.

145. Le trust, créé par l'entreprise, est administré par un conseil d'administration dont les membres sont nommés pour une durée limitée (trois à cinq ans) en

⁴³⁶ C. SAUVIAT, Etats-Unis, la réforme du système complémentaire de retraite en capitalisation : un compromis boiteux, *Chronique Internationale de l'IRES* 2006, n° 102, p. 21.

⁴³⁷ Résumé des réponses au livre vert sur les retraites complémentaires dans le marché unique, 6 avr. 1998 (COM(97) 283), p. 12.

⁴³⁸ « *We knew how to make our predecessors retire. When it comes to forcing our own retirement, our successors must find some method of their own* » (C. NORTHCOTE PARKINSON, *Parkinson's Law*, 1958, p. 122, cité par L. HANNAH, *Inventing retirement, The development of occupational pensions in Britain*, Cambridge University Press 1986, p. 138).

⁴³⁹ J. CARBY HALL, Les modes de retraite d'entreprise dans le système britannique, Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé, dir. S. HENNION-MOREAU, O. KAUFMANN, Bruylant 2007, p. 227 et s ; F. CHARPENTIER, Les retraites en France et dans le monde, *Nouvelles problématiques*, *Economica* 2009, p. 188 et s ; G. BONOLI, *The Politics of Pension Reform, Institutions and Policy Change in Western Europe*, Cambridge University Press 2000, p. 58 et s.

⁴⁴⁰ S. MICHAS BEGUERIE, Régimes privés de retraites complémentaires. Essai de comparaison des systèmes allemand, anglais et français dans une perspective communautaire, *Droit social* 1996, p. 519 ; G. TAMBURI, Y. CHASSARD, Fonds de pension. Comment font les autres pays, *Economica* 2002, p. 120.

⁴⁴¹ « *Pour les « trustees » (administrateurs), plus attachés à la sécurité du plan de retraite qu'à son coût, les contrats d'assurance (une tradition également) sont là pour prendre, le cas échéant, la relève* » (G. TAMBURI, Y. CHASSARD, Fonds de pension. Comment font les autres pays, *Economica* 2002, p. 112).

fonction des statuts (« *trust deed* ») et du règlement (« *rules* ») du trust. Les biens affectés au trust, en l'occurrence les fonds consacrés au financement de la retraite professionnelle, sont distincts de ceux de l'entreprise et sont à l'abri des créanciers de celle-ci. Seul le conseil d'administration du trust a la charge de les gérer dans l'intérêt des bénéficiaires. Il doit toutefois tenir un état écrit des principes qui guident sa gestion et mentionner notamment quels sont l'état des placements, la composition des actifs et les risques encourus du fait des opérations réalisées. En cas de désaccord entre les bénéficiaires actuels et les bénéficiaires futurs, un médiateur est nommé⁴⁴².

146. Le « Pension Act » de 1995, entré en vigueur au mois d'avril 1997, a offert des garanties supplémentaires aux adhérents des fonds, c'est-à-dire aux salariés. Ceux-ci ont pu, à compter de cette date, nommer un tiers des administrateurs du plan de retraite. Les entreprises peuvent par ailleurs mettre en place des « Additional voluntary Contributions », c'est-à-dire proposer aux salariés de cotiser au fonds de pension de manière supplémentaire sur la base du volontariat.

147. En 2001, sont créés les « Stakeholder Pension Schemes », qui sont des systèmes à cotisations définies relevant de l'épargne retraite gérés par les entreprises d'assurance⁴⁴³. Ce dispositif vise essentiellement les salariés les plus fragiles financièrement ou ceux qui changent fréquemment d'employeur. Jusqu'en 2012, ils étaient obligatoires dans les entreprises de plus de cinq salariés, sauf si un régime de retraite professionnelle y existait déjà⁴⁴⁴.

148. Des dispositifs gérés par des entreprises d'assurance, des institutions financières ou des banques permettant à des individus de cotiser individuellement,

⁴⁴² D. POLLARD, C. MAGOFFIN, *Freshfields on Corporate Pensions Law 2012*, Bloomsbury Professional 2012, p. 405 et s. V. également : G. TAMBURI, Y. CHASSARD, *Fonds de pension. Comment font les autres pays*, *Economica* 2002, p. 120 et s.

⁴⁴³ M. LELIEVRE, *Eléments de contexte et enjeux du Stakeholder Pension, le nouveau plan de retraite individuel du New Labour au Royaume-Uni*, *Revue française des affaires sociales* 2002, n° 2, p. 179.

⁴⁴⁴ D. POLLARD, C. MAGOFFIN, *Freshfields on Corporate Pensions Law 2012*, Bloomsbury Professional 2012, p. 4.

par exemple lorsque les salariés ne bénéficient plus du régime d'entreprise de leur employeur, ont également été mis en place. Ces « Ordinary Personal Pension Plans » (« PPP ») existent depuis 1988⁴⁴⁵.

149. Depuis 2012, les entreprises doivent affilier leurs salariés à un régime d'entreprise ou à un « National Employment Savings Trust » (NEST). Déjà en vigueur dans les sociétés d'au moins cinquante salariés, ce dispositif, adopté en 2008, concernera celles n'atteignant pas ce seuil en mai 2015⁴⁴⁶. Seuls y sont ou y seront automatiquement affiliés les salariés ne cotisant pas à un régime de retraite complémentaire d'entreprise, âgés de 22 ans et plus, ayant un âge inférieur à celui prévu pour bénéficier de la retraite publique, gagnant plus de 8.105 livres par an (ce montant étant réévalué annuellement) et travaillant habituellement au Royaume-Uni. Le taux de cotisation minimum, dont une partie est prise en charge par l'employeur, passera de 2 % (dont 1 % à la charge de l'entreprise) en 2012 à 8 % (dont 3 % à la charge de l'entreprise) en 2018. Si la mise en place de cette réforme a supprimé l'obligation d'affilier les salariés à un « stakeholder scheme », cette affiliation automatique est toutefois sans effet sur les salariés déjà couverts par un tel dispositif⁴⁴⁷.

150. La diffusion du trust. - La convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985⁴⁴⁸ traite de la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. L'article 2 de ce texte précise qu'« *aux fins de la présente convention, le terme de trust vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant - par acte entre vifs ou à cause de mort - lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé* ».

En raison de l'influence importante des concepts américains - et sans doute également du fait de l'absence de contre-modèle cohérent et crédible proposé par l'Union - « *la*

⁴⁴⁵ The Police Pension Scheme 1987 - Gov.uk.

⁴⁴⁶ OCDE, Panorama des pensions 2013. Les indicateurs de l'OCDE et du G20, Editions OCDE 2013, p. 45.

⁴⁴⁷ Social international 2012, n° 728, p. 16.

⁴⁴⁸ texte signé mais non ratifié par la France.

« règle du prudent expert anglo-américaine a été adoptée par le droit communautaire européen et recommandée par l'OCDE alors qu'elle ne trouve sa pleine signification que dans l'environnement juridique anglo-américain du droit fiduciaire »⁴⁴⁹.

B. Les structures de développement hors trust

151. La fondation : Pays-Bas. - Les Pays-Bas sont l'un des exemples les plus connus de développement spectaculaire de la puissance des fonds de pension. Les régimes de retraite complémentaire y fonctionnent sur la base de la capitalisation. Les provisions et la gestion des engagements sont obligatoirement confiées à un organisme extérieur à l'entreprise. Ce dernier peut être un fonds de pension, de branche ou d'entreprise, ou un organisme assureur⁴⁵⁰. Les fonds à prestations définies ont connu un essor exceptionnel. La crise financière de 2001-2002 a toutefois affecté leur solidité, contribuant au relèvement des taux de cotisations de 7 % en 2001 à 12,5 % en 2005. La crise financière et boursière de 2008-2009 a durement frappé ces fonds, leurs pertes en bourse étant évaluées par la Banque centrale à 110 milliards d'euros⁴⁵¹. Ils revêtent le plus souvent le statut de fondation⁴⁵², qui sont des organismes sans but lucratif et, plus rarement, d'association ou de société à responsabilité limitée⁴⁵³.

152. La fondation : Union européenne. - Le modèle néerlandais pourrait influencer d'autres Etats, du fait de l'impulsion que les pouvoirs publics européens semblent vouloir donner aux fondations. Ainsi, la Commission a présenté, le 8 février 2012, une proposition de règlement relatif au statut de la fondation

⁴⁴⁹ S. MONTAGNE, Les fonds de pension - Entre protection sociale et spéculation financière, Odile Jacob 2006, p. 267 et s.

⁴⁵⁰ F. PENNING, Les pensions professionnelles aux Pays-Bas, RDSS 2008, p. 1053.

⁴⁵¹ F. CHARPENTIER, Les retraites en France et dans le monde, Nouvelles problématiques, Economica 2009, p. 206 et s.

⁴⁵² R. MAATMAN, Dutch Pension Funds, Fiduciary duties and investing, Law of Business and Finance, Volume 7, Kluwer Legal Publishers 2004, p. 126 et s.

⁴⁵³ G. TAMBURI, Y. CHASSARD, Fonds de pension. Comment font les autres pays, Economica 2002, p. 104.

européenne (« FE »)⁴⁵⁴. Cette dernière y est présentée comme « *une entité d'utilité publique, dotée de la personnalité juridique et de la pleine capacité juridique dans tous les Etats membres de l'UE ; elle possède une dimension transnationale de par ses activités, ou a pour objectif statutaire de mener des activités dans au moins deux Etats membres ; elle est dotée, à sa création, d'actions au moins équivalentes à 25.000 euros. La FE n'est autorisée à exercer des activités économiques que si le bénéfice qu'elle en retire est affecté à la réalisation de son objectif d'utilité publique, conformément aux dispositions du règlement. Pour des raisons de sécurité juridique, ce chapitre contient une liste exhaustive des objectifs d'utilité publique reconnus par le droit civil et fiscal de la plupart des Etats membres* »⁴⁵⁵. Seules sont visées les fondations d'utilité publique, donc celles qui poursuivent « *des objectifs dont la réalisation est utile à un groupe de bénéficiaires entendu dans une acception très large [...]. Pour des raisons de sécurité juridique, la notion d'objectif d'utilité publique devrait être définie au moyen d'une liste exhaustive d'objectifs* »⁴⁵⁶. Parmi les objectifs d'utilité publique visés à l'article 5 du projet de règlement figurent « *la protection sociale, y compris la prévention et la lutte contre la pauvreté* », ainsi que « *la santé, le bien-être et les soins médicaux* ». Le financement des retraites fait donc partie des objectifs d'une fondation européenne. La notion de « *groupe de bénéficiaires entendu dans une acception très large* » devrait toutefois être précisée. Une fondation serait-elle considérée d'utilité publique et, à ce titre, pourrait-elle intervenir dans le cadre européen si le groupe de bénéficiaires était réduit à une catégorie de salariés au sein d'une entreprise, par exemple les cadres ? Rien n'est moins sûr. En revanche, une fondation couvrant une population issue d'une même branche professionnelle⁴⁵⁷ pourrait sans doute satisfaire à cet objectif.

⁴⁵⁴ Proposition de règlement du Conseil relatif au statut de fondation européenne (FE), 8 févr. 2012 (COM(2012) 35 final). V. notamment, B. LECOURT, Vers un statut européen pour les fondations, *Revue des sociétés* 2012, p. 326.

⁴⁵⁵ Proposition de règlement du Conseil relatif au statut de fondation européenne (FE), 8 févr. 2012 (COM(2012) 35 final), p. 6.

⁴⁵⁶ Proposition de règlement du Conseil relatif au statut de fondation européenne (FE), 8 févr. 2012 (COM(2012) 35 final), p. 10.

⁴⁵⁷ Un tel champ d'intervention prévaut aux Pays-Bas.

Le Parlement européen a adopté le 2 juillet 2013 une résolution sur la proposition de règlement relative au statut de la fondation européenne⁴⁵⁸, ce qui démontre que l'adoption d'un tel texte n'est pas exclue. Néanmoins, les pouvoirs publics européens semblent pour l'heure davantage portés à avancer sur le statut de la mutuelle européenne. Il est probable qu'il faille attendre à tout le moins 2015 pour que les travaux législatifs reprennent sur le thème de la fondation.

153. La fondation : France. - En France, la loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat précise que « *la fondation est l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif* »⁴⁵⁹. Il existe huit formes de fondations : 1) la fondation reconnue d'utilité publique ; 2) le fonds de dotation ; 3) la fondation sous égide ; 4) la fondation d'entreprise ; 5) la fondation de coopération scientifique ; 6) la fondation universitaire ; 7) la fondation partenariale ; 8) la fondation hospitalière. Cependant, seules les quatre premières - qui ont pour objet de réaliser une œuvre d'intérêt général⁴⁶⁰ - pourraient abriter un régime de protection sociale complémentaire, les autres étant des organismes aux objectifs très particuliers. Toutefois, si les questions relatives à la fondation européenne trouvent également écho en France, il n'est pas encore permis aux fondations françaises d'investir le champ de la protection sociale complémentaire.

154. Les fonds de pension : Espagne. - En Espagne, les régimes professionnels ont en grande partie disparu après la seconde guerre mondiale, la sécurité sociale s'y étant substituée. Un phénomène de « *désintégration* » des régimes d'entreprise a ainsi été constaté⁴⁶¹. Une réforme intervenue en 1987 a toutefois fixé un cadre général pour la retraite privée. L'Espagne distingue les « *Planes de Pensiones* », plans

⁴⁵⁸ Résolution du Parlement européen sur la proposition de règlement du Conseil relatif au statut de la fondation européenne (FE), 2 juill. 2013 (P7_TA(2013)0293).

⁴⁵⁹ Art. 18, L. n° 87-571, 23 juill. 1987, sur le développement du mécénat : JORF, 24 juill. 1987, p. 8255.

⁴⁶⁰ AKLEA, Tableau comparatif des huit formes de Fondations, JCP A 2014, 1095.

⁴⁶¹ Ph. MARTIN, Epargne salariale et retraite : les avatars de la protection sociale d'entreprise en Europe, Droit social 2003, p. 202.

de pension, des « Fondos de Pensiones », fonds de pension⁴⁶². Les premiers peuvent être souscrits selon trois modalités : 1) à titre individuel auprès d'une banque ou d'une compagnie d'assurance (« Sistema Individual ») ; 2) dans le cadre d'un plan d'association (« Sistema asociado »), géré par une association, un syndicat, une corporation (« gremio ») ou un collectif (« colectivo »), auxquels seuls peuvent s'affilier les membres de ladite structure ; 3) dans le cadre d'un plan professionnel (« Sistema de Empleo »), mis en place par une entité (« entidad »), corporation (« corporation »), société (« sociedad ») ou entreprise (« empresa ») et dont les participants sont les salariés⁴⁶³. L'intégration du plan de pension dans un fonds de pension est obligatoire⁴⁶⁴.

Les fonds de pension, qui n'ont pas de personnalité propre et ne constituent qu'une masse patrimoniale, sont administrés par une entité de gestion (« entidad gestora ») qui prend la forme d'une société anonyme (« sociedades anonimas ») ou d'une entreprise d'assurance (« entidades aseguradoras ») autorisée à intervenir dans le domaine de l'assurance sur la vie en Espagne⁴⁶⁵. Les trusts en sont donc exclus.

Par ailleurs, le droit espagnol a transposé les règles du droit de l'Union européenne concernant le développement transnational des retraites complémentaires, s'agissant du déploiement dans d'autres pays de l'Union de fonds espagnols ou de la présence de fonds étrangers en Espagne. Les fonds espagnols ne peuvent se livrer à des activités non autorisées par le droit espagnol ; les fonds étrangers ne doivent pas proposer de produits et services non prévus par ce même droit⁴⁶⁶.

⁴⁶² Pour un historique, v. G. TAMBURI, Y. CHASSARD, Fonds de pension. Comment font les autres pays, *Economica* 2002, p. 37.

⁴⁶³ Art. 5, Ley n° 8/1987, 08/06/1987, de Regulacion de los Planes y Fondos de Pensiones ; H.-J. REINHARD, Planes de Pensiones and Other Forms of Occupational Pension Schemes in Spain, *in* Gouvernance des retraites professionnelles en Europe : sécurité garantie ?, dir. O. KAUFMANN, S. HENNION, Springer, 2011, p.191 et s ; F. CHARPENTIER, Les retraites en France et dans le monde, *Nouvelles problématiques*, *Economica*, 2009, p. 157 et s.

⁴⁶⁴ Art. 10, Ley n° 8/1987, 8 junio 1987, de Regulacion de los Planes y Fondos de Pensiones : BOE n° 137, 9 junio 1987, p. 17195.

⁴⁶⁵ Art. 20, Ley n° 8/1987, 8 junio 1987, de Regulacion de los Planes y Fondos de Pensiones : BOE n° 137, 9 junio 1987, p. 17195.

⁴⁶⁶ Art. 37-41, Ley n° 8/1987, 8 junio 1987, de Regulacion de los Planes y Fondos de Pensiones : BOE n° 137, 9 junio 1987, p. 17195.

En Espagne, les régimes de retraite professionnels doivent être gérés en externe depuis le 16 novembre 2002 dans le cadre d'un contrat d'assurance ou par une mutuelle⁴⁶⁷.

155. Le fonds de pension : Allemagne. - En Allemagne, les retraites professionnelles sont historiquement gérées en interne par les entreprises. Ce mode opératoire n'est pas sans risque, en particulier en cas de faillite. Il en va ainsi à plus forte raison lorsque la conjoncture économique se dégrade. La faillite, en 1974, d'Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft (AEG) a amené les pouvoirs publics, afin d'offrir une plus grande sécurité aux salariés bénéficiaires, à renforcer les obligations mises à la charge des entreprises. Celles-ci sont tenues d'adhérer à un système de réassurance. Les fonds de pension ont été institués en Allemagne par la loi portant réforme de l'assurance pension légale et promotion d'un patrimoine pour la vieillesse par capitalisation du 26 juin 2001⁴⁶⁸ dite loi « Riester »⁴⁶⁹. Ces entités, dotées d'une personnalité morale distincte de celle de l'entreprise, peuvent être utilisées pour mettre en œuvre des régimes à cotisations définies ou à prestations définies au profit des salariés⁴⁷⁰.

La directive n° 2003/41/CE du 3 juin 2003 a été introduite en droit allemand par une loi du 29 août 2005. La transposition au titre des activités transfrontalières des fonds de pension ne s'applique toutefois qu'à deux des cinq catégories de régimes de retraite professionnelle existant dans cet Etat⁴⁷¹ : les caisses de pension (Pensionskassen) et les fonds de pension. En sont exclus les avantages de retraite

⁴⁶⁷ « Exteriorización de los compromisos por pensiones » ; Perspectives de l'OCDE sur les pensions privées 2008, OCDE 2009, p. 102.

⁴⁶⁸ Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens [AltersvermögensgesetzAVmG], BGBI I, 31, 29 Oktober 2001 ; O. KAUFMANN, La réforme des retraites en Allemagne : SSL 2001, n° 1029 ; M. KORNER, Errichtung zusätzlicher altersversorgung das beispiel Deutschland (promotion des retraites complémentaires facultatives en Allemagne) in Les retraites professionnelles en Europe, Droits européen et comparé, dir. S. HENNION-MOREAU, O. KAUFMANN, Bruylant 2007, p. 165 et s.

⁴⁶⁹ Du nom du ministre des affaires sociales dans le gouvernement du Chancelier Schroöder.

⁴⁷⁰ G. TAMBURI, Y. CHASSARD, Fonds de pension. Comment font les autres pays, *Economica* 2002, p. 27 et s.

⁴⁷¹ Pour une présentation synthétique de chaque mécanisme v. O. KAUFMANN, Les retraites professionnelles d'entreprise en Allemagne : un aperçu, in *Gouvernance des retraites professionnelles en Europe : sécurité garantie ?*, dir. O. KAUFMANN, S. HENNION, Springer 2011, p.191 et s ; F. CHARPENTIER, Les retraites en France et dans le monde, *Nouvelles problématiques*, *Economica*, 2009, p. 162 et s.

résultant de l'assurance directe (Direktversicherung), l'engagement direct (Direktzusage) et les caisses de secours (Unterstützungskassen)⁴⁷².

En 2004, la répartition des retraites d'entreprise entre ces catégories était la suivante : 58,2 % étaient gérées en interne, 21,8 % l'étaient par les caisses de pension, 12 % par l'assurance directe, 7,8 % par les caisses de secours, 0,2 % par les fonds de pension⁴⁷³. Comme en France, toute réforme du régime de base influe sur les retraites professionnelles d'entreprise⁴⁷⁴.

156. Un bilan contrasté. - Les fonds de pension et leur puissance financière constituent une réalité. Il appartient aux pouvoirs publics européens de proposer des solutions, notamment en matière de gouvernance, pour assurer un meilleur équilibre entre sécurité des régimes professionnels et rôle prépondérant de la finance, celle-ci permettant, grâce aux gains obtenus, d'assurer le versement de pensions satisfaisantes aux bénéficiaires⁴⁷⁵. Ces liens avec les marchés financiers constituent la plus grande faiblesse des fonds en cas de retournement de la conjoncture. Les deux crises survenues en 2002-2003 et 2008-2009 l'ont démontré : la moitié des fonds de pensions qui existaient aux Etats-Unis, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni ont disparu⁴⁷⁶. La recherche d'un modèle alternatif est pertinente.

§ 2. *Les alternatives*

157. Les seules véritables alternatives aux fonds de pension existant actuellement au sein de l'Union européenne sont proposées par les organismes assureurs. Les tentatives

⁴⁷² Siebtes Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes, 29/08/2005, BGI. I, 01/09/2005, 2546. Sur cette transposition, v. O. KAUFMANN, Protection sociale d'entreprise, JCP E 2005, n°45. L'auteur relève qu'en dépit des efforts mis en œuvre par le législateur allemand pour permettre un développement des pensions transfrontalières, l'application du dispositif est rendue aléatoire en raison des questions relatives à la détermination de la fiscalité applicable.

⁴⁷³ P. SCHULZ, Occupational pension schemes in Germany, changes in the German landscape of old-age plans, cta model, Hamburg, Diplomica Verlag GmbH, 2008, p. 14.

⁴⁷⁴ O. KAUFMANN, Protection sociale d'entreprise, JCP E 2007, 2530.

⁴⁷⁵ En ce sens, v. notamment J.-F. GAVANOU, G. VALIN, Gouvernance sociale et fonds de pension, *Economica* 2004, p. 97 et s.

⁴⁷⁶ F. CHARPENTIER, Les retraites en France et dans le monde, *Nouvelles problématiques*, *Economica* 2009, p. 368.

d'instituer des « fonds de pension à la française » (**A**) ou de s'opposer à l'implantation d'institutions de retraite professionnelle (**B**) ne peuvent être considérées comme susceptibles de constituer un modèle pour les autres Etats de l'Union.

A. Les « fonds de pension à la française »

158. Les réformes successives des retraites, dont la dernière, issue d'une loi du 20 janvier 2014⁴⁷⁷, est intervenue trois ans à peine après la refonte globale découlant de la loi du 9 novembre 2010⁴⁷⁸, ont entraîné en France une prise de conscience de ce que les régimes obligatoires de retraite par répartition ne permettaient plus d'assurer un niveau de vie satisfaisant aux retraités. Elles n'ont toutefois pas modifié l'approche retenue par les pouvoirs publics concernant les organismes intervenant dans le champ des retraites supplémentaires ou les techniques de financement de celles-ci. Une opposition marquée subsiste entre partisans de la retraite par capitalisation et partisans de la retraite par répartition, qui voient dans la première des risques de dérives financières et capitalistiques⁴⁷⁹ et une moindre sécurité en raison des liens plus étroits du montant des pensions versées avec les marchés⁴⁸⁰. La mauvaise réputation des fonds de pension est également liée aux scandales survenus dans certains autres pays. Ainsi, l'affaire Maxwell au Royaume-Uni, marquée par le détournement de 458 millions de livres du fonds de pension afin de rembourser des dettes contractées par des sociétés du groupe, est apparue en France comme une conséquence néfaste de la trop grande proximité entre l'employeur et les fonds de pension et comme illustrant la tendance du

⁴⁷⁷ L. n° 2014-40, 20 janv. 2014, garantissant l'avenir et la justice du système de retraites : JORF n° 17, 21 janv. 2014, p. 1050.

⁴⁷⁸ L. n° 2010-1330, 9 nov. 2010, portant réforme des retraites : JORF n° 261, 10 nov. 2010, p. 20034.

⁴⁷⁹ « *Ils sont le symbole d'un modèle social à l'anglo-saxonne, en réalité caricaturé à l'extrême, selon lequel les citoyens n'auraient aucune couverture sociale ni en matière de retraite, ni en matière de santé ou de chômage. Pour compenser, ils seraient donc obligés de se priver de l'essentiel pour épargner... dans les fameux fonds de pension. En bref, les fonds de pension confisquent le revenu des salariés* » (L. DELAHOUSSE, Les fonds de pension en questions, Gualino 2008, p.11). V. également : Y. SAINT-JOURS, Les retraites supplémentaires par capitalisation : côté pile et côté face, Droit social 1996, p. 627.

⁴⁸⁰ Certains auteurs n'y voient là qu'un « *débat stérile* », la notion de fonds de pension étant une « *auberge espagnole* » (J. BARTHELEMY, Epargne-retraite ou épargne et retraite, Droit social 2002, p. 728). Ce clivage est, en tout état de cause, une réalité persistante en France qui place les fonds de pension au centre du débat, cristallisant les tensions entre leurs promoteurs et certains représentants politiques ou syndicaux (W. CRIST, J.-Ch. LE DIGOU, Pour & Contre les fonds de pension, Grasset 2002).

premier à puiser dans les réserves financières du second en cas de difficultés économiques⁴⁸¹. La puissance des fonds de pension étrangers et le poids considérable qu'ils exercent dans l'économie mondiale, notamment en France où ils détiendraient environ 50 % des entreprises du CAC 40⁴⁸², n'a fait qu'attiser cette méfiance. C'est la raison pour laquelle le rôle des régimes de retraite complémentaire par capitalisation est longtemps resté de moindre importance en France que dans des pays voisins. Les organismes autorisés à gérer la retraite supplémentaire en France relèvent davantage d'une logique assurantielle (1) que de celle des fonds de pension⁴⁸³. Les tentatives conduites en vue de créer des « fonds de pension à la française » ont pour l'heure échoué (2).

1. Un modèle dominé par les organismes assureurs

159. Des esquisses de fonds de pension. - Les régimes les plus fréquemment mis en œuvre dans les entreprises sont actuellement les régimes de retraite « supplémentaires ». Ils fonctionnent par capitalisation et s'ajoutent aux régimes obligatoires par répartition. Ces régimes sont à cotisations définies⁴⁸⁴ ou à prestations définies⁴⁸⁵, même si certaines couvertures combinent ces deux catégories. Ils sont gérés par des sociétés d'assurance, des institutions de

⁴⁸¹ Ch. QUEMENT, Les fonds de pension, RDSS 1996, p. 158. L'auteur relève que « la richesse des fonds de pension a favorisé le développement d'entreprises spécialisées dans le « dépouillage d'actifs », dont la pratique consiste à racheter l'entreprise pour dissoudre le régime de retraite et en récupérer les actifs ».

⁴⁸² R. RUELLAN, l'avènement laborieux de l'épargne retraite en France, RDSS 2004, p. 533.

⁴⁸³ « Il n'existe pas de fonds de pension au sens anglo-saxon du terme, autrement dit, des fonds principalement investis en actions qui sont au service d'une certaine conduite de l'économie et d'une conception de l'entreprise totalement mise au service de l'actionnaire » (F. CHARPENTIER, Les retraites en France et dans le monde, Nouvelles problématiques, Economica 2009, p. 367 et s.).

⁴⁸⁴ Ce dispositif est visé aux articles 82 et 83 du code général des impôts. Il s'agit d'un régime dit « article 82 » lorsque le régime est négocié à titre collectif et proposé de manière facultative aux salariés. Ceux issus de l'article 83 sont à adhésion obligatoire, qu'il s'agisse de tous les salariés de l'entreprise ou d'une catégorie d'entre eux. Le versement régulier des cotisations sur le compte individuel de chaque salarié bénéficiaire, ainsi que les revenus générés par leur placement financier, permettent de constituer un capital qui sera, en temps voulu, dénoué sous la forme d'une rente. Les droits ouverts par les cotisations sont définitivement acquis, en cas notamment de départ de l'entreprise, de faillite ou d'incapacité totale de travail. Il s'agit là d'une des différences majeures avec les régimes de retraite supplémentaire à prestations définies qui conditionnent, le plus souvent, le versement de la rente à la présence de l'intéressé dans les effectifs au moment de la liquidation de la pension de retraite.

⁴⁸⁵ Le bénéfice des prestations de ces régimes est généralement, pour des raisons tenant au bénéfice du régime de faveur fiscal (article 39 du code général des impôts) et social, lié aux conditions suivantes : être

prévoyance, des mutuelles ou des institutions de gestion de retraite supplémentaire (IGRS)⁴⁸⁶.

Ils sont analysés comme des « *esquisses de fonds de pension* » car ils n'en présentent pas les caractéristiques⁴⁸⁷. En réalité, la tentative de qualifier un ou plusieurs des mécanismes en vigueur en France de « fonds de pension » n'est pas nouvelle⁴⁸⁸. Mais aucun n'est assimilable aux fonds de pensions anglo-saxons⁴⁸⁹.

160. La cristallisation des critiques. - Pourtant, le bien-fondé du recours à des régimes par capitalisation fait l'objet depuis de nombreuses années d'un débat nourri tant au plan politique que sur le plan juridique et doctrinal. Au demeurant, certains font valoir que le clivage entre retraites par répartition et par capitalisation relève d'un faux débat⁴⁹⁰, les régimes de retraite supplémentaire constituant, en réalité, « *le fruit d'une véritable politique sociale* »⁴⁹¹.

Les critiques se concentrent actuellement sur les régimes à prestations définies, fréquemment dénommés « régimes chapeaux »⁴⁹², qui sont - injustement - accusés

présent dans l'entreprise lors du départ en retraite ; justifier de l'ancienneté définie au sein de l'entreprise ou de la catégorie ; liquider les droits à retraite au titre des régimes obligatoires (sécurité sociale, Arrco, Agirc).

⁴⁸⁶ Les institutions de gestion de retraite supplémentaire ont succédé au 31 décembre 2008 aux institutions de retraite supplémentaire - dont les origines remontaient à l'ordonnance du 4 octobre 1945 organisant la sécurité sociale (art. 18, Ord. n° 45-10, 4 oct. 1945) en application de l'article 116 de la loi dite « Fillon » n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites (P. BARON, X. PIGNAUD, D. RIGAUD, Les modalités de transformation des IRS en IGRS, JCP S 2008, 1228 ; F. KESSLER, La difficile transformation des institutions de retraite supplémentaire, RDSS 2008, p. 53 ; J. DE CALBIAC, F. WISMER, Régimes de retraite et de prévoyance d'entreprise - Contrat d'assurance, JurisClasseur Protection sociale Traité, fasc. 845, 2014). Le champ d'intervention des institutions de gestion de retraite supplémentaire est plus restreint que celui des institutions de prévoyance, dans la mesure où elles ne peuvent accomplir d'opérations autres que celles relatives à la gestion administrative du ou des régimes de retraite supplémentaire ou d'indemnités de fin de carrière de leurs entreprises adhérentes. Le fonctionnement de ces deux types d'organismes présente toutefois un grand nombre de similitudes. Par exemple, les règles relatives à la composition et au fonctionnement du conseil d'administration et de la commission paritaire ou de l'assemblée générale des institutions de prévoyance s'appliquent également aux institutions de gestion de retraite supplémentaire (art. L. 941-1 et s., CSS).

⁴⁸⁷ F. CHARPENTIER, Les fonds de pension, *Economica* 1996, p. 89.

⁴⁸⁸ F. CHARPENTIER, Les fonds de pension, *Economica* 1996, p. 89. L'auteur relève « *la confusion terminologique se produisant parfois, les assureurs parlant, par exemple, d'un fonds de pension dans leur profession, alors qu'ils réclament une législation permettant leur mise en place* ».

⁴⁸⁹ J. BARTHELEMY, Essai sur l'ingénierie juridique des fonds de pension, *Droit social* 1995, p. 525.

⁴⁹⁰ J. BARTHELEMY, Epargne-retraite ou épargne et retraite, *Droit social* 2002, p. 728.

⁴⁹¹ B. SERIZAY, Enjeux et mutations en matière de retraites extra-légales, *JCP S* 2010, 1323.

⁴⁹² Alors même, d'ailleurs, que les régimes dits « chapeaux » ne constituent qu'une sous-catégorie des régimes de retraites à prestations définies.

de ne bénéficier qu'à des cadres supérieurs et des dirigeants, bénéficiaires d'un niveau de pension excessif. Les pouvoirs publics français ont alourdi la fiscalité applicable à ces régimes, contribuant à leur recul au profit des régimes à cotisations définies⁴⁹³, ce qui devrait conduire les régimes à prestations définies à devenir un produit de niche. Les entreprises limitent désormais généralement l'octroi d'un tel avantage à quelques personnes, éventuellement pour attirer des cadres dirigeants aux compétences reconnues⁴⁹⁴.

2. L'échec de l'implantation des fonds de pension

161. La défiance envers les fonds de pension. - L'expression « fonds de pension à la française » est souvent évoquée par les responsables politiques et la presse pour souligner les spécificités de la France en matière de retraite supplémentaire. Elle révèle les contorsions auxquelles se livrent les pouvoirs publics pour convaincre l'opinion du bien-fondé de l'instauration d'un dispositif d'inspiration anglo-saxonne en interaction directe et permanente avec les marchés financiers. Elle traduit également le souhait de ne pas bouleverser les schémas de retraite actuels, en particulier la prédominance de la retraite par répartition. Pourtant, cette expression traduit une réalité : en raison du grand nombre de modèles de fonds de pension existant dans l'Union européenne et même au-delà, diversité découlant elle-même de la variété des systèmes de retraite, il est illusoire de s'inspirer d'un seul modèle étranger pour l'importer en France. La solution la plus rationnelle est donc la création d'un dispositif s'intégrant au moins à la conception française des retraites⁴⁹⁵.

⁴⁹³ Les cotisations perçues par les organismes assureurs pour les régimes à prestations définies ont chuté de 47 % entre 2012 et 2013, pour atteindre 300 millions d'euros. Le tendance se confirme pour l'année 2014 (N. THOUET, Chute libre pour l' « article 39 », l'Argus de l'assurance 2014, n° 7363, p. 18).

⁴⁹⁴ N. THOUET, Retraites chapeaux : « bientôt un produit de niche », argusdelassurance.com, 27 août 2012.

⁴⁹⁵ Si tant est que le rythme soutenu auquel se suivent les réformes des retraites ces dernières années permette de dégager une tendance autre que l'augmentation de la durée et du taux de cotisation et de l'augmentation de l'âge légal de la retraite.

162. Au cours des années 1990, de nombreuses tentatives se sont succédées afin de mettre en place des « fonds de pension à la française »⁴⁹⁶. Tel était le but de la loi dite « Thomas » du 25 mars 1997, qui avait institué des plans d'épargne retraite et des fonds d'épargne retraite⁴⁹⁷. Ce texte, qui a fait l'objet de critiques⁴⁹⁸, n'a jamais connu de commencement d'exécution, les décrets d'application n'ayant jamais été adoptés. La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 l'a abrogé⁴⁹⁹.

La directive du 3 juin 2003 a été transposée en France par une ordonnance en date du 24 mars 2006⁵⁰⁰... qui n'autorise pas la création de fonds de pension. Seuls les organismes spécialisés existant déjà sont autorisés à exercer les activités des institutions de retraites professionnelles au sens de la directive⁵⁰¹.

163. La fiducie. - L'absence de reconnaissance de la forme juridique du trust en France⁵⁰² a contribué à l'absence de développement des fonds de pension⁵⁰³.

⁴⁹⁶ Sur la multiplication de ces initiatives, v. Ph. CHENILLET, F. KESSLER, Du nouveau sur les fonds de pension... à la française, RDSS 1994, p. 165.

⁴⁹⁷ L. n° 97-277 du 25 mars 1997 : JORF n° 72, 26 mars 1997, p. 4657 ; J.-J. TOUATI, Mise en place des plans d'épargne retraite de la loi n° 97-277 du 25 mars 1997, TPS 1998, n° 1, chron. p. 4 ; F. GAUDU, La loi n° 97-277 du 25 mars 1997 créant les plans d'épargne retraite : aspects sociaux, LPA 1997, n° 124, 11 ; Y. SAINT-JOURS, Les aspects juridiques de l'épargne retraite d'entreprise instituée par la loi n° 97-277 du 25 mars 1997, JCP 1997, 207.

⁴⁹⁸ F. MULLER, Les plans d'épargne retraite ou la difficile conciliation entre droit et liberté, RDSS 1997, p. 431.

⁴⁹⁹ Art. 48, § 1, L. n° 2002-73 du 17 janvier 2002, de modernisation sociale : JORF, 18 janv. 2002, p. 1008.

⁵⁰⁰ Ord. n° 2006-344, 23 mars 2006 : JORF n° 0071, 24 mars 2006, p. 4456 ; D. n° 2006-740, 27 juin 2006 ; Comm. D. JONIN, F. KESSLER, Protection sociale d'entreprise, JCP E 2007, 1768 ; O. KAUFMANN, Protection sociale d'entreprise, JCP E 2005, 1550.

⁵⁰¹ Ph. LANGLOIS, Le renouveau communautaire en matière de retraites professionnelles, PA 2008, n° 42, p. 24.

⁵⁰² Quoique l'article 792-O bis du code général des impôts issu de la loi de finances rectificatives pour 2011 (L. n° 2011-900 du 29 juillet 2011 : JORF, n° 0175, 30 juill. 2011, p. 12969) définisse le trust comme « l'ensemble des relations juridiques créées, dans le droit d'un Etat autre que la France, par une personne, qui a la qualité de constituant - par acte entre vifs ou à cause de mort - lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou pour la réalisation d'un objectif déterminé ». De même, un trust américain a été reconnu directement en droit français par la Cour de cassation qui n'a pas cherché à lui faire adopter une qualification existant en droit interne. En revanche, la Cour n'a pas tranché la question de savoir s'il est possible de constituer un trust sur des actifs situés en France. (R. DAMMANN, A. ALBERTINI, L'arrêt Belvédère : la réception du Trust et de la Parallel Debt en droit français, note sous Cass. com. 13 sept. 2011, n° 10-25.533, JCP E 2011, 1803). En l'espèce, le litige portait sur un financement international. La solution aurait peut-être été différente si le trust avait concerné la retraite supplémentaire de salariés situés en France, eu égard aux règles d'ordre public présidant à l'application du droit du travail et de la sécurité sociale.

⁵⁰³ « Jusqu'en 2008, le développement des régimes de retraites par capitalisation, préconisé par la plupart des organisations économiques et financières internationales, a été une constante dans la plupart des pays

Toutefois, la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 a institué la fiducie dont les règles ont été insérées dans le code civil⁵⁰⁴. L'objectif est de faire face à la concurrence du trust anglo-saxon grâce à un mécanisme permettant de maintenir l'attractivité du droit des affaires français. L'article 2011 du code civil dispose que « *la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ». Cette définition répond à celle du trust telle qu'elle est donnée par la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985⁵⁰⁵. Selon ses promoteurs, la fiducie se distingue néanmoins du trust par « *sa substance juridique. En effet, l'institution du trust n'est généralement pas contractuelle et ne prévoit pas à proprement parler un transfert de propriété, mais un quasi démembrement par la coexistence de deux droits que sont le legal ownership du trustee et l'equitable ownership du bénéficiaire* »⁵⁰⁶.

164. La consécration de la fiducie en droit français aurait pu constituer une occasion de créer des fonds de pension sur le modèle - adapté au cadre interne - du trust anglo-saxon⁵⁰⁷. En effet, la loi n'interdit pas expressément l'emploi de la

d'Europe. Mais, en France, il s'est agi avant tout de l'épargne retraite, alors que dans les pays beveridgiens en général, et anglo-saxons en particulier, se sont construits de puissants fonds de pension, dont l'objet et la gestion sont très éloignés des dispositifs d'épargne français » (A. ROBINET, Rapport d'information déposé par la commission des affaires sociales en conclusion des travaux de la mission sur le financement des retraites dans les Etats européens, A. N., 2 juin 2010, p. 39 et 40). « *Cette interpénétration entre droit des trusts et fonds de pension constitue une véritable idiosyncrasie. L'exportation de ces fonds vers des cultures nationales ne possédant pas ce cadre juridique pose donc la question de l'acclimatation idéologique de ces dispositifs* » (S. MONTAGNE, Les fonds de pension - Entre protection sociale et spéculation financière, Odile Jacob, 2006, p. 16).

⁵⁰⁴ C. civ., titre XIV, De la fiducie.

⁵⁰⁵ Texte signé mais non ratifié par la France. F. BARRIERE, La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence, JCP E 2007, 2053.

⁵⁰⁶ Ph. MARINI, La fiducie, enfin !, JCP E 2007, 2050.

⁵⁰⁷ « *Les gestions à long terme dans des outils d'épargne retraite, d'épargne salariale peuvent tout à fait trouver [...] leur moule naturel dans le concept de fiducie [...]. Le moule normal, naturel pour gérer des engagements à long terme dans un patrimoine bien identifié, n'est-ce pas logiquement le contrat de fiducie ?* » (Ph. MARINI, Fiducie : intérêts et enjeux du nouveau dispositif, Bilan et perspectives d'évolution, RLDC 2007, n° 40, p. 71) ; Ch. QUEMENT, Les fonds de pension, RDSS 1996, p. 158. Cet auteur estime également que les institutions de prévoyance constituent le véhicule idéal des fonds de pension, en raison de leur personnalité morale distincte de celle de l'entreprise et du comité d'entreprise et de leur gestion financière paritaire.

fiducie dans le cadre d'opérations de protection sociale complémentaire. Néanmoins, seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements financiers, les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances ainsi que les avocats⁵⁰⁸. Les mutuelles et les institutions de prévoyance en sont exclues. En outre, l'article L. 143-1 du code des assurances, placé en tête d'un chapitre consacré à la retraite professionnelle supplémentaire, dispose que ce chapitre « s'applique aux opérations pratiquées par les entreprises d'assurance dans le cadre de l'agrément administratif accordé pour les activités de retraite professionnelle supplémentaire. Peuvent être proposés, dans le cadre de cet agrément, les contrats d'assurance sur la vie dont les prestations sont liées à la cessation d'activité professionnelle et sont versées en supplément des prestations servies par les régimes de base et complémentaires légalement obligatoires ». Il en résulte que les entreprises d'assurance ne sont autorisées à proposer dans ce cadre que des opérations faisant l'objet d'un contrat d'assurance, non d'un contrat de fiducie, lequel est un contrat spécial⁵⁰⁹.

165. Le Perco. - L'instrument qui présente le plus de similitudes avec les fonds de pension est le plan d'épargne pour la retraite collectif (Perco)⁵¹⁰, institué par la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites⁵¹¹, à tel point que certains y ont vu « l'instauration en France d'une dynamique proche des fonds de pension »⁵¹². Initialement, ce dispositif était connu sous la forme du plan partenarial d'épargne salariale volontaire pour la retraite (PPESVR). C'est la loi de finances pour l'année 2004 qui y a substitué le Perco⁵¹³. Celui-ci peut se définir comme le mécanisme d'épargne collectif permettant aux salariés d'une entreprise de participer, avec celle-ci, à la constitution d'un portefeuille de valeurs mobilières afin de constituer un complément de retraite dans des conditions sociales et fiscales favorables. Son

⁵⁰⁸ Art. 2015, C. civ.

⁵⁰⁹ S. RETIF, Premières observations sur la fiducie « à la française », Responsabilité civile et Assurance 2007, alerte 13.

⁵¹⁰ Art. L. 3334-1 et s., C. trav.

⁵¹¹ Art. 109, L. n° 2003-775, 21 août 2003 : JORF n° 193, 22 août 2003, p. 14310.

⁵¹² Ph. GROSJEAN, Fonds de pension et marchés financiers internationaux, LGDJ 2006, p. 139 et s.

⁵¹³ Art. 82 et 85, L. n° 2003-1311, 30 déc. 2003 : JORF n° 302, 31 déc. 2003, p. 22530.

développement étant favorisé par les pouvoirs publics, il connaît un réel essor. Près de 2,2 millions de salariés étaient couverts par un Perco en 2012⁵¹⁴.

Pour autant, le Perco ne peut être assimilé à un fonds de pension dans la mesure où il n'impose pas l'intervention d'un opérateur spécialisé. Il n'en va différemment que si le plan est proposé sur le territoire d'un autre Etat membre de l'Union européenne ou dans un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen. Dans ce cas, l'intervention d'une institution de retraite professionnelle collective⁵¹⁵, laquelle constitue une institution de retraite professionnelle au sens de l'article 20 de la directive n° 2003/41/CE du 3 juin 2003, s'impose⁵¹⁶. L'article 8 de l'ordonnance du 23 mars 2006 précise en effet que le plan d'épargne pour la retraite peut être une institution de retraite professionnelle collective. Il est alors administré par une personne morale de droit privé, autre qu'une association, une entreprise d'investissement, un établissement de crédit, une entreprise relevant du code des assurances, une institution de prévoyance, une institution de gestion de retraite supplémentaire, une institution de retraite supplémentaire ou un organisme mutualiste. Cette personne morale a pour objet exclusif d'administrer une ou plusieurs institutions de retraite professionnelle. La personne morale administrant une institution de retraite professionnelle collective est juridiquement distincte de toute entreprise ou groupement d'entreprises ayant signé une convention ou un accord mettant en place l'institution.

166. L'absence d'un contre-modèle. - En définitive, les dispositifs d'épargne retraite existant en France, pour imparfaits qu'ils soient, ont le mérite de préparer les mentalités à l'adoption d'une législation autorisant l'instauration de fonds de pension en droit français⁵¹⁷. La frilosité ambiante à l'égard de ces derniers constitue une réalité, d'autant qu'ils demeurent fragilisés par la crise économique

⁵¹⁴ DREES, Les retraités et les Retraites, 2014, p. 139.

⁵¹⁵ Art. 8, Ord. n° 2006-344, 23 mars 2006 : JORF n° 0071, 24 mars 2006, p. 4456.

⁵¹⁶ Art. L. 3334-2, C. trav.

⁵¹⁷ En ce sens, v. N. CUZAQ, L'épargne salariale à long terme est-elle un support adapté au financement de la retraite ?, JCP E 2002, 1163.

frappant les pays de l'Union depuis 2008⁵¹⁸. La difficulté réside dans le fait que la France n'a aucun contre-modèle à proposer, si ce n'est une répartition mal assurée alliée à une capitalisation mal assumée.

Les entreprises françaises tentent toutefois de s'adapter en développant des fonds de pension dans les Etats voisins de la France. Cette tendance concerne tant des organismes assureurs que de grandes entreprises souhaitant faire bénéficier leurs salariés d'un tel dispositif⁵¹⁹.

B. L'opposition aux institutions de retraite professionnelle

167. République tchèque. - Il n'existait pas, jusqu'en 2013, d'institutions de retraite professionnelle en République tchèque⁵²⁰. L'épargne retraite obligatoire y était interdite⁵²¹. Cette situation n'a pas manqué de poser problème au regard de l'application du droit de l'Union dans ce pays, en particulier de la directive n° 2003/41/CE du 3 juin 2003. En effet, ce texte n'ayant pas été transposé dans les délais, la Commission a poursuivi cet Etat dans le cadre d'une procédure en manquement. La République tchèque s'est justifiée en expliquant que, dans la mesure où aucune institution de retraite professionnelle relevant du champ d'application de la directive n'était établie sur son territoire, elle s'était bornée, par une loi n° 340/2006, à permettre l'exercice, par des institutions de retraite professionnelle établies dans d'autres Etats membres, d'activités transfrontalières à destination du territoire tchèque afin de permettre aux entreprises établies sur ce dernier de contribuer aux régimes de retraite proposés par ces institutions. Elle a ajouté qu'en vertu de l'article 137 du traité⁵²², chacun conservait la liberté d'organiser son système national de sécurité sociale, excluant que soit imposé

⁵¹⁸ Les fonds de pension européens rattrapés par la récession qui frappe le continent, Les Echos, 2 mai 2012, p. 29.

⁵¹⁹ Par exemple, l'Union mutualise retraite a lancé un fonds de pension en Belgique dans le courant de l'année 2012 (L'Argus de l'assurance 2012, n° 7268, p. 18).

⁵²⁰ L. LEPPIK, Co-ordination of pensions in the European Union: the case of mandatory defined-contribution schemes in the Central and Eastern European Countries, EJSS 2006, 47.

⁵²¹ F. CHARPENTIER, Les retraites en France et dans le monde, Nouvelles problématiques, Economica 2009, p. 226 et s.

l'établissement sur son territoire d'institutions de retraite professionnelle. La Cour de justice a toutefois condamné la République tchèque dans un arrêt du 14 janvier 2010⁵²³, sur la base d'une jurisprudence constante selon laquelle l'inexistence dans un Etat membre d'une certaine activité visée par une directive ne le libère pas de l'obligation de transposition⁵²⁴. Néanmoins, la Cour rappelle que la directive du 3 juin 2003 constitue « *uniquement un premier pas vers l'institution d'un marché intérieur des régimes de retraite professionnelle, par la mise en place, à l'échelle européenne, de règles prudentielles minimales. Elle n'a pas, en revanche, pour objet d'harmoniser, fût-ce même partiellement, les systèmes nationaux de pensions de retraite en obligeant les Etats membres à modifier ou à supprimer les règles de leur droit national qui déterminent l'organisation même de ces systèmes* » (considérant 59)⁵²⁵.

168. La situation de la République tchèque est liée à la place accordée au régime de retraite de base sur lequel les pouvoirs publics ont concentré leurs efforts⁵²⁶. Un système complémentaire à cotisations définies a toutefois été mis en place à compter du mois de janvier 2013. 3 % des cotisations peuvent être affectées à un tel fonds, le salarié cotisant à hauteur de 2 % de plus en contrepartie d'une baisse de la pension de base versée à compter de l'entrée en vigueur du dispositif. Une partie des fonds en principe affectés à la retraite publique est ainsi dirigée vers une retraite privée. Lorsqu'une personne a opté pour ce schéma, aucune rétractation n'est possible. Les cotisations sont placées sur des comptes individuels. Des caisses de retraite privées assurent la gestion du régime, en répartissant les sommes sur des fonds de pension. En effet, afin de « sécuriser » ce dispositif, ces organismes privés sont tenus de proposer quatre fonds présentant des profils de risques différents⁵²⁷.

⁵²² Désormais article 153 du TFUE.

⁵²³ CJUE, 14 janv. 2010, Commission c/ République tchèque, aff. C-343/08 : Rec., p. 275 ; Europe 2010, 118, comm. L. DRIGUEZ.

⁵²⁴ CJCE, 16 nov. 2000, Commission c/ Grèce, aff. C-214/98 : Rec., p. 9601 ; Europe 2001, comm. 4.

⁵²⁵ La République tchèque ne s'étant pas conformée à cette décision, la Cour l'a condamnée le 25 juin 2013 à une amende de 250.000 euros (CJUE, 25 juin 2013, Commission c/ République tchèque, aff. C-241/11, non encore publiée au recueil).

⁵²⁶ OCDE, Panorama des pensions 2013. Les indicateurs de l'OCDE et du G20, Editions OCDE 2013, p. 10.

⁵²⁷ OCDE, Panorama des pensions 2013. Les indicateurs de l'OCDE et du G20, Editions OCDE 2013, p. 13, 44 et 404 ; Social international 2003, n° 730, p. 16.

169. Conclusion du titre. - L'action du droit de l'Union européenne s'agissant des organismes de retraite complémentaire demeure modeste. Le contraste avec la réglementation adoptée s'agissant des organismes assureurs est frappant. L'explication d'une telle différence de traitement tient essentiellement au fait que les conceptions des Etats présentent des traits communs évidents s'agissant des organismes assureurs alors qu'elles divergent parfois profondément en matière de retraite. En effet, les Etats membres ont tous doté les sociétés d'assurance d'un statut juridique. De même, les organismes issus de l'économie solidaire et sociale existent et sont actifs dans l'immense majorité d'entre eux. A l'inverse, la conception des structures pouvant accueillir et gérer les régimes de retraite complémentaire peut être très différente, voire opposée, d'un Etat à l'autre. Cette situation renforce l'impression d'atomisation du droit de la protection sociale complémentaire, mais surtout d'inachèvement de la convergence des dispositions applicables aux opérateurs spécialisés présents dans ce secteur.

TITRE 2 - LE RENFORCEMENT DE LA CONVERGENCE OPÉRATIONNELLE

170. La libéralisation des échanges et la construction du marché intérieur ont pour objectif premier la suppression des entraves aux opérations transfrontalières, l'objectif final étant l'amélioration de l'offre sous l'effet d'une concurrence renforcée⁵²⁸. C'est ainsi que le droit des affaires interne a été profondément transformé par les normes européennes⁵²⁹, outil efficace pour parvenir à mettre en place un tel marché⁵³⁰.

Dans ce cadre, les pouvoirs publics européens ont entrepris d'harmoniser en partie les règles applicables à l'activité des organismes de protection sociale complémentaire, qu'il s'agisse de l'exercice des libertés garanties par l'Union (**Chapitre 1**) ou du jeu de la concurrence (**Chapitre 2**)⁵³¹.

⁵²⁸ B. LABILLOY, La régulation du marché européen de l'assurance, *Economica* 2003, p. 5.

⁵²⁹ L. VOGEL, Y a-t-il encore un droit français des affaires, *Droit européen des affaires : du mythe à la réalité*, in Mélanges P. CATALA, Litec 2001, p. 919 et s. ; M. AYRAL, Le marché intérieur de l'Union européenne, *La Documentation française* 1999 ; C. LUCAS de LEYSSAC, G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF 2002 ; J. MOLINIER, *Droit du marché intérieur européen*, LGDJ 2008, 2^e éd.

⁵³⁰ « *Le marché européen suppose la disparition progressive de toutes les entraves susceptibles de freiner les échanges commerciaux entre les Etats membres. En ce sens, est affirmée la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. Cette liberté de circulation est donc la clé de voûte du marché commun, aujourd'hui marché intérieur* » (C. NOURISSAT, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Dalloz 2010, 3^e éd., n° 108, p. 87).

⁵³¹ J. STUYCK, Libre circulation et concurrence : les deux piliers du marché commun, in Mélanges en hommage à M. WAELBROECK, Bruylant 1999, vol. II, p. 1477 et s.

Chapitre 1 - La liberté des organismes

171. L'exercice par les opérateurs des libertés garanties par l'Union (**Section 2**) est strictement contrôlé par les Etats membres, sous l'égide des autorités européennes (**Section 1**).

Section 1 - Le contrôle de la liberté

172. Le contrôle est l'une des pierres angulaires de l'intervention européenne à l'égard des organismes spécialisés en matière de protection sociale complémentaire. Les règles relatives à leur surveillance tiennent au contrôle administratif (§ 1) et au contrôle financier (§ 2) exercé sur eux.

§ 1. Le contrôle administratif

173. Le contrôle des conditions d'accès au marché intérieur est indispensable⁵³² en ce qu'il permet des vérifications *ab initio* (**A**). Mais il convient également de s'assurer que les conditions originaires posées à l'accès demeurent remplies et que les règles encadrant leur action sont respectées (**B**).

A. Le contrôle de l'accès au marché intérieur

174. Un agrément basé sur le « modèle continental ». - Avant l'intervention des pouvoirs publics européens, le contrôle des entreprises d'assurance (au sens large, c'est-à-dire incluant les sociétés d'assurance, les mutuelles, les coopératives, etc.) était assuré différemment selon les Etats. Le modèle continental était basé sur un contrôle administratif; le modèle britannique ignorait cette logique⁵³³. La

⁵³² « La liberté pour une entreprise d'assurance d'opérer, tant sur son territoire national qu'à l'étranger, n'a jamais été, et ne sera jamais absolue et incontrôlée » (J.-M. BINON, Les directives européennes en matière d'assurance sociale complémentaire (assurances, banques, institutions de retraite). Analyse comparative de leur champ d'application et de leur régime de libéralisation, Bruylant 1994, p. 39).

⁵³³ J. BIGOT (dir.), Traité de droit des assurances, tome 1 : entreprises et organismes d'assurance, LGDJ 2011, 3^e éd., n° 1126, p. 491.

première a été retenue par les pouvoirs publics européens dans les directives du 24 juillet 1973⁵³⁴ et du 5 mars 1979⁵³⁵.

175. Le « guichet unique » ou « licence unique ». - Depuis les directives des 18 juin⁵³⁶ et 10 novembre 1992⁵³⁷ et en application du principe du « guichet unique », « licence unique » ou encore « home country control » institué par celles-ci, les entreprises d'assurance disposant d'un agrément accordé par l'autorité de contrôle de l'un quelconque des Etats membres de l'Union peuvent exercer leur activité au sein des autres Etats, que ce soit dans le cadre de la libre prestation de services ou du libre établissement⁵³⁸. Ce système conduit à une mise en réseau des autorités nationales de régulation qui conservent néanmoins leur indépendance⁵³⁹. Les règles applicables sont aujourd'hui rassemblées dans la directive n° 2009/138 du 25 novembre 2009⁵⁴⁰.

⁵³⁴ Les premier, deuxième et sixième « considérants » de la directive du 23 juillet 1973 sont particulièrement explicites quant à cet objectif : « *considérant que, en vertu du programme général visé ci-dessus, la levée des restrictions à la création d'agences et de succursales est, en ce qui concerne les entreprises d'assurances directes, subordonnée à la coordination des conditions d'accès et d'exercice ; que cette coordination doit être réalisée en premier lieu pour les assurances directes autres que les assurances sur la vie ; considérant que, pour faciliter l'accès à ces activités d'assurances et leur exercice, il importe d'éliminer certaines divergences existant entre les législations nationales en matière de contrôle ; que, pour réaliser ce but, tout en assurant une protection adéquate des assurés et des tiers dans tous les Etats membres, il convient de coordonner notamment les dispositions relatives aux garanties financières exigées des entreprises d'assurances* » [...] « *considérant qu'il est nécessaire d'étendre, dans chaque Etat membre, le contrôle à toutes les branches d'assurances visées par la présente directive ; que ce contrôle n'est possible que si ces activités sont soumises à un agrément administratif ; qu'il faut donc préciser les conditions d'octroi ou de retrait de cet agrément ; qu'il est indispensable de prévoir un recours juridictionnel contre les décisions de refus ou de retrait* ». L'article 6 prévoyait que « *chaque Etat membre fait dépendre d'un agrément administratif l'accès à l'activité de l'assurance directe sur son territoire. Cet agrément doit être sollicité auprès des autorités de l'Etat membre d'origine* [...] ». L'article 7 précisait que cet agrément, donné par branche, était valable pour l'ensemble de la Communauté (Dir. n° 73/239/CE, 23 juill. 1973 : JOCE n° L 228, 16 août 1973, p. 8).

⁵³⁵ Dir. n° 79/267/CEE, 5 mars 1979 : JOCE, n° L 063, 13 mars 1979, p. 1.

⁵³⁶ Dir. n° 92/49/CEE, 18 juin 1992 : JOCE n° L 228, 11 août 1992, p. 1.

⁵³⁷ Dir. n° 92/96/CEE, 10 nov. 1992 : JOCE n° L 360, 9 déc. 1992, p. 1.

⁵³⁸ L'agrément ainsi octroyé « *est valable dans l'ensemble de la communauté. Il permet aux entreprises d'assurance et de réassurance d'y exercer des activités, l'agrément couvrant aussi le droit d'établissement et de la libre prestation de services* » (art. 15.1, Dir. n° 2009/18/CE, sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) : JOCE n° L 335, 17 déc. 2009, p. 1).

⁵³⁹ H. RUMEAU-MAILLOT, Le cadre juridique et réglementaire des services financiers dans l'Union européenne : l'étendue réelle de l'intégration financière européenne, *in* The « Visible Hand », European and Global Perspectives on Financial Market Regulation and Economic Governance / La « main visible », perspectives européennes et globales sur la régulation des marchés financiers et la gouvernance économique, dir. F. SNYDER, A. SONNTAG, W. SHEN, Bruylant 2012, p. 145.

⁵⁴⁰ Dir. n° 2009/18/CE, sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) : JOCE n° L 335, 17 déc. 2009, p. 1.

176. Les normes relatives à l'agrément n'étant pas identiques selon les pays, certains groupes d'assurance peuvent être tentés de le solliciter dans un Etat membre peu exigeant avant de s'implanter dans les autres en ayant recours à des succursales et non à des filiales⁵⁴¹. Afin d'éviter les contournements liés à l'implantation du siège statutaire dans un Etat et d'un siège opérationnel dans un autre, notamment en sollicitant sciemment l'agrément dans le premier et non dans le second ce qui peut traduire l'existence d'une fraude, les pouvoirs publics européens ont imposé aux Etats d'exiger des entreprises que leur siège social soit situé dans le même Etat que leur siège statutaire⁵⁴². Ce système de guichet unique ne vaut pas pour les entreprises d'assurance non issues de l'Union souhaitant implanter une succursale sur le territoire de celle-ci. Ces dernières doivent obtenir un agrément auprès de l'autorité de contrôle compétente de chaque Etat membre concerné⁵⁴³. Des règles spéciales sont également prévues pour les filiales d'entreprises d'assurance régies par le droit d'un pays tiers et en cas de prise de participation opérée par une telle entreprise⁵⁴⁴. Un contrôle efficace implique donc nécessairement une coopération renforcée entre les autorités de contrôle des différents Etats membres de l'Union, articulée avec le « home country control » au point d'affaiblir la portée de celui-ci⁵⁴⁵.

⁵⁴¹ J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances*, tome 1 : entreprises et organismes d'assurance, LGDJ 2011, 3^e éd., n° 1186, p. 514.

⁵⁴² Art. 20, Dir. n° 2009/138/CE : JOUE n° L 335, 17 déc. 2009, p. 1

⁵⁴³ Art. 162 et s., Dir. n° 2009/138/CE : JOUE n° L 335, 17 déc. 2009, p. 1. Ces règles ont été transposées en droit français aux articles L. 321-9, R. 321-11 et A. 321-8 du code des assurances : un double agrément est requis. Outre l'agrément administratif, un agrément spécial portant acceptation d'un mandataire général de succursale d'entreprise est exigé. Concernant les autres Etats membres, il a été observé que « *les conditions de l'agrément ont [...] été coordonnées de manière à peu près satisfaisante. Elles ne sont cependant pas uniformisées. L'harmonisation n'est pas l'uniformisation* » (J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances*, tome 1 : entreprises et organismes d'assurance, LGDJ 2011, 3^e éd., n° 1211, p. 526).

⁵⁴⁴ Art. 176 et 177, dir. n° 2009/138/CE : JOUE n° L 335, 17 déc. 2009, p. 1. Il est notamment prévu que les autorités de contrôle des Etats membres informent la Commission et les autorités de contrôle des autres Etats membres de tout agrément d'une filiale directe ou indirecte d'une ou de plusieurs entreprises mères qui sont régies par le droit d'un pays tiers. De même, les Etats membres informent la Commission des difficultés d'ordre général que rencontrent leurs entreprises d'assurance ou de réassurance pour s'établir et opérer dans un pays tiers ou y exercer leur activité. Enfin, la Commission présente au Conseil un rapport examinant le traitement réservé dans les pays tiers aux entreprises d'assurance ou de réassurance agréées dans la Communauté et peut formuler des propositions ou recommandations. L'objectif de ce dispositif est de tendre vers la « réciprocité communautaire », que ce soit au titre d'une lutte contre les comportements discriminatoires d'Etats tiers envers les entreprises de l'Union par rapport au traitement de leurs propres nationaux ou, plus largement, d'une volonté de l'Union d'influencer les autres systèmes politiques dans le cadre d'une diffusion des libertés en vigueur au sein de l'Union.

⁵⁴⁵ Sur ces questions, v. J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances*, tome 1 : entreprises et organismes d'assurance, LGDJ 2011, 3^e éd., n° 1264 et s., p. 552 et s.

177. Les règles relatives au contrôle du droit d'établissement et de la libre prestation de services sont énoncées aux articles 145 à 161 de la directive n° 2009/138/CE. Les informations à fournir par l'entreprise d'assurance aux autorités de contrôle sont moins contraignantes lorsqu'elle souhaite exercer dans le cadre de la libre prestation de services que dans celui du libre établissement. En effet, en vertu de l'article 145, l'entreprise qui désire établir une succursale sur le territoire d'un autre Etat membre communique aux autorités de contrôle de son Etat d'origine les informations suivantes : le nom de l'Etat sur le territoire duquel elle envisage d'établir la succursale ; son programme d'activités, dans lequel sont indiqués au moins le type d'opérations envisagées et la structure de la succursale ; le nom d'une personne dotée des pouvoirs suffisants pour engager à l'égard des tiers l'entreprise d'assurance et pour la représenter dans les relations avec les autorités et les juridictions de l'Etat d'accueil ; l'adresse à laquelle les documents peuvent lui être réclamés et délivrés dans l'Etat d'accueil. En application de l'article 146, les autorités de contrôle de l'Etat d'origine communiquent ces informations dans les trois mois de leur réception aux autorités de contrôle de l'Etat d'accueil et en avisent l'entreprise d'assurance concernée, à moins qu'elles n'aient des raisons de douter, compte tenu de l'activité envisagée, de l'adéquation du système de gouvernance, de la situation financière de l'entreprise d'assurance, de l'honorabilité ou de la compétence du mandataire général. Les autorités de contrôle de l'Etat d'origine attestent également que l'entreprise d'assurance dispose du capital de solvabilité requis et du minimum de capital exigé calculés conformément aux exigences de la directive. Par ailleurs, avant que la succursale de l'entreprise d'assurance ne commence à exercer ses activités, les autorités de contrôle de l'Etat d'accueil disposent, le cas échéant, de deux mois à compter de la réception des informations pour indiquer aux autorités de contrôle de l'Etat d'origine les conditions dans lesquelles, pour des raisons d'intérêt général, ces activités doivent être exercées dans l'Etat d'accueil. Les autorités de contrôle de l'Etat d'origine communiquent ces informations à l'entreprise d'assurance concernée. Celle-ci peut établir sa succursale et commencer ses activités à partir de la date à laquelle l'autorité de contrôle de l'Etat d'origine a reçu cette communication ou, en l'absence de toute communication, à l'issue du délai de deux mois.

A l'inverse, aux termes des articles 147 et 148 de la directive, l'entreprise qui désire exercer pour la première fois, dans un ou plusieurs Etats membres, ses activités dans le cadre de la libre prestation de services est simplement tenue d'en informer au préalable les autorités de contrôle de l'Etat d'origine en indiquant la nature des risques et des engagements qu'elle se propose de couvrir. Il appartient alors à cette autorité de fournir les informations suivantes à l'Etat ou aux Etats sur le territoire duquel ou desquels l'entreprise d'assurance désire exercer : une attestation indiquant que cette dernière dispose du capital de solvabilité requis et du minimum de capital exigé ; les branches d'assurance pour lesquelles elle a été agréée ; la nature des risques et des engagements que l'entreprise d'assurance se propose de couvrir dans l'Etat d'accueil.

178. Le contrôle renforcé des institutions de retraite professionnelle. - S'agissant des institutions de retraite professionnelle, les règles sont strictes. En application de l'article 20 de la directive n° 2003/41/CE, les principes de base sont les suivants : *« les Etats membres autorisent les entreprises établies sur leur territoire à recourir aux services d'institutions de retraite professionnelle agréées dans d'autres Etats membres. Ils permettent de même aux institutions de retraite professionnelle agréées sur leur territoire de fournir leurs services à des entreprises établies sur le territoire d'autres Etats membres »*. La directive pose de nombreuses exigences pour un tel exercice transfrontalier. Un agrément préalable de l'autorité compétente de l'Etat d'origine est nécessaire. Cette dernière transmet ensuite le dossier d'informations aux autorités de l'Etat d'accueil à moins qu'elle n'ait *« des raisons de penser que les structures administratives ou la situation financière de l'institution, ou encore l'honorabilité et la compétence ou l'expérience professionnelles des dirigeants ne sont pas compatibles avec les opérations proposées dans l'Etat membre d'accueil »*. Par ailleurs, avant qu'une institution ne commence à gérer un régime de retraite pour une entreprise d'affiliation dans un autre Etat membre, les autorités compétentes de l'Etat d'accueil disposent de deux mois à compter de la réception des informations remises par les autorités de l'Etat d'origine pour indiquer les dispositions de son droit social relatives aux retraites professionnelles qui régiront la gestion du régime de retraite pour

le compte d'une entreprise de l'Etat d'accueil. Les autorités compétentes de l'Etat d'origine communiquent cette information à l'institution. Celle-ci est soumise à une surveillance constante de la part de l'autorité compétente de l'Etat d'accueil qui veille à ce qu'elle exerce ses activités conformément aux dispositions du droit social de cet Etat membre relatives aux régimes de retraite professionnelle. Si cette surveillance révèle des irrégularités, l'autorité compétente de l'Etat membre d'accueil en informe immédiatement celle de l'Etat d'origine. Celle-ci, en coordination avec l'autorité compétente de l'Etat d'accueil, prend les mesures nécessaires pour veiller à ce que l'institution concernée mette un terme à la violation du droit social qui a été constatée. Enfin, si, malgré les mesures prises par l'autorité compétente de l'Etat membre d'origine ou parce qu'aucune mesure appropriée n'a été prise dans cet Etat, l'institution continue d'enfreindre les dispositions du droit social de l'Etat d'accueil relatives aux régimes de retraite professionnelle, les autorités de cet Etat peuvent, après en avoir informé celles de l'Etat d'origine, prendre des mesures appropriées afin de prévenir ou sanctionner de nouvelles irrégularités, y compris, dans la mesure strictement nécessaire, empêcher l'institution de fournir ses services à l'entreprise d'affiliation dans l'Etat d'accueil. La directive permet ainsi aux Etats d'éviter « *toute distorsion de concurrence sur leur territoire et une atteinte au principe de la souveraineté nationale en matière de protection sociale* »⁵⁴⁶.

179. Une proposition de directive de la Commission en date du 27 mars 2014, visant à modifier la directive n° 2003/41/CE, réforme profondément ce système jugé trop contraignant⁵⁴⁷. Le considérant n° 36 prévoit que « *sans préjudice des dispositions de leur droit social et de leur droit du travail relatives à l'organisation de leurs régimes de retraite, y compris l'affiliation obligatoire et les dispositions résultant des négociations des conventions collectives, les institutions, une fois agréées par l'autorité compétente de leur Etat membre d'origine, devraient avoir la possibilité de fournir leurs services dans d'autres*

⁵⁴⁶ M. DEL SOL, S. HENNION-MOREAU, O. KAUFMANN, Ph. PIERRE, Protection sociale d'entreprise, JCP E 2004, 1687.

⁵⁴⁷ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (refonte), 27 mars 2014 (COM(2014) 167 final).

Etats membres. Elles devraient pouvoir se mettre au service d'entreprises établies sur le territoire de n'importe quel état membre et gérer des régimes de retraite avec des affiliés établis dans plus d'un Etat membre ». Sont visés non seulement la fourniture, par une institution, de services à une entreprise d'affiliation, mais également l'exercice d'une activité transfrontalière. Un agrément préalable de l'autorité compétente de l'Etat d'origine reste nécessaire. Lorsque cette autorité refuse de transmettre les informations qui lui ont été délivrées par l'institution, elle lui communique dans un délai de trois mois les raisons de ce refus. Cette décision peut faire l'objet d'un recours juridictionnel dans l'Etat d'origine. Par ailleurs, avant que l'institution ne commence à exercer une activité transfrontalière, les autorités compétentes disposent d'un délai d'un mois pour indiquer aux autorités de l'Etat d'origine les dispositions de son droit social qui régiront la gestion du régime de retraite pour le compte d'une entreprise de l'Etat d'accueil. Les modifications apportées à la directive de 2003 visent à fluidifier la procédure administrative, non à la réduire trop fortement : la règle demeure l'autorisation et non la déclaration.

180. Exclusion d'un contrôle à la lumière des besoins économiques du marché. - La directive n° 2009/138/CE décide que « *les Etats membres ne peuvent pas exiger qu'une demande d'agrément soit examinée à la lumière des besoins économiques du marché* ». Il ne s'agit là que d'un rappel de principes plus généraux mis en lumière de longue date dans le droit de l'Union européenne⁵⁴⁸.

181. La spécialisation de l'activité. - La volonté de spécialiser l'activité des organismes assureurs est ancienne⁵⁴⁹. Les pouvoirs publics européens ont progressivement amené les organismes entrant dans le champ d'application des

⁵⁴⁸ CJCE, 26 avr. 1988, Bond van Adverteerders, aff. C-352/85 : Rec. p. 2085 : « *des objectifs de nature économique tels que celui d'assurer à une fondation publique nationale l'intégralité des recettes provenant de messages publicitaires destinés spécialement au public de l'Etat en cause ne peuvent constituer des raisons d'ordre public au sens de l'article 56 du traité* » (point 34) ; CJCE, 25 juill. 1991, Stichting Collectieve Antennevoorziening Goudan, aff. C-288/89 : Rec. p. 4007 (point 11).

⁵⁴⁹ « *L'idée de la spécialisation s'impose tout naturellement lorsqu'il y a personification d'un patrimoine : cette personification n'a pour fonction que de faire respecter une affectation ; elle doit donc interdire toute utilisation du patrimoine à des fins qui lui seraient étrangères* » (M. VIRALLY, La pensée juridique, LGDJ 1960, p. 136).

directives relatives à la mise en place d'un marché commun à se spécialiser à travers l'interdiction qui leur est faite d'exercer des activités commerciales autres que l'activité d'assurance et l'interdiction de cumuler les activités d'assurance sur la vie et d'assurance non-vie.

182. Exercice d'autres activités commerciales. - En application des directives n° 73/239/CEE du 24 juillet 1973⁵⁵⁰ et n° 79/267/CEE du 5 mars 1979⁵⁵¹, les entreprises doivent limiter leur objet social à l'activité d'assurance et aux opérations qui en découlent directement, à l'exclusion de toute autre activité commerciale. L'objectif est double : 1) s'assurer que les fonds affectés à l'activité d'assurance soient utilisés dans l'intérêt des bénéficiaires et éviter ainsi que ces sommes soient affectées à la résorption de déficits constatés au titre des autres activités commerciales ; 2) spécialiser ces entreprises afin d'en assurer un contrôle financier efficace et éviter qu'elles exercent des activités qui ne sont soumises à aucune surveillance spécifique. Ce principe a été maintenu par les directives suivantes. Il est repris par la directive du 25 novembre 2009⁵⁵².

La mise en œuvre de ce principe a parfois posé des difficultés. Ainsi, en France, le code des assurances prévoit certaines exceptions liées à la réassurance⁵⁵³, à l'intermédiation d'assurance⁵⁵⁴, au démarchage bancaire et financier⁵⁵⁵, aux opérations tontinières, de capitalisation, de gestion de fonds collectifs⁵⁵⁶, de prêts ou dépôts⁵⁵⁷. Ces exceptions sont logiques dès lors que l'entreprise demeure dans le secteur de l'assurance ou, à tout le moins, dans le champ d'une activité réglementée. En revanche, le principe de spécialité est nettement battu en brèche par l'article L. 322-2-2 du code des assurances, selon lequel « *les opérations autres que celles qui sont mentionnées aux articles L. 310-1 et L. 310-1-1 du*

⁵⁵⁰ Dir. n° 73/239/CEE, 23 juill. 1973 : JOCE n° L 228, 16 août 1973, p 3.

⁵⁵¹ Dir. n° 79/267/CEE, 5 mars 1979 : JOCE, n° L 063, 13 mars 1979, p. 1.

⁵⁵² Art. 18-1 a), Dir. n° 2009/138 CE, 25 nov. 2009 : JOUE n° L 335, 17 déc. 2009, p. 1.

⁵⁵³ Art. L. 310-1-1 III, C. ass.

⁵⁵⁴ Art. R. 322-2, C. ass.

⁵⁵⁵ Art. L. 322-2-2, C. ass., qui renvoie vers l'article L. 341-1 du code monétaire et financier définit cette activité ; Art. L. 341-3, C. mon. et fin.

⁵⁵⁶ Art. R. 321-1, C. ass.

présent code et à l'article L. 341-1 du code monétaire et financier, en particulier la mise en œuvre d'une action sociale, ne peuvent être effectuées par les entreprises mentionnées aux articles L. 310-1 et L. 310-1-1 du présent code que si elles demeurent d'importance limitée par rapport à l'ensemble des activités de l'entreprise. Lorsqu'elle se traduit par des réalisations sociales collectives, l'action sociale [...] doit être confiée à une ou plusieurs personnes morales distinctes de l'assureur ». Le champ ouvert au régime dérogatoire est, sur le plan des principes, illimité quant à la nature des activités. La contradiction avec les dispositions de droit de l'Union est nette. La notion d'« importance limitée » devait être définie par un décret annoncé par la dernière phrase de l'article L. 322-2-2. Ce décret n'est jamais paru. La loi n° 2011-525 du 17 mai 2011⁵⁵⁸ a supprimé cette référence à un règlement. La portée de ce texte demeure incertaine⁵⁵⁹, d'autant qu'il apparaît contradictoire avec l'article R. 322-2 du même code qui décide - sans être directement le décret d'application de l'article L. 322-2-2 - que « *les entreprises soumises au contrôle de l'Etat [...] ne peuvent avoir d'autre objet que celui de pratiquer les opérations [d'assurance], ainsi que celles qui en découlent directement, à l'exclusion de toute autre activité commerciale [...]* ». Ce texte est conforme aux exigences du droit européen. L'incohérence du dispositif d'ensemble⁵⁶⁰ peut être critiquée. En pratique, toutefois, il n'est pas sérieusement contestable que la règle d'exclusivité trouve à s'appliquer en France⁵⁶¹.

⁵⁵⁷ Art. R. 332-2, C. ass.

⁵⁵⁸ L. n° 2011-525, 17 mai 2011: JORF n° 115, 18 mai 2011, p. 8537.

⁵⁵⁹ « *Il est très délicat, au plan technique, de quantifier de manière générale les activités accessoires autorisées ; l'appréciation au cas par cas par l'autorité de contrôle, à la lumière du principe général posé par la loi, est le plus souvent la méthode la plus pertinente* » (Rép. Min. : JORF, 16 sept. 1993, p. 2944). Certains auteurs ont regretté que le droit des assurances ne se soit pas inspiré du droit bancaire et, en particulier, de l'article 3 du règlement CRBF (comité de la réglementation bancaire et financière) n° 86-21 du 24 novembre 1986, qui prévoit que le montant annuel de l'ensemble des activités générées par les activités extra-bancaires exercées par les établissements de crédit « *ne doit pas dépasser 10 % du produit net bancaire* » (P.-G. MARLY et V. RUOL, Droit des entreprises d'assurance, RB Edition 2011, n° 130, p. 75 et s.).

⁵⁶⁰ J. BIGOT (dir.), Traité de droit des assurances, tome 1 : entreprises et organismes d'assurance, LGDJ 2011, 3^e éd., n° 125, p. 69.

⁵⁶¹ La sanction de la violation de l'exclusivité amène aussi à s'interroger, dès lors qu'il n'existe aucun texte édictant la nullité des actes passés au mépris de ce principe (B. SAVELLI, L'exercice illicite d'une activité professionnelle, PUAM 1995 ; J. BIGOT (dir.), Traité de droit des assurances, tome 1 : entreprises et organismes d'assurance, LGDJ 2011, 3^e éd., n° 127, p. 70).

La question s'est également posée de savoir si les entreprises d'assurance pouvaient, au regard des directives, détenir des participations dans des entreprises commerciales hors assurance. La Cour de justice y a répondu positivement, estimant que le principe de spécialité « *n'interdit nullement aux entreprises d'assurance de détenir, au titre de leur patrimoine libre, des actions dans une société exerçant une activité étrangère à l'assurance* »⁵⁶².

La même logique irrigue la directive n° 2003/41/CE relative aux institutions de retraite professionnelle. Celles-ci sont contraintes de limiter leurs activités aux opérations relatives aux prestations de retraite et aux activités qui en découlent. Par ailleurs, lorsqu'une entreprise d'assurance gère ses activités de fourniture de retraites professionnelles en mettant en place un cantonnement de ses actifs et de ses engagements, les actifs et engagements qui ont fait l'objet de ce cantonnement sont limités aux opérations relatives aux prestations de retraite et aux activités qui en découlent directement⁵⁶³.

183. Cumul des activités d'assurance vie et non-vie. - La directive du 5 mars 1979 a généralisé le principe de séparation des activités d'assurance sur la vie et d'assurance dommages déjà en vigueur auparavant en France, en Allemagne, aux Pays-Bas et en Irlande⁵⁶⁴. Les textes européens n'autorisent donc pas les entreprises à exercer simultanément les activités d'assurance vie et non-vie⁵⁶⁵. Le fondement de ce principe est connu : « *les deux branches ont des systèmes de gestion différents : seules les assurances dommages sont gérées en répartition, les primes de l'année servant à régler les dommages survenus dans l'année. En revanche, l'assurance vie est non seulement une technique de sécurité mais aussi une technique d'épargne dont les primes sont gérées en capitalisation : il est donc*

⁵⁶² CJCE, 20 avr. 1999, Skandia, aff. C-241/97 : Rec., p. 1879 ; B. LABILLOY, La régulation du marché européen de l'assurance, *Economica* 2003, p. 88.

⁵⁶³ Art. 7, Dir. n° 2003/41/CE, 3 juin 2003 : JOCE n° L 235, 23 sept. 2003, p. 10. Pour une analyse critique de la mise en balance entre normes du travail et normes commerciales, v. A. SUPIOT, Justice sociale et libéralisation du commerce international, *Droit social* 2009, p. 131.

⁵⁶⁴ G. LEVIE, *Droit européen des assurances*, Bruylant 1992, p. 122.

⁵⁶⁵ Art. 73-1, Dir. n° 2009/138/CE, 25 nov. 2009 : JOUE n° L 335, 17 déc. 2009, p. 1.

important de sauvegarder strictement l'épargne des assurés-vie en évitant toute tentation de règlement de sinistre dommages sur les encaissements-vie : la spécialisation des sociétés d'assurance dans chacune des branches garantit parfaitement cette protection des assurés-vie, par la séparation juridique des patrimoines de chacune des entreprises »⁵⁶⁶. La volonté des pouvoirs publics européens de séparer nettement les activités d'assurance vie et non-vie s'est imposée aux Etats qui ne connaissaient pas cette distinction. Un régime transitoire a toutefois été aménagé afin de permettre aux entreprises qui exerçaient simultanément les activités d'assurance vie et non-vie lors de l'adhésion de leur Etat d'origine à l'Union européenne de continuer à les exercer simultanément, à condition d'adopter une gestion distincte⁵⁶⁷. Des exceptions sont prévues, par exemple celle permettant aux entreprises qui ont reçu l'agrément pour exercer dans le domaine de l'assurance sur la vie d'en obtenir un pour exercer dans le domaine de l'assurance non-vie limitée aux branches maladie et accident corporel⁵⁶⁸. Le principe de spécialité est, en revanche, écarté pour l'activité de réassurance⁵⁶⁹, celle-ci ne relevant ni de l'assurance vie, ni de l'assurance non-vie.

184. La gouvernance d'entreprise. - Des garanties sont également demandées aux opérateurs en termes de gouvernance d'entreprise en vertu des articles 41 et suivants de la directive n° 2009/138⁵⁷⁰. La structure « organisationnelle » doit être transparente, avec une répartition claire et une séparation appropriée des responsabilités ainsi qu'un dispositif efficace de transmission des informations. Les entreprises doivent également établir des documents relatifs à leur politique en matière de gestion des risques, de contrôle interne, d'audit interne et, le cas échéant, de sous-traitance. Ils sont réexaminés au moins une fois par an, soumis à l'approbation préalable de l'organe

⁵⁶⁶ Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz 2011, 13^e éd., n° 74, p. 93.

⁵⁶⁷ Art. 73-5, Dir. n° 2009/138/CE, 25 nov. 2009 : JOUE n° L 335, 17 déc. 2009, p. 1. Tel n'était pas le cas pour la France, qui n'était pas concernée par ce régime transitoire, dès lors qu'un tel exercice simultané n'y était pas autorisé, à l'exception de l'assurance maladie et des accidents corporels (art. L. 321-1 et R. 321-15 C. ass.).

⁵⁶⁸ Art. 73, Dir. n° 2009/138/CE, 25 nov. 2009 : JOUE n° L 335, 17 déc. 2009, p. 1.

⁵⁶⁹ Art. 15-5, al. 1, Dir n° 2009/138/CE, 25 nov. 2009 : JOUE n° L 335, 17 déc. 2009, p. 1.

⁵⁷⁰ Art. 41.1, Dir. n° 2009/138/CE, 25 nov. 2009 : JOUE n° L 235, 23 sept. 2009, p. 10 : « *Les Etats membres exigent de toutes les entreprises d'assurance et de réassurance qu'elles mettent en place un système de gouvernance efficace, qui garantisse une gestion saine et prudente de l'activité* ».

d'administration, de gestion ou de contrôle et adaptés compte tenu des changements importants affectant le système ou le domaine concerné. Les dirigeants doivent répondre à un certain nombre d'exigences en termes de compétence et d'honorabilité pendant toute la vie sociale de l'entreprise⁵⁷¹ ; leur respect n'est donc pas uniquement acquis lorsque la demande d'agrément est formulée auprès des autorités de contrôle.

De la même manière, s'agissant des institutions de retraite professionnelle, l'article 9 de la directive n° 2003/41/CE décide que ces organismes doivent être inscrits dans un registre national par l'autorité de surveillance compétente ou être agréés. En cas d'activité transfrontalière, le registre doit également indiquer les Etats membres dans lesquels l'institution opère. Des conditions sont également posées en termes d'honorabilité, de qualification et d'expérience professionnelle des dirigeants. L'entreprise d'affiliation doit s'engager à assurer le financement régulier du régime lorsqu'elle garantit le versement des prestations de retraite.

La proposition du 27 mars 2014 de modification de la directive n° 2003/41/CE⁵⁷² a pour objectif de renforcer la réglementation applicable s'agissant du système de gouvernance des institutions de retraite professionnelle. Un titre III relatif aux conditions d'exercice des activités serait créé, dont le premier chapitre est consacré au système de gouvernance. Les exigences en termes d'honorabilité et de compétence de la gestion sont détaillées à l'article 23. L'article 24 impose la mise en place par les institutions d'*« une politique de rémunération saine pour les personnes qui la gèrent effectivement, d'une manière qui soit adaptée à leur taille et à leur organisation interne, ainsi qu'à la nature, la portée et la complexité de leurs activités »*. Par ailleurs, les fonctions clés occupées au sein de ces institutions sont encadrées. Les institutions doivent inclure une fonction de gestion des risques, une fonction d'audit interne et, le cas échéant, une fonction actuarielle. Un dispositif de signalement des difficultés est aménagé. La personne exerçant une fonction clé

⁵⁷¹ Art. 42, Dir. n° 2009/138/CE, 25 nov. 2009 : JOCE n° L 235, 23 sept. 2003, p. 10

⁵⁷² Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (refonte), 27 mars 2014 (COM(2014) 167 final).

doit signaler sans délai tout problème important relevant de sa responsabilité à l'organe d'administration, de gestion ou de surveillance de l'institution. Si cet organe ne prend pas en temps utile les mesures correctives appropriées, la fonction concernée en informe l'autorité compétente de l'institution lorsqu'il est probable que n'est pas respectée une obligation légale importante ou qu'une infraction significative à la législation ou à la réglementation applicable à l'institution est constatée, alors que l'organe d'administration, de gestion ou de surveillance de l'institution a été informé.

B. Le contrôle de l'exercice sur le marché intérieur

185. Le contrôle des participations qualifiées. - Les pouvoirs publics européens ont aménagé un dispositif de contrôle en matière de participations qualifiées, définies par l'article 13 point 21 de la directive n° 2009/138 comme « *le fait de détenir dans une entreprise, directement ou indirectement, une participation qui représente au moins 10 % du capital ou des droits de vote, ou qui permet d'exercer une influence notable sur la gestion de cette entreprise* ». Régi par les articles 57 à 63 de ce texte, il a pour objectif de s'assurer qu'une telle participation ne soit pas de nature à « *porter atteinte à une gestion saine et prudente de l'entreprise d'assurance* »⁵⁷³.

Une information est donnée aux autorités de contrôle par la personne souhaitant prendre une participation qualifiée ou renforcer celle-ci au point d'atteindre les seuils de 20 %, 30 % ou 50 % ou obtenir que l'entreprise d'assurance devienne sa filiale. Selon l'article 62 de la directive, lorsque cette influence est susceptible de contrevenir aux principes énoncés, l'autorité de contrôle de l'Etat d'origine de cette entreprise, dans le capital de laquelle une participation qualifiée est recherchée ou augmentée, prend, en vue de mettre fin à cette situation, les mesures appropriées : injonctions, sanctions à l'encontre des dirigeants, suspension de l'exercice des droits de vote attachés aux actions ou parts détenues par les actionnaires ou associés concernés. Des mesures similaires s'appliquent en cas de non-respect de l'obligation de notification. En outre, lorsqu'une participation

est acquise en dépit de l'opposition des autorités de contrôle, les Etats, indépendamment d'autres sanctions, doivent prévoir la suspension de l'exercice des droits de vote correspondants ou la nullité des votes émis ou la possibilité de les annuler.

186. Le contrôle des cessions de portefeuille. - L'article 39 de la directive n° 2009/138 réglemente le contrôle des cessions de portefeuille des entreprises d'assurance. Le dispositif suppose la coopération des autorités de contrôle des Etats membres. Une certaine souplesse leur est néanmoins accordée pour établir leur réglementation interne⁵⁷⁴.

En France, le transfert de portefeuille dans l'Union européenne est strictement encadré. Il est subordonné à l'autorisation de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Celle-ci vérifie, notamment, que l'opération ne s'effectue pas au préjudice des créanciers et des assurés. L'Autorité de contrôle n'approuve le transfert que si celles de l'Etat d'établissement de l'entreprise cessionnaire attestent que cette dernière possède, compte tenu du transfert, la marge de solvabilité nécessaire (lorsque l'Etat d'origine de l'entreprise cessionnaire est partie à l'accord sur l'Espace économique européen, l'attestation mentionnée est donnée par les autorités de contrôle de cet Etat). Lorsque le cédant est une succursale située dans un Etat membre autre que la France, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution

⁵⁷³ Art. 62, Dir. n° 2009/138/CE, 25 nov. 2009 : JOUE n° L 335, 17 déc. 2009, p. 1.

⁵⁷⁴ Ce texte impose ainsi aux Etats membres d'autoriser les entreprises d'assurance dont le siège social est situé sur leur territoire à transférer tout ou partie de leur portefeuille de contrats à une entreprise cessionnaire établie dans l'Union. Un tel transfert n'est notamment autorisé que si les autorités de contrôle de l'Etat membre d'origine de l'entreprise cessionnaire attestent que celle-ci possède, compte tenu du transfert, les fonds propres éligibles nécessaires pour couvrir le capital de solvabilité requis. De la même manière, lorsqu'une succursale envisage de transférer tout ou partie de son portefeuille de contrats, l'Etat membre dans lequel cette succursale est située est consulté. Les autorités de contrôle de l'Etat membre d'origine de l'entreprise d'assurance cédante autorisent le transfert après avoir reçu l'accord des autorités des Etats membres dans lesquels les contrats ont été souscrits. Il est également prévu que les autorités des Etats membres consultés font connaître leur avis ou leur accord aux autorités de l'Etat membre d'origine de l'entreprise d'assurance cédante dans les trois mois suivant la réception de la demande de consultation. En cas de silence des autorités consultées à l'expiration de ce délai, ce silence est assimilé à un accord tacite. Le transfert de portefeuille fait l'objet d'une mesure de publicité dans les conditions prévues par le droit national de l'Etat membre d'origine, de l'Etat membre où le risque est situé ou de l'Etat membre de l'engagement, soit avant, soit après l'obtention de l'autorisation. Ce transfert est opposable de plein droit aux preneurs d'assurance, aux assurés, ainsi qu'à toute autre personne ayant des droits ou des obligations découlant des contrats transférés. Le dernier alinéa de l'article 39 précise que ces règles de publicité et d'opposabilité n'affectent pas le droit des Etats membres de prévoir la faculté pour les preneurs d'assurance de résilier le contrat dans un délai déterminé à partir du transfert.

recueille préalablement l'avis de l'autorité de contrôle de l'Etat où est située la succursale. Par ailleurs, lorsque les risques ou les engagements transférés sont situés dans un Etat membre autre que la France, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution recueille préalablement l'accord des autorités de contrôle de l'Etat du risque ou de l'engagement. L'approbation de l'Autorité rend le transfert opposable aux assurés, souscripteurs et bénéficiaires de contrats ainsi qu'aux créanciers⁵⁷⁵. L'article L. 324-1-1 du code des assurances précise que ces règles sont également applicables aux mutuelles et aux institutions de prévoyance⁵⁷⁶. Mais ces contraintes n'empêchent pas les opérations d'intervenir : 53 transferts de portefeuilles et fusions ont été réalisées en 2013⁵⁷⁷.

187. Le contrôle des transferts de régimes de retraite. - La proposition de la Commission de modification de la directive n° 2003/41/CE⁵⁷⁸, en date du 27 mars 2014, y insère un nouvel article 13, relatif aux transferts transfrontaliers de régimes de retraite. Les Etats membres autorisent les institutions agréées ou enregistrées sur leur territoire à transférer tout ou partie de leurs régimes de retraite à des institutions destinataires agréées ou enregistrées dans d'autres Etats membres. Mais ce transfert est soumis à l'autorisation préalable de l'autorité compétente de l'Etat d'origine de l'institution destinataire. La demande d'autorisation du transfert est présentée par cette institution. Sauf si le droit national relatif à l'organisation des systèmes de retraite en dispose autrement, le transfert et ses conditions sont soumis à l'accord préalable des affiliés et des bénéficiaires concernés ou, s'il y a lieu, de leurs représentants. Les informations relatives aux conditions du transfert sont mises à la disposition des affiliés et des bénéficiaires concernés ou, s'il y a lieu, de leurs représentants, au moins quatre mois avant la présentation de leur demande de transfert. Cette demande de transfert est accompagnée d'un dossier d'information. La procédure qui suit est similaire à celle prévue en cas d'autorisation préalable à

⁵⁷⁵ Art. L. 324-1, C. ass.

⁵⁷⁶ De la même manière, l'article L. 324-3 du code des assurances décide que les opérations de fusion ou de scission ne comportant pas de transfert de portefeuille de contrats sont soumises à une obligation de déclaration auprès de l'Autorité de contrôle prudentiel.

⁵⁷⁷ Rapport ACPR 2013, p. 52.

l'exercice d'activités transfrontalières (délai d'instruction du dossier ; possibilité d'un recours contentieux en cas de refus de l'autorité compétente de l'Etat d'origine ; en cas d'acceptation du dossier, information de l'autorité d'accueil à l'autorité d'origine sur les dispositions de droit social applicables). A l'issue de la procédure, l'institution destinataire peut commencer à gérer le régime de retraite conformément aux dispositions relatives aux retraites professionnelles en vigueur dans l'Etat d'accueil.

Cette procédure se veut pragmatique : la Commission, faisant le constat du très faible nombre d'institutions de retraite professionnelle transfrontières, souhaite faciliter les transferts transfrontaliers entre institutions nationales. L'objectif consistant à développer de telles opérations semble, dans un premier temps, sans doute le plus réaliste.

§ 2. Le contrôle financier

188. La logique du contrôle financier dépend historiquement de considérations assurantielles. En effet, « *l'activité d'assurance est une activité financière de services, qui consiste à vendre de la sécurité à terme. L'intérêt légitime des preneurs d'assurance est de traiter avec des entreprises solvables* »⁵⁷⁹. Ce principe (**A**) a toutefois été adapté pour les autres opérateurs amenés à intervenir dans le champ de la protection sociale complémentaire (**B**).

A. Principe

189. Historique. - « *La particularité des sociétés d'assurance est d'encaisser le prix de leurs services avant de les exécuter. Les économistes désignent ce processus par le terme « d'inversion du cycle de production ». Il faut veiller à ce que l'entreprise ayant encaissé d'avance les primes soit à tout moment en mesure*

⁵⁷⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (refonte), 27 mars 2014 (COM(2014) 167 final).

⁵⁷⁹ J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances*, tome 1 : entreprises et organismes d'assurance, LGDJ 2011, 3^e éd. n° 1125, p. 452.

de faire face à ses engagements, c'est l'objet des règles prudentielles et du contrôle »⁵⁸⁰. Le contrôle financier a été envisagé dès les premières directives relatives à la réglementation des entreprises d'assurance intervenant sur le marché intérieur. Les règles posées s'inspiraient des législations existantes dans les Etats membres. Leur objectif était essentiellement de protéger les assurés contre l'insolvabilité de l'organisme assureur. Ce dispositif dit « Solvabilité I » a évolué au fil du temps, au gré des risques financiers relevés par les pouvoirs publics européens.

Plus récemment, ceux-ci ont souhaité se doter d'un instrument efficace permettant de lutter contre les effets d'une conjoncture économique et financière défavorable. La Commission a adopté une communication le 11 mai 1999 lançant le plan d'action pour les services financiers, dit « PASF », d'une durée de cinq ans et couvrant la période courant de 2000 à 2005⁵⁸¹. Les axes principaux de ce plan portaient sur la protection des assurés, la concurrence et surtout la surveillance des groupes. Il a abouti à l'adoption d'un certain nombre de directives concernant les entreprises financières. Certaines portent plus spécifiquement sur les entreprises et le marché de l'assurance⁵⁸².

190. L'adoption de « Solvabilité II ». - La crise financière qui a commencé en 2008 a frappé durement les assureurs, amenant le législateur européen à réformer le régime prudentiel existant, notamment dans la mesure où il n'offrait pas une protection satisfaisante au regard des risques du marché et s'avérait insuffisamment strict en ce qui concerne les exigences qualitatives concernant les opérateurs du secteur. A ainsi été adopté le programme « Solvabilité II »⁵⁸³.

⁵⁸⁰ J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances*, tome 1 : entreprises et organismes d'assurance, LGDJ 2011, 3^e éd., n° 1, p. 2.

⁵⁸¹ Communication de la Commission, *Mise en œuvre du cadre d'action pour les services financiers : Plan d'action*, 11 mai 1999 (COM(1999) 232 final).

⁵⁸² Dir. n° 98/78/CE, 27 oct. 1998, relative à la surveillance complémentaire des entreprises d'assurance : JOCE n° L 330, 5 déc. 1998, p. 1 ; Dir. n° 2002/92/CE, 9 déc. 2002, sur les intermédiaires en assurance : JOCE n° L. 9, 15 janv. 2003, p. 3.

⁵⁸³ Le mouvement avait d'ailleurs été anticipé, la Commission ayant publié une proposition de directive sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice le 10 juillet 2007 (COM(2012) 360) ; M.-L. DREYFUSS, *Les grands principes de solvabilité 2*, L'Argus de l'assurance 2012, p. 19 et s.

Traduction normative lui a été donnée par la directive n° 2009/138/CE du 25 novembre 2009⁵⁸⁴. Ce texte ne se cantonne pas au contrôle financier des entreprises d'assurance ; il porte également refonte de quatorze directives relatives au secteur de l'assurance, à tel point que certains ont pu en parler comme d'un « véritable code européen des assurances »⁵⁸⁵.

191. Le report de « Solvabilité II ». - La complexité de ce texte et la profondeur des changements qu'il implique a nécessité que les dates de transposition et d'entrée en application, initialement fixées respectivement au 31 octobre et au 1^{er} novembre 2012⁵⁸⁶, soient plusieurs fois reportées. La directive n° 2011/89/UE du 16 novembre 2011 a modifié, à effet du 10 juin 2013, la directive n° 2009/138/CE en ce qui concerne la surveillance complémentaire des entités financières des conglomérats financiers⁵⁸⁷. La directive n° 2012/23/UE a reporté la date de transposition du 31 octobre 2012 au 30 juin 2013, la date d'application du 1^{er} novembre 2012 au 1^{er} janvier 2014 et la date d'abrogation des directives existantes sur l'assurance et la réassurance (« Solvabilité I ») du 1^{er} novembre 2012 au 1^{er} janvier 2014⁵⁸⁸. Par ailleurs, le 19 janvier 2011, la Commission a adopté une proposition modifiant, notamment, la directive n° 2009/138/CE afin de tenir compte de la nouvelle architecture de surveillance pour l'assurance, à savoir la mise en place de l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP⁵⁸⁹). Cette proposition contenait également des dispositions visant à différer les dates de transposition et d'entrée en vigueur de « Solvabilité II ». La directive n° 2013/58/UE du 11 décembre 2013 a porté la date de transposition au 31 mars 2015, la date d'abrogation des directives

⁵⁸⁴ Dir. n° 2009/138/CE, 25 nov. 2009, sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (Solvabilité II) : JOUE n° L 335, 17 déc. 2009, p. 1.

⁵⁸⁵ R. GHUELDRE, F. VANNESSON, La Directive Solvency II, RGDA 2010, p. 611 et s.

⁵⁸⁶ Art. 309 et 311, Dir. n° 2009/138/CE : JOUE n° L 335, 17 déc. 2009, p. 1.

⁵⁸⁷ Dir. n° 2011/89/UE, 16 nov. 2011, modifiant les directives 98/78/CE, 2002/87/CE, 2006/48/CE et 2009/138/CE en ce qui concerne la surveillance complémentaire des entités financières des conglomérats financiers : JOUE, 8 déc. 2011, n° L 326, p. 113.

⁵⁸⁸ Dir. n° 2012/23/UE, 12 sept. 2012, modifiant la directive n° 2009/138/CE (solvabilité II), en ce qui concerne ses dates de transposition et d'entrée en application et la date d'abrogation de certaines directives : JOUE 14 sept. 2012, n° L 249, p. 1.

⁵⁸⁹ « EIOPA » en anglais (European Insurance and Occupational Pensions Authority).

« Solvabilité I » et d'entrée en vigueur du nouveau dispositif au 1^{er} janvier 2016⁵⁹⁰. La directive n° 2014/51, dite « Omnibus II » a été adoptée le 16 avril 2014 ; elle doit être transposée d'ici le 1^{er} janvier 2016⁵⁹¹.

192. L'inapplicabilité de « Solvabilité II » aux institutions de retraite professionnelle. - En outre, ce dispositif n'a vocation à s'appliquer qu'aux entreprises d'une certaine taille. Il ne concerne pas les institutions de retraite professionnelle bénéficiant d'un agrément de retraite professionnelle supplémentaire⁵⁹², tout au moins jusqu'à la réforme programmée de la directive n° 2003/41/CE sur les institutions de retraite professionnelle⁵⁹³.

193. En France. - La France s'est attachée à adapter son droit aux exigences posées par la directive n° 2009/138/CE avec l'ordonnance n° 2010/76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance et la loi n° 2010-1249 de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010. La transposition de la directive demeure toutefois incomplète, ce qui ne saurait surprendre au regard de ce qui précède.

Des exigences en matière de solvabilité et de contrôle financier étaient déjà posées en France depuis 1989. En effet, la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989⁵⁹⁴ a soumis à une habilitation administrative la réalisation des opérations de prévoyance, qu'elles soient réalisées par des entreprises d'assurance, des mutuelles ou des institutions de prévoyance. Elle a imposé la constitution de provisions

⁵⁹⁰ Dir. n° 2013/58/UE, 11 déc. 2013, modifiant la directive 2009/138/UE (solvabilité II) en ce qui concerne ses dates de transposition et d'entrée en application et la date d'abrogation de certaines directives (solvabilité I) : JOUE n° L 326, 8 déc. 2013, p. 1.

⁵⁹¹ Dir. n° 2014/51/UE, 16 avr. 2014, modifiant les directives 2003/71/CE et 2009/138/CE et les règlements (CE) n° 1060/2009, (UE) n° 1094/2010 et (UE) n° 1095/2010 en ce qui concerne les compétences de l'Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles) et de l'Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers) : JOUE n° L 153, 22 mai 2014.

⁵⁹² Cet agrément est détenu par peu d'entreprises en France, de par les contraintes qu'impose son extension, en particulier en termes de cantonnement de l'activité (aux retraites d'entreprise et aux dispositifs dits « Madelin ») ; au niveau de l'Union européenne, les principaux bénéficiaires en sont les fonds de pension (L'Argus de l'assurance 2012, n° 7266, p. 34).

⁵⁹³ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (refonte), 27 mars 2014 (COM(2014) 167 final).

techniques afin d'assurer, à tout le moins, le maintien au niveau atteint des risques longs⁵⁹⁵. Il s'agissait là, tant de l'ébauche d'une harmonisation des règles applicables aux organismes assureurs en matière prudentielle, que d'un effort consenti dès cette époque par certains d'entre eux, en l'occurrence les institutions de prévoyance, qui pouvaient auparavant réduire les prestations lorsqu'il s'avérait que les cotisations versées étaient insuffisantes et qui ont alors été privés de cette possibilité. Enfin, le contrôle des opérations de prévoyance a été confié à un organisme indépendant. Le ministre des Affaires sociales a été dessaisi de ses prérogatives en la matière⁵⁹⁶.

Par ailleurs, la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen a transposé la directive du 22 juin 1988 en droit français⁵⁹⁷ en insérant dans le code des assurances un titre consacré aux opérations d'assurance effectuées en libre prestation de services⁵⁹⁸. Elle a aussi modifié les règles applicables en matière de contrôle des entreprises d'assurance⁵⁹⁹. Le ministre de l'Economie et des Finances gardait un rôle prépondérant en matière d'agrément et de retrait d'agrément. La soumission de ses décisions à des critères objectifs reprend les exigences issues des directives de 1973 et 1979 relatives aux conditions d'établissement des sociétés d'assurance non-vie et vie.

194. Le contenu du contrôle financier. - D'une manière générale, l'attention des autorités de contrôle porte essentiellement sur le respect des exigences prudentielles. Les exigences en termes de capital, de solvabilité, de fonds

⁵⁹⁴ L. n° 89-1009, 31 déc. 1989 : JORF n° 1, 2 janv. 1990, p. 13.

⁵⁹⁵ En aménageant toutefois une période transitoire de sept ans.

⁵⁹⁶ Ph. LAIGRE, J. BARTHELEMY, La loi prévoyance, JCP G 1990, 3445.

⁵⁹⁷ L. n° 89-1014, 31 décembre 1989 : JORF n° 2, 3 janv. 1990, p. 63. Le nom de ce texte est d'ailleurs en partie « décectif » : seuls les deux premiers titres traduisent effectivement l'influence du droit européen sur le droit interne.

⁵⁹⁸ C. ass., L. 351-1 et s.

⁵⁹⁹ J. BIGOT, La loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen, JCP G 1990, 3437.

propres⁶⁰⁰, de provisions techniques ou de placement des actifs sont importantes et font l'objet d'un suivi annuel⁶⁰¹.

⁶⁰⁰ La technique de la réassurance permet précisément de préserver les fonds propres des organismes assureurs ; elle revêt ainsi une importance particulière dans le cadre de la mise en œuvre de la directive « Solvabilité II ». D'une manière générale, les avantages de la réassurance sont nombreux : « *en pratique, la réassurance remplit six fonctions distinctes, et pas nécessairement cumulatives, par rapport à l'assurance. Elle élargit le champ de mutualisation des risques souscrits par l'assureur. Elle complète la diversification des actifs de l'assureur, notamment à l'international. Elle se substitue aux capitaux propres de l'assureur. Elle apporte un soutien technique à l'assureur pour la tarification des risques [...]. Elle constitue enfin un instrument de fédération de nombreux groupes d'assurances, notamment dans le secteur mutualiste* » (Dossier Réassurance, L'Argus de l'assurance 2014, n° 7346-7347, p. 35 et s.). La directive n° 2005/68 du 16 novembre 2005 relative à la réassurance (JOUE n° L 323, 9 déc. 2005, p. 1) tend à instaurer un marché européen de la réassurance. Cette directive a été modifiée par une directive n° 2008/37/CE du 11 mars 2008 (JOUE n° L 81, 20 mars 2008, p. 71). Ce texte a été transposé en droit français par l'ordonnance du 13 juin 2008 (Ord. n° 2008-556 du 13 juin 2008 transposant la dir. 2005/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 nov. 2005 relative à la réassurance et réformant le cadre juridique des fonds communs de créances : JORF n° 138, 14 juin 2008, p. 9677 ; R. GHUELDRE, Le nouveau cadre réglementaire et prudentiel de la réassurance française : entre évolution et révolution, *in* Mélanges J. BIGOT, LGDJ 2010, p. 137 ; R. GHUELDRE, A. FRENEAU, La France parachève la transposition de la directive européenne sur la réassurance, Lamy Assurances, Bull. Act., févr. 2009, p. 1 et s.) et son décret d'application du 7 novembre 2008 puis, dans un second temps, par l'ordonnance du 30 janvier 2009 (Ord. n° 2009-108, 30 janv. 2009, portant diverses dispositions relatives aux entreprises d'assurance : JORF n° 26, 31 janv. 2009, p. 1846). L'article L. 310-1-1 du code des assurances, issu de cette transposition, précise que « *la réassurance est l'activité d'un organisme, autre qu'un véhicule de titrisation mentionné à l'article L. 310-1-2, qui consiste à accepter des risques cédés, soit par une entreprise d'assurance ou par une autre entreprise de réassurance, soit par des mutuelles ou unions régies par le livre II du Code de la mutualité, soit par les institutions de prévoyance et leurs unions régies par les dispositions du titre III du livre IX du Code de la sécurité sociale* ». Le contrôle des entreprises de réassurance ayant leur siège social en France est assuré par l'Autorité de contrôle prudentiel et de régulation, en application de l'article L. 612-2 du code des assurances. L'opération de réassurance ne concerne pas directement les bénéficiaires de l'opération d'assurance. Cette solution résulte du droit commun des contrats (art. 1165, C. civ.) mais connaît une traduction au sein du code des assurances (art. L. 111-3, C. ass. : « *dans tous les cas où l'assureur se réassure contre les risques qu'il a assurés, il reste seul responsable vis-à-vis de l'assuré* »). En découlent deux conséquences : les bénéficiaires ne peuvent actionner le réassureur en cas d'inexécution contractuelle de l'assureur ; réciproquement, le réassureur ne peut solliciter des bénéficiaires qu'ils s'acquittent des primes dont l'assureur ne serait pas acquitté. S'impose un constat au regard de la protection sociale complémentaire : le recours à la réassurance ne modifie en rien la nature tripartite de l'opération. Le traité de réassurance reste totalement en dehors du triangle et participe des conventions que chaque partie à l'opération est susceptible de nouer en périphérie. Par exemple, pour renforcer sa protection ou celle de ses proches, le bénéficiaire d'un régime complémentaire est libre de souscrire des garanties à titre individuel auprès du même organisme assureur ou d'un autre intervenant du secteur. Il convient alors d'éviter les risques de couvertures en « doublons », qui amènent le bénéficiaire à s'acquitter deux fois du montant d'une prime pour deux prestations identiques qui ne se cumulent pas. Enfin, la réassurance doit être distinguée de la coassurance, qui s'est vue fixer un cadre communautaire par une directive du 30 mai 1978 (Dir. n° 78/473/CEE, 30 mai 1978, JOCE n° 151, 7 juin 1978, p. 25). Plusieurs Etats membres, dont la France, avaient toutefois tiré profit de l'imprécision de ce texte pour restreindre l'accès sur leur territoire à la coassurance communautaire. Cette situation avait amené la Commission européenne à saisir la Cour de justice qui est finalement entrée en voie de condamnation à l'encontre des Etats dont la législation n'était pas conforme à la directive précitée (CJCE, 4 déc. 1986, Commission c/ République française, aff. C-220-83 : Rec. p. 3663). La loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen a achevé de mettre en conformité le droit interne au droit communautaire sur ce point (J. BIGOT, La loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen, JCP G 1990, 3437). S'il est vrai que ces deux mécanismes entraînent un partage des risques pesant sur l'assureur, ils se distinguent néanmoins sur un trait fondamental, qui est que l'assuré est contractuellement lié à chacun des coassureurs, alors qu'il ne l'est pas au réassureur. Pour autant, si la relation nouant le régime de protection sociale complémentaire n'apparaît plus tripartite mais, à tout le moins, quadripartite, son caractère tripartite n'en est pour autant pas remis en cause. La contradiction

Les données qui doivent être recueillies dans le cadre du programme d'activité détaillé à l'article 23 de la directive n° 2009/138 sont plus économiques que juridiques. En effet, outre la nature des risques que l'organisme assureur se propose de couvrir, des informations doivent être données concernant les fonds propres, les frais d'installation et divers éléments de nature comptable. En droit français, les documents demandés au titre de l'agrément administratif sont visés à l'article A. 321-1 du code des assurances.

Les organismes assureurs sont également tenus de respecter des obligations de transparence. Ils doivent ainsi publier un rapport annuel portant sur leur solvabilité et leur situation financière⁶⁰².

195. Enfin, le développement des groupes de sociétés, en particulier au niveau international, a amené les pouvoirs publics européens à s'interroger sur la manière de contrôler les entreprises d'assurance qui y sont intégrées. Les activités menées par les autres sociétés du groupe peuvent en effet être de nature à porter atteinte à une gestion saine et prudente de l'entreprise d'assurance. La directive n° 98/78 relative à la surveillance complémentaire des entreprises d'assurance faisant partie d'un groupe, adoptée le 27 octobre 1998⁶⁰³, fut amendée par la directive n° 2002/87 du 16 décembre 2002 relative à la surveillance complémentaire des entreprises financières appartenant à un conglomérat financier⁶⁰⁴, avant d'être intégrée à la directive n° 2009/138. A été ajouté, sauf exception, un second degré de contrôle, outre celui conduit au niveau de l'entreprise⁶⁰⁵. Il est essentiellement prudentiel. Un dispositif de contrôle similaire a été

n'est qu'apparente, dès lors que les relations réunissant les parties ne demeurent que de trois sortes : relation d'assureur, relation d'assuré ou relation de travail.

⁶⁰¹ Art. 87 et s., Dir. n° 2009/138/CE : JOUE n° L 335, 17 déc. 2009, p. 1

⁶⁰² Art. 51, Dir. n° 2009/138/CE : JOUE n° L 335, 17 déc. 2009, p. 1. Ce document comprend une description de l'activité et des résultats de l'entreprise, une description du système de gouvernance et une appréciation de son adéquation au profil de risque de l'entreprise, une description, effectuée séparément pour chaque catégorie de risque, de l'exposition au risque, des concentrations de risque, de l'atténuation du risque et de la sensibilité au risque, une description effectuée séparément pour les actifs, des provisions techniques et les autres passifs, des bases et méthodes utilisées aux fins de leur évaluation ou encore une description de la façon dont le capital est géré.

⁶⁰³ Dir. n° 98/78/CE, 27 oct. 1998 : JOCE n° 330, 5 déc. 1998, p. 1.

⁶⁰⁴ Dir. n° 2002/87/CE, 16 déc. 2002 : JOCE n° L 35, 11 févr. 2003, p. 1.

⁶⁰⁵ Art. 213, Dir. n° 2009/138/CE. Ce contrôle est large. Il vise : les entreprises d'assurance ou de réassurance qui sont une entreprise participante dans au moins une entreprise d'assurance ou une entreprise d'assurance d'un pays

mis en place pour les entreprises d'assurance appartenant à un conglomérat financier, par la directive du 16 décembre 2002⁶⁰⁶.

196. La portée du contrôle financier. - La question du contrôle financier et, corrélativement, des contraintes financières qui pèsent sur les organismes assureurs, est sensible. Plus les normes sont contraignantes et les garanties financières exigeantes, moins ceux-ci disposent de souplesse financière. C'est la raison pour laquelle une dérogation à l'application du régime « Solvabilité II » a été prévue concernant les organismes de petite taille, c'est-à-dire notamment ceux dont les provisions sont inférieures à 25 millions d'euros et dont les primes sont inférieures à 5 millions d'euros. Selon l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, cette dérogation pourrait, en France, concerner 40 % des organismes assureurs, lesquels représentent 1 % du chiffre d'affaires généré par ces structures⁶⁰⁷.

B. Adaptations

197. Les règles qui précèdent sont conçues autour du modèle de la société d'assurance. Les autres formes d'organismes, qu'ils relèvent de l'économie sociale (1) ou de la catégorie des organismes de retraite complémentaire (2), s'inquiètent de ce que leur application ne permette pas de maintenir leur modèle en l'état alors même que celui-ci a résisté aux crises économiques et financières qui ont dernièrement frappé les pays de l'Union européenne.

tiers, les entreprises d'assurance dont l'entreprise mère est une société holding d'assurance ayant son siège social dans l'Union ou en dehors de celle-ci et aux entreprises d'assurance dont l'entreprise est une société holding mixte d'assurance. Il n'est en revanche pas global, en ce sens qu'il ne s'agit pas, à proprement parler, d'un contrôle du groupe dans son ensemble, si par exemple celui-ci comporte des entreprises qui n'exercent pas une activité d'assurance. Sur ce dernier point, voir J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances*, tome 1 : entreprises et organismes d'assurance, LGDJ 2011, 3^e éd., n° 1254, p. 547.

⁶⁰⁶ Dir. n° 2002/87/CE, 16 déc. 2002 : JOCE n° L 35, 11 févr. 2003, p. 1 ; modifiée par la directive n° 2005/01 du 9 mars 2005, puis par la directive n° 2008/87/CE du 11 mars 2008 (JOUE n° L 81, 20 mars 2008, p. 40).

⁶⁰⁷ Selon les propos tenus par J.-M. LEVAUX, vice-président de l'APCR, cités par G. VIAL, C. LECHANTRE *in* Les défis de la transposition, L'Argus de l'assurance 2014, n° 7365, p. 20.

Les contraintes issues du contrôle financier tel qu'il est prôné par les pouvoirs publics européens obligent ces structures à s'adapter, au risque de perdre leur identité ou de disparaître, d'autres acteurs ayant fait le choix d'une structure capitalistique et financière bâtie pour l'économie de marché.

1. Les organismes issus de l'économie sociale

198. Les mutuelles sont davantage concernées par l'impératif d'adaptation que les coopératives dans la mesure où ces dernières sont des sociétés dont le modèle et les contraintes se rapprochent de ceux des sociétés d'assurance. Les coopératives ne bénéficient pas de la moindre dérogation en lien avec leurs spécificités. Il n'est donc pas même question d'adaptation s'agissant de ces structures.

La sujétion des mutuelles à des exigences de solvabilité découle principalement des directives assurance de troisième génération. En France, l'ordonnance du 19 avril 2001, transposant, plus de neuf ans après le terme du délai normal⁶⁰⁸, qui était fixé au 31 décembre 1993, les directives n° 92/49/CEE du 18 juin 1992 et n° 92/96/CEE du 10 novembre 1992⁶⁰⁹, applicables aux mutuelles, a renforcé le contrôle de l'activité ainsi que les exigences en matière de transparence comptable et financière⁶¹⁰. Ce texte a refondu le code de la mutualité. Selon certains, « *le code de la mutualité est d'abord et même essentiellement un code de gouvernance,*

⁶⁰⁸ Alors même que ces directives ont été rapidement transposées aux entreprises d'assurance (L. n° 94-5, 4 janv. 1994 : JORF n° 3, 5 janv. 1994, p. 236) et aux institutions de prévoyance (L. n° 94-678, 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 : JORF n° 184, 10 août 1994, p. 11655). Le secteur mutualiste s'est longtemps opposé à cette transposition, considérant être hors champ d'application de ces directives. L'absence de transposition de ces textes par la France, dont la conséquence principale était l'absence de soumission des mutuelles aux exigences financières et prudentielles posées par l'Union européenne, a abouti à une condamnation de la France par la Cour de justice à l'issue d'une procédure en manquement initiée par la Commission (CJCE, 16 déc. 1999, Commission c/ France, aff. C-239/98 : Rec. p. 8935 ; Resp. civ. et assur. 2000, chron. 3).

⁶⁰⁹ Dir. n° 92/49/CEE, 18 juin 1992 : JOCE n° L 228, 11 août 1992, p. 1 ; Dir. n° 92/96/CEE, 18 nov. 1992 : JOCE n° 228, 11 août 1992, p. 1 ; M. ROCARD, Mutualité et droit communautaire, rapport au Premier ministre, 1999.

⁶¹⁰ M. DEL SOL, L'entreprise mutualiste assurance : un acteur banalisé sur le marché de la protection sociale complémentaire ?, JCP E 2002, 413.

les règles applicables aux activités de couverture des risques étant, par la transposition de directives de plus en plus précises dans leurs dispositions, clonées dans les trois codes concernés »⁶¹¹. D'autres estiment que l'ordonnance du 19 avril 2001, en raison des contraintes qu'elle instaure en matière de solvabilité, conduit à « *drainer l'épargne mutualiste vers les marchés financiers* »⁶¹². Cette rigueur nouvelle a entraîné un double mouvement : 1) une tendance au regroupement des structures, procédant d'une mise en commun des fonds propres pour faire face à un besoin accru de solvabilité ; 2) un développement du recours au mécanisme de la substitution⁶¹³.

199. Les mutuelles sont, comme les autres organismes, tenues de surcroît d'appliquer la directive « Solvabilité II ». Néanmoins, ce texte « *ne s'applique pas aux mutuelles exerçant des activités d'assurance non-vie qui ont conclu avec d'autres mutuelles une convention comportant la réassurance intégrale des contrats d'assurance qu'elles souscrivent ou la substitution de l'entreprise cessionnaire à l'entreprise cédante pour l'exécution des engagements résultant desdits contrats* »⁶¹⁴. Dans ce cas, c'est l'entreprise cessionnaire qui est assujettie aux dispositions de la directive « Solvabilité II ». Pour le reste, elle s'applique aux mutuelles dans les mêmes conditions

⁶¹¹ D. LENOIR, La mutualité face à ses enjeux, RDSS 2009, p. 397.

⁶¹² Y. SAINT-JOURS, Le code de la mutualité à l'épreuve de la transposition des directives « assurances », D. 2001, p. 3218. Le même auteur précise que « *le code de la mutualité fait obligation aux mutuelles pratiquant des opérations d'assurance et de capitalisation de détenir des actifs d'un montant équivalent - y compris les provisions techniques - aux engagements qu'elles contractent. Ces engagements réglementés sont notamment représentés par des valeurs composées d'actions, d'obligations et autres titres assimilés, négociables sur les marchés financiers. Si ces dispositions peuvent être de nature à garantir le règlement intégral des prestations mutualistes, elles n'en cachent pas moins un dispositif visant à drainer l'épargne mutualiste vers les marchés financiers en la transformant en une épargne à risque livrée aux fluctuations boursières* » (Y. SAINT-JOURS, L'éthique mutualiste minée par les directives assurances de l'Union européenne, in La santé en Europe, entre marché et solidarité, dir. D. ASSAYAG, F. GUEDJ, P. TOUCAS-TRUYEN, Les Editions de l'Atelier 2004, p. 84).

⁶¹³ Art. L. 111-1, L. 211-5 et R. 211-21, C. mut. Il s'agit d'un mode de fonctionnement qui permet aux mutuelles de transférer tout ou partie de son risque assurantiel à une autre mutuelle. Le principal intérêt de la substitution est - en principe - sans incidence ni sur son autonomie juridique, ni sur sa relation avec ses adhérents. Dans le rapport d'activité de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles au titre de l'année 2008, il est précisé qu'« *en 2008, 62 organismes de Livre II ont transféré leur portefeuille par voie de fusion-absorption, 8 ont transféré leur portefeuille sans fusionner et 2 ont fusionné sans transférer leur portefeuille. Par ailleurs, 31 mutuelles du Livre III se sont regroupées* ». Par ailleurs, l'Autorité constate que « *parmi les 967 organismes relevant du Livre II, 386 sont substitués* » (Rapport d'activité 2008 de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, p. 67). En pratique, le recours à la substitution constitue souvent une étape intermédiaire avant une fusion-absorption de la mutuelle substituée par la mutuelle garante. Les exigences en termes de fonds propres sont, pour de nombreux auteurs, excessives pour couvrir la santé complémentaire (D. LENOIR, La mutualité face à ses enjeux, RDSS 2009, p. 397).

⁶¹⁴ Article 6, Dir. n° 2009/138/CE: JOUE n° L 335, 17 déc. 2009, p. 1.

qu'aux autres organismes ; ne sont donc exclus, dans certaines conditions, que les organismes de petite taille⁶¹⁵. Dans certains Etats tels que la France, la taille réduite de nombre de mutuelles devrait amener à ne soumettre que 235 d'entre elles à l'application de la directive « Solvabilité II »⁶¹⁶.

Il n'est pas sérieusement contesté que la mise en œuvre par les mutuelles de cette législation contraignante est susceptible de les mettre en difficulté, en particulier celles dont la taille ou la spécialisation de l'activité ne permettraient pas de supporter une telle pression réglementaire⁶¹⁷. Les conséquences les plus prévisibles sont une augmentation des cotisations des adhérents ou une transformation en société à but lucratif⁶¹⁸. Dans les deux cas, un risque de « démutualisation » - dans les principes ou dans l'organisation - est envisageable⁶¹⁹. Les mutuelles estiment que l'entrée en vigueur de « Solvabilité II » rend d'autant plus nécessaire la mise en place d'un statut européen à leur profit⁶²⁰.

⁶¹⁵ Article 4, Dir. n° 2009/138/CE : JOUE n° L 335, 17 déc. 2009, p. 1. Document portant sur « Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle » réalisé au mois de juillet 2011 par la direction générale des politiques internes à la demande de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, p. 43 et s.

⁶¹⁶ E. CANIARD, propos recueillis par G. VIAL, Le calibrage obtenu pour le risque santé dans Solvabilité 2 est correct, L'Argus de l'assurance 2014, n° 7354, p. 23.

⁶¹⁷ « Avec les exigences complémentaires qu'engendrera la future norme Solvabilité II, conserver ses valeurs mutualistes et croire au projet mutualiste pourra apparaître pour certains quelque peu utopique quand il s'agira de survivre » (M. ROUX, Les sociétés mutuelles d'assurances. Un statut à l'épreuve du développement, Editions Eska 2009, p. 65).

⁶¹⁸ Document portant sur « Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle » réalisé au mois de juillet 2011 par la direction générale des politiques internes à la demande de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, p. 49 et 50.

⁶¹⁹ « « Solvabilité 2 » plaide pour une augmentation des marges de solvabilité et de la différenciation des risques pour les prestataires de services d'assurance. Comme de nombreuses mutuelles agissent surtout sur un marché de niche et qu'elles ont moins facilement accès à des capitaux, elles pourraient rencontrer des difficultés pour respecter les exigences plus sévères de « Solvabilité 2 » et en même temps continuer à fournir leurs services en échange de primes compétitives » (Document portant sur « Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle » réalisé au mois de juillet 2011 par la direction générale des politiques internes à la demande de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, p. 8).

⁶²⁰ La réunion des organismes d'assurance mutuelle (ROAM) insiste sur le fait que « le statut de ME permettrait aux mutuelles grâce à la constitution de groupes, de profiter au même titre que les sociétés d'assurances du bénéfice de diversification, afin de réduire le montant du SCR exigible. La pénalisation actuelle des actions dans le cadre du calcul du SCR Marché impacte davantage les mutuelles, dont le principal outil de développement demeure la création de filiales non cotées en bourse. Le statut européen de société anonyme facilite les fusions des sociétés d'assurance, notamment des filiales au sein de la société holding, afin de réduire le montant global du SCR marché. En l'absence de SME, cette option n'est pas disponible pour les mutuelles, l'absorption d'une filiale sous forme de société anonyme au sein de la mutuelle holding étant juridiquement impossible » (<http://www.roam.asso.fr/fr/mutuelle-europeenne>). Le SCR (Solvency Capital Requirement) traduit une exigence en fonds propres. V. également : S. ACEDO, Plaidoyer pour une Europe moins régulatrice, L'Argus de l'assurance 2014, n° 7367, p. 18 et s.

2. Les organismes de retraite complémentaire

200. L'absence d'impulsion de l'Union européenne. - Les règles « prudentielles » concernant les organismes de retraite complémentaire ont été peu contraignantes pendant de nombreuses années en dépit d'interventions législatives régulières, notoirement insuffisantes selon certains⁶²¹.

L'idée d'un contrôle prudentiel adapté au marché européen des fonds de retraite est déjà évoquée dans le résumé des réponses au Livre vert de 1997 sur les retraites complémentaires dans le marché unique⁶²². Une telle réflexion sur ce sujet n'est pas surprenante dès lors que la retraite complémentaire est considérée par les pouvoirs publics européens comme relevant du secteur des services financiers, à l'instar de la banque et de l'assurance⁶²³.

201. A compter du début des années 2000, les Etats membres sont intervenus de manière accrue afin de « sécuriser » les régimes de retraite complémentaire. La tendance est particulièrement notable s'agissant des régimes de retraite à prestations définies. Ainsi, les Pays-Bas ont prolongé la période de redressement, c'est-à-dire la période durant laquelle ces régimes doivent rétablir leur solvabilité. Elle est passée d'une durée de trois à une durée de cinq ans. Des mesures similaires ont été adoptées au cours de la même période en Irlande mais davantage tournées vers les régimes professionnels insolubles⁶²⁴.

⁶²¹ Ph. LAIGRE, La retraite collective d'entreprise après la loi du 8 août 1994, *Droit social* 1995, p. 411 : « ce que la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 avait fait dans le domaine de la prévoyance, la loi Veil relative à la protection sociale complémentaire a été incapable de le faire dans le domaine des opérations de retraite supplémentaire ». L'auteur insiste sur les trop nombreuses exceptions à l'obligation de provisionnement, laissant subsister un doute concernant la sincérité et la fidélité des éléments comptables de même qu'une distorsion de concurrence à l'égard des entreprises tenues de respecter des normes plus contraignantes, en particulier la réglementation anglo-saxonne.

⁶²² Résumé des réponses au livre vert sur les retraites complémentaires dans le marché unique, 6 avr. 1998 (COM(97) 283).

⁶²³ Comme le relève le Professeur VOGEL, « les directives concernant le secteur financier adoptent une structure unique : un guichet unique est mis en place ; l'agrément est accordé par l'Etat membre d'origine ; la surveillance prudentielle est exercée par ses autorités de contrôle ; l'Etat membre d'accueil, doté de pouvoirs d'injonction et de sanction, peut cependant imposer des règles visant à la protection de l'intérêt général » (L. VOGEL, *Droit européen des affaires*, Dalloz 2013, 1^{ère} éd., n° 217, p. 211).

⁶²⁴ OCDE, *Les pensions dans les pays de l'OCDE 2009*. Panorama des systèmes de retraite, Editions OCDE 2009, p. 57 et s.

202. La directive n° 2003/41/CE du 3 juin 2003 - Un contrôle financier coordonné dans le cadre de l'Union a été institué par la directive n° 2003/41 du 3 juin 2003⁶²⁵. Le préambule de ce texte indique qu'« *en établissant le principe de prudence (« prudent person rule ») comme principe sous-jacent en matière d'investissement de capitaux et en permettant aux institutions d'opérer de façon transfrontalière, on encourage la réorientation de l'épargne vers le secteur des régimes de retraite professionnelle [...]»* (considérant 6) et que « *les règles prudentielles énoncées [...] visent autant à garantir un niveau élevé de sécurité pour les futurs retraités, en imposant des règles de supervision différentes, qu'à permettre une gestion efficace des régimes de retraite professionnelle* » (considérant 7). Sans surprise, il est prévu que chaque Etat membre exige que toute institution installée sur son territoire établisse des comptes et rapports annuels en tenant compte de chaque régime de retraite géré par l'institution et, le cas échéant, des comptes annuels et des rapports annuels concernant chaque régime de retraite⁶²⁶.

Les articles 15 et suivants de la directive réglementent dans le détail les principes applicables en matière de provisions techniques, de fonds propres, de placement des actifs ou encore de gestion et de conservation de leur portefeuille par les institutions de retraite professionnelle. L'accent est systématiquement mis sur la prudence dont ces dernières doivent faire preuve pour l'organisation et la gestion de leur activité.

L'article 18 de la directive impose aux Etats d'exiger « *des institutions établies sur leur territoire qu'elles placent leurs actifs conformément au principe de prudence (« prudent person rule »)* ». Certains ont estimé ce principe trop imprécis, considérant qu'il s'agissait là d'une importante lacune de la directive dans la

⁶²⁵ S. HENNION-MOREAU, Les retraites professionnelles dans le système juridique de l'Union européenne, RDSS 2008, p. 5. Cet auteur regrette le fait que ce texte, et les transpositions dont il a fait l'objet de la part des Etats membres, ait cantonné les institutions de retraite professionnelle à un rôle strictement financier en « *gommant* » leur dimension sociale.

⁶²⁶ Art. 10, Dir. n° 2003/41/CE, 3 juin 2003, concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle : JOCE n° L 235, 23 sept. 2003, p. 10.

mesure où, dès lors que chaque Etat fixe lui-même les règles applicables en la matière, des divergences sont inévitables, susceptibles de fausser la libre prestation de services⁶²⁷. Cette critique, classique dès lors qu'est évoquée la transposition de normes de droit européen en droit interne, est sans doute excessive dans la mesure où la directive précise comment les actifs doivent, notamment, être placés⁶²⁸.

La gestion externe des régimes de retraite est également prônée par la directive. L'article 8 impose à chaque Etat de veiller à la séparation juridique de l'entreprise d'affiliation, c'est-à-dire de l'entreprise qui agit en qualité d'employeur et qui verse des cotisations à une institution de retraite professionnelle, et de cette dernière. L'objectif est qu'en cas de faillite de la première, les actifs de l'institution soient sauvegardés dans l'intérêt des affiliés et des bénéficiaires.

Une certaine latitude est laissée aux Etats membres, qui : 1) peuvent soumettre les conditions de fonctionnement d'une institution établie sur leur territoire à d'autres exigences afin de garantir une protection adéquate des intérêts des affiliés et des bénéficiaires ; 2) ont la faculté d'autoriser ou obliger les institutions établies sur leur territoire à confier, en totalité ou en partie, leur gestion à d'autres entités opérant pour leur compte⁶²⁹.

203. La transposition de la directive n° 2003/41/CE. - En France, la

⁶²⁷ F. KESSLER, Les fonds de pension pan-européens et l'épargne retraite française - premier commentaire de la directive 2003/41 du Parlement européen et du conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle, RDSS 2004, p. 192 ; F. KESSLER, Les fonds de pension seront gérés en « bon père de famille », Liaisons sociales Europe 2003, n° 81.

⁶²⁸ Il est ainsi, notamment, rappelé que « *les actifs doivent être placés au mieux des intérêts des affiliés et des bénéficiaires* », que les actifs doivent principalement être placés sur des marchés réglementés ou, à défaut, rester à un niveau prudent. Le texte insiste aussi sur la diversification du portefeuille afin « *d'éviter une dépendance excessive à l'égard d'un actif, d'un émetteur ou d'un groupe d'entreprises particulier, ainsi que des concentrations de risques dans l'ensemble du portefeuille* ». La vigilance en la matière est d'autant plus logique que les régimes de retraite complémentaire à cotisations définies tendent à s'imposer et, en particulier, à l'égard des stratégies de placement « *par défaut au nom des individus majoritaires qui ne sont pas aptes ou pas désireux de prendre ce genre de décisions* » (J. YERMO, S. PAYET, Les effets de la crise sur l'épargne des fonds de pension et des fonds de réserve, in Les systèmes de retraite face à la crise en France et à l'étranger, Colloque organisé par le Conseil d'orientation des retraites le 3 décembre 2009, La documentation française 2010, p. 15 et s.).

⁶²⁹ Art. 9, Dir. n° 2003/41/CE, 3 juin 2003, concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle : JOCE n° L 235, 23 sept. 2003, p. 10.

transposition de la directive de 2003 a été effectuée par l'ordonnance n° 2006-344 du 23 mars 2006 relative aux retraites professionnelles supplémentaires⁶³⁰. Ce texte concerne les institutions de retraite professionnelle supplémentaire, les entreprises d'assurance, les mutuelles et les institutions de prévoyance. Il prévoit également la possibilité pour les gestionnaires de Perco, auxquels s'appliquent ces règles de transposition de la directive, de proposer leurs services au sein des autres Etats membres de l'Union en matière de retraite professionnelle supplémentaire. L'ordonnance crée des institutions de retraite professionnelle collective (IRPROCO), lesquelles constituent des institutions de retraite professionnelle au sens de la directive.

En Allemagne, la directive a été transposée par une loi du 29 août 2005. Sur les cinq types de retraite professionnelle existant dans ce pays, seuls deux, les caisses de pension et les fonds de pension, sont habilités à opérer dans le cadre de la directive, c'est-à-dire par exemple pour le compte d'un organisme localisé au sein d'un autre Etat membre. Les trois autres catégories ne sont pas apparues suffisamment fiables⁶³¹.

204. La recherche d'une adaptation à la situation économique actuelle. - Les règles actuelles applicables à la gouvernance des institutions de retraite professionnelles ne sont plus adaptées à la situation économique que connaît l'Europe depuis la fin de l'année 2008. La recherche de règles adaptées en matière de gouvernance et de contrôle s'impose, en particulier dans les pays tels que le Royaume-Uni ou les Pays-Bas, au sein desquels les fonds de pension correspondent à une part très importante du PIB⁶³².

⁶³⁰ O. PUJOLAR, Retraites professionnelles supplémentaires : la fixation d'un cadre prudentiel pour les institutions et leurs activités transfrontalières, Lexbase hebdo édition sociale 2006, n° 211 ; D. JONIN, F. KESSLER, Protection sociale d'entreprise, JCP E 2007, 1768. Des règles prudentielles avaient déjà été adoptées en France s'agissant de la retraite supplémentaire, dans le cadre de la loi du 8 août 1994 (Ch. QUEMENT, Les fonds de pension, RDSS 1996, p. 158).

⁶³¹ O. KAUFMANN, Protection sociale d'entreprise, JCP E 2005, 1550.

⁶³² O. KAUFMANN, Les retraites professionnelles d'entreprise dans la crise, remarques comparatives, *in* Gouvernance des retraites professionnelles en Europe : sécurité garantie ?, dir. O. KAUFMANN, S. HENNION, Springer 2011, p. 11.

205. L'organisation internationale des contrôleurs de pension a publié en 2006 des Principes relatifs au contrôle des pensions privées. Ces principes, repris par l'OCDE⁶³³, ne se démarquent pas réellement de ceux posés par la directive n° 2003/41/CE. Ils sont les suivants : la législation nationale doit fixer des objectifs clairs et explicites de contrôle des personnes ; les autorités de contrôle des pensions doivent bénéficier d'une indépendance opérationnelle ; elles doivent disposer des ressources adéquates, notamment sur le plan humain et financier et des pouvoirs d'investigation et d'exécution nécessaires pour s'acquitter de leurs fonctions et atteindre leurs objectifs ; le contrôle des pensions doit viser à atténuer les risques auxquels les régimes de retraite sont les plus exposés ; les autorités de contrôle doivent s'assurer que les contraintes d'investigation et d'exécution sont proportionnelles aux risques qu'elles cherchent à atténuer et que leurs actions sont cohérentes ; ces autorités doivent consulter les organes placés sous leur supervision et coopérer avec d'autres autorités de contrôle ; elles doivent traiter les informations confidentielles comme il se doit, exercer leurs activités de façon transparente, respecter leur code de gouvernance et rendre des comptes.

206. Le Livre blanc « Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables » diffusé par la Commission européenne le 16 février 2012 précisait que la directive relative aux institutions de retraite professionnelle ferait l'objet d'une révision visant à « *faciliter plus encore les activités transfrontières des IRP et à moderniser la surveillance de celles-ci, en tenant compte des différents types d'IRP existant dans les Etats membres* »⁶³⁴. La Commission ajoutait que « *cette révision a pour but d'assurer l'égalité de traitement par rapport à la directive Solvabilité II (...)* »⁶³⁵. Cette annonce avait fait réagir les partenaires sociaux européens et les représentants des régimes de retraite professionnelle⁶³⁶.

⁶³³ OCDE, Principes de l'OCDE sur la réglementation des pensions professionnelles - Méthodologie pour l'évaluation et la mise en œuvre, 2011, p. 96 et s.

⁶³⁴ Livre blanc relatif à « une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables », 16 févr. 2012 (COM(2012) 55 final), p. 14.

⁶³⁵ Livre blanc relatif à une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables, 16 févr. 2012 (COM(2012) 55 final), p. 19.

⁶³⁶ Liaisons sociales Europe 2012, n° 299, p. 7 : « *un représentant spécial du gouvernement a été dépêché à Bruxelles pour défendre la position des Pays-Bas auprès des institutions européennes et des autres Etats*

L'évolution la plus probable alors envisagée était celle d'un rapprochement, en matière de contrôle financier, entre la réglementation applicable aux organismes de retraite et celle concernant les entreprises d'assurance⁶³⁷.

207. La proposition législative de la Commission du 27 mars 2014. - Si la Commission souhaite refondre la directive n° 2003/41/CE, la proposition de directive du 27 mars 2014⁶³⁸ ne prévoit toutefois pas l'instauration de nouvelles règles de solvabilité, une analyse plus approfondie étant nécessaire avant de prendre une décision sur ce sujet. En revanche, un titre V, consacré à la surveillance prudentielle, est inséré dans la directive de 2003. L'article 60 décide que la surveillance prudentielle à laquelle sont soumises les institutions de retraite professionnelle concerne également : les conditions de fonctionnement, les provisions techniques, le financement de ces provisions, les fonds propres réglementaires, l'exigence de marges de solvabilité, la marge de solvabilité disponible, les règles d'investissements, la gestion de portefeuille, les conditions régissant les activités, les informations à fournir aux autorités compétentes. L'article 61 énonce des « principes généraux de la surveillance prudentielle ». L'article 63 impose aux Etats membres de veiller à ce que les autorités compétentes se soumettent, selon une fréquence minimale, à un processus de

membres. Les Néerlandais s'opposent à la proposition de directive sur les institutions de retraite complémentaire. Ils estiment que les projets de la Commission vont mettre à mal les 800 milliards d'euros de réserve de leurs fonds de pension ». Les partenaires sociaux européens (Business Europe, CES, CCEP, UEAPME) et les représentants européens des institutions de retraite professionnelle (AEIP, EFAMA, EFRP, EVCA) ont réagi vivement à la suite de la publication du Livre blanc sur les retraites qui prévoit notamment la révision de la directive n° 2003/41/CE du 3 juin 2003 et, en particulier, les règles de solvabilité, qui s'inspireraient de la directive : « nous croyons qu'il est dangereux d'appliquer une législation faite pour les compagnies d'assurances aux institutions de retraite professionnelle. Il existe des différences fondamentales entre elles. Tout effort visant à harmoniser la réglementation est fondé sur une logique erronée et pourrait avoir des conséquences imprévues pour les adhérents aux régimes de retraite, pour les institutions et l'économie dans son ensemble » (Liaisons sociales Europe 2012, n° 298, p. 10). V. également : Bruxelles renforce les règles pour les fonds de pension, Les Echos, 21 mai 2012, p. 37.

⁶³⁷ Au-delà des positions conservatrices classiques, les propositions de manquent pas, certains auteurs suggérant même d'appliquer les principes de finance comportementale aux fonds de pension, ce qui permettrait de « réfléchir sur le mode de régulation et surtout le mode d'évaluation de ces investisseurs institutionnels » (C. DUNEUFGERMAN, La finance comportementale : un enjeu pour les fonds de pension, in The « Visible Hand », European and Global Perspectives on Financial Market Regulation and Economic Governance / La « main visible », perspectives européennes et globales sur la régulation des marchés financiers et la gouvernance économique, dir. F. SNYDER, A. SONNTAG, W. SHEN, Bruylant 2012, p. 482).

⁶³⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (refonte), 27 mars 2014 (COM(2014) 0167 final).

contrôle prudentiel. Ce titre V ne met aucune contrainte supplémentaire à la charge des institutions de retraite professionnelle. Il s'agit sans doute pour la Commission, tout en rappelant son attachement aux principes de solvabilité, de rassurer les organismes de retraite qui craignent de devoir supporter des contraintes identiques à celles que supportent les organismes assureurs.

Par ailleurs, l'article 29 de la proposition de directive met à la charge des institutions de retraite professionnelle des exigences renforcées en matière d'évaluation des risques liés aux retraites. Ces opérateurs sont tenus de procéder à leur propre évaluation des risques et de produire une évaluation de ceux liés aux retraites afin de « documenter » cette évaluation. Les obligations mises à la charge des institutions doivent tenir compte de leur taille, de leur organisation interne, de la nature, de la portée et de la complexité de leurs activités. Cette précision tient compte de l'argument de ces organismes selon lequel ils ne sont pas capables de supporter les contraintes imposées aux assureurs ; les obligations mises à leur charge doivent donc être adaptées. La proposition de directive prévoit également la périodicité de l'évaluation des risques liés aux retraites (régulièrement, et immédiatement après tout changement significatif du profil de risque de l'institution ou du régime de retraite). Elle fixe aussi son contenu : efficacité du système de gestion des risques ; besoins globaux de financement de l'institution ; capacité à respecter les exigences relatives aux provisions techniques ; évaluation qualitative de la marge pour variations défavorables dans le cadre du calcul des provisions techniques conformément à la législation nationale ; description des prestations de retraite ou du capital accumulé ; évaluation qualitative du soutien dont l'institution peut bénéficier de la part de l'entreprise d'affiliation ; évaluation qualitative des risques opérationnels supportés par tous les régimes de l'institution ; évaluation qualitative des risques nouveaux ou émergents liés au changement climatique, à l'utilisation des ressources et à l'environnement. L'avantage de ce dispositif est qu'il « responsabilise » les institutions de retraite professionnelle sans alourdir les contraintes administratives et financières qui pèsent sur elles. L'objectif affiché par la Commission est connu : restaurer la

confiance des entreprises et des bénéficiaires s'agissant des organismes de retraite complémentaire.

Enfin, l'article 33 précise, reprenant ici l'article 9, § 4 de la directive n° 2003/41/CE, qu'un Etat membre peut autoriser ou obliger les institutions établies sur son territoire à confier, en totalité ou en partie, leur gestion à d'autres entités opérant pour le compte des premières. Lorsqu'il est procédé à une telle « externalisation », les institutions conservent la responsabilité du respect des obligations qui leur incombent. Ainsi, l'« externalisation » ne doit pas être susceptible de : compromettre la qualité du système de gouvernance de l'institution concernée ; accroître indûment le risque opérationnel ; compromettre la capacité des autorités compétentes de vérifier que l'institution concernée se conforme à ses obligations ; nuire à la prestation continue d'un service satisfaisant aux affiliés et bénéficiaires. L'« externalisation » de fonctions par les institutions de retraite professionnelle n'a pas à être approuvée par les autorités de l'Etat concerné ; celles-ci doivent toutefois être informées de ce projet préalablement à sa mise en œuvre et en temps utile.

Section 2 - L'exercice de la liberté

208. Les libertés économiques, fondements de l'Union. - La liberté d'établissement, la libre circulation des marchandises, la libre circulation des personnes, des services et des capitaux constituent des « *fondements de la Communauté* » dès la signature du traité de Rome⁶³⁹. Une période transitoire de

⁶³⁹ Le droit d'établissement est posé aux articles 52 et suivants du traité de Rome. L'article 52 précise que « *la liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés [...]* ». Les articles suivants ont pour objet la suppression des restrictions à la liberté d'établissement qui existent à l'intérieur de la Communauté (J.-G. HUGLO, Droit d'établissement et libre prestation de services, JurisClasseur Europe Traité, fasc. 710, 2011). La libre prestation de services est visée aux articles 59 et suivants du traité. L'article 60 prévoit que

douze ans, soit jusqu'au 31 décembre 1969, était prévue pour réaliser le marché commun. Passé ce délai, tous les objectifs n'avaient pourtant pu être atteints. La Cour de justice a, dans une certaine mesure, pris le relais des pouvoirs politiques, tout du moins s'agissant de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services. Ainsi, l'arrêt *Reyners* du 21 juin 1974⁶⁴⁰ a précisé qu'« *en fixant à la fin de la période de transition la réalisation de la liberté d'établissement, l'article 52 [actuel 49 TFUE] prescrit [...] une obligation de résultat précise, dont l'exécution devrait être facilitée, mais non conditionnée, par la mise en œuvre d'un programme de mesures précises* » et que « *le fait que cette progressivité n'ait pas été respectée laisse entière l'obligation elle-même au-delà du terme prévu pour son exécution* ». L'arrêt *Van Binsbergen* du 3 décembre 1974 applique le même raisonnement à l'article 59 du traité (désormais 56 TFUE) relatif à la libre prestation de services⁶⁴¹.

L'Acte unique européen de 1986 a inséré dans le traité un article 8A, spécifiant que « *le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures, dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions* » du traité, propos que prolonge l'article 26 du TFUE selon lequel « *l'Union adopte les mesures destinées à établir ou assurer le fonctionnement du marché intérieur* », lequel est défini comme « *un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités* ». Les règles relatives à la liberté d'établissement et à la liberté de prestations de services figurent désormais aux articles 49 et suivants de ce traité.

« *sont considérés comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes* ». L'article 61 ajoute notamment que « *la libération des services des banques et des assurances qui sont liées à des mouvements de capitaux doit être réalisée en harmonie avec la libération progressive de la circulation des capitaux* ». La libre circulation des capitaux est énoncée à l'article 67 de ce texte, qui fixe comme objectif la suppression des « *restrictions aux mouvements de capitaux appartenant à des personnes résidant dans les Etats membres, ainsi que les discriminations de traitement fondées sur la nationalité ou la résidence des parties, ou sur la localisation du placement* ».

⁶⁴⁰ CJCE, 21 juin 1974, *Reyners*, aff. C-2-74 : Rec. p. 631.

⁶⁴¹ CJCE, 3 déc. 1974, *Van Bisbergen*, aff. C-33/74 : Rec. p. 1299.

209. Des libertés appliquées à la protection sociale complémentaire. - L'élimination des restrictions à la liberté d'établissement en matière d'assurance a fait l'objet des annexes 1, pour la réassurance, 2 pour l'assurance vie et 3 pour l'assurance non-vie du programme général du 18 décembre 1961⁶⁴². Les directives adoptées au cours des années 1960 et 1970 se sont attachées à la réalisation de cet objectif dans le secteur de l'assurance et, par extension, de la protection sociale complémentaire.

Les libertés garanties par l'Union constituent les moteurs de l'exercice, par les organismes intervenant dans le domaine de la protection sociale complémentaire, de leur activité (§ 1), même si certains facteurs freinent encore leur développement (§ 2).

§ 1. Les moteurs de l'exercice de la liberté

210. L'exercice de la liberté par les opérateurs spécialisés dans le domaine de la protection sociale complémentaire s'exerce autour de la liberté d'établissement (**A**) et de la libre circulation (**B**).

A. L'établissement

211. L'article 49 du TFUE décide notamment que « *la liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés [...]* ». L'article 54 du même traité précise que « *par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif* ». La notion de but lucratif paraît, de prime abord, exclure nombre d'acteurs de l'économie sociale de la liberté d'établissement, tels que les mutuelles, les

associations ou les fondations. Elle doit pourtant être interprétée de manière large ; elle s'entend « *de la non-gratuité de l'activité économique de la société ou de la personne morale* »⁶⁴³ de telle sorte qu'elle s'applique également aux organismes précédents⁶⁴⁴.

L'exercice de la liberté d'établissement pose la question du mode d'implantation de l'organisme spécialisé au sein de l'Etat sur le territoire duquel il souhaite s'installer. Les règles applicables issues des directives de troisième génération et, en particulier, le principe du « guichet unique » incitent à la « succursalisation » des implantations plus qu'à la « filialisation ». En effet, la filiale est soumise à l'agrément de l'autorité de contrôle du pays d'accueil, à l'inverse de la succursale. Un groupe d'assurance⁶⁴⁵ peut donc s'implanter au sein de l'Union au moyen d'une filiale située dans un Etat au sein duquel le contrôle est moins rigoureux, puis étendre son activité par le biais de succursales rattachées à cette filiale⁶⁴⁶. L'établissement dans un autre Etat sous la forme d'une succursale ou d'une filiale génère toutefois des lourdeurs sur le plan administratif, comptable et fiscal⁶⁴⁷.

B. La circulation

212. La notion de libre circulation des « personnes » désigne, sauf précision particulière, les personnes physiques. En effet, « *les personnes morales sont qualifiées à partir de leur nature et leur fonction comme entreprises, sociétés,*

⁶⁴² Le Conseil a adopté deux « programmes généraux » le 18 décembre 1961, l'un concernant la liberté d'établissement, l'autre concernant la libre prestation de services. Ces documents définissaient un plan de travail et listaient les secteurs d'activité concernés.

⁶⁴³ L. VOGEL, *Droit européen des affaires*, Dalloz 2013, 1^{ère} éd., n° 86, p. 103.

⁶⁴⁴ Des textes de droit interne ont la plupart du temps été adoptés pour les différentes catégories d'organismes (par exemple, l'article A510-1 du code de la mutualité pour les mutuelles).

⁶⁴⁵ Pour ne pas dire « groupe de protection sociale », dès lors que l'on connaît les difficultés de structuration que connaissent les organismes issus de l'économie sociale pour se développer à l'étranger, en particulier s'agissant des mutuelles.

⁶⁴⁶ Le niveau de contrôle opéré par les Etats membres souffre en effet d'un manque certain d'harmonisation (en ce sens, v. J. BIGOT, *Les difficultés de la libre prestation de services en assurance*, in *Etudes offertes à H. GROUDEL*, Litec 2006, p. 51).

⁶⁴⁷ En ce sens, T. DUMAS, *Le développement européen des sociétés d'assurance mutuelle françaises*, REUMA 2012, n° 325, p. 111 : « *établie de manière permanente dans l'Etat membre, la SAM doit ajouter aux obligations locales en matière d'assurance des obligations comptables et fiscales exonérées sous le régime de LPS. Elle doit donc procéder à une comptabilité très laborieuse pour se conformer aux réglementations de son Etat d'origine et de son Etat d'accueil* ». Selon cet auteur, Harmonie Mutuelle est,

*Etats... »*⁶⁴⁸. La libre circulation des services (1) et des capitaux (2) les concernent au premier chef.

1. La libre circulation des services

213. L'impulsion de la Cour de justice. - Les directives n° 73/239 du 24 juin 1973 et n° 79/267 du 5 mars 1979 ne traitaient que du libre établissement. Dans un second temps, les pouvoirs publics européens se sont saisis du problème de la libre prestation de services avec les directives n° 88/357 du 22 juin 1988 et n° 90/619 du 8 novembre 1990⁶⁴⁹. Cette évolution est intervenue à la suite d'un arrêt du 4 décembre 1986 rendu par la CJCE⁶⁵⁰ qui, statuant sur une question liée au secteur de l'assurance, a reconnu à un Etat membre le droit de prendre des mesures destinées à empêcher que la liberté de prestation de services ne soit utilisée par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire, mais qui s'est établi dans un autre Etat membre en vue d'échapper aux règles professionnelles qui lui seraient applicables s'il était établi sur le territoire de l'Etat où il exerce entièrement ou principalement ses activités. Cet arrêt a notamment reconnu la nécessité d'un agrément administratif octroyé par l'Etat d'accueil des entreprises d'assurance souhaitant exercer sous le régime de la libre prestation de services. La solution dégagée par la Cour avait une portée considérable, venant « *en fait admettre le morcellement du marché européen* »⁶⁵¹. Les pouvoirs publics européens sont donc intervenus afin de renforcer le cadre applicable en vue de l'exercice de la libre prestation de services. Mais de celle-ci, quelles sont l'étendue et la portée ?

pour l'heure, la seule société d'assurance mutuelle (SAM) à avoir opté pour une implantation selon le régime d'établissement.

⁶⁴⁸ L. DUBOIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien 2012, 6^e éd., n° 10, p. 15.

⁶⁴⁹ En France, la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 est venue porter adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen en assurant la réception en droit français de la directive du 22 juin 1988. Un livre V relatif aux opérations d'assurance réalisées en libre prestation de services a été inséré aux articles L. 351-1 et suivants du code des assurances (J. BIGOT, *La loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen*, JCP G 1990, 3437).

⁶⁵⁰ CJCE, 4 déc. 1986, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-205/84 : Rec. : p. 3755 ; RTD eur. 1987, p. 83, chron. J. BERR, H. GROUDEL.

⁶⁵¹ J. BIGOT, *Traité de droit des assurances*, tome 1 : entreprises et organismes d'assurance, LGDJ 2011, 3^e éd., n° 1140, p. 497.

214. Selon l'article 56 du TFUE, « *les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des Etats membres établis dans un Etat membre autre que celui du destinataire de la prestation* ». Le dernier alinéa de l'article 57 ajoute que « *sans préjudice des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement, le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans l'Etat membre où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que cet Etat impose à ses propres ressortissants* ». De même, l'article 57 définit les services comme « *les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes* ». Cette définition étant large⁶⁵², la Cour de justice a pu qualifier d'activité de services l'assurance⁶⁵³ ou les soins de santé⁶⁵⁴. Dans le même sens, les cotisations d'assurance retraite volontaire versées par un travailleur indépendant ont été considérées comme la contrepartie économique des pensions qui lui seront servies lors de la cessation d'activité⁶⁵⁵.

215. Libre établissement et libre prestation. - La distinction entre libre établissement et libre prestation de services est parfois malaisée. Ainsi, « *à la différence de l'établissement [...] qui suppose que l'entreprise s'implante dans le pays où elle déploie tout ou partie de ses activités, la prestation de services*

⁶⁵² Le service est également défini de manière extensive par l'article 4 de la directive n° 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (Dir. n° 2006/123/CE, relative aux services dans le marché intérieur : JOUE n° L 376, 27 déc. 2006, p. 36), dite « Bolkenstein », comme « *toute activité économique non salariée exercée normalement contre rémunération* » (S. HENNION, Les aspects sociaux de la directive n° 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JCP E, 2007, 1430). Cette directive ne s'applique en revanche pas au secteur de la protection sociale complémentaire, dans la mesure où son article 2 exclut de son champ d'application les activités d'assurance et de retraites professionnelles, lesquelles font l'objet de directives sectorielles. Sur le champ d'application de ce texte, v. L. CHABAUD, La directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur. Les exclusions explicites : article 2, *in* La directive services, En principe et en pratique, dir. C. FERRARI-BREEUR, Bruylant 2011, p. 21.

⁶⁵³ CJCE, 30 janv. 2007, Commission c/ Danemark, aff. C-150/04 : Rec. p. 1163 ; M. LE BARBIER-LE BRIS, Protection sociale d'entreprise, JCP E 2007, 2568.

⁶⁵⁴ CJCE, 28 avr. 1998, Kohll, aff. C-158/96 : Rec. p. 1931 ; RDSS 1998, p. 616, obs. J.-Ph. LHERNOULD ; P. MARVIDIS, Une libéralisation des soins de santé?, Droit social 1999, p. 172 ; S. VAN RAEPENBUSCH, La jurisprudence sociale récente de la Cour de justice des Communautés européennes (Mars 2000 - Février 2003), JSL 2003, n° 129.

⁶⁵⁵ CJCE, 3 oct. 2002, Danner, aff. C-136/00: Rec. p. 8147 ; Europe 2002, 418, comm. L. IDOT.

internationale (ou transfrontière) consiste à exécuter un marché, fournir une assistance ou un conseil, bref exercer une activité sans qu'il y ait implantation [...]. La frontière entre l'établissement et la prestation de services, protégés l'un et l'autre comme libertés fondamentales, est d'un intérêt capital, puisque l'entreprise qui s'établit dans un Etat membre est soumise aux mêmes règles que les entreprises locales, celles qui y sont déjà établies, tandis que l'entreprise prestataire échappe, dans une large mesure, aux règles locales, celles qui sont applicables dans le pays où le service est assuré »⁶⁵⁶. Le Professeur Vogel constate que « pour distinguer la liberté d'établissement de la libre prestation de services, le juge européen se réfère [...] aux conditions de durée et, surtout, de stabilité, spécifiques à la notion d'établissement »⁶⁵⁷. En effet, selon la Cour, « l'existence d'un établissement stable est la négation même de la liberté fondamentale de prestation de service »⁶⁵⁸.

2. La circulation des capitaux

216. Un principe essentiel à l'essor transnational de la protection sociale complémentaire. - Ainsi que le constatait le Professeur Bigot en 2010 « *le marché européen de l'assurance se construit encore principalement par la création de liens capitalistiques transfrontaliers, alors que la circulation internationale des produits demeure embryonnaire* »⁶⁵⁹. Les restrictions à la libre circulation des capitaux ne sont justifiées que dans certaines circonstances. La Cour de justice admet que des raisons impérieuses puissent fonder une limitation de cette libre circulation des capitaux lorsque la mesure concernée repose sur un motif d'intérêt

⁶⁵⁶ A. LYON-CAEN, Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services, Quelques observations, Droit social 2005, p. 503.

⁶⁵⁷ L. VOGEL, Droit européen des affaires, Dalloz 2013, 1^{ère} éd., n° 92, p. 108.

⁶⁵⁸ CJCE, 25 oct. 2001, Commission c/ Allemagne, aff. C-493/99 : Rec. p. 8163 (point 19). V. également : CJCE, 7 févr. 2002, Commission c/ Italie, aff. C-279/00 : Rec. p. 1425. CJCE, 3 oct. 2002, Danner, aff. C-136/00 : Rec. p. 8147.

général, non discriminatoire et proportionné à l'objectif poursuivi⁶⁶⁰. Ont ainsi été reconnues comme raisons impérieuses d'intérêt général la protection des travailleurs⁶⁶¹, la protection de l'ordre social⁶⁶², la protection de la santé⁶⁶³ ou encore la prévention d'une atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale⁶⁶⁴.

§ 2. Les freins à l'exercice de la liberté

217. Les freins à l'exercice par les organismes spécialisés de leurs activités sur le territoire de l'Union européenne tiennent à l'absence de cadre contractuel **(A)** et à la survivance de barrières fiscales **(B)**. Dans ces deux domaines, les Etats membres ont, pour l'essentiel, « *conservé le pouvoir d'imposer leurs règles nationales aux assureurs étrangers ou, du moins, aux opérations qu'ils réalisent sur leur territoire* »⁶⁶⁵.

A. L'absence de cadre contractuel

218. **L'absence d'harmonisation.** - L'engagement entre l'employeur et l'opérateur spécialisé dans la protection sociale complémentaire relève de la technique contractuelle. L'objectif des autorités européennes est de parvenir à une unification des règles applicables en la matière, en particulier en matière d'assurance. Néanmoins, les particularismes locaux restent forts⁶⁶⁶. A l'inverse du

⁶⁵⁹ J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances*, tome 1 : entreprises et organismes d'assurance, LGDJ 2011, 3^e éd., n° 1121, p. 489.

⁶⁶⁰ V., notamment : CJCE 1^{er} déc. 2005, *Burtscher*, aff. C-213/04 : Rec. p. 10309 ; Europe 2006, 49, comm. L. IDOT ; CJCE, 10 févr. 2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegel Betriebsgmbh*, aff. C-436/08 : Rec. p. 305 ; CJCE, 15 mai 2003, *Doris Salzmann*, aff. C-300/01 : Rec. p. 4899 ; Europe 2003, 242, comm. L. IDOT.

⁶⁶¹ CJCE, 17 déc. 1981, *Webb*, aff. C-279/80 : Rec. p. 3305.

⁶⁶² CJCE, 24 mars 1994, *Schindler*, aff. C-275/92 : Rec. p. 1039.

⁶⁶³ CJCE, 1^{er} févr. 2001, *Mac Quen*, aff. C-108/96 : Rec. p. 837.

⁶⁶⁴ CJCE, 28 avr. 1998, *Kohll*, aff. C-158/96 : Rec. p. 1931 ; JCP G. 1998, 189, note M.-C. BOUTARD LABARDE.

⁶⁶⁵ B. LABILLOU, *La régulation du marché européen de l'assurance*, *Economica* 2003, p. 9.

⁶⁶⁶ L'un des exemples les plus fréquemment cités par les commentateurs pour démontrer le fossé existant dans la conception du droit des assurances au sein des Etats membres est la distinction entre assurance vie et assurance non-vie. Cette séparation est très marquée en droit français et en droit allemand, alors qu'elle demeure toutefois ignorée au Royaume-Uni ou en Belgique (B. BEIGNIER, *Droit des assurances*, Montchrestien 2011, n° 32, p. 45). Cette divergence, pour importante qu'elle soit, n'apparaît toutefois pas insurmontable. Notons, en effet, que l'édifice européen sur lequel s'appuie nécessairement le droit interne de

secteur bancaire, « *qui connaît de longue date des instruments similaires d'un pays à l'autre, l'assurance est profondément ancrée dans les traditions juridiques nationales. Ses relations avec la responsabilité civile sont une explication. L'harmonisation des droits matériels du contrat d'assurance apparaît alors comme une entreprise très ambitieuse, que le législateur communautaire s'est à ce jour gardé d'entreprendre* »⁶⁶⁷. Dès lors, « *le droit du contrat d'assurance reste [...] un droit purement national* »⁶⁶⁸, d'autant qu'il n'existe pas de définition du contrat d'assurance en droit européen⁶⁶⁹. Les réflexions sur ce point se sont succédé depuis la fin des années 1970, à tel point qu'il apparaît que l'harmonisation du droit du contrat de l'assurance est « *l'arlésienne du droit communautaire de l'assurance* »⁶⁷⁰. Ainsi, une proposition de directive a été présentée par la Commission en juillet 1979 pour harmoniser le droit du contrat d'assurance⁶⁷¹ ; une seconde le fut en décembre 1980⁶⁷². Faute de volonté politique et en raison des particularismes locaux, celle-ci fut retirée en août 1993⁶⁷³. En effet, « *échaudées par plusieurs échecs successifs, les autorités communautaires ont finalement estimé que l'harmonisation ou la coordination des droits nationaux du contrat d'assurance ne constituait pas un préalable indispensable à la*

chaque Etat membre est conçu sur la base de directives « vie » ou « non-vie ». De même, le droit de l'Union ne connaît pas cette distinction en matière de réassurance, l'agrément délivré pour exercer cette activité visant tout à la fois la réassurance vie, la réassurance non-vie et tout type d'activité de réassurance.

⁶⁶⁷ C. GAVALDA, C. PARLEANI, Droit des affaires de l'Union européenne, LexisNexis 2010, 6^e éd., n° 350, p. 223 ; dans le même sens : J. BIGOT (dir.), Traité de droit des assurances, tome 1 : entreprises et organismes d'assurance, LGDJ 2011, 3^e éd., n° 1120, p. 489.

⁶⁶⁸ B. BEIGNIER, Droit des assurances, Montchrestien 2011, n° 32, p. 45.

⁶⁶⁹ Il en va de même en France. En revanche, certains Etats membres de l'Union ont défini le contrat d'assurance. Ainsi, en droit belge, il est présenté comme « *un contrat en vertu duquel, moyennant le paiement d'une prime fixe ou variable, une partie, l'assureur, s'engage envers une autre partie, le preneur d'assurance, à fournir une prestation stipulée dans le contrat au cas où surviendrait un événement incertain que, selon le cas, l'assuré ou le bénéficiaire, a intérêt à ne pas voir se réaliser* » (art. 1^{er}, A) L. belge du 25 juin 1992). Au demeurant, cette définition n'est pas adaptée à la protection sociale complémentaire, dans la mesure où elle ne tient compte ni du caractère tripartite des opérations inhérentes à cette matière, ni *a fortiori* de la technicité propre à l'assurance de groupe et à la mutualisation du risque qui la caractérise.

⁶⁷⁰ B. LABILLOY, La régulation du marché européen de l'assurance, *Economica* 2003 p. 9.

⁶⁷¹ Proposition de directive du Conseil visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant le contrat d'assurance, 10 juill. 1979 (COM(79) 355).

⁶⁷² Proposition modifiée de directive du Conseil visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant le contrat d'assurance, 30 déc. 1980 (COM(80) 854).

⁶⁷³ Et également en raison des hésitations des assureurs eux-mêmes sur ce point (Comité européen des assurances, 12^e colloque juridique international des 4-7 octobre 1991, L'application du droit du contrat d'assurance dans le marché unique européen, droit applicable, dispositions d'ordre public, conventions internationales, LGDJ 1992, p. 39 et s.).

réalisation du marché unique de l'assurance »⁶⁷⁴. Les pouvoirs publics européens se sont dès lors concentrés sur la réalisation du marché commun en libéralisant la prestation de services, se bornant, dans les deuxièmes directives assurance, à établir les règles applicables au contrat en cas de conflit de lois⁶⁷⁵. Les conséquences de cette absence de cadre commun se font d'autant plus sentir que la Cour de justice a reconnu qu'« *il existe des raisons impérieuses liées à l'intérêt général qui peuvent justifier des restrictions à la libre prestation de services* » dans la mesure où « *le secteur de l'assurance constitue un domaine particulièrement sensible du point de vue de la protection du consommateur en tant que preneur d'assurance et assuré* »⁶⁷⁶. Si l'intérêt général n'est pas défini par les textes de droit de l'Union européenne, la Cour a jugé que cette notion recouvre notamment « *la protection sociale, la protection des consommateurs, la prévention de la fraude, l'ordre social, la cohérence fiscale, la sécurité routière, la protection des créanciers, ou encore la loyauté des transactions commerciales* »⁶⁷⁷.

219. En l'absence d'harmonisation, les organismes spécialisés dans le domaine de la protection sociale complémentaire sont contraints de maîtriser les règles applicables au contrat d'assurance dans tous les Etats membres au sein desquels ils souhaitent s'implanter, ce qui constitue, en raison des divergences réelles entre les différentes législations⁶⁷⁸, un frein à leur développement⁶⁷⁹ en dehors de leur

⁶⁷⁴ J.-M. BINON, H. CLAASSENS, La protection sociale complémentaire en droit européen : cadre général, acquis et questions pendantes, *in* La protection sociale complémentaire dans l'Union européenne, la problématique des pensions et des soins de santé / De Anvullende sociale voorzieningen *in* de Europese Unie, pensioenen en gezondheidszorg, dir. C. VAN SCHOU BROECK Academia-Bruylant 2003, p. 68.

⁶⁷⁵ Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR L., Droit des assurances, Dalloz 2011, n° 76, p. 73.

⁶⁷⁶ CJCE, 4 déc. 1986, Commission c/ Allemagne, aff. C-205/84 : Rec. p. 3755.

⁶⁷⁷ B. DUBUISSON, L'intérêt général en droit communautaire de l'assurance : la réaction thermidorienne, RGAT 1995, p. 809. V. également : B. LABILLOY, La régulation du marché européen de l'assurance, *Economica* 2003, p. 10.

⁶⁷⁸ Pour des exemples de divergences de législations en matière de contrat d'assurance, v. B. LABILLOY, La régulation du marché européen de l'assurance, *Economica* 2003, p. 38 (la proposition contractuelle d'assurance engage le preneur en Allemagne mais pas en France, en Allemagne ou au Royaume-Uni ; le contrat entre en vigueur à la date de signature en France et à la date du paiement des primes en Allemagne, etc.).

⁶⁷⁹ « *Vingt-six milliards d'euros par an ! Ce sont l'équivalent du volume d'échanges intra Union européenne perdus chaque année. Les responsables sont désignés : les droits nationaux. Par leur multiplicité et leur diversité, ils découragent et entravent les transactions transfrontières* » (L.-F. PIGNARRE, Le très spécial avant le général : l'impossible droit commun, *in* Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats, dir. C. QUEZEL-AMBRUNAZ, Université de Savoie 2012, p. 167). V. également : communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité des régions, Examen annuel de la

marché domestique et renforce la logique consistant à privilégier les alliances avec des organismes implantés dans divers Etats plutôt que de se développer dans un cadre intégré.

220. Le document portant sur « le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle » réalisé au mois de juillet 2011 par la direction générale des politiques internes classe les législations applicables aux mutuelles au sein des Etats membres en cinq catégories : la soumission des mutuelles au droit des assurances ou à la législation commerciale et financière, certaines dispositions spécifiques aux mutuelles pouvant exister (Autriche, Belgique, Danemark, Grèce, Lettonie, Malte, Pays-Bas, Pologne, Roumanie, Slovénie et Suède) ; la soumission des mutuelles au droit des assurances ou à la législation commerciale et financière lorsqu'elles exercent une activité d'assurance ou à une législation spécifique lorsqu'elles exercent une activité de prévoyance et de secours (Belgique, Espagne, France, Italie, Hongrie, Luxembourg, Portugal) ; l'application conjuguée du droit des assurances, de la législation commerciale et financière et d'une législation spécifique (Irlande et Royaume-Uni) ; l'absence totale de disposition juridique concernant les mutuelles (Chypre, Estonie, Lituanie, République tchèque, Slovaquie) ; la distinction entre les grandes mutuelles, qui se voient appliquer les règles applicables aux assurances ainsi que la législation commerciale et financière, et les petites mutuelles, régies par une législation spécifique⁶⁸⁰.

Cependant, même s'il n'existe pas, pour l'heure, de droit commun des assurances - et donc du contrat - applicable en matière de protection sociale complémentaire, les règles s'harmonisent progressivement, notamment sous l'impulsion des nombreuses directives parues depuis les années 1970, contribuant à la mise en place d'un marché commun de l'assurance.

croissance - Avance dans la réponse globale apportée par l'Union européenne à la crise, 12 janv. 2010 (COM(2011) 11 final).

⁶⁸⁰ Document portant sur « Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle » réalisé au mois de juillet 2011 par la direction générale des politiques internes à la demande de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, p. 26.

221. Le modèle français de l'assurance⁶⁸¹. - En France, le contrat d'assurance couvrant un régime de protection sociale complémentaire doit respecter des règles relevant du droit commun du contrat d'assurance et des règles relatives à l'assurance de groupe.

Le contrat d'assurance couvrant un tel régime doit respecter les grands principes prévus par le code des assurances : être écrit⁶⁸² ; contenir des mentions obligatoires, en particulier : les noms et domiciles des parties contractantes, la chose ou la personne assurée, la nature des risques garantis, le moment à partir duquel le risque est garanti et la durée de cette garantie, le montant de cette garantie, la prime ou la cotisation de l'assurance ; viser la loi applicable au contrat lorsque ce n'est pas la loi française ; indiquer l'adresse du siège social de l'assureur et, le cas échéant, de la succursale qui accorde la couverture, le nom et l'adresse des autorités chargées du contrôle de l'entreprise d'assurance qui octroie celle-ci⁶⁸³. Par ailleurs, des clauses doivent apparaître en caractères très apparents. Certaines clauses de déchéance sont nulles⁶⁸⁴. Enfin, lorsque le contrat concerne la prévoyance décès ou la retraite, les dispositions du code des assurances relatives aux assurances sur la vie doivent être respectées⁶⁸⁵.

222. L'assurance de groupe. - La protection sociale complémentaire d'entreprise nécessite, en France, de recourir à la technique de l'assurance de groupe⁶⁸⁶, qui se définit comme « *le contrat souscrit par une personne morale ou un chef d'entreprise en vue de l'adhésion d'un ensemble de personnes répondant à des conditions définies au contrat, pour la couverture des risques dépendant de la durée de la vie humaine, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la*

⁶⁸¹ G. COURTIEU, Assurances de groupe - Observations et règles générales, JurisClasseur Responsabilité et Assurances Traité, 2014, fasc. 518.

⁶⁸² Art. L. 112-3, C. ass.

⁶⁸³ Art. L. 112-4, C. ass.

⁶⁸⁴ Art. L. 113-11, C. ass.

⁶⁸⁵ Art. L. 132-1 et s., C. ass.

⁶⁸⁶ E. ROUEIL, Essai sur le contrat d'assurance collective, thèse Orléans, 1998 ; F. BERDOT, L'assurance de groupe après les réformes législatives du 31 déc. 1989, RGAT 1990, 775.

personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ou du risque de chômage »⁶⁸⁷. Ce mécanisme repose sur le principe de la stipulation pour autrui⁶⁸⁸.

L'assurance collective telle qu'elle existe actuellement a vu le jour aux Etats-Unis au début du XX^e siècle et a été importée en France sous le Front populaire⁶⁸⁹. Elle s'est, pendant une longue période, développée en France sans cadre juridique précis⁶⁹⁰. Deux lois contenant des dispositions relatives à l'assurance de groupe ont été adoptées en France le 31 décembre 1989 : la loi n° 89-1014 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture des marchés européens, dite loi « Bérégovoy » ; la loi n° 89-1009 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, dite loi « Evin ». Ce sont ces textes qui lui ont donné un cadre juridique. L'article 16 du premier texte a introduit dans le code des assurances quatre articles relatifs à l'assurance de groupe, les actuels articles L. 141-1 à L. 141-5. Le second texte traduit un effort législatif d'harmonisation des dispositions applicables en matière de prévoyance, « *terrain privilégié de l'assurance de groupe* »⁶⁹¹. L'assurance de groupe est une technique « *largement utilisée par les entreprises au profit de leurs salariés. Tout le monde y trouve son compte : les assurés individuels parce que les primes sont moins onéreuses que s'il s'agissait de conclure un contrat particulier et que les formalités sont réduites au minimum ; de son côté, l'assureur peut parier sur un volume de clientèle à la fois important et diversifié quant aux risques surtout si, comme cela est licite en*

⁶⁸⁷ Art. L. 141-1, C. ass. ; J. BIGOT, La loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen, JCP G 1990, 3437.

⁶⁸⁸ D.-R. MARTIN., La stipulation de contrat pour autrui, D. 2004, 145 ; P. GIRON, Protection sociale complémentaire par capitalisation : droit et fiscalité, LGDJ 1993, p. 78 et s. ; L. MAYAUX, Les grandes questions du droit des assurances, LGDJ 2011, n° 84, p. 57.

⁶⁸⁹ J. BIGOT (dir.), Traité de droit des assurances, tome 4 : les entreprises de personnes, LGDJ 2007, n° 772 et 773, p. 340 et 341.

⁶⁹⁰ Non sans humour, il a été noté que « *les assurances de personnes sont un peu comme les téléphones mobiles. Tout le monde s'en sert, mais personne ne sait exactement comment cela fonctionne, mis à part les spécialistes* » (J. BIGOT (dir.), Traité des assurances : les assurances de personnes, tome 4, LGDJ 2007, p. X).

⁶⁹¹ M. BIGOT-GONCALVES, Les assurances de groupes, PUAM 2009, n° 41, p. 37.

certains cas, l'adhésion est obligatoire, ce qui élimine tout danger d'antisélection. C'est une sorte de mutualité au sein de la mutualité »⁶⁹².

L'assurance de groupe a fait l'objet de réformes depuis les lois du 31 décembre 1989. Certaines concernent la protection sociale complémentaire. Ainsi, l'article 41 de la loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, dite loi « Madelin », dispose que « *les contrats d'assurance de groupe, définis par les articles L. 140-1 à L. 140-5 du code des assurances et l'article L. 311-3 du code de la mutualité, peuvent être souscrits, au profit de ses membres, par un groupement comportant un nombre minimum de personnes qui exercent une activité non agricole ou ont exercé cette activité et bénéficient à ce titre d'une pension de vieillesse* »⁶⁹³. Plus récemment, la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014, relative à l'économie sociale et solidaire a inséré, dans le titre du code des assurances relatif aux assurances de groupe, un chapitre V contenant des dispositions portant sur la coassurance de certaines opérations collectives avec les organismes d'assurance relevant du code de la sécurité sociale et du code de la mutualité⁶⁹⁴.

223. La loi Evin a aménagé deux régimes différents, selon que l'adhésion au contrat d'assurance de groupe instituant des garanties de protection sociale complémentaire est obligatoire ou facultative. Lorsque le régime est obligatoire, l'organisme assureur ne peut opérer une quelconque sélection médicale au sein du groupe⁶⁹⁵. Lorsqu'elle est facultative, il est permis à l'assureur de refuser la prise en charge des états pathologiques antérieurs sous conditions⁶⁹⁶. Par ailleurs, en matière d'assurance facultative, la relation unissant l'organisme assureur et le

⁶⁹² B. BEIGNIER, Droit des assurances, Montchrestien 2011, n° 313, p. 370.

⁶⁹³ Selon la Fédération française des sociétés d'assurance, le nombre de contrats « Madelin » était d'environ 960.000 en 2011 (dossier épargne retraite, L'Argus de l'assurance, n° 7358-7359, 2014, p. 38).

⁶⁹⁴ Loi n° 2014-856, 31 juill. 2014, relative à l'économie sociale et solidaire : JORF n° 176, 1^{er} août 2014, p. 12666.

⁶⁹⁵ Art. 2, L. n° 89-1009, 31 déc. 1989 : JORF n°1, 2 janv. 1990, p. 13. La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi (JORF n° 138, 16 juin 2013, p. 9958), a précisé que cet article est également applicable au titre des anciens salariés bénéficiant de la portabilité en application de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale.

⁶⁹⁶ Art. 3, L. n° 89-1009, 31 déc. 1989 : JORF n°1, 2 janv. 1990, p. 13.

souscripteur du contrat n'est pas, à proprement parler, fondée sur un contrat d'assurance. Pour autant, la loi du 8 août 1994⁶⁹⁷ a introduit l'article L. 141-6 du code des assurances, décidant que le souscripteur, c'est-à-dire l'employeur, est le mandataire de l'organisme assureur, tant pour l'adhésion au contrat que pour l'exécution de celui-ci, à l'égard de l'adhérent, de l'assuré et du bénéficiaire⁶⁹⁸.

224. Le mécanisme du contrat d'assurance de groupe dépasse le cadre de la protection sociale complémentaire d'entreprise. Ainsi, l'article 107 de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003⁶⁹⁹ dispose qu'« *en complément des régimes de retraites obligatoires par répartition, toute personne a accès, à titre privé ou dans le cadre de son activité professionnelle, à un ou plusieurs produits d'épargne réservés à la retraite, dans des conditions de sécurité et d'égalité devant l'impôt* ». Dans ce cadre a été créé le plan d'épargne retraite populaire (Perp) qui est « *un contrat régi par l'article L. 141-1 dont l'exécution est liée à la cessation d'activité professionnelle et qui est souscrit par une association relevant de l'article L. 141-7 dénommé groupement d'épargne retraite populaire* »⁷⁰⁰. Le contrat d'assurance de groupe est ainsi souscrit par cette association auprès d'une entreprise d'assurance, d'une institution de prévoyance ou d'une mutuelle.

En revanche, le Perco relève - toutes proportions gardées - davantage de la technique du fonds de pension que de l'assurance de groupe. Ce plan doit présenter un caractère collectif. L'article L. 3342-1 du code du travail insiste sur le fait que « *tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de participation ou des plans d'épargne salariale bénéficient de [ses] dispositions* ». Le bénéfice du plan ne saurait donc être réservé à un seul salarié au sein d'une entreprise en occupant plusieurs, sous réserve de la condition d'ancienneté éventuellement prévue.

⁶⁹⁷ L. n° 94-678, 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 : JORF n° 184, 10 août 1994, p. 11655.

⁶⁹⁸ M. BIGOT-GONCALVES, Les assurances de groupes, PUAM 2009, n° 311, p. 153.

⁶⁹⁹ L. n° 2003-775, 21 août 2003, portant réforme des retraites : JORF n° 193, 22 août 2003, 14310.

⁷⁰⁰ Art. L. 144-2-I, al. 1 C. ass.

225. La nécessaire coordination. - Les tentatives d'harmonisation du droit du contrat applicable aux opérations de protection sociale complémentaire n'ayant, pour l'heure, pas abouti, seule la réglementation de coordination des normes nationales s'applique actuellement.

Des règles relatives aux conflits de lois et à la détermination de la législation applicable ont en effet été instituées à l'occasion des directives des 22 juin 1988 et 10 novembre 1992⁷⁰¹. L'article 7 du règlement « Rome I » du 17 juin 2008⁷⁰² pose les principes en vigueur. Hors « grands risques », c'est-à-dire les risques concernant les grandes entreprises, le choix offert aux parties est limité, celles-ci pouvant uniquement choisir comme loi applicable : la loi de tout Etat membre où le risque est situé au moment de la conclusion du contrat ; la loi du pays dans lequel le preneur d'assurance a sa résidence habituelle ; dans le cas d'un contrat d'assurance vie, la loi de l'Etat membre dont le preneur d'assurance est ressortissant ; dans le cas d'un contrat d'assurance couvrant des risques limités à des sinistres survenant dans un Etat membre autre que celui où le risque est situé, la loi de l'Etat membre de survenance ; lorsque le titulaire du contrat d'assurance exerce une activité commerciale, industrielle ou libérale et que le contrat d'assurance couvre deux ou plusieurs risques relatifs à ces activités situés dans différents Etats membres, la loi de l'un des Etats membres concernés ou la loi du pays de résidence habituelle du preneur d'assurance. Dans les premier, deuxième et dernier cas, lorsque les Etats membres mentionnés accordent une plus grande latitude dans le choix de la loi applicable au contrat d'assurance, les parties peuvent faire usage de cette liberté. À défaut de choix, le contrat est régi par la loi de l'Etat membre où le risque est situé au moment de la conclusion du contrat. Des règles supplémentaires s'appliquent aux contrats d'assurance couvrant des risques pour lesquels un Etat membre impose l'obligation de souscrire une assurance. Ces règles ont « *entendu protéger les souscripteurs de contrats d'assurance de risques de masse et d'assurance vie en restreignant une liberté de choix qui profite essentiellement aux assureurs* ». Le

⁷⁰¹ Art. 7, Dir. 88/357/CEE, 22 juin 1988 : JOCE n° L 172, 4 juill. 1988, p. 1 ; art. 2, Dir. 92/96/CE, 10 nov. 1992 : JOCE n° L 360, 9 déc. 1992, p. 1.

⁷⁰² Règl. n° 593/2008/CE, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), 17 juin 2008 : JOUE n° L 177/6, 4 juill. 2008, p. 6. Ce texte remplace la convention de Rome du 19 juin 1980.

mécanisme issu des textes de droit européen actuellement applicables a « *permis d'obtenir l'adhésion des Etats membres à la libéralisation du marché européen de l'assurance (objectif premier des directives) en permettant aux Etats consommateurs de continuer à appliquer leur droit national dans la majorité des cas, tout en n'obligeant pas les Etats libéraux à revenir sur leur politique libérale en matière contractuelle* »⁷⁰³.

B. La survivance de barrières fiscales

226. L'absence de rapprochement. - Dans la mesure où chaque Etat membre conserve une certaine autonomie en matière fiscale, il n'a pas à adapter sa législation pour la rendre compatible avec celle des autres⁷⁰⁴. Le rapprochement des fiscalités européennes permettrait pourtant de lutter plus efficacement contre les pratiques de dumping fiscal en opérant un rapprochement entre les règles fiscales de chacun⁷⁰⁵. C'est sans succès que les pouvoirs publics européens ont tenté de coordonner - sans même parler d'harmoniser - la fiscalité applicable dans le secteur de l'assurance dans le courant des années 1970⁷⁰⁶ alors même qu'il est admis que la fiscalité des Etats est susceptible de créer des entraves à la circulation des capitaux et que ceux-ci « *ont bien du mal à combiner leur souveraineté fiscale et l'interdiction de toute entrave à la liberté de circulation des capitaux* »⁷⁰⁷.

⁷⁰³ B. LABILLOY, La régulation du marché européen de l'assurance, *Economica* 2003, p. 206.

⁷⁰⁴ CJCE, 6 déc. 2007, *Columbus Container Services*, aff. C-298/05 : Rec. p. 10451. En revanche, la Cour de justice rappelle fréquemment que si la fiscalité directe relève de la compétence des Etats membres, il n'en demeure pas moins que ces derniers doivent exercer celle-ci dans le respect du droit communautaire (CJCE, 11 août 1995, *DLD Trading Company Import-Company*, aff. C-80/04, non publié au recueil ; CJCE, 10 mars 2005, *Laboratoires Fournier*, aff. C-39/04 : Rec. p. 2057 ; CJCE, 23 févr. 2006, *Van Hilten*, aff. C-513/03 : Rec., p. 1957).

⁷⁰⁵ C. EUZEBY, J. REYSZ, *La dynamique de la protection sociale en Europe*, PUG 2011, p. 90.

⁷⁰⁶ Proposition de directive de la Commission concernant l'harmonisation des impôts indirects grevant les assurances, 30 nov. 1972 ; proposition de directive de la Commission concernant l'harmonisation des dispositions relatives à l'imposition des revenus en relation avec la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, 21 déc. 1979. Ces textes ont tous deux été retirés par la Commission (J.-M. BINON, H. CLAASSENS, *La protection sociale complémentaire en droit européen : cadre général, acquis et questions pendantes*, in *La protection sociale complémentaire dans l'Union européenne, la problématique des pensions et des soins de santé / De Anvullende sociale voorzieningen in de Europese Unie, pensioenen en gezondheidszorg*, dir. C. VAN SCHOU BROECK Academia-Bruylant 2003, p. 74).

⁷⁰⁷ F. GIRARD DE BARROS, *Liberté de circulation des capitaux et fonds de pension étrangers : toute résistance est-elle bien utile?*, *Lexbase hebdo édition sociale* 2009, n° 341.

Ainsi, en application de l'article 157 de la directive n° 2009/138/CE, tout contrat d'assurance est exclusivement soumis aux impôts indirects et taxes parafiscales sur les primes d'assurance dans l'Etat membre où le risque est situé ou l'Etat membre de l'engagement.

227. L'importance des aspects fiscaux en matière de retraite complémentaire avait déjà été évoquée dans les réponses au Livre vert sur les retraites complémentaires paru en 1997⁷⁰⁸. Cette question demeure un point de friction entre la Commission et les Etats membres. C'est la raison pour laquelle la fiscalité a été exclue du champ d'application de la directive de 2003. Le Livre blanc « Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables » diffusé par la Commission le 16 février 2012 rappelle toutefois que « *les avantages fiscaux et les autres incitations financières [...] sont des leviers essentiels* »⁷⁰⁹. La Commission s'est bornée à adopter une communication portant sur l'élimination des entraves fiscales à la fourniture transfrontalière des retraites professionnelles, sachant que les entraves peuvent se situer au niveau des cotisations, des plus-values et rendements ou des prestations⁷¹⁰.

228. Le volontarisme de la Commission. - La Commission poursuit les Etats membres qui se rendent coupables de discrimination fiscale à l'égard des fonds étrangers. Le 5 février 2003, elle a mis en demeure le Danemark de modifier sa législation permettant de déduire les cotisations versées aux fonds de pension nationaux et non les cotisations versées aux fonds étrangers⁷¹¹. La même démarche avait été mise en œuvre à l'encontre de la France, de la Belgique, du Portugal et de l'Espagne⁷¹².

⁷⁰⁸ Résumé des réponses au livre vert sur les retraites complémentaires dans le marché unique, 6 avr. 1998 (COM(97) 283).

⁷⁰⁹ Livre blanc, Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables, 16 févr. 2012 (COM(2012) 55 final), p. 14.

⁷¹⁰ Communication de la Commission, Elimination des entraves fiscales à la fourniture transfrontalière des retraites professionnelles, 19 avr. 2001 (COM(2001) 214 final) ; E. RUCHAT, Retraites complémentaires et fonds de pension (L'arrêt Danner à la lumière des propositions de la Commission européenne), PA 2003, n° 35, p. 9.

⁷¹¹ Communiqué IP/03/179.

⁷¹² Communiqué IP/03/1756 ; Nouvelle charge de la Commission en faveur des fonds de pension, Liaisons sociales Europe 2003, n° 74.

Le 16 juin 2011, la Commission a adressé à la Pologne un avis motivé lui demandant de modifier sa législation applicable aux fonds d'investissement et aux fonds de pension provenant d'autres Etats membres de l'Union. Il apparaît que les fonds établis en Pologne ne sont pas assujettis à l'impôt sur les sociétés. Or, les fonds étrangers ne peuvent bénéficier de ce régime d'exonération qu'à la condition d'être assujettis à cet impôt dans leur Etat d'origine. Selon la Commission, ce dispositif ne respecte ni les règles relatives à la liberté de circulation des capitaux ni celles ayant trait à la liberté d'établissement⁷¹³.

De la même manière, elle a engagé des poursuites en 2011 à l'encontre de la France, en raison du régime de retenue à la source applicable aux fonds de pension et d'investissement étrangers. En effet, en application des articles 119 bis et 187 du code général des impôts, les dividendes versés aux fonds de pension et d'investissement étrangers sont soumis à une retenue à la source de 25 %, sous réserve du bénéfice du taux conventionnel réduit. A l'inverse, les dividendes distribués aux fonds de pension et d'investissement nationaux sont exonérés de retenue à la source⁷¹⁴. La Commission avait auparavant adressé un avis motivé à la France le 10 mars 2010⁷¹⁵.

229. L'appui des juges. - La Cour de justice a posé, dans l'arrêt Danner⁷¹⁶, le principe selon lequel un Etat membre ne peut adopter de législation fiscale restreignant ou excluant la faculté de déduire aux fins de l'impôt sur le revenu des cotisations d'assurance retraite volontaire versées à des prestataires de pensions établis dans d'autres Etats membres tout en accordant la faculté de déduire de telles cotisations lorsqu'elles sont versées à des organismes établis dans le premier Etat membre, si elle

⁷¹³ Lexbase hebdo édition sociale 2011, n° 445.

⁷¹⁴ Lexbase hebdo édition sociale 2011, n° 441.

⁷¹⁵ IP/10/300.

⁷¹⁶ CJCE, 3 oct. 2002, Danner, aff. C-136/00 : Rec. p. 8147 ; JCP E 2003, 1553, note F. KESSLER ; PA 2003, n° 35, p. 9, note E. RUCHAT. V. également : CJCE 26 juin 2003, Skandia, aff. C-422/01 : Rec. p. 6817 : « l'article 49 CE s'oppose à ce qu'une assurance souscrite auprès d'une compagnie établie dans un autre Etat membre et remplissant toutes les conditions d'une assurance complémentaire de retraite prévues par le droit national, à l'exception de celle d'avoir été souscrite auprès d'un assureur établi sur le territoire national, soit traitée différemment d'un point de vue fiscal, avec des effets en matière d'impôts sur le revenu qui, en fonction des circonstances de l'espèce, peuvent être moins favorables » ; PA 2003, n° 145, p. 11, note E. RUCHAT.

n'exclut pas en même temps le caractère imposable des pensions versées par lesdits prestataires. Des solutions similaires ont été retenues par la suite dans des affaires concernant des discriminations fiscales selon que le bénéficiaire d'une retraite complémentaire avait ou non recours à une institution de retraite professionnelle étrangère⁷¹⁷. Ainsi, l'impossibilité prévue par la législation fiscale du Danemark de déduire les cotisations versées à des institutions de retraite basées à l'étranger constitue une violation de la libre prestation de services, de la libre circulation des travailleurs et de la liberté d'établissement.

230. Dans une autre affaire opposant la Commission à la Pologne, la CJUE a jugé qu'un Etat membre ne saurait entraver les investissements d'un fonds de pension situé à l'étranger⁷¹⁸. En l'espèce, la législation polonaise plafonnait les investissements réalisés par les fonds de pension polonais à 5 % de leurs actifs. La Cour a logiquement constaté l'existence d'une restriction à la libre circulation des capitaux à l'égard des organismes polonais. Elle relève également qu'« *une réglementation nationale qui impose aux fonds de pension ouverts des limitations tant quantitatives que qualitatives s'agissant des investissements effectués en dehors du territoire national produit également un effet restrictif à l'égard des sociétés établies dans d'autres Etats membres en ce qu'elle constitue à leur encontre un obstacle à la collecte de capitaux dans l'Etat membre en cause, dans la mesure où l'acquisition notamment d'actions ou de parts d'organismes de placement collectif est limitée par ladite réglementation* ». La Cour a considéré que l'Etat polonais n'apportait pas la justification de ce que cette législation aboutissait à une raison impérieuse d'intérêt général au sens de l'article 56 du TCE, en l'occurrence l'intérêt de garantir la stabilité et la sécurité des actifs administrés par les fonds de pension⁷¹⁹. La Cour a en effet relevé que la restriction

⁷¹⁷ CJCE, 30 janv. 2007, Commission c/ Danemark, aff. C-150/04 : Rec. p. 1163 ; CJCE, 5 juill. 2007, Commission c/ Belgique, aff. C-522/04 : Rec. p. 5701 ; JCP E 2007, 2568, note M. LE BARBIER-LE BRIS.

⁷¹⁸ CJUE, 21 déc. 2011, Commission c/ Pologne, aff. C-271/09 : Rec., p. 13427 ; Europe 2012, comm. 82, F. GAZIN.

⁷¹⁹ « *S'agissant [...] de la justification alléguée au titre des raisons impérieuses d'intérêt général, il convient de reconnaître que l'intérêt de garantir la stabilité et la sécurité des actifs administrés par un fonds de pension, notamment par l'adoption de règles prudentielles, constitue une raison impérieuse*

à hauteur de 5 % était injustifiée, ce d'autant qu'il « *résulte de l'article 18, paragraphe 5, sous b), de la directive 2003/41 que les Etats membres sont tenus de ne pas empêcher les institutions de retraite professionnelle d'investir jusqu'à 30 % de leurs actifs dans des actifs libellés en monnaies étrangères et que, en application du paragraphe 6 de cet article, ce n'est que sur une base individuelle que les Etats membres peuvent imposer aux institutions établies sur leur territoire des règles de placement plus strictes que celles prévues au paragraphe 5 dudit article* »⁷²⁰.

231. Les juges internes sont également sensibles à l'application de ces principes. Ainsi, la France est-elle méfiante envers les fonds de pension, à plus forte raison s'ils sont étrangers. C'est dans ce cadre que le Conseil d'Etat a, dans un arrêt du 13 février 2009, abrogé deux instructions fiscales⁷²¹ qui avaient pour effet de soumettre les fonds de pension néerlandais à la retenue à la source prévue à l'article 119 bis du code général des impôts. Ces textes apportaient une restriction à la libre circulation des capitaux prévue par le traité, non justifiée par l'existence d'une différence de situation objective ou d'une raison impérieuse d'intérêt général⁷²². Ce dispositif créait en effet une différence de traitement entre les fonds de pension et caisses de retraite implantés aux Pays-Bas et ceux établis en France. La solution dégagée par le juge administratif est de portée générale : elle ne saurait se limiter aux seuls fonds néerlandais, ni même aux seuls organismes de retraite complémentaire. L'ensemble des organismes sans but lucratif est concerné dès lors qu'ils sont assujettis en France à une retenue à la source sur les dividendes versés par des sociétés françaises alors qu'ils en auraient été exonérés s'ils avaient été

d'intérêt général susceptible de justifier des restrictions à la libre circulation des capitaux » (Considérant 57).

⁷²⁰ Considérant 62.

⁷²¹ Instruction, 25 févr. 2005, BOI 4 J-1-05 ; instruction, 28 avr. 2005, BOI 4-J-2-05.

⁷²² Par exemple, la nécessité de sauvegarder la cohérence du système fiscal (CJCE, 28 janv. 1992, Bachmann, aff. C-204/90 : Rec. p. 249 ; CJCE, 7 sept. 2004, Manninen, aff. C-319/02 : Rec., p. 7477) ou l'efficacité des contrôles fiscaux (CJCE, 20 févr. 1979, Rewe-Central, aff. C-120/78 : Rec. 649). V. également : Communication interprétative de la Commission, Liberté de prestation de services et intérêt général dans le secteur des assurances, 16 févr. 2000 : JOCE n° C 43, 16 févr. 2000, p. 5.

établis en France⁷²³. Le propos s'inscrit dans le prolongement d'un arrêt rendu par la Cour de justice à propos d'un dispositif amenant une fondation culturelle sans but lucratif italienne à être imposée en Allemagne sur ses revenus tirés d'une location d'immeuble alors qu'elle en aurait été exonérée si elle avait été installée dans cet Etat⁷²⁴.

232. Conclusion du chapitre. - La politique adoptée par les pouvoirs publics européens est claire. L'exercice, par les organismes spécialisés, des libertés économiques issues des traités ne participe utilement à la constitution du marché intérieur en matière de protection sociale complémentaire que si les règles instituées pour permettre une concurrence équilibrée entre les opérateurs et pour protéger les bénéficiaires sont strictement respectées.

⁷²³ CE., 19 févr. 2009, n° 298108 ; Lexbase hebdo édition sociale 2009, n° 341, note F. DIEU ; S. AUSTRY et D. GUTMANN, Libertés communautaires et fonds de pension : suite, FR 15/09.

⁷²⁴ CJCE, 14 sept. 2006, Stauffer, aff. C-386-04 : Rec. p. 8203 : « le droit communautaire n'impose pas aux Etats membres de faire en sorte que les fondations étrangères reconnues d'intérêt général dans leur Etat membre d'origine bénéficient automatiquement de la même reconnaissance sur leur territoire. En effet, les Etats membres disposent, à cet égard, d'un pouvoir d'appréciation qu'ils doivent exercer conformément au droit communautaire [...] » (point 39). « Il n'en demeure pas moins que, lorsqu'une fondation reconnue d'intérêt général dans un Etat membre remplit également les conditions imposées à cette fin par la législation d'un autre Etat membre et a comme objectif la promotion d'intérêts de la collectivité identiques, ce qu'il appartient aux autorités nationales de ce dernier Etat, y compris les juridictions, d'apprécier, les autorités de cet Etat membre ne sauraient refuser à cette fondation le droit à l'égalité de traitement pour la seule raison qu'elle n'est pas établie sur leur territoire » (point 40).

Chapitre 2 - La concurrence entre les organismes

233. Le droit de la concurrence, un stimulant. - A côté des principes « *de libre circulation, les règles de concurrence sont l'autre face de la contraction du marché intérieur. Il faut en effet éviter que les comportements des entreprises ne recloisonnent ce qui a été décloisonné par voie de directives* »⁷²⁵. D'inspiration américaine, issu du Sherman Act de 1890, le droit de la concurrence s'est développé en Europe à compter de la fin de la Seconde guerre mondiale, en particulier en Allemagne. Mais aux Etats-Unis, « *la concurrence est une fin en soi* », alors qu'en Europe, elle « *n'est qu'un moyen pour parvenir au meilleur développement économique* » même si le traité de Lisbonne ne la présente désormais plus comme telle⁷²⁶.

Le droit de la concurrence a pris un poids considérable au sein de l'Union européenne : « *le cloisonnement, par les mesures étatiques, ou par les comportements d'entreprises, est le péché capital contre la construction européenne* »⁷²⁷. De même, « *si l'on parle de droit européen dans la presse, c'est bien souvent de droit de la concurrence dont il est question* »⁷²⁸. L'article 3 du TFUE décide que l'Union dispose d'une compétence exclusive s'agissant de l'élaboration des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur. Ces règles - qui figurent aux articles 101 et suivants du traité de Rome - concernent les ententes, les abus de position dominante, les concentrations et les aides d'Etat. Elles ont « *servi de stimulant à la construction du marché unique* »⁷²⁹.

234. Protection sociale complémentaire et droit de la concurrence. - Le développement de la concurrence entre les opérateurs de la protection sociale

⁷²⁵ J. BIGOT (dir.), Traité de droit des assurances, tome 1 : entreprises et organismes d'assurance, LGDJ 2011, 3^e éd., n° 1360, p. 593.

⁷²⁶ M. MALAURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, Sirey 2011, 5^e éd., n° 27, p. 16.

⁷²⁷ Ch. GAVALDA, G. PARLEANI, Droit des affaires de l'Union européenne, LexisNexis 2010, 6^e éd., n° 21, p. 16.

⁷²⁸ N. PETIT, Droit européen de la concurrence, Montchrestien 2013, n° 1.

complémentaire est lié au fait que celle-ci est devenue un produit de masse, couvrant une large partie de la population européenne⁷³⁰. La concurrence entre les différents organismes intervenant dans ce champ d'activité s'est intensifiée à la suite de l'adoption des directives de troisième génération en date des 18 juin et 10 novembre 1992 et de la mise en place du principe du « home country control »⁷³¹.

Dès lors, la protection sociale complémentaire ne saurait, pas plus que les autres branches du droit social⁷³², échapper à une « rencontre »⁷³³ avec le droit de la concurrence, voire à une « infiltration »⁷³⁴ par celui-ci⁷³⁵, d'autant que « *la conciliation entre la libre concurrence et la protection sociale est [...] l'un des enjeux clefs de l'intégration européenne, mais aussi l'un des plus problématiques, non seulement parce que les Etats-Providence européens se sont construits sur des principes tels que l'obligation et le monopole (public), tout à fait contraires à la concurrence, mais aussi parce que la protection sociale reste l'un des domaines où les compétences étatiques sont les plus fortes (et les plus fortement défendues)* »⁷³⁶.

⁷²⁹ C.-Th. BARREU, Le rôle de la concurrence en droit communautaire, *in* Concurrence et protection sociale en Europe, dir. P. HASSENTEUFEL, S. HENNION-MOREAU, PUR 2003, p. 15.

⁷³⁰ Ce qui, pour certains auteurs, est de nature à générer un risque supplémentaire de banalisation du secteur et de certains opérateurs aux spécificités pourtant marquées et, au premier chef, les mutuelles (D. LENOIR, La mutualité face à ses enjeux, RDSS 2009, p. 397).

⁷³¹ O. KAUFMANN, La concurrence dans l'assurance maladie allemande, *in* Concurrence et protection sociale en Europe, dir. P. HASSENTEUFEL, S. HENNION-MOREAU, PUR 2003, p. 245.

⁷³² Droit du travail, protection sociale (v. L. DRIGUEZ, Droit social et droit de la concurrence, Bruylant 2006).

⁷³³ A. LYON-CAEN, Droit social et droit de la concurrence. Observations sur une rencontre, *in* Les orientations sociales du Droit contemporain, Ecrits en l'honneur de J. SAVATIER, PUF 1992, p. 331 ; P.-H. ANTONMATTEI, S. DESTOURS, Convention collective et droit de la concurrence : nouvelle rencontre, Droit social 2003, p. 999.

⁷³⁴ G. LYON-CAEN, L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence, Droit ouvrier 1992, p. 313.

⁷³⁵ L. IDOT, Droit social et droit de la concurrence : confrontation ou cohabitation ?, Europe 1999, chron. 11 ; X. PRETOT, Le Conseil de la concurrence et la sécurité sociale, Droit social 1994, p. 722 ; Certains auteurs évoquent même « *la question de marier social et concurrence* » (A. GUEDJ, La protection sociale (sécurité sociale et régimes complémentaires) et le droit de la concurrence, PA 25 juin 1999, n° 126, p. 16). D'autres évoquent une « *tutelle renforcée* » du droit de la protection sociale par le droit de la concurrence (L. DRIGUEZ, Droit social et droit de la concurrence, Bruylant 2006, p. 239).

⁷³⁶ P. HASSENTEUFEL, S. HENNION-MOREAU, Présentation. Une perspective pluridisciplinaire, *in* Concurrence et protection sociale en Europe, dir. P. HASSENTEUFEL, S. HENNION-MOREAU, PUR 2003, p. 9.

L'analyse de la concurrence entre les organismes opérant dans le domaine de la protection sociale complémentaire suppose de définir le cadre (**Section 1**) au sein duquel les pratiques anticoncurrentielles sont régulées (**Section 2**).

Section 1 - La définition d'un cadre concurrentiel

235. La définition du cadre concurrentiel nécessite de cerner le marché (§ 1) sur lequel opèrent les organismes spécialisés dans le champ de la protection sociale complémentaire, eux-mêmes considérés comme des entreprises au sens du droit européen (§ 2).

§ 1. Le marché

236. Le marché, périmètre d'exercice de la concurrence. - Le marché se détermine par rapport au produit ou service concerné et à une zone géographique. La définition en fonction du produit ou du service fait appel à la notion de substituabilité : « *un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* »⁷³⁷. Il convient donc de tenir compte d'un faisceau d'indices comprenant essentiellement le prix moyen⁷³⁸, les caractéristiques propres du produit⁷³⁹, ses conditions d'utilisation⁷⁴⁰, les méthodes de commercialisation⁷⁴¹, la nature de la demande, et le coût de transport. La substituabilité est appréciée du

⁷³⁷ Communication de la Commission, Définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 9 déc. 1997 : JOCE n° C 372, 9 déc. 1997, p. 5.

⁷³⁸ CJCE, 21 févr. 1973, Continental Can, aff. 6/72 : Rec. p 215 ; CJCE, 9 nov. 1983, Michelin, aff. 322/81 : Rec. p. 3461.

⁷³⁹ La Cour de justice a ainsi considéré que le marché pertinent est « *l'ensemble des produits qui, en fonction de leurs caractéristiques, sont particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et sont peu interchangeables avec d'autres produits* » (CJCE, 9 nov. 1983, Michelin, aff. C-322-81 : Rec., p. 3461) ; V. également : CJCE, 14 févr. 1978, United Brands, aff. C-27/76 : Rec., p. 207.

⁷⁴⁰ TUE, T-427/08, CEAHR, 15 déc. 2010 : Rec. p. 5865.

⁷⁴¹ CJCE, 9 nov. 1983, Michelin, aff. C-322-81 : Rec., p. 3461.

côté de l'offre⁷⁴², laquelle n'est « retenue que dans la mesure où les offres concurrentes pourront satisfaire rapidement la demande ou plus généralement les besoins courants du consommateur »⁷⁴³ et de la demande.

Pour ce qui est du marché géographique, il comprend « le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable »⁷⁴⁴. Ainsi, l'appréciation géographique du marché dépend de critères propres à chaque produit ou service. Le principal critère est celui du coût du transport⁷⁴⁵. Lorsqu'ils sont corroborés par d'autres critères, tels que la réglementation ou le coût des prestations, les particularismes locaux peuvent servir à délimiter un marché : « au regard du droit européen, le marché de l'assurance directe est national, sauf pour certains risques tel le risque spatial ou celui lié à l'environnement »⁷⁴⁶.

237. Au-delà de la définition du marché, les autorités de concurrence cherchent à déterminer le pouvoir de marché des entreprises⁷⁴⁷. Ce dernier se définit comme « la capacité de pratiquer pendant une durée significative des prix supérieurs au niveau qui résulterait du jeu de la concurrence ou de maintenir pendant une durée significative la production en termes de quantité, qualité, diversité des produits ou en termes d'innovation à un niveau inférieur à celui qui résulterait du jeu normal de la concurrence »⁷⁴⁸.

⁷⁴² Commission, 22 juill. 1992, Nestlé c/ Perrier (C(92) 1686 final).

⁷⁴³ M. MALAURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, Sirey 2011, 5^e éd., n° 157, p 83.

⁷⁴⁴ Communication de la Commission, Définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 9 déc. 1997 : JOCE n° C 372, 9 déc. 1997.

⁷⁴⁵ CJCE, 11 juill. 1989, Belasco, aff. C-246-86 : Rec. p. 2117.

⁷⁴⁶ M. MALAURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, Sirey 2011, 5^e éd., n° 165, p. 87.

⁷⁴⁷ C. MONTET, Marché pertinent, pouvoir de marché : quelles définitions retenir ?, RLDA 2000, chron. 1427.

⁷⁴⁸ Communication de la Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81 § 3, du traité, 27 avr. 2004 : JOUE n° C 101, 27 avr. 2004, p. 97.

238. Par ailleurs, la notion de marché ne revêt pas la même importance selon que le comportement observé relève d'une entente, d'un abus de position dominante ou d'une concentration. Dans le premier cas, la Commission estime que « *lorsqu'il est possible de montrer les effets anticoncurrentiels directement en analysant le comportement des parties sur le marché* », il n'est pas nécessaire de définir celui-ci⁷⁴⁹. Dans le second cas, cette délimitation est indispensable⁷⁵⁰. Le contrôle des concentrations diffère des précédents dans la mesure où le marché est apprécié *a priori*⁷⁵¹ et où l'opération de concentration est susceptible de concerner plusieurs marchés⁷⁵².

239. Enfin, des accords en apparence purement internes peuvent affecter le commerce entre les Etats membres en restreignant la liberté des entreprises déjà établies ou en rendant plus difficile l'accès au marché⁷⁵³. Il en va ainsi, par exemple, lorsque la portée de l'accord s'étend à des risques situés en dehors du territoire interne concerné⁷⁵⁴, dans le cas d'une entente de prime abord interne entre des organismes d'assurance étrangers par l'intermédiaire de leurs succursales⁷⁵⁵ ou en présence, sur le marché interne concerné, d'organismes assureurs étrangers non parties à l'entente mais contraints de tenir compte de ses effets économiques⁷⁵⁶.

240. Marché et protection sociale complémentaire. - Si le secteur de l'assurance est perçu comme particulièrement concurrentiel au regard du nombre d'entreprises qui y opèrent et de la faiblesse relative des barrières à l'entrée⁷⁵⁷, il

⁷⁴⁹ Communication de la Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81 § 3, du traité, 27 avr. 2004 : JOUE n° C 101, 27 avr. 2004, p. 97.

⁷⁵⁰ « *Pas de marché caractérisé, pas de domination* » (C. GAVALDA, G. PARLEANI, Droit des affaires de l'Union européenne, LexisNexis 2010, 6^e éd. n° 623, p. 376).

⁷⁵¹ Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 9 déc. 1997 (97/C 372/03), § 12.

⁷⁵² C. GAVALDA, G. PARLEANI, Droit des affaires de l'Union européenne, LexisNexis 2010, 6^e éd., n° 721, p. 419.

⁷⁵³ CJCE, 27 janv. 1987, Verband des Sachversicherer, aff. C-45/85 : Rec. p. 405.

⁷⁵⁴ Commission, 30 mars 1984, Nuovo Cegam, 84/191/CEE.

⁷⁵⁵ Commission, 30 mars 1984, Nuovo Cegam, 84/191/CEE.

⁷⁵⁶ Commission, 20 déc. 1989, Concordato incendio, 90/25/CEE.

⁷⁵⁷ J. BIGOT (dir.), Traité de droit des assurances, tome 1 : entreprises et organismes d'assurance, LGDJ 2011, 3^e éd., n° 1383, p. 605.

peut toutefois être considéré comme étant trop large pour constituer un marché. Du moins peut-il être affiné en fonction des besoins de l'analyse. Selon le professeur Bigot, il existe en la matière « *trois grands marchés : celui de l'assurance sur la vie, celui de l'assurance non-vie, et celui de la réassurance. Les deux premiers sont en principe nationaux, tandis que le troisième est international, et mondial* ». Il indique toutefois que la mise en œuvre des règles de droit de la concurrence implique, en raison de l'application du critère de « substituabilité », une analyse économique plus concrète, dépassant les différentes branches énumérées par les directives⁷⁵⁸. D'autres auteurs relèvent que « *le marché de l'assurance santé est une incontestable réalité économique* », son développement s'expliquant par l'accroissement des dépenses de santé plus rapide que celle du PIB des Etats membres⁷⁵⁹.

241. Parmi les marchés pertinents dégagés par la Cour de justice et la Commission figurent le marché de la prévoyance complémentaire et de l'assistance⁷⁶⁰, ainsi que celui de l'assurance mutuelle⁷⁶¹. Le marché de l'assurance vieillesse complémentaire a également été reconnu, mais de manière implicite⁷⁶².

Sur le plan interne, la Cour de cassation a caractérisé l'existence d'un « *marché de l'assurance en général* », mutuelles comprises⁷⁶³. Le Conseil de la concurrence, saisi pour avis par le Conseil d'Etat, a admis l'existence d'un marché spécifique de la gestion extérieure des prestations visées par les droits exclusifs conférés à une mutuelle par l'Etat et un marché de la protection sociale complémentaire des agents publics⁷⁶⁴. Le Conseil d'Etat a adopté une position différente en mettant en

⁷⁵⁸ J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances*, tome 1 : entreprises et organismes d'assurance, LGDJ 2011, 3^e éd., n° 1384, p. 606.

⁷⁵⁹ M. DEL SOL, *La construction juridique du marché de l'assurance santé en Europe*, RDSS 2011, p. 197 ; PRECEPTA (XERFI), *Les stratégies dans l'assurance santé : constitution de pôles fédérateurs et politiques de différenciation*, 2008 ; M. KERLEAU, *Le nouveau cadre institutionnel de la protection sociale complémentaire d'entreprise : quels enjeux pour les mutuelles santé ?*, RECMA 2009, p. 15.

⁷⁶⁰ Commission, 23 juin 1995, n° IV/M.606, Générali/Comit/Prévinet.

⁷⁶¹ Commission, 25 oct. 1995, n° IV/M.644, Swiss Life/INCA.

⁷⁶² CJCE, 16 nov. 1995, FFSA, aff. C-244/94 : Rec. p. 4013.

⁷⁶³ Cass. com., 22 oct. 2002, n° 00-18.048.

⁷⁶⁴ Cons. conc., 31 déc. 2003, avis n° 03-A-21.

évidence, d'une part, l'existence d'un marché des prestations sociales de l'ensemble des agents publics, refusant de caractériser l'existence d'un marché du seul fait de l'existence d'une exclusivité délivrée par l'Etat et, d'autre part, suivant en cela l'analyse du Conseil de la concurrence, l'existence d'un marché de la protection sociale complémentaire des agents publics⁷⁶⁵.

§ 2. L'entreprise

242. Une conception finaliste de l'entreprise. - Le traité de Rome ne définit pas l'entreprise⁷⁶⁶. Cette notion a été modelée par touches successives par le juge européen⁷⁶⁷. Elle a d'abord été considérée comme « *une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachée à un sujet pleinement autonome, et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé* ». Dans un second temps, la Cour a retenu une définition fondée sur l'activité davantage que sur l'organisation, estimant que « *la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »⁷⁶⁸. Ce faisant, « *la notion d'entreprise au sens du droit de la concurrence est attachée, non à la personne juridique, mais à l'activité exercée* »⁷⁶⁹. Cette compréhension large a pour conséquence une « *relative perméabilité entre le droit social et le droit de la concurrence* »⁷⁷⁰, au risque de provoquer un « *guerre de religion* », l'idéologie pouvant rapidement prendre le dessus⁷⁷¹.

⁷⁶⁵ CE., 16 juin 2004, n° 235176 ; JCP E 2005, 277, note S. GRANDVUILLEMIN ; CCC 2004, 155, comm. M. MAULAURIE-VIGNAL ; Europe 2004, 370, comm. P. CASSIA, E. SAULNIER ; S. DESTOURS, Pas d'abus automatique de position dominante... faute d'automatisme, Revue Lamy de la concurrence 2005, n° 46.

⁷⁶⁶ L. ARCELIN, L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire, Litec 2003.

⁷⁶⁷ CJCE, 13 juill. 1962, aff. C-19/61, Mannesmann AG c/ Haute autorité : Rec. p. 675.

⁷⁶⁸ CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, Höfner c/ Macroton : Rec. p. 1979 ; M. KARPENSCHIFT, C. NOURRISSAT, Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne, PUF 2010, n° 38, p. 148. Les fonds de pension ne pouvaient dès lors échapper à cette qualification (CJCE 12 sept. 2000, aff. C-180/98 à C-184/98, Pavel Pavlov : Rec. p. 6451 ; RDSS 2011, p. 393, obs. F. MULLER).

⁷⁶⁹ M. MALAURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, Sirey 2011, 5^e éd., n° 86, p. 49.

⁷⁷⁰ S. HENNION-MOREAU, La notion d'entreprise en droit social communautaire, Droit social 2001, p. 957.

⁷⁷¹ J. BARTHELEMY, Le monopole des « L4 » en question, Droit social 1989, p. 389.

L'entreprise doit « être comprise comme désignant une unité économique [...], même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales »⁷⁷². Au regard d'un tel critère, les entreprises appartenant à un groupe peuvent être considérées comme constituant une seule entreprise en application du droit européen de la concurrence, qu'il s'agisse d'une société mère et de ses filiales ou de sociétés sœurs, dès lors qu'une influence déterminante est caractérisée ou qu'elles sont sous influence⁷⁷³. En revanche, la simple détention de participations ne suffit pas à conférer la qualité d'entreprise à un actionnaire⁷⁷⁴. L'approche du juge, « finaliste »⁷⁷⁵, reste « rebelle à la conceptualisation »⁷⁷⁶.

243. Entreprise et activité économique. - La notion d'« activité économique » a été définie par le juge européen comme consistant à « offrir des biens ou des services sur un marché donné »⁷⁷⁷, c'est-à-dire à fournir des « prestations [...] contre rémunération » ou, plus largement, en échange d'une « contrepartie économique »⁷⁷⁸. Un organisme sans but lucratif peut donc être considéré comme une entreprise⁷⁷⁹. Ainsi en est-il d'associations sans but lucratif exerçant une activité économique, en l'occurrence des organisations sanitaires assurant des services de transport d'urgence et de malades⁷⁸⁰. S'il n'est pas indispensable que

⁷⁷² CJCE, 14 déc. 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, aff. C-217/05 : Rec. p. 11987.

⁷⁷³ CJCE, 12 juill. 1984, Hydrotherm Gerätebau, aff. C-170/83 : Rec. p. 2999.

⁷⁷⁴ « La simple détention de participation, même de contrôle, ne suffit pas à caractériser une activité économique de l'entité détentrice de ces participations, lorsqu'elle ne donne lieu qu'à l'exercice des droits attachés à la qualité d'actionnaire ou d'associé, ainsi que, le cas échéant, à la perception de dividendes, simples fruits de la propriété d'un bien. En revanche, une entité qui, détenant des participations de contrôle dans une société, exerce effectivement ce contrôle en s'immisçant directement ou indirectement dans la gestion de celle-ci doit être considérée comme prenant part à l'activité économique exercée par l'entreprise contrôlée. Elle doit donc elle-même, à ce titre, être qualifiée d'entreprise » (CJCE, 10 janv. 2006, Cassa di Risparmio di Firenze, aff. C-222/04 : Rec., p. 289).

⁷⁷⁵ N. PETIT, Droit européen de la concurrence, Montchrestien 2013, n° 158, p. 75.

⁷⁷⁶ E. BERNARD, L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation, Revue internationale de droit économique 2009, p. 353.

⁷⁷⁷ TUE, 4 mars 2003, Fenin, aff. T-319/99 : Rec. p. 357.

⁷⁷⁸ CJCE, 27 sept. 1988, Humbel, aff. C-263/86 : Rec. p. 5365.

⁷⁷⁹ CJCE, 29 oct. 1980, Heintz van Landewyck, aff. C-209/78 : Rec. p. 3125.

⁷⁸⁰ CJCE, 25 oct. 2001, Glöckne, aff. C-475/99 : Rec. p. 8089. Il en a été jugé de même s'agissant d'une association à but non-lucratif qui organise des compétitions et qui contracte avec des assureurs ou des sponsors (CJCE, 1^{er} juill. 2008, Motosykletiski Omospondia Ellados NPID, aff. C-49/07 : Rec. p. 4863).

l'entité tire effectivement un profit de l'exercice de son activité, il faut en principe que celle-ci puisse être exercée dans ce but⁷⁸¹.

Dans une résolution du 19 février 2009 sur l'économie sociale, le Parlement européen a estimé « *que les entreprises de l'économie sociale ne devraient pas être soumises à la même application des règles du droit de la concurrence que les autres entreprises et qu'elles requièrent un cadre juridique sûr reposant sur la reconnaissance de leurs valeurs spécifiques, afin de pouvoir agir dans des conditions de concurrence équitables face aux autres entreprises* »⁷⁸². Certains auteurs soulignent que si les entreprises de l'économie sociale et solidaire sont soumises au droit de la concurrence, ses particularités pourraient inspirer certains aménagements des règles qui leur sont applicables. Toutefois, l'aménagement d'un régime distinct en matière de droit de la concurrence au profit de ces organismes, outre qu'il serait malaisé d'en tracer les contours, risquerait de créer un effet d'aubaine. La coopérative est, par exemple, une forme fréquemment utilisée par le secteur de la distribution pour structurer ses réseaux⁷⁸³.

244. L'exclusion des activités à caractère exclusivement social. - Le juge européen a exclu⁷⁸⁴ du champ d'application des normes en vigueur les activités reposant sur l'exercice de prérogatives « *typiquement de puissance publique* »⁷⁸⁵ et celles à caractère « *exclusivement social* », leur point commun étant l'absence de

⁷⁸¹ Il a ainsi été jugé qu'une « *fondation bancaire doit être considérée comme une entreprise, en tant qu'elle exerce une activité économique, nonobstant la circonstance que l'offre de biens ou de services est faite sans but lucratif, dès lors que cette offre se trouve en concurrence avec celle d'opérateurs poursuivant un tel but* » (CJCE, 10 janv. 2006, Cassa di Risparmio di Firenze, aff. C-222/04 : Rec. p. 289).

⁷⁸² Résolution du Parlement européen du 19 février 2009 sur l'économie sociale (2008/2250 (INI)).

⁷⁸³ Aut. conc., avis n° 10-A-26, 7 déc. 2010 ; G. JAZOTTES, L'entreprise de l'économie sociale et solidaire dans le jeu de la concurrence, RLDA 2013, suppl. n° 88, p. 42.

⁷⁸⁴ Certains auteurs ont observé que la jurisprudence « *quoique nombreuse, ne permet pas de tracer avec certitude les contours de la notion d'activité économique [...]. Au fond c'est de manière négative que la notion se laisse le mieux saisir* » (M. KARPENSCHIFT, C. NOURRISSAT, Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne, PUF 2010, n° 38, p. 148). D'autres considèrent ces critères inefficaces, poussant à la recherche de critères positifs (S. SCHILLER, L'entreprise : un nouveau sujet de droit, in L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire ?, dir. V. MAGNIER, PUF 2007, p. 19).

⁷⁸⁵ CJCE, 19 janv. 1994, Fluggesellschaft, aff. C-364/92 : Rec. p. 43 ; CJCE, 18 mars 1997, Cali, aff. C-343/95 : Rec. p. 1547 ; CJCE, 1^{er} juill. 2008, Motoe, aff. C-49/07 : Rec. p. 4863 ; CJCE, 26 mars 2009, Selex, aff. C-113/07 : Rec. p. 2207.

bénéfices. Lorsqu'une entreprise développe des activités dont une partie est à caractère exclusivement social et d'autres à caractère économique, la Cour de justice estime que seules les décisions prises dans le cadre des secondes sont soumises à l'application des règles du droit européen de la concurrence.

L'exception tenant au caractère exclusivement social de l'activité concerne notamment le domaine de la protection sociale. Dans l'arrêt Poucet et Pistre du 17 février 1993⁷⁸⁶, la Cour a considéré qu'une activité à finalité exclusivement sociale fondée sur les principes de solidarité nationale, dans laquelle les prestations versées sont légales et indépendantes du montant des cotisations, est dépourvue de but lucratif mais également de nature économique. Certains ont suggéré que la qualification d'entreprise n'aurait pas dû être exclue, quitte à faire bénéficier les organismes d'une exemption des règles du droit de la concurrence, afin de « *ne pas altérer la notion d'activité économique, tout en assurant un même résultat* »⁷⁸⁷. La position adoptée par les juges européens n'était toutefois pas totalement novatrice. Les juges français avaient déjà admis, au moins implicitement, que les mutuelles exercent une activité économique en matière de protection sociale complémentaire

⁷⁸⁶ CJCE, 17 févr. 1993, Poucet et Pistre, aff. C-159/91 et C-160/91 : Rec. p. 637 ; M. KARPENSCHIFT, C. NOURRISSAT, Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne, PUF 2010, n° 42, p. 161 ; J. BARTHELEMY, Sécurité sociale et concurrence : les limites de la compatibilité, *in* Mélanges C. MOULY, Litec 2000, p. 15 ; B. EDELMAN, Valeurs non marchandes et ordre concurrentiel, *in* Mélanges PIROVANO, FRISON-ROCHE 2003, p. 223 et s. ; F. KESSLER, Le droit de la concurrence appliqué aux institutions de la protection sociale : un aperçu de l'œuvre de la jurisprudence nationale du Conseil de la concurrence, *in* Mélanges PIROVANO, FRISON-ROCHE 2003, p. 401 et s. ; P. MAVRIDIS, Régimes complémentaires : droit de la concurrence ou droit social communautaire ?, *Droit social* 1998, p. 239. Dans le même sens, s'agissant d'un organisme italien, v. CJCE, 22 janv. 2002, Císal, aff. C-218/00 : Rec. p. 691 ; RDSS 2002, p. 533, obs. P.-Y. VERKINDT ; JCP E 2002, 1554, note M. LE BARBIER-LE BRIS. V. également : CJCE, 16 mars 2004, AOK Bundesverband, aff. C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01 : Rec. p. 2493. Dans ces affaires, la Cour a constaté la nature non économique des Fédérations des caisses allemandes d'assurance maladie (J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, C. LAMBERT, Actualité du droit communautaire, AJDA 2004, p. 1076). Il en a été jugé de même le 11 juillet 2006 concernant des entités publiques gestionnaires du système de santé espagnol (CJCE, 11 juill. 2006, Fenin, C-205/03 : Rec. p. 6295). Cette jurisprudence s'applique aussi aux caisses de retraite (CJCE, 27 oct. 2005, Casino, aff. C-266/04 à C-270/04, C-276/04 et C-321/04 à C-325/04 : Rec. p. 9481).

⁷⁸⁷ A l'occasion de l'arrêt Poucet et Pistre, il avait également été suggéré que la qualification d'entreprise n'aurait pas dû être exclue, quitte à faire bénéficier aux organismes d'une exemption à l'application des règles du droit de la concurrence, afin de « *ne pas altérer la notion d'activité économique, tout en assurant un même résultat* » (S. VAN RAEPENBUSCH, Développements récents de la jurisprudence sociale de la Cour de justice des Communautés européennes (août 1998 - février 2000), JSL 2003, n° 63) ; F. BARON, Marché intérieur et droit social de l'Union européenne, PUAM 1998, p. 499 ; v. également : F. KESSLER, Quelques observations à partir de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, RDSS 1997, p. 902.

les plaçant en concurrence avec les entreprises d'assurance⁷⁸⁸. La Cour de cassation s'est donc alignée sans difficulté sur la solution européenne⁷⁸⁹.

En revanche, la Cour de justice a précisé, dans l'arrêt Kattner du 5 mars 2009, que la poursuite d'une finalité sociale ne suffisait pas à exclure le caractère économique de l'activité⁷⁹⁰. La portée de cet arrêt, dont la logique n'est pourtant pas surprenante au regard des principes jurisprudentiels dégagés depuis vingt ans, a été débattue. Certains ont noté l'apparente incohérence de la décision⁷⁹¹ et fait part de leur inquiétude : l'arrêt s'attaquerait « *aux bases mêmes de tout régime de sécurité sociale fondé sur la solidarité puisqu'[il] conteste le principe de l'affiliation obligatoire* »⁷⁹². D'autres estiment ces craintes exagérées et considèrent que les régimes de sécurité sociale bénéficiant d'un monopole « *ne seront pas inquiétés pour la raison que leur équilibre financier dépend précisément du monopole qui leur est accordé* », de telle sorte que « *les Etats qui souhaitent conserver le monopole qu'ils accordent à leurs institutions de sécurité sociale n'auront guère de difficulté à démontrer qu'il répond à une exigence impérieuse d'intérêt général consistant à assurer l'équilibre financier du système* »⁷⁹³.

⁷⁸⁸ M.-H. MALEVILLE, Critères communs d'une structure méconnue : les mutuelles : JCP E 1992, 182, qui cite CA Paris, 6 nov. 1989 (D. 1990, 564, note D. THOUVENIN) et Cass. crim., 12 févr. 1990 (JCP G 1990, 21582, note Ph. CONTE) ; Conseil de la concurrence, rapport thématique 2008 : Droit de la concurrence et santé, La Documentation française 2009.

⁷⁸⁹ Cass. com., 6 avril 1993, six arrêts, CCC 1993, 151, obs. L. VOGEL.

⁷⁹⁰ CJCE, 5 mars 2009, Kattner, aff. C-350/07 : Rec. p. 01513 ; L. DRIGUEZ, Les institutions de protection sociale face au droit de la concurrence : confirmations ou inflexions ?, RDSS 2010, p. 1048. V. également, en ce sens : CJCE, 22 mai 2003, aff. C-355/00, Freskot : Rec. p. 05263.

⁷⁹¹ « *Soit le risque est assurable dans les conditions du marché, soit il ne l'est pas ; soit l'activité est économique, soit elle ne l'est pas. Mais on ne peut mélanger ces deux approches, du moins sans distinguer parmi les activités* » (RJS 2009, 613, obs. J.-Ph. LHERNOULD). Dans le même sens et du même auteur : J.-Ph. LHERNOULD, Le monopole des régimes de protection sociale à l'épreuve de la jurisprudence de la CJUE, Droit social 2011, p. 1265.

⁷⁹² L. DRIGUEZ, Les institutions de protection sociale face au droit de la concurrence : confirmations ou inflexions ?, RDSS 2010, p. 1048. V. également : D. LENOIR, Protection complémentaire : les dangers du développement concurrentiel, Droit social 1995, p. 753 ; J. LEONNET, obs. sous Cass. soc., 10 mars 1994, n° 91-11.56, Droit social 1994, p. 600.

⁷⁹³ R. PELLET, L'avenir des services sociaux non marchands en Europe, in Assurance et protection sociale, dir. J.-L. GILLET, D. LORIFERNE, X. PRETOT, Dalloz 2011, p. 57.

245. Une jurisprudence toute en nuances. - La jurisprudence, forgée à propos de caisses de retraite supervisées par l'Etat, a été confrontée à la multiplicité des organismes intervenant dans le champ de la protection sociale complémentaire. L'intégration des sociétés d'assurance, des mutuelles, des coopératives, des fonds de pension et, s'agissant de la France, des institutions de prévoyance dans le champ d'application des directives « assurances » a amené le juge européen à statuer sur l'application de ce régime d'exception à ces organismes dans la seconde partie des années 1990. L'arrêt fédération française des sociétés d'assurance du 16 novembre 1995 a marqué une première étape. Cette fédération avait saisi, avec d'autres, le juge administratif français afin d'obtenir l'annulation d'un décret créant un régime de retraite complémentaire facultatif au profit des personnes non salariées des professions agricoles et attribuant à une caisse nationale la gestion exclusive du régime. Les cotisations versées à cet organisme étaient fiscalement déductibles. Les sociétés d'assurance ont estimé que ce dispositif portait atteinte aux règles européennes de concurrence. Le juge administratif a saisi la Cour de justice d'un recours en interprétation. Celle-ci a jugé qu'un « *organisme à but non lucratif, gérant un régime d'assurance-vieillesse destiné à compléter un régime de base obligatoire, institué par la loi à titre facultatif et fonctionnant [...] selon le principe de la capitalisation est une entreprise au sens des articles 85 et suivants du traité CE [...] même si le régime qu'il gère comporte certains éléments de solidarité, limités et non comparables à ceux caractérisant les régimes obligatoires de sécurité sociale, [un tel organisme] exerce une activité économique en concurrence avec les compagnies d'assurance vie* »⁷⁹⁴.

Les fonds de pension néerlandais ont également constitué un terrain d'analyse récurrent pour la Cour de justice. Dans l'arrêt Albany du 21 septembre 1999⁷⁹⁵, une société s'était opposée au versement de cotisations au fonds de pension sectoriel de l'industrie textile, au motif que l'affiliation obligatoire à cet organisme

⁷⁹⁴ CJCE, 16 novembre 1995, FFSA, aff. C-244/94 : Rec. p. 4013 ; Droit social 1996, p. 82, obs. Ph. LAIGRE ; CE 7 juill. 2000, n° 198564, Rec. Lebon ; RJS 2001, 111 ; D. LENOIR, La mutualité face à ses enjeux, RDSS 2009, p. 397.

⁷⁹⁵ CJCE, 21 sept. 1999, Albany, aff. C-67/96 : Rec. p. 5751.

aurait été contraire aux principes de concurrence posés par le traité de Rome. Le juge européen a validé le monopole de gestion accordé à des fonds de pension obligatoires : « *en premier lieu, le faible niveau des prestations du régime légal confère, en pratique, une importance de premier ordre aux pensions servies par ces régimes complémentaires ; en deuxième lieu, l'obligation d'affiliation à un régime unique pour un secteur déterminé permet une mutualisation des risques plus satisfaisante ; en troisième lieu et enfin, la gestion du fonds repose sur une solidarité minimale, notamment du fait de l'indépendance des cotisations par rapport au risque, de la prise en charge de tous les travailleurs intéressés sans examen médical préalable ou encore de l'indexation des pensions* »⁷⁹⁶.

Dans un arrêt Brentjens du 21 septembre 1999⁷⁹⁷, la Cour de justice a considéré qu'un organisme de retraite complémentaire et de prévoyance néerlandais institué par accord collectif et auquel l'affiliation avait été rendue obligatoire par les pouvoirs publics constituait une entreprise dans la mesure où il déterminait lui-même le montant de ses cotisations qui dépendaient des résultats financiers des placements effectués, même si par ailleurs l'organisme avait une finalité sociale et si les cotisations étaient en partie fondées sur une base de solidarité.

La Cour retient une « *approche fonctionnelle* », en privilégiant une analyse de l'activité des organismes ainsi visés⁷⁹⁸. Selon certains, ces arrêts permettent de « *préserver, dans le contexte du marché intérieur et de la libre concurrence, les spécificités des régimes caractérisés par une dose de solidarité* » qui, sans égaler

⁷⁹⁶ X. PRETOT, La Cour de justice des Communautés européennes et les fonds de pension néerlandais, *Ad augusta per angusta...*, Droit social 2000, p. 106 ; F. DUPRAT, Clause de désignation et droit communautaire : une validation sous contrôle, *JSL* 1997, n° 47 ; J.-M. BINON, H. CLAASSENS, La protection sociale complémentaire en droit européen : cadre général, acquis et questions pendantes, *in* La protection sociale complémentaire dans l'Union européenne, la problématique des pensions et des soins de santé / De Anvullende sociale voorzieningen *in* de Europese Unie, pensioenen en gezondheidszorg, dir. C. VAN SCHOU BROECK Academia-Bruylant 2003, p. 132 et 133. Le droit néerlandais a été adapté pour se conformer aux exigences posées par le juge européen (Wet n° 2000/628, betreffende verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds, Staatsblad, 21/12/2000).

⁷⁹⁷ CJCE, 21 sept. 1999, Brentjens, aff. C-115/97 à C-117/97 : Rec. p. 6025 ; Droit social, 2000, p. 106, obs. X. PRETOT ; CCC 2000, 11, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO ; RTD eur., 2000, p. 768, chron. L. IDOT, J.-B. BLAISE ; L. GYSELEN, *Common Market Law Review* 2000, p. 425 ; A. NIJHENUIS, *The Application of EC Competition Law to Supplementary Pension Funds*, *Euredia* 2000/3, p. 340.

⁷⁹⁸ Conclusions de l'avocat général F. JACOBS, 28 janv. 1999, dans l'affaire Albany.

le niveau des systèmes de sécurité sociale, est révélatrice de la mission sociale particulière dont ils sont investis⁷⁹⁹.

246. Directive n° 2003/41/CE du 3 juin 2003. - L'impulsion jurisprudentielle a servi de moteur aux pouvoirs publics européens. L'article 2.2 c) de la directive n° 2003/41 du 3 juin 2003 exclut notamment de son champ d'application les organismes fonctionnant selon le mécanisme de la répartition.

247. Synthèse. - En bref, trois situations sont envisageables : *« selon le cas et ses caractères propres, l'organisme en cause échappera à la qualification d'entreprise et au droit de la concurrence, sera au contraire qualifié d'entreprise et pleinement soumis au droit de la concurrence, ou encore, suivant une solution tierce, recevra la qualification d'entreprise, mais ne sera soumis au droit de la concurrence qu'autant que celui-ci ne compromet pas la mission d'intérêt général qui lui a été confiée »*⁸⁰⁰.

Section 2 - La régulation des pratiques anticoncurrentielles

248. La régulation des pratiques anticoncurrentielles concerne les entreprises (**§ 1**) et les Etats (**§ 2**).

§ 1. Les entreprises

249. Le contrôle opéré sur les entreprises concerne leur comportement (**A**) et leurs structures (**B**).

⁷⁹⁹ J.-M. BINON, H. CLAASSENS, La protection sociale complémentaire en droit européen : cadre général, acquis et questions pendantes, *in* La protection sociale complémentaire dans l'Union européenne, la problématique des pensions et des soins de santé / De Anvullende sociale voorzieningen *in* de Europese Unie, pensioenen en gezondheidszorg, dir. C. VAN SCHOUBROECK Academia-Bruylant 2003, p. 133.

⁸⁰⁰ P. RODIERE, Droit social de l'Union européenne, LGDJ 2014, 2^e éd., n° 355, p. 395.

A. Le contrôle des comportements

250. Le contrôle du comportement des opérateurs intervenant dans le champ de la protection sociale complémentaire s'exerce à travers l'application de la réglementation relative aux ententes et aux abus de position dominante. Si la réglementation applicable dans ce domaine présente peu de particularités (1), de nombreuses situations particulières peuvent être relevées (2).

1. Une réglementation à faibles particularités

251. Le constat tiré de l'absence de spécificités de la réglementation européenne dans le champ du comportement des opérateurs de la protection sociale complémentaire concerne tant les ententes (a) que les abus de position dominante (b).

a. Les ententes anticoncurrentielles

252. Application de la réglementation des ententes à la protection sociale complémentaire. - Le premier paragraphe de l'article 101 du TFUE dispose que « *sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur [...]* ». Le troisième paragraphe de ce texte prévoit que ces dispositions peuvent être déclarées inapplicables à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises, à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans : 1) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour

atteindre ces objectifs ; 2) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

La Cour de justice a considéré dans l'arrêt *Verband der Sachversicherer* du 27 janvier 1987 que les activités d'assurance entraînent dans le champ d'application des règles communautaires⁸⁰¹. La solution s'imposait dès lors que le règlement n° 17/62 du 6 février 1962 relatif à l'application des articles 85 et 86 du traité de Rome (désormais 101 et 102 TFUE) n'excluait pas de son champ d'application le secteur des assurances (contrairement à l'avis de la Commission économique et financière de l'Assemblée européenne). Pour autant, dans ce même arrêt, la Cour a pris soin de souligner que *« cette constatation n'implique nullement que le droit communautaire de la concurrence ne permet pas de tenir compte des particularités de certaines branches d'activité économique. Il appartient, en effet, à la Commission, dans le cadre de sa compétence pour accord, conformément à l'article 101, paragraphe 3, des exemptions aux interdictions prévues par l'article 101, de tenir compte de la nature particulière de différents secteurs économiques, et des difficultés propres à ces secteurs »*.

253. Spécificités. - Les spécificités du secteur des assurances⁸⁰² ont amené les pouvoirs publics européens à adopter des règles particulières en matière d'ententes anticoncurrentielles. Un règlement du 31 mai 1991⁸⁰³ habilite la Commission à exempter un certain nombre d'accords par catégorie. Plusieurs règlements

⁸⁰¹ CJCE, 27 janv. 1987, *Verband der Sachversicherer*, aff. C-45/85 : Rec. p. 405.

⁸⁰² *« Le service d'assurance est fourni par la souscription de contrats entre un assureur et des particuliers, consommateurs ou industriels ; mais il se complète par la souscription de contrats entre assureurs. La coassurance, la réassurance, la rétrocession, les pools de coréassurance sont l'expression légale et manifeste de cette physiologie de la coopération, qui fait de l'assurance une activité unique, à double face, penchée vers l'extérieur (assumer les risques) et repliée vers l'intérieur (gérer en commun les risques assumés). Tout cela peut expliquer les difficultés d'application à l'assurance [...] des règles de concurrence établies de façon générale pour n'importe quel secteur économique. Il y a en effet le danger qu'en réglementant l'activité vers l'extérieur, l'activité d'assurance exercée à l'intérieur du système soit affectée »* (R. CAPOTOSTI, Les accords sur les calculs de primes, in *La politique européenne de concurrence en matière d'assurance / Het europees concurrentiebeleid in de verzekeringssector*, dir. G. LEVIE, H. COUSY, Academia-Bruylant 1994, p. 43).

⁸⁰³ Règl. n° 1534/91/CEE, 31 mai 1991, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances : JOCE n° L 143, 7 juin 1991, p. 1.

d'application de ce texte ont cependant progressivement réduit le champ de cette exemption catégorielle⁸⁰⁴. En dernier lieu, en application du règlement n° 267/2010 du 24 mars 2010, seuls les accords relatifs à la réalisation en commun de compilations, tables et études⁸⁰⁵ et ceux conclus au sein de « pools » d'assureurs relatifs à la couverture en commun de certains types de risques et sous certaines conditions⁸⁰⁶ sont concernés par le régime dérogatoire. La conséquence en est l'application des règles classiques du droit de la concurrence à un plus grand nombre d'accords qu'au début des années 1990.

b. Les abus de position dominante

254. L'absence de réglementation spécifique. - Les abus de position dominante sont prohibés par l'article 102 du TFUE⁸⁰⁷. La position dominante n'est pas, en elle-même, sanctionnée. Seul l'abus, qui doit être démontré, l'est.

⁸⁰⁴ Règl. n° 3932/92/CEE, 21 déc. 1992, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances : JOCE n° L 398, 31 déc. 1992, p. 7 ; Règl. n° 358/2003/CE, 27 févr. 2003, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances : JOCE n° L 53, 28 févr. 2003, p. 8 ; Règl. n° 267/2010/UE, 24 mars 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances : JOUE n° L 83, 30 mars 2010, p. 1 ; G. VERNIMMEN, Le règlement d'exception du 21 décembre 1992, historique, contexte, analyse et procédure, *in* La politique européenne de concurrence en matière d'assurance / Het europees concurrentiebeleid in de verzekeringsector, dir. G. LEVIE, H. COUSY, Academia-Bruylant 1994, p. 29 ; F. VON FÜRSTENWERTH, European Competition Rules in the Insurance Sector, *idem*, p. 65.

⁸⁰⁵ La Commission estime que ces accords sont susceptibles de favoriser les nouveaux entrants sur un marché national et la connaissance du risque par les petites entreprises (v. le rapport de la Commission sur l'application du règlement n° 3932/92, RGDA 1999, p. 1109).

⁸⁰⁶ G. SOUSSAN, Les accords sur la couverture en commun de certains types de risques, *in* La politique européenne de concurrence en matière d'assurance / Het europees concurrentiebeleid in de verzekeringsector, dir. G. LEVIE, H. COUSY, Academia-Bruylant 1994, p. 55.

⁸⁰⁷ « Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces

La position dominante n'est pas définie par les textes. Les juges considèrent qu'elle constitue « *le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs* »⁸⁰⁸. Elle est déterminée sur la base d'un faisceau d'indices reposant notamment sur l'analyse de la part de marché⁸⁰⁹, la situation des concurrents, la nature du marché⁸¹⁰, la nature de l'offre, le statut de l'entreprise, la fourniture d'un service d'intérêt économique général.

255. La réglementation des abus de position dominante ne présente pas de spécificité dans le secteur de la protection sociale complémentaire. La plupart des positions dominantes constatées sont nées de textes législatifs ou réglementaires nationaux plus que du comportement d'entreprises. La théorie de l'abus automatique⁸¹¹ et les services d'intérêt économique général⁸¹² constituent deux terrains sur lesquels des abus de position dominante peuvent être caractérisés⁸¹³.

Dans l'arrêt Brentjens du 21 septembre 1999, la Cour de justice a, dans un premier temps, rappelé qu'en vertu d'une jurisprudence constante⁸¹⁴, l'entreprise qui bénéficie d'un monopole légal sur une partie substantielle du marché peut être considérée comme occupant une position dominante au sens des dispositions du traité de Rome. Dans un second temps, elle a toutefois considéré que l'octroi de droits exclusifs à un organisme social ne constituait pas, en soi, un abus de position dominante : 1) dans la mesure où la suppression dudit droit exclusif

contrats ».

⁸⁰⁸ CJCE, 13 févr. 1979, Hoffman-Laroche, aff. C-85/76 : Rec. p. 461 ; M. MALAURIE-VIGNAL, L'abus de position dominante, LGDJ 2003 ; A.-S. CHONE, Les abus de position de domination, *Economica* 2010.

⁸⁰⁹ Condition nécessaire mais non suffisante : la détention, pendant une très courte période, d'une très forte part de marché ne constitue pas une position dominante si le monopole reste temporaire et si le marché reste ouvert (TPICE, 1^{er} déc. 1991, Hilti, aff. T-30/89 : Rec. p. 1439).

⁸¹⁰ CJCE, 14 févr. 1978, United Brands, aff. C-27/76 : Rec. p. 207.

⁸¹¹ V. infra, n° 272.

⁸¹² V. infra, n° 273 et s.

⁸¹³ CJCE, 15 nov. 1995, Commission c/ Italie, aff. C-244/84 ; CJCE, 23 mai 2000, Berliner Kindl Brauerei, aff. C-208/98 : Rec. p. 1741 ; CJUE, 16 sept. 2008, Sot. Lélou Kai Sia, C-468/06 à C-478/06 : Rec. p. 7139 ; CE 8 nov. 1996, n° 122644, Rec. Lebon.

⁸¹⁴ CJCE, 10 déc. 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, aff. C-179/90 : Rec. p. 5889.

« 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 »⁸¹⁵ ; 2) parce que le régime géré par le fonds se caractérise par un degré élevé de solidarité en raison, notamment, de l'indépendance des cotisations par rapport au risque ou de l'obligation d'accepter tous les travailleurs sans examen médical préalable. De telles contraintes rendent le fonds nécessairement moins compétitif qu'un service comparable fourni par les compagnies d'assurance et justifient le maintien du droit exclusif⁸¹⁶.

2. Les situations particulières

256. La protection sociale complémentaire entraîne la mise en œuvre des règles relatives aux ententes et abus de position dominante dans des situations particulières, notamment au sein des branches professionnelles (a) et des réseaux de soins (b).

a. Les branches professionnelles

257. Les clauses de désignation. - Lorsque l'accord de branche désigne l'organisme assureur - ce qui est fréquent - on dit qu'il contient une clause de désignation⁸¹⁷. Celles-ci existent dans plusieurs Etats de l'Union : en Allemagne, aux

⁸¹⁵ CJCE, 21 sept. 1999, Brentjens, aff. C-115/97 à C-117/97 : Rec. p. 6025.

⁸¹⁶ « La Cour aurait voulu à la fois faciliter l'accèsion des fonds de pension au marché intérieur et les conforter au regard des règles de concurrence, qu'elle ne s'y serait sans doute pas prise autrement » (D. GADBIN, Les fonds de pension obligatoire face au droit communautaire de la concurrence : des positions dominantes à préserver dans le futur marché intérieur des services financiers, Droit social 2001, p. 178).

⁸¹⁷ J.-J. DUPEYROUX, Les exigences de la solidarité. Observations sur la désignation d'une institution déterminée pour la gestion d'un régime complémentaire de prévoyance, Droit social 1990, p. 741 ; J. BARTHELEMY, Solidarité et accords de protection sociale complémentaire, in Analyse juridique et valeurs en droit social, études offertes à J. PELISSIER, Dalloz 2004, p. 27 ; I. PARIENTE-MERCIER, Conventions collectives de branche instituant des régimes de prévoyance et clauses de désignation, in Assurance et protection sociale, dir. J.-L. GILLET, D. LORIFERNE, X. PRETOT, Dalloz 2011, p. 217.

Pays-Bas⁸¹⁸. La question de leur validité au regard du droit de la concurrence est l'objet d'un débat nourri dans la mesure où elles excluent toute compétition économique au sein de la branche concernée entre les organismes spécialisés, posant la question de la caractérisation d'une entente ou d'un abus de position dominante.

Les entreprises d'assurance et les mutuelles estiment en outre, pour prendre l'exemple de la France, que les institutions de prévoyance sont favorisées par semblable clause en raison de leur organisation professionnelle et paritaire, à l'instar des branches professionnelles⁸¹⁹.

258. Les clauses de désignation ont d'abord été validées par la Cour de cassation⁸²⁰ avant d'être avalisées par la Cour de justice dans trois arrêts du 21 septembre 1999⁸²¹ confirmés dans un arrêt du 21 septembre 2000⁸²². Dans l'arrêt Albany, le juge européen a relevé que les objectifs de politique sociale poursuivis

⁸¹⁸ J. BARTHELEMY, Invalidation des clauses de désignation : une décision à haut risque. Critique de la décision des sages, Les Cahiers du DRH 2013, n° 202, p. 41.

⁸¹⁹ A la fin de l'année 2010, sur 244 conventions collectives nationales instituant un régime de prévoyance, 165 utilisent le mécanisme de la clause de désignation, 95 % de celles-ci désignant au moins une institution de prévoyance (I. PARIENTE-MERCIER, Conventions collectives de branche instituant des régimes de prévoyance et clauses de désignation, in Assurance et protection sociale, dir. J.-L. GILLET, D. LORIFERNE, X. PRETOT, Dalloz 2011, p. 217). Par ailleurs, selon Patrick PETITJEAN, président de l'Association pour la promotion de l'assurance collective : « avec les accords de branche, les courtiers et les agents généraux se voient progressivement exclus du marché ». De même, « le principe de la liberté de choix est fondamental, et celui de la totale expression d'une saisine concurrence n'est pas négociable ». Or « avec les accords de branche, certaines institutions de prévoyance se partagent le marché, au grand dam de beaucoup d'assureurs et de mutuelles » (L'Argus de l'assurance, n° 7276, 13 juill. 2012, p. 18). « L'appétit nouveau des institutions de prévoyance pour la complémentaire santé et l'épargne salariale rend ces questions plus sensibles. Déjà très performantes dans le domaine de l'assurance-santé, les institutions de prévoyance seront bien évidemment favorisées si la complémentaire santé s'intègre aux accords de branche et surtout si s'y ajoute l'épargne salariale » (C.-TH. BARREAU, Le rôle de la concurrence en droit communautaire, in Concurrence et protection sociale en Europe, dir. P. HASSENTEUFEL, S. HENNION-MOREAU, PUR 2003, p. 15).

⁸²⁰ Cass. soc., 10 mars 1994, n° 91-11.516, Bull. civ. V, n° 87 ; D. 1994, p. 302, note Ph. LANGLOIS ; v. également : CA Paris, 5 déc. 1990 : RDSS 1991, p. 465, obs. D. THOUVENIN.

⁸²¹ CJCE, 21 sept. 1999, Albany, aff. C-67/96 : Rec. p. 5751 ; CJCE, 21 sept. 1999, Brentjens, aff. C-115/97 à C-117/97 : Rec. p. 6025 ; CJCE, 21 sept. 1999, Drijvende Bokken, aff. C-219/97 : Rec. p. 6121 ; C. VIGNEAU, De la soustraction des accords collectifs aux règles communautaires de concurrence, JCP E 2001, 1032 ; X. PRETOT, La CJCE et les fonds de pension néerlandais, Ad augusta per angusta..., Droit social 2000, p. 106 ; D. GADBIN, Les fonds de pension obligatoires face au droit communautaire de la concurrence : des positions dominantes à préserver dans le futur marché intérieur des services financiers, Droit social 2001, p. 178 ; L. IDOT, Droit social et droit de la concurrence : confrontation ou cohabitation ?, Europe 1999, chron. 11.

⁸²² CJCE 21 sept. 2000, Van der Woude, aff. C-222/98 : Rec. p. 7111.

par de telles clauses seraient sérieusement compromis si les partenaires sociaux étaient soumis à la réglementation des ententes dans la recherche en commun de mesures destinées à améliorer les conditions d'emploi et de travail. En raison de leur nature et de leur objet, ces clauses en sont donc exclues.

L'arrêt AG2R Prévoyance du 3 mars 2011 a confirmé que l'article 101 du TFUE (ancien article 85 du traité de Rome) ne s'oppose pas à la décision des pouvoirs publics de rendre obligatoire, à la demande des organisations représentatives des employeurs et des salariés d'un secteur d'activité déterminé, un accord issu de négociations collectives qui prévoit l'affiliation obligatoire à un régime de remboursement complémentaire de frais de santé pour l'ensemble des entreprises du secteur concerné, sans possibilité de dispense⁸²³. Ces clauses de désignation sont d'ailleurs validées tant s'agissant de l'assurance santé que de la retraite⁸²⁴. Le Conseil d'Etat s'est aligné sur ces positions⁸²⁵.

Ces clauses ne sont toutefois pas autorisées de manière générale par la Cour de justice au regard du droit de la concurrence. En effet, « *un examen au cas par cas est nécessaire pour vérifier l'existence d'un « degré élevé » de solidarité et si l'assureur désigné offre des garanties satisfaisantes au regard du marché* »⁸²⁶. Ainsi, « *parce que c'est l'objectif de solidarité qui fait la force de la clause de désignation, il fera aussi sa faiblesse s'il vient à manquer* »⁸²⁷. Le contenu de la clause de l'accord de branche et la procédure au terme de laquelle l'organisme assureur est désigné doivent faire l'objet d'une attention particulière, respectueuse

⁸²³ CJUE, 3 mars 2011, AG2R Prévoyance, aff. C-427/09 : Rec. p. 7099 ; Droit social 2011, p. 1265, obs. J.-Ph. LHERNOULD ; Revue Lamy de la Concurrence, 2011 n° 28, p. 37, note S. DESTOURS ; F. DUPRAT, Clause de désignation et droit communautaire : une validation sous contrôle, JSL, 1997 n° 47.

⁸²⁴ CJCE, 21 sept. 1999, Albany, aff. C-67/96 : Rec. p. 5751.

⁸²⁵ CE., 7 juil. 2000, n° 198564, Rec. Lebon.

⁸²⁶ J.-Ph. LHERNOULD, La Cour de justice valide une clause de désignation, Liaisons sociales Europe, 2011, n° 273, p. 1. Dans le même sens : S. BEAL, M. HALLOPEAU, P. KLEIN, Validité et exercice des clauses de désignation avec obligation de migration des accords collectifs de prévoyance, JCP S 2011, 1146.

⁸²⁷ L. LAUTRETTE, Protection sociale complémentaire - la CJUE : un juge libéral ?, Cahiers de droit de l'entreprise 2011, dossier 6.

de la finalité sociale du régime : la solution dégagée par la jurisprudence n'a pas été de valider par principe toutes les clauses de désignation⁸²⁸.

En revanche, l'exigence de transparence dans la désignation d'un organisme assureur au sein d'une branche professionnelle n'impose pas le recours systématique à une procédure d'appel d'offres⁸²⁹. Toutefois, les pouvoirs publics français ont mis en place un système d'appel à concurrence en matière de participation de l'Etat et de ses établissements publics au financement de la protection sociale complémentaire de leurs personnels. Le décret n° 2007-1373 du 19 septembre 2007 a ainsi institué une procédure mettant en concurrence les organismes de protection sociale complémentaire à destination des fonctionnaires⁸³⁰. Il a été suggéré que les partenaires sociaux s'inspirent de ce mode opératoire pour garantir la sécurité de leurs dispositifs au regard des exigences de la jurisprudence européenne⁸³¹.

259. La conformité du droit des Etats membres autres que la France s'agissant d'adhésions rendues obligatoires par l'action d'organisations professionnelles a également été examinée par la Cour de justice. Dans les arrêts Albany, Brentjens et Drijvende Bokken⁸³², la Cour a considéré 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 la réglementation relative aux ententes. Dans l'arrêt Pavlov du 12 septembre 2000, l'adhésion à un fonds de pension néerlandais rendue obligatoire par décision ministérielle à la suite d'une demande

⁸²⁸ J. BARTHELEMY, Pourquoi la prévoyance collective échappe-t-elle partiellement aux règles de libre concurrence ?, Les Cahiers du DRH 2012, n° 190, p. 40.

⁸²⁹ L. LAUTRETTE, Clause de désignation et appel d'offres, les enseignements de l'arrêt de la CJUE du 15 juillet 2010, Droit social 2010, p. 1241 ; J. BARTHELEMY, Régime professionnel de prévoyance et libre prestation de services, SSL 2012, n° 1553, p. 5.

⁸³⁰ J.-D. DREYFUS, L'appel à concurrence en matière de subvention aux mutuelles. Décret n° 2007-1373 du 19 septembre 2007 relatif à la participation de l'Etat et de ses établissements publics au financement de la protection sociale complémentaire de leurs personnels, AJDA 2007, p. 2083.

⁸³¹ L. LAUTRETTE, Clause de désignation et appel d'offres : les enseignements de l'arrêt de la CJUE du 15 juillet 2010, Droit social 2010, p. 1241.

⁸³² CJCE, 21 sept. 1999, Albany, aff. C-67/96 : Rec. p. 5751 ; CJCE, 21 sept. 1999, Brentjens, aff. C-115/97 à C-117/97 : Rec. p. 6025 ; CJCE, 21 sept. 1999, Drijvende Bokken, aff. C-219/97 : Rec. p. 6121.

émanant d'une organisation syndicale représentative des membres d'une profession libérale, en l'occurrence des médecins, a été analysée comme portant atteinte à la libre concurrence, même si le juge a considéré qu'en l'espèce l'atteinte n'était que minime en raison de « *l'influence marginale et indirecte du coût du régime sur le coût final des services offerts par les médecins spécialistes indépendants* »⁸³³.

260. Au-delà des questions de droit de la concurrence, les clauses de désignation ont subi un coup d'arrêt très sévère en France à l'occasion de la décision n° 2013-672 DC du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013⁸³⁴. Ce dernier a déclaré contraire à la Constitution l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, fondement interne sur lequel ces clauses de désignation s'appuyaient, en ce qu'il contrevient à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle⁸³⁵. En effet, les clauses en débat ont pour conséquence que l'entreprise est « *liée avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini* » et que « *toutes les entreprises qui appartiennent à une même branche professionnelle peuvent se voir imposer non seulement le prix et les modalités de la protection complémentaire mais également le choix de l'organisme de prévoyance chargé d'assurer cette protection* ». Néanmoins, le Conseil constitutionnel n'interdit pas formellement qu'une présélection soit organisée par le législateur. Ce dernier « *peut*

⁸³³ « Une telle exclusion [...] ne saurait être étendue à un accord qui [...] vise certes à garantir un certain niveau de pension à tous les membres d'une profession et, partant, à améliorer l'une des conditions de travail de ces membres, à savoir leur rémunération, mais n'a pas été conclu dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux » (CJCE 12 sept. 2000, Pavel Pavlov, aff. C-180/98 à C-184/98 : Rec. p. 6451 ; obs. F. MULLER, RDSS 2001, p. 393). Pour une critique, v. J.-Ph. LHERNOULD, Nouvelles dérives libérales de la CJCE en matière de retraite complémentaire, Droit social 2000, p. 1114 : « *face à l'instabilité chronique de la CJCE sur ces questions, on voudrait croire, pour sortir de ce mauvais rêve, que cet arrêt n'est qu'un arrêt d'espèce, le juge ayant peut être été influencé dans sa motivation par le fait que les bénéficiaires du fonds de retraite complémentaire étaient des travailleurs indépendants. Si tel n'est pas le cas, c'est l'ensemble de la protection sociale qui est en grand danger, aujourd'hui les couvertures complémentaires solidaires et demain, pourquoi pas, les couvertures de base* ».

⁸³⁴ Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 : JORF 16 juin 2013 ; JCP E 2013, 839, note G. DUCHANGE ; B. SERIZAY, Protection sociale complémentaire : l'espoir !, JCP E 2013, 1395 ; R. PELLET, Les exigences constitutionnelles en matière d'assurance maladie à la lumière du droit de l'Union européenne, RDSS 2013, p. 85 ; G. ECKERT, Quelle place pour la libre concurrence ?, Revue juridique de l'économie publique 2014, comm. 18 ; J.-P. CHAUCHARD, La prévoyance complémentaire selon le Conseil constitutionnel, RDSS 2014, p. 601.

⁸³⁵ Ce dernier fondement peut surprendre. Dans une décision n° 94-348 DC en date du 3 août 1994 concernant la loi 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, le Conseil constitutionnel avait considéré « *qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de liberté contractuelle* ».

porter atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle dans un but de mutualisation des risques, notamment en prévoyant que soit recommandé au niveau de la branche un seul organisme de prévoyance proposant un contrat de référence y compris à un tarif d'assurance donné ou en offrant la possibilité que soient désignés au niveau de la branche plusieurs organismes de prévoyance proposant au moins de tels contrats de référence ». La remise en cause d'un texte datant de près de vingt ans⁸³⁶, sous-tendant un édifice patiemment construit et validé par l'ensemble des juridictions françaises et par la Cour de justice, n'a pas manqué de surprendre⁸³⁷, d'autant que sur environ 300 branches professionnelles⁸³⁸ ayant négocié un accord de protection sociale complémentaire, environ 70 % ont décidé de désigner un organisme assureur unique⁸³⁹. Les logiques développées par la Cour de justice et le Conseil constitutionnel ne sont toutefois pas nécessairement antinomiques, la première ayant apprécié la conformité des clauses de désignation au droit de la concurrence, le second les ayant examinées sous l'angle de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre⁸⁴⁰. Quoiqu'il en soit, la

⁸³⁶ Et trente ans de pratique conventionnelle (G. BRIENS, *Clauses de désignation : quelques réflexions « post-traumatiques »*, JCP S 2013, 1308).

⁸³⁷ G. BRIENS, *Clauses de désignation : quelques réflexions « post-traumatiques »*, JCP S 2013, 1308. Le Professeur ROUSSEAU considère, au contraire, que cette décision était, sur le plan du droit constitutionnel, tout à fait prévisible : « *je peux comprendre que les acteurs du monde économique et social aient été surpris par cette décision, car, jusqu'à présent, la Constitution n'était pas perçue comme un texte « sérieux »*. Or, c'est une tendance lourde, engagée depuis les années 2008-2010, la Constitution intéresse désormais tous les domaines sociaux et économiques. Ce qu'a voulu signifier le Conseil, c'est le passage progressif de l'Etat de droit à la société de droit. Les partenaires sociaux doivent aussi apprendre, dans leurs pratiques quotidiennes, à intégrer les principes constitutionnels » (D. ROUSSEAU, D. RIGAUD, *La décision du Conseil constitutionnel est limpide, propos recueillis par F. LIMOGES*, L'Argus de l'assurance 2013, n° 7327, p. 42). Jacques BARTHELEMY se montre très critique à l'égard de la décision du Conseil constitutionnel : « *il est inquiétant que les commentateurs de la décision des Sages ne prennent pas en compte le rôle de la solidarité qui permet de distinguer un simple système de prévoyance d'un régime de protection sociale. Dans ce cas, l'ambition des partenaires sociaux se limite à fixer la nature et le niveau des prestations, la clause de désignation étant illicite. Dans le second, on est sur le terrain de la « convention collective de sécurité sociale »* », selon l'expression du Professeur Paul DURAND. L'analyse du caractère inconstitutionnel de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale est également contestée. Le Conseil constitutionnel ferait une confusion sur la finalité de cet article, dans la mesure où « *cet article ne crée pas un droit pour les partenaires sociaux à mettre en place une clause de désignation. Il fixe seulement des contraintes, sous forme de clauses obligatoires, aux accords pour lesquels les signataires organisent un régime assorti d'une clause de désignation* ». En outre, le rôle du contrat d'assurance serait surestimé par rapport à l'acte fondateur de droit du travail. Enfin, « *la suppression des clauses de désignation porte atteinte au droit de négociation, qualifié de fondamental par les Chartes de 1989 et 2000, ainsi que par la Charte sociale européenne de 1961 révisée en 1995* » (J. BARTHELEMY, *Invalidation des clauses de désignation : une décision à haut risque. Critique de la décision des sages*, Les Cahiers du DRH 2013, n° 202, p. 41).

⁸³⁸ Sur environ 700 branches au total en France.

⁸³⁹ S. GERMAIN, *Recomposition annoncée dans la collective*, in *Dossier prévoyance collective*, L'Argus de l'assurance 2014, n° 7363, p. 46.

⁸⁴⁰ J.-Ph. LHERNOULD, *Sauvées par le droit européen, les clauses de désignation trépassent*, *Liaisons sociales Europe* 2013, 332, p. 1. V. également : J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Clauses de désignation et de*

médiatisation de la décision du Conseil constitutionnel, appliquée par la jurisprudence⁸⁴¹, a contribué à nourrir un débat de société autour de ces clauses⁸⁴².

261. Les clauses de recommandation. - La loi de financement de la sécurité sociale pour 2014, en date du 23 décembre 2013⁸⁴³, reconnaît aux branches la possibilité de recommander des organismes assureurs proposant des contrats de protection sociale complémentaire vecteurs d'un niveau élevé de solidarité. Il ne s'agit en rien d'une obligation : les branches professionnelles peuvent laisser les entreprises entrant dans leur champ d'application libres de choisir leur organisme assureur⁸⁴⁴. L'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale tel qu'issu de ce texte décide que la clause de recommandation doit être précédée d'une procédure de mise en concurrence des organismes ou institutions concernés, dans des conditions de transparence, d'impartialité et d'égalité de traitement entre les candidats. L'organisme assureur recommandé ne peut refuser l'adhésion d'une entreprise relevant du champ d'application de l'accord collectif. Il est tenu d'appliquer un tarif unique et d'offrir des garanties identiques à toutes les entreprises et à tous les salariés concernés. Par ailleurs, les accords de branche comportant une recommandation d'un organisme assureur fixent dans quelles conditions et selon quelle périodicité, qui ne peut excéder cinq ans, les modalités d'organisation de la recommandation sont réexaminées⁸⁴⁵. Enfin, ces accords peuvent prévoir que certaines des prestations nécessitant la prise en compte d'éléments

migration en matière de prévoyance et de retraite, droit de négociation collective et liberté économique, Droit social 2013, p. 880. L'auteur relève que « *la voie paraît bien étroite d'une convocation du droit de l'Union pour pallier les effets de l'inconstitutionnalité constatée par le Conseil constitutionnel* ».

⁸⁴¹ CA Chambéry, ch. civ. 1^{ère} sect., 7 janv. 2014, RG n° 12/02382 ; JSL 2014, n° 366, p. 26, comm. F. WISMER.

⁸⁴² F. LIMOGE, L'onde de choc du Conseil constitutionnel, L'Argus de l'assurance 2013, n° 7318, p. 24 ; A. GINON, J.-M. NELLY, F. WISMER, Protection sociale complémentaire : quelle généralisation ?, RDT 2013, p. 303.

⁸⁴³ Art. 14, L. n° 2013-1203, 23 déc. 2013 : JORF 24 déc. 2013.

⁸⁴⁴ L'article L. 912-1 issu de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2014 prévoyait aussi que les entreprises n'adhérant pas à l'organisme assureur recommandé par la branche professionnelle devaient supporter un forfait social d'un taux supérieur à celles qui se conforment à la recommandation. Le Conseil constitutionnel a toutefois considéré que cette pénalité entraînait une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques (Cons. const., 19 déc. 2013, n° 2013-682 : JORF 24 déc. 2013 ; B. SERIZAY, Vive la protection sociale libre, JCP S 2014, 1002 ; J. BARTHELEMY, Choix du régime de prévoyance : nouvelle règle et stratégies des branches, Les Cahiers Lamy du DRH 2014, n° 205-206, p. 70). Gilles BRIENS avait émis des réserves sur la constitutionnalité de cette distinction fiscale avant même que cette décision soit rendue (G. BRIENS, Un bien curieux amendement, SSL 2013, n° 1610, p. 4).

relatifs à la situation des salariés ou sans lien direct avec le contrat de travail les liant à leur employeur sont financées et gérées de façon mutualisée pour l'ensemble des entreprises entrant dans leur champ d'application. Jacques Barthélémy, avant l'adoption de ce texte, se montrait sceptique quant à l'intérêt du recours à la recommandation, craignant que « *les entreprises ayant une mauvaise sinistralité se rassemblent, les autres trouvant un taux de cotisation plus favorable qui ne doit rien au jeu de la concurrence. Pire, ceux-là taperont à la porte de l'assureur recommandé le jour où leur situation se dégradera* »⁸⁴⁶.

Quoiqu'il en soit, l'analyse sur le terrain du droit de la concurrence européen ne devrait guère varier : si les clauses de désignation ont été validées au regard de la réglementation des ententes, nul doute que des « clauses de recommandation » le seront dès lors qu'elles respectent les conditions précédemment posées par la Cour de justice.

262. Les clauses de migration. - Les clauses de désignation s'accompagnent parfois d'une clause de migration qui impose aux entreprises ayant mis en place une couverture analogue avant l'entrée en application de l'accord de branche de la transférer auprès de l'assureur désigné par celui-ci. La finalité de ces clauses, complémentaires des clauses de désignation, est de renforcer la mutualisation du régime de branche et d'assurer l'harmonisation des règles applicables⁸⁴⁷.

⁸⁴⁵ Ce faisant, le législateur a repris la teneur de l'avis de l'autorité de la concurrence du 29 mars 2013 sur les effets de la généralisation de la couverture complémentaire des salariés envisagés par l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 (Aut. conc., avis n° 13-A-11, 29 mars 2013).

⁸⁴⁶ J. BARTHELEMY, Invalidation des clauses de désignation : une décision à haut risque. Recours contre la décision des sages, Les Cahiers du DRH 2013, n° 203, p. 20. Ph. DABAT, directeur général délégué d'AG2R La Mondiale prévoit également que « *les branches vont exiger toujours plus de solidarité et d'action sociale, tout en nous demandant d'accepter tous les risques. Y compris les mauvais, alors que les bons risques seront tentés d'aller chercher de meilleurs tarifs [...]. La recommandation ne sera alors rien d'autre que la mutualisation de mauvais risques à des prix prohibitifs* » (Ph. DABAT, Recomposition annoncée dans la collective, propos repris par S. GERMAIN, in Dossier prévoyance collective, L'Argus de l'assurance 2014, n° 7363, p. 50 ; Dans le même sens, v. F. KESSLER, La loi de sécurisation de l'emploi et la prévoyance complémentaire conventionnelle des salariés, Cahiers sociaux 2013, n° 254, p. 288.

⁸⁴⁷ « *La solidarité est consanguine de la Sécurité sociale [...]. L'adoption par le droit positif de la conception assurantielle au nom de l'impérialisme du droit de la concurrence rend impératif aujourd'hui, si les partenaires sociaux entendent mettre en œuvre de la solidarité, la désignation d'un assureur unique pour concrétiser le fonds de mutualisation sur lequel sont prélevés les droits autres que les prestations contrepartie de la prime individualisée* » (J. BARTHELEMY, La libre concurrence à l'épreuve de la solidarité, Les Cahiers du DRH 2012 n° 185, p. 24). Dans le même sens et du même auteur : J. BARTHELEMY, Clauses de désignation et droit de la concurrence, Droit social 2011, p. 853 et s. ; J. BARTHELEMY, Source et nature des engagements d'un organisme assureur désigné par une convention

Les clauses de migration ont été validées par la Cour de justice⁸⁴⁸ et la Cour de cassation⁸⁴⁹. Comme pour les clauses de désignation, cette validation a fait l'objet d'un débat nourri, les principales critiques portant sur l'absence de nécessité d'une telle clause pour atteindre un objectif d'intérêt économique général⁸⁵⁰ ou encore sur le fait qu'elles mettent à mal des pratiques existantes parfois anciennes au sein des entreprises⁸⁵¹.

Leur validité a également été remise en cause par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 juin 2013, sur le fondement d'une violation de la Constitution en raison d'une atteinte à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre. Là encore, l'évolution législative issue de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2014 ne devrait pas modifier l'analyse faite par la Cour de justice en ce qui concerne l'absence d'atteinte au droit de la concurrence de l'Union européenne par les clauses de migration.

collective pour gérer les garanties collectives de prévoyance dans la branche, Droit social 2010, p. 1203 et s. ; J. BARTHELEMY, Quand les entreprises n'ont pas le choix de leur organisme de prévoyance, Les Cahiers du DRH 2007, n° 136, p. 39 ; J. BARTHELEMY, Le nécessaire objectif de solidarité dans les accords assortis d'une clause de désignation, Liaisons sociales Europe 2010, n° 266, p. 2.

⁸⁴⁸ CJCE, 21 sept. 1999, Albany, aff. C-67/96 : Rec. p. 5751 ; CJUE, 3 mars 2011, AG2R Prévoyance, aff. C-427/09 : Rec. p. 7099 ; Concl. Av. gén. M. Paolo MENGZZI, Revue Lamy de la Concurrence, 2011, n° 26 ; JCP S 2011, 1146, note S. BEAL., M. HALLOPEAU, P. KLEIN ; J. BARTHELEMY, F. WISMER, Regards croisés sur les clauses de désignation et de migration, Les Cahiers du DRH 2012, n° 185, p. 24.

⁸⁴⁹ Cass. soc., 10 oct. 2007, n° 05-15.850, Bull. civ. V, n° 155 ; Droit social 2007, p. 1332, obs. J. BARTHELEMY ; JCP E 2008, 1985, note Y.-E. LOGEAS. V. également : Cass. soc., 21 nov. 2012, n° 10-21.254, 10-21.255, 10-21.256 10-21.257.

⁸⁵⁰ « Il n'est pas certain qu'une clause de migration impérative soit nécessaire pour atteindre l'objectif d'intérêt économique général puisque l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, combiné à l'article L. 2253-2 du code du travail, permet de justifier une faculté de maintien du contrat d'assurance préexistant à la clause de désignation souscrit auprès d'un autre assureur dès lors que ce contrat garantit les mêmes risques à un niveau au moins équivalent » (M. DEL SOL, L'euro-compatibilité des clauses conventionnelles d'affiliation obligatoire à un organisme d'assurance, Lexbase hebdo édition sociale 2011, n° 433, n° Lexbase : N7561BRH).

⁸⁵¹ « Le recours à ces clauses de migration stricte heurte des pratiques existantes, parfois fruits d'un consensus social dans les entreprises. Leur mise en œuvre systématique pourrait conduire ces dernières (ou encore les professionnels de l'assurance subissant les effets commerciaux) à contester davantage ces pratiques, notamment au regard de l'exigence d'un degré élevé de solidarité requis par le juge européen » (F. WISMER, J. DE CALBIAC, Prévoyance d'entreprise, convention collective et droit communautaire. Clause de désignation d'organisme assureur et droit communautaire, SSL 2011, n° 1483, p. 11).

b. Les réseaux de soins

263. Législation différenciée en fonction de la nature de l'organisme. - Selon les alinéas 1 et 2 de l'article L. 112-1 du code de la mutualité : « *Les mutuelles [...] 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.*

Les mutuelles [...] exerçant une activité d'assurance sont soumises aux dispositions de l'alinéa précédent pour les opérations individuelles et collectives à adhésion facultative relatives au remboursement ou à l'indemnisation des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident. Pour ces opérations, les mutuelles et les unions ne peuvent en aucun cas recueillir des informations médicales auprès de leurs membres ou des personnes souhaitant bénéficier d'une couverture, ni fixer les cotisations en fonction de l'état de santé ». L'alinéa 3, en vigueur depuis le 22 avril 2001, disposait que « les mutuelles [...] ne peuvent instaurer de différences dans le niveau des prestations qu'en fonction des cotisations payées ou de la situation de famille des intéressés ».

La question s'est toutefois posée de savoir dans quelle mesure la pratique des réseaux de soins, consistant à fixer des niveaux de remboursement différents pour un même acte selon que l'assuré recourt à un praticien adhérent ou non à un réseau, était conforme à ce texte. Les réseaux constituent, en effet, un instrument essentiel dans la course aux parts de marché⁸⁵² et à la taille⁸⁵³ à laquelle se livrent les organismes de protection sociale complémentaire. La Cour de cassation a jugé,

⁸⁵² « Le réseau est devenu un prérequis, comme le tiers payant en son temps. L'organisme complémentaire qui n'en proposerait pas serait hors jeu » (J.-F. TRIPODI cité in Dossier Optique et réseaux, L'Argus de l'assurance 2014, n° 7373, p. 41).

⁸⁵³ « En devenant plus grandes, ces structures peuvent évidemment davantage peser auprès des professionnels de santé pour obtenir de meilleures conditions. Des dépenses de santé mieux maîtrisées par les assureurs, un reste à charge moindre pour les assurés, un apport de clientèle supplémentaire pour les opticiens, les audioprothésistes ou les dentistes agréés : les promoteurs des réseaux décrivent un système

le 18 mars 2010, que tel n'était pas le cas⁸⁵⁴. En l'espèce, un assuré avait demandé à sa mutuelle, en l'occurrence la Mutuelle générale de l'éducation nationale, la prise en charge de soins dentaires. Néanmoins, s'étant adressé pour la réalisation des soins à un praticien qui n'avait pas adhéré au protocole d'accord conclu par la mutuelle avec la Confédération nationale des syndicats dentaires, il a bénéficié d'un remboursement inférieur à celui applicable aux soins délivrés par les praticiens ayant adhéré au protocole, ce que la Cour de cassation a censuré : le texte précité ne permettait pas aux mutuelles de pratiquer des remboursements différenciés liés à l'appartenance ou non à un réseau de soins, alors que les institutions de prévoyance et les sociétés d'assurance étaient libres de recourir à cette distinction, aucun texte ne leur interdisant cette pratique.

264. A l'issue d'un long processus législatif⁸⁵⁵, la loi n° 2014-57 du 27 janvier 2014⁸⁵⁶ a donné un cadre juridique précis aux réseaux de soins. Elle a inséré dans le code de la mutualité un chapitre relatif aux conventions conclues entre les organismes de protection sociale complémentaire et les professionnels, les services et les établissements de santé. Article unique de ce chapitre, l'article L. 863-8 du code de la mutualité décide que les mutuelles, unions ou fédérations relevant du code de la mutualité, les entreprises d'assurance régies par le code des assurances et les institutions de prévoyance régies par le code de la mutualité peuvent, directement ou par l'intermédiaire d'un tiers, conclure avec des professionnels de santé, des établissements de santé ou des services de santé des conventions comportant des engagements relatifs, pour l'organisme assureur, au niveau ou à la nature des garanties ou, pour le professionnel, l'établissement ou le service, aux services rendus ou aux prestations ainsi qu'aux tarifs ou aux prix. Ces conventions ne peuvent comprendre aucune stipulation

profitable à tout le monde. Et qui n'a pas fini d'étendre ses services et ses partenariats » (L. THEVENIN, La course à la taille se poursuit dans les réseaux de soins, Les Echos, Lundi 8 avril 2013, p. 31).

⁸⁵⁴ Cass. 2^e civ., 18 mars 2010, n° 09-10.241, Bull. civ. II, n° 63. V. également : Cass. 2^e civ. 14 mars 2013, n° 12-15.440.

⁸⁵⁵ Débuté à la fin de l'année 2012 (v. Proposition de loi de B. LE ROUX et plusieurs de ses collègues visant à permettre aux mutuelles de mettre en place des réseaux de soins, n° 296, déposée le 16 oct. 2012).

⁸⁵⁶ L. n° 2014-57, 27 janv. 2014 relative aux modalités de mise en œuvre des conventions conclues entre les organismes d'assurance maladie complémentaire et les professionnels, établissements et services de santé : JORF n° 23, 28 janv. 2014, p. 1561.

portant atteinte au droit fondamental de chaque patient au libre choix du professionnel, de l'établissement ou du service de santé et aux principes d'égalité et de proximité dans l'accès aux soins. L'adhésion des professionnels, établissements ou services à ces conventions est effectuée sur la base de critères objectifs, transparents et non discriminatoires. L'adhésion ne peut comporter de clause d'exclusivité. Tout professionnel, établissement ou service répondant aux critères susmentionnés peut adhérer à la convention (à l'exception des réseaux liés à l'optique-lunetterie qui peuvent prévoir un nombre limité d'adhésions). En revanche, le niveau de la prise en charge des actes et prestations médicaux ne peut être modulé en fonction du choix de l'assuré de recourir ou non à un médecin ayant conclu une convention avec ces organismes. Enfin, l'organisme assureur garantit une information complète auprès de ses assurés ou adhérents sur l'existence du conventionnement, ses caractéristiques et son impact sur leurs droits.

La loi du 27 janvier 2014 a modifié le dernier aliéna de l'article L. 112-1 du code de la mutualité, afin que les mutuelles puissent, à l'instar des sociétés d'assurance et des institutions de prévoyance, instaurer des différences dans le niveau des prestations *« lorsque l'assuré choisit de recourir à un professionnel de santé, un établissement de santé ou un service de santé avec lequel les mutuelles, unions ou fédérations ont conclu une convention dans les conditions mentionnées à l'article L. 863-8 du code de la sécurité sociale »*. Le texte aurait pu aller plus loin en ouvrant le conventionnement des professionnels de santé à ceux dont les prestations sont majoritairement prises en charge par la sécurité sociale. Tel est le cas des médecins et des kinésithérapeutes⁸⁵⁷.

265. Réseaux et concurrence. - La question de la validité des réseaux de soin au regard du droit de la concurrence, en particulier des ententes et abus de position dominante, s'est posée. Le Conseil de la concurrence, dans un avis du 10 novembre 1998 statuant sur un protocole d'accord conclu entre la MGEN et un

⁸⁵⁷ M. DEL SOL, Chronique de protection sociale complémentaire, Droit social 2014, p. 464.

syndicat du secteur dentaire, a validé le « *système de remboursement amélioré fondé sur une augmentation du pourcentage du taux de couverture, tout en conservant une proportionnalité linéaire ou dégressive par rapport aux honoraires tarifés, ainsi qu'un plafonnement des honoraires* »⁸⁵⁸. Dans un avis du 17 novembre 1999, il a, en revanche, répondu positivement à la question de savoir si pouvait constituer une entente ou un abus de position dominante, lorsque les conditions sont remplies, le fait, pour une mutuelle, d'accorder à ses adhérents une prise en charge améliorée en ce qui concerne leurs achats de produits d'optique-lunetterie dès lors qu'ils s'adressent à un centre d'optique mutualiste ou à une société d'optique dont la mutuelle détient tout ou partie du capital plutôt qu'à une entreprise d'optique soumise au droit privé⁸⁵⁹.

L'application du droit de la concurrence a conduit à remettre en cause certaines pratiques répandues, notamment en termes de « *coexistence* »⁸⁶⁰. Le Conseil de la concurrence a estimé qu'elles constituaient des pratiques anticoncurrentielles, chaque mutuelle devant être libre de « *prospector des personnes adhérant déjà à une autre mutuelle et de fixer le montant des cotisations et des taux de remboursement* »⁸⁶¹.

L'Autorité de la concurrence, dans un avis du 9 septembre 2009 relatif aux effets sur la concurrence du développement des réseaux de soins agréés entre les organismes complémentaires d'assurance maladie et les professionnels de santé, a considéré que les atteintes à la libre concurrence doivent être appréciées en tenant compte des intérêts des consommateurs et que le développement des réseaux devait, *a priori*, être perçu favorablement au regard de la politique de concurrence⁸⁶².

⁸⁵⁸ Cons. conc., 10, nov. 1998, avis n° 98-A-17.

⁸⁵⁹ Cons. conc., 17 nov. 1999, avis n° 99-A-17.

⁸⁶⁰ Pacte d'Union. Assemblée générale de la FNMF, 26 mai 1984 ; D. LENOIR, La mutualité face à ses enjeux, RDSS 2009, p. 397.

⁸⁶¹ Cons. conc., 21 sept. 2001, décision n° 01-D-55.

⁸⁶² Aut. conc., 9 sept. 2009, avis n° 09-A-46.

266. Réseaux et concurrence : droit européen. - La Cour de justice de l'Union européenne a été saisie d'une question préjudicielle relative à la compatibilité des réseaux avec le droit européen de la concurrence. Il lui était demandé de dire si les articles 101 et 102 du TFUE s'opposent à ce qu'une législation nationale interdise aux mutuelles complémentaires de santé de moduler leurs prestations en fonction des conditions de délivrance des actes et des services alors qu'une telle restriction n'est pas imposée aux autres entreprises pratiquant l'assurance complémentaire santé, qu'elles soient régies par le code des assurances ou le code de la sécurité sociale. Dans une ordonnance du 21 novembre 2012, la Cour a toutefois décidé que cette demande de décision préjudicielle était irrecevable en raison de son imprécision⁸⁶³. La réforme issue de la loi n° 2014-57 du 27 janvier 2014 prive désormais de portée l'interrogation émise par le juge interne dans le cadre de cette procédure sans lendemain.

B. Le contrôle des structures

267. Spécificités du contrôle des concentrations. - Le traité de Rome ne s'intéressait pas au contrôle des concentrations. La question ne fut traitée que par le règlement n° 4064/89 du 21 décembre 1989⁸⁶⁴, modifié par le règlement n° 1310/97⁸⁶⁵, puis abrogé par le règlement n° 139/2004⁸⁶⁶ actuellement en vigueur. Le paragraphe 4 du préambule de ce dernier texte précise que « *de telles restructurations doivent être appréciées de manière positive pour autant qu'elles correspondent aux exigences d'une concurrence dynamique et qu'elles soient de nature à augmenter la compétitivité de l'industrie européenne, à améliorer les*

⁸⁶³ CJUE, Ord. 21 nov. 2012, Fontaine, aff. C-603/11, non encore publié au recueil.

⁸⁶⁴ Règl. n° 4064/89/CEE, 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises : JOCE n° L 395, 30 déc. 1989, p. 1.

⁸⁶⁵ Règl. n° 1310/97/CE, 30 juin 1997, modifiant le règlement (CEE) n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises : JOCE n° L 180, 9 juil. 1997, p. 1.

⁸⁶⁶ Règl. n° 139/2004/CE, 20 janv. 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprise : JOCE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 1. Ce règlement a été complété par plusieurs textes et, en particulier : une communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, 10 juill. 2007 (2008/C/95/01) ; un règlement n° 1033/2008 sur la mise en œuvre du règlement 139/2004 (Règl. n° 1033/2008/CE, 20 oct. 2008, modifiant le règlement (CE) n° 802/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises : JOUE n° L 279, 22 oct. 2008, p. 3).

conditions de la croissance et à relever le niveau de vie dans la Communauté ». La réglementation européenne en matière de contrôle des concentrations, basée sur un système de notification préalable, vise essentiellement à assurer un contrôle préventif des atteintes à la concurrence. Le secteur des assurances ne fait pas l'objet d'un traitement particulier au regard de ce contrôle, si ce n'est que l'article 5, 3. b) du règlement n° 139/2004 aménage les seuils permettant d'apprécier si la concentration a une ampleur nationale ou européenne⁸⁶⁷. En effet, le critère de base prévu par ce texte est celui du chiffre d'affaires. Or, les exigences en termes de contrôle financier sont telles, s'agissant des entreprises d'assurance, que ce critère ne pouvait qu'apparaître réducteur. Les exigences prudentielles sont considérées comme la « *face cachée* »⁸⁶⁸ permettant de porter une appréciation sur les entreprises parties à l'opération de concentration, donc sur l'opération elle-même. C'est la raison pour laquelle, au critère du chiffre d'affaires, a été substitué celui de la valeur des primes brutes émises, laquelle intègre l'ensemble des montants reçus et à recevoir au titre des contrats d'assurance conclus par les entreprises d'assurance ou pour leur compte⁸⁶⁹.

Les règles concurrentielles relatives aux concentrations s'articulent avec les règles de contrôle prudentiel. En effet, l'article 21, § 3 du règlement n° 139/2004 permet aux Etats de prendre des mesures bloquant la concentration lorsque les règles prudentielles ne sont pas respectées, nonobstant toute interrogation strictement liée à la concurrence.

268. Concentration du secteur. - Le mouvement de concentration des opérateurs intervenant dans le domaine de la protection sociale complémentaire est significatif. En France, certains organismes sont plus avancés que d'autres dans ce

⁸⁶⁷ Ph. LOWE, Le contrôle des concentrations d'entreprises dans le secteur des assurances, *in* La politique européenne de concurrence en matière d'assurance / Het europees concurrentiebeleid in de verzekeringssector, dir. G. LEVIE et H. COUSY, Academia, Bruylant 1994, p. 121 et s.

⁸⁶⁸ M. KAVVATHA, Le droit de la concurrence du secteur de l'assurance, thèse Paris I, 2009, p. 152.

⁸⁶⁹ La communication juridictionnelle consolidée de la Commission du 10 juillet 2007, portant sur le contrôle des opérations de concentration, apporte des éclaircissements sur cette notion de prime brute émise. Il est précisé que cette référence visée à l'article 5, § 3, b) constitue une méthode spécifique de calcul de

domaine. Il en est ainsi des sociétés d'assurance, dont la structure capitalistique et le but lucratif sont conçus pour permettre un développement rapide, notamment par la mobilisation de capitaux importants permettant de financer une opération de concentration. A l'inverse, les mutuelles et, dans une moindre mesure, les institutions de prévoyance sont, pour l'heure, moins concentrées⁸⁷⁰, même si la tendance à la concentration connaît un développement significatif depuis le début des années 2010⁸⁷¹. Le phénomène s'est amplifié depuis 2012 s'agissant des petites mutuelles⁸⁷². Il devrait encore s'accroître en raison de la généralisation de la couverture complémentaire santé au 1^{er} janvier 2016⁸⁷³. L'Autorité de la concurrence demeure vigilante. Dans une décision du 31 janvier 2013 relative à la situation des groupes Réunica et Arpège⁸⁷⁴, elle a infligé à ces deux organismes de protection sociale complémentaire une amende de 400.000 euros pour s'être rapprochés sans avoir préalablement sollicité son autorisation.

Dans d'autres Etats, le mouvement de concentration des opérateurs est fort : au Royaume-Uni et aux Pays-Bas, 80 % du marché de l'assurance complémentaire sont détenus par trois organismes⁸⁷⁵. Ce phénomène dépasse les frontières

chiffre d'affaires et non un seuil global spécifique applicable aux entreprises d'assurance (2008/C/95/01, 10 juill. 2007).

⁸⁷⁰ Les cinq premières mutuelles réalisent en France environ 20 % du chiffre d'affaires du secteur ; les cinq premières institutions de prévoyance en réalisaient plus de 50 % en 2006 (M. KERLEAU, *Le nouveau cadre institutionnel de la protection sociale complémentaire d'entreprise : quels enjeux pour les mutuelles santé ?*, RECMA 2009, n° 312, p. 15).

⁸⁷¹ A.-M. COZIEN, D. JONIN, *Les regroupements de mutuelles : l'expérience des mutuelles de fonctionnaires*, RDSS 2009, p. 422 ; M. DEL SOL, *L'entreprise mutualiste d'assurance : un acteur banalisé sur le marché de la protection sociale complémentaire ?* JCP E 2002, 413 ; M. DEL SOL, *Les effets de la transposition des directives assurance sur le droit de la mutualité*, in *Concurrence et protection sociale en Europe*, ss dir. P. HASSENTEUFEL, S. HENNION-MOREAU, PUR 2003, p. 71.

⁸⁷² Dossier *Les petites mutuelles d'assurance*, L'Argus d'assurance 2013, n° 7327, p.79 et s.

⁸⁷³ « Avec la généralisation de la complémentaire santé d'entreprise découlant de l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013, le marché va progressivement changer de physionomie. L'obligation faite aux employeurs de proposer une couverture santé à tous leurs salariés d'ici à 2016 va déplacer vers l'assurance collective quelques 4 millions de personnes aujourd'hui assurées à titre individuel. Pour les opérateurs ayant axé leur développement sur le marché individuel, le coup sera rude », ce qui entraînera nécessairement une course à la taille parmi les différents organismes du secteur (L. THEVENIN, *Assurance-santé : pourquoi la recomposition s'accélère*, Les Echos, jeudi 15 mai 2014, p. 11).

⁸⁷⁴ Aut. conc., 31 janv. 2013, déc. n° 13-D-01 ; CCC août 2013, obs. 3, D. BOSCO.

⁸⁷⁵ P. FREHAUT, T. KLEIN, Ph. LAFFON, *Comparaison internationale sur les choix effectués en matière de couverture complémentaire santé*, rapport N° RM2009-083P, IGAS 2009, p. 40.

européennes. Le marché américain est ainsi largement affecté par cette tendance⁸⁷⁶, pour les mêmes raisons mais également du fait de la réforme du système de protection sociale intervenue dans le cadre de la réforme de l'assurance maladie adoptée en 2010⁸⁷⁷.

*« Le contrôle des concentrations est ainsi devenu la branche la plus active du droit de la concurrence dans le secteur des assurances »*⁸⁷⁸ et, par extension, de la protection sociale complémentaire. Plus largement encore, le contrôle des concentrations s'étend à tout le secteur financier, dans le cadre de la création des groupes de « bancassurance » ou d'« assurfinance ». Leur développement est directement lié à l'essoufflement des métiers bancaires traditionnels, tels que le crédit ou les commissions et à la nécessité de se « positionner » sur des secteurs en développement, tels que l'assurance et, d'une manière générale, les garanties de protection sociale complémentaire⁸⁷⁹.

La Commission ne s'est que rarement opposée à des opérations de concentration, tous secteurs d'activité confondus. Ainsi, sur les 4447 opérations notifiées entre l'adoption du règlement de 2004 et le mois de septembre 2011, seules 23 ont été interdites. Aucune ne concerne le secteur des assurances et de la protection sociale complémentaire⁸⁸⁰.

⁸⁷⁶ 3 opérateurs possédaient 36% du marché national en 2009 (Centre d'analyse stratégique / Capgemini Consulting, Couverture maladie dans les pays de l'OCDE : champ d'intervention et rôle des assurances complémentaires et supplémentaires, choix des particuliers et couverture des risques. Rapport final - Fiches pays, 2009, p. 33).

⁸⁷⁷ Nouvelle méga-acquisition dans l'assurance-santé américaine sur fond de réforme du système de protection sociale, Les Echos, mardi 21 août 2012.

⁸⁷⁸ J. BIGOT (dir.), Traité de droit des assurances, tome 1 : entreprises et organismes d'assurance, LGDJ 2011, 3^e éd., n° 1129, p. 492, faisant référence à M. KAVVATHA, Le droit de la concurrence du secteur de l'assurance, thèse Paris I, 2009.

⁸⁷⁹ Dossier Bancassurances, L'Argus de l'assurance, n° 7316, 2013, p. 34 et s. ; Dossier les bancassureurs, L'Argus de l'assurance, n° 7354, 2014, p. 41 et s.

⁸⁸⁰ N. PETIT, Droit européen de la concurrence, Montchrestien 2013, n° 3, p. 20.

§ 2. *Les Etats*

269. Les « règles étatiques et para-étatiques [...] destinées à concilier les exigences du marché, de l'intérêt général et des services publics » permettent de lutter contre « la myopie du marché »⁸⁸¹. L'intervention des Etats dans la lutte à laquelle se livrent les différents opérateurs sur le marché de la protection sociale complémentaire fait toutefois l'objet d'un contrôle concernant l'attribution de monopoles (**A**) et l'octroi d'aides (**B**) aux entreprises.

A. L'attribution de monopoles

270. L'attribution d'un monopole en matière de protection sociale complémentaire peut naître de l'octroi par l'Etat membre de droits spéciaux ou exclusifs (1) ou de la gestion par les entreprises de services d'intérêt économique général (2).

1. L'octroi de droits spéciaux ou exclusifs

271. **Droits limités au respect de la concurrence.** - Selon l'article 106, § 1 du TFUE « les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus », ce qui revient à autoriser les Etats à consentir à des entreprises, publiques ou privées, un droit exclusif ou spécial. Le droit exclusif renvoie au monopole consenti par l'Etat. Le droit spécial est défini par la directive n° 2006/111 du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques : constituent des droits spéciaux les droits accordés par un Etat à un nombre limité d'entreprises au moyen d'un instrument législatif, réglementaire ou administratif qui,

⁸⁸¹ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey 2011, 5^e éd., n° 4, p. 5.

sur un territoire donné : i) limite à deux ou plus le nombre de ces entreprises, autorisées à fournir un service ou à exercer une activité, selon des critères qui ne sont pas objectifs, proportionnels et non discriminatoires, ii) ou désigne, selon de tels critères, plusieurs entreprises concurrentes, comme autorisées à fournir un service ou exercer une activité, iii) ou confère à une ou plusieurs entreprises, selon de tels critères, des avantages légaux ou réglementaires qui affectent substantiellement la capacité de toute autre entreprise à fournir le même service ou à se livrer à la même activité sur le même territoire dans des conditions substantiellement équivalentes⁸⁸².

L'entreprise bénéficiaire d'un droit exclusif ou spécial peut être condamnée si elle met à profit le monopole ou quasi-monopole qui lui a été conféré pour adopter des comportements abusifs⁸⁸³. Si l'attribution d'un tel droit ne constitue pas, en soi, un abus de position dominante⁸⁸⁴, il n'est licite que s'il est strictement proportionné à l'objectif visé par l'Etat.

272. Abus automatique. - La théorie de « l'abus automatique », en vertu de laquelle l'existence même d'un monopole étatique conduit nécessairement à un abus de position dominante, n'est pas susceptible de trouver application⁸⁸⁵ : l'abus doit être démontré, ce qui exclut l'automaticité⁸⁸⁶. Dans l'affaire FFSA, un décret avait créé un régime de retraite complémentaire facultatif au profit des chefs d'exploitation et d'entreprise agricoles ainsi que de leurs conjoints et des membres de leur famille. La gestion du régime était confiée à une caisse nationale. Les cotisations qui lui étaient versées étaient fiscalement déductibles. Cet avantage contraignait les organismes assureurs à adapter leur offre pour conserver une part du marché ou

⁸⁸² Art. 2, g), Dir. n° 2006/111/CE, 16 nov. 2006, relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises : JOUE n° L 318, p. 17.

⁸⁸³ Par exemple, des prix anormalement bas : CJCE, 18 juin 1998, Commission c/ Italie, aff. C-35/96 : Rec. p. 3851.

⁸⁸⁴ CJCE, 23 mai 2000, Sydhavness Sten & Grus, aff. C-209/98 : Rec., p. 3743 ; CCC 2000, 167, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO ; CJCE, 17 mai 2001, TNT Traco, aff. C- 340/99 : Rec., p. 4109 ; Europe 2001, comm. L. IDOT.

⁸⁸⁵ J. BIGOT (dir.), Traité de droit des assurances, tome 1 : entreprises et organismes d'assurance, LGDJ 2011, 3^e éd. n° 1423 et s, p. 623.

⁸⁸⁶ CJCE, 18 juin 1991, ERT / DEP, aff. C-260/89 : Rec., p. 2925 ; CJCE, 12 févr. 1998, Raso, aff. C-163/96 : Rec. p. 533.

à se retirer de ce dernier, ce qui caractérisait l'existence de l'abus⁸⁸⁷.

L'abus peut également ressortir du monopole confié à une mutuelle au titre de plusieurs prestations sociales, l'organisme assureur pouvant se présenter comme seul dépositaire de la confiance des autorités publiques, ce qui lui confère un avantage pour développer ses activités⁸⁸⁸.

Le problème peut également se poser s'agissant d'une mutuelle qui délègue une partie de la gestion des prestations sociales dont la gestion exclusive lui a été confiée par les pouvoirs publics à d'autres mutuelles, tout en conservant une part excessive de la rémunération versée par les pouvoirs publics⁸⁸⁹. Une telle situation donne lieu à application de la théorie des monopoles inefficients⁸⁹⁰.

2. Les services d'intérêt économique général

273. Une articulation complexe. - L'article 14 du TFUE décide qu'« *eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, l'Union et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application des traités, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions [...]* ». La Commission a défini les services d'intérêt général comme des

⁸⁸⁷ CE, 8 nov. 1996, n° 122644, Rec. Lebon.

⁸⁸⁸ Cons. conc., 10 mai 1994, avis n° 94-A-15.

⁸⁸⁹ Cons. conc. 31 déc. 2003, avis n° 03-A-21.

⁸⁹⁰ « *Lorsque le monopole est manifestement incapable de répondre quantitativement à la demande, alors que l'activité d'entreprises privées aptes à offrir le même service est impossible car sanctionné (souvent pénalement), et à la condition que les insuffisances du monopole puissent être ressenties par une demande (actuelle ou potentielle) en provenance de ressortissants d'autres Etats membres, la violation de l'article 106 § 1 TFUE en liaison avec l'article 102 TFUE est acquise* » (C. GAVALDA, G. PARLEANI, Droit des affaires de l'Union européenne, LexisNexis 2010, 6^e éd., n° 864, p. 484).

« services marchands et non marchands que les autorités publiques considèrent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations de service public »⁸⁹¹.

L'article 36 de la Charte des droits fondamentaux précise que l'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément aux traités, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union⁸⁹². L'importance accordée aux services d'intérêt général a également été confortée par le protocole 26 annexé au traité de Lisbonne.

274. Le deuxième paragraphe de l'article 106 du TFUE dispose que *« les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union »*. Ce texte complexe⁸⁹³ a cristallisé les débats autour de la notion de services d'intérêt économique général⁸⁹⁴ et nécessité l'intervention des pouvoirs publics européens. Ainsi, la Commission a adopté une communication relative aux services d'intérêt général en Europe le 19 janvier 2001. Il y est rappelé que les Etats membres sont en principe libres de définir ce qu'ils considèrent comme un service d'intérêt économique général, ainsi qu'en ce qui concerne la compensation à accorder au prestataire de ce service, sous réserve de l'erreur manifeste de

⁸⁹¹ Livre blanc, Les services d'intérêt général, 12 mai 2004 (COM(2004) 374 final).

⁸⁹² Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 déc. 2000 : JOCE n° C 364, 18 déc. 2000, p. 1.

⁸⁹³ *« Ce texte est bâti autour de trois propositions, dont chacune contredit la précédente »* (L. DUBOUIS, C. BLUMANN, Droit matériel de l'Union européenne, Montchrestien 2012, 6^e éd., n° 1309, p. 657) ; *« Ce texte est un des plus sensibles du droit communautaire. Il limite les prérogatives dans l'organisation de ce qu'on appelle en France le service public »* (C. GAVALDA, G. PARLEANI, Droit des affaires de l'Union européenne, LexisNexis 2010, 6^e éd., n° 871, p. 486).

⁸⁹⁴ J.-V. LOUIS, S. RODRIGUES (dir.), Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne, Bruylant 2006 ; J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, Concurrence et activités d'intérêt général dans l'Union européenne, in Mélanges C. LARROUMET, LGDJ 2010, p. 111 ; G. CLAMOUR, Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché, Dalloz 2006.

qualification⁸⁹⁵. Elle a également publié un Livre vert sur les services d'intérêt général en 2003⁸⁹⁶.

La notion d'intérêt économique général a été précisée par la Cour de justice : *« l'obligation, pour le titulaire de cette mission, d'assurer ses services dans des conditions d'équilibre économique présuppose la possibilité d'une compensation entre des secteurs d'activité rentables et des secteurs moins rentables et justifier, dès lors, une limitation de la concurrence de la part d'entrepreneurs particuliers, au niveau des secteurs rentables »*⁸⁹⁷.

275. Les services sociaux d'intérêt général. - La notion d'intérêt économique général est large. En son sein s'est développée celle de services sociaux d'intérêt général⁸⁹⁸. Ses spécificités ont été relevées par la Commission dans une communication du 26 avril 2006⁸⁹⁹. Les services sociaux y sont présentés comme pouvant se rattacher, au-delà des services de santé proprement dits, aux régimes légaux et complémentaires de protection sociale ou aux autres services essentiels fournis directement à la personne. Ils présentent souvent une ou plusieurs des caractéristiques suivantes, au-delà des critères classiques de l'intérêt général que sont l'universalité, la continuité et l'accessibilité : un fonctionnement sur la base du principe de solidarité ; un caractère polyvalent et personnalisé ; l'absence de but lucratif ; la participation de volontaires et bénévoles ; un ancrage marqué dans une tradition culturelle ; une relation asymétrique entre prestataires et bénéficiaires

⁸⁹⁵ « Les services d'intérêt économique général sont différents des services ordinaires dans la mesure où les pouvoirs publics considèrent que leur fourniture est une nécessité, même quand le marché n'est pas suffisamment favorable à la prestation de ces services » [...] « si les pouvoirs publics estiment que certains services sont d'intérêt général et que les mécanismes du marché pourraient ne pas être à même d'assurer une fourniture satisfaisante de services, ils peuvent établir un certain nombre de prestations de services spécifiques destinées à répondre à ces besoins sous forme d'obligations de services d'intérêt général [...]. Le cas le plus classique est l'obligation de service universel [...], c'est-à-dire l'obligation de fournir un service déterminé sur l'ensemble du territoire d'un pays à des prix abordables et à des conditions de qualité similaires, quelle que soit la rentabilité des opérations considérées individuellement » (Communication de la Commission, Les services d'intérêt général en Europe, 19 janv. 2001 : JOCE n° C 17, 19 janv. 2001).

⁸⁹⁶ Livre vert, Les services d'intérêt général, 21 mai 2003 (COM(2003) 270).

⁸⁹⁷ CJCE, 19 mai 1993, Corbeau, aff. C-320-91 : Rec. p. 2533.

⁸⁹⁸ J. HENRY, M. CHAUVIERE, Quel statut pour les services sociaux dans l'Union européenne ? Arguments pour des services sociaux non économiques d'intérêt général, RDSS 2011, p. 1043 ; S. VAN RAEPENBUSCH, Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économique et le social, SSL 2006, suppl. n° 1266, p. 15.

⁸⁹⁹ Communication de la Commission, Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne - les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne, 26 avr. 2006 (COM(2006) 177 final).

qui ne peut être assimilée à une relation « normale » de type fournisseur-consommateur. Le document portant sur « Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle » réalisé au mois de juillet 2011 par la direction générale des politiques internes à la demande de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen relève que *« bien qu'il n'existe aucun texte juridique contraignant définissant les services sociaux d'intérêt général (SSIG), ceux-ci peuvent être définis comme étant des activités offertes par les autorités publiques ou confiées par eux à des organismes privés, à qui des missions d'intérêt général sont confiées à des fins de protection sociale, de cohésion territoriale, de solidarité nationale et de mise en œuvre des droits fondamentaux »*⁹⁰⁰.

Les mutuelles et les institutions de prévoyance, eu égard à leur absence de but lucratif, sont concernées. La Commission constatait déjà dans son document de consultation « Les mutuelles dans une Europe élargie » du 3 octobre 2003 que *« les mutuelles, au même titre que les autres acteurs n'ayant pas, à titre principal, d'objectif lucratif, jouent un rôle important dans les secteurs sociaux et de la santé. Elles y exercent des activités économiques nécessaires et subordonnées à leurs fonctions sociales. Les entreprises, quelle que soit leur forme, chargées de la gestion de services d'intérêt économique général sont soumises aux règles de concurrence européennes, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement de la mission particulière qui leur a été impartie. Les organismes qui mettent en œuvre de tels services, notamment dans les secteurs de la santé, de l'action sociale et de la protection sociale - secteurs où les mutuelles occupent une place prépondérante - ont souvent souligné la difficulté qu'ils éprouvent à qualifier leurs activités au regard de la notion de service d'intérêt économique général »*⁹⁰¹. De la même manière, dans sa résolution du 19 février 2009 sur l'économie sociale⁹⁰², le Parlement européen avait estimé : « en

⁹⁰⁰ Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle, document réalisé au mois de juillet 2011 par la direction générale des politiques internes à la demande de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, p. 50 et s.

⁹⁰¹ Commission européenne, document de consultation, Les Mutuelles dans une Europe élargie, 3 oct. 2003.

⁹⁰² Résolution du Parlement européen sur l'économie sociale, 19 févr. 2009 (2008/2250 (INI)).

fonction des activités exercées et de leur contexte juridique et organisationnel, les services offerts par certaines mutuelles peuvent [...] être considérés d'après la législation de l'UE comme des « services sociaux d'intérêt général » de nature « économique » ou « non économique » ; il n'est dès lors pas toujours aisé de déterminer si les dispositions relatives au marché intérieur et à la concurrence s'appliquent aux mutuelles [...] ».

276. Les services sociaux d'intérêt général : jurisprudence. - Le Tribunal a jugé qu'un service social irlandais pouvait être considéré comme d'intérêt général au sens de l'article 106, § 2 du TFUE. Pour être ainsi qualifié, il n'est pas nécessaire que le service constitue un service universel au sens strict tel que le régime public de la sécurité sociale. Il peut ne concerner qu'une fraction de la population (en l'occurrence environ la moitié) dès lors que les bénéficiaires peuvent être déterminés indépendamment des coûts et que l'organisme en charge du service social a l'obligation d'offrir les prestations à ceux qui y font appel⁹⁰³.

277. Services sociaux d'intérêt général et concurrence. - Le risque d'atteinte au jeu normal de la concurrence n'est pas négligeable dès lors que la plupart des services sociaux d'intérêt général sont considérés comme des activités économiques, seuls les services fondés sur la solidarité nationale échappant à la qualification de service d'intérêt économique général⁹⁰⁴.

La dérogation à l'application des règles de concurrence a toutefois pu être justifiée par la Cour de justice en l'application de l'article 106, § 2 du TFUE. Dans l'arrêt *Albany*, elle précise que « *le régime de pension complémentaire en cause au principal remplit une fonction sociale essentielle dans le système de pension aux Pays-Bas en raison du montant réduit de la pension légale, calculé sur la base du salaire minimal légal* ». De même, « *le régime de pension complémentaire géré*

⁹⁰³ TPI, 12 févr. 2008, *British United Provident Association*, aff. T-289/03 : Rec. p. 81.

⁹⁰⁴ E. SABATAKAKIS, *De nouvelles voies pour l'Europe sociale. Réflexions autour des services sociaux d'intérêt général*, RMCUE 2010, n° 536 p. 197 ; S. HENNION, *Services d'intérêt général, santé, et droit de l'Union européenne*, RDSS 2010, p. 993.

exclusivement par le fonds se caractérise par un degré élevé de solidarité en raison, notamment, de l'indépendance des cotisations par rapport au risque, de l'obligation d'accepter tous les travailleurs sans examen médical préalable, de la continuation de la constitution de la pension en dispense de versement des cotisations en cas d'incapacité de travail, de la prise en charge par les fonds de l'arriéré de cotisations dû par l'employeur en cas de faillite de ce dernier ainsi que de l'indexation du montant des pensions afin de maintenir leur valeur »⁹⁰⁵.

B. L'attribution d'aides

278. Indifférence de la nature de l'activité. - Selon l'article 107 du TFUE :

« 1. Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

2. Sont compatibles avec le marché intérieur :

a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits [...] ;

3. Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur : [...] ;

e) les autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil sur proposition de la Commission »⁹⁰⁶.

Constitue une aide d'Etat au sens de ce texte une faveur accordée à une entreprise par un Etat ou au moyen de ressources d'Etat, affectant le commerce intra-européen⁹⁰⁷. La Commission considère qu'à partir du moment où une aide financière accordée à une entreprise renforce sa position par rapport à d'autres entreprises concurrentes dans les échanges européens, ces derniers doivent être considérés comme influencés par

⁹⁰⁵ CJCE, 21 sept. 1999, Albany, aff. C-67/96 : Rec. p. 5751. V. également : CJCE, 19 mai 1993, Corbeau, aff. C-320-91 : Rec. p. 2533 ; RTD eur. 1994, p. 39, étude A. WACHSMANN, F. BERROD.

⁹⁰⁶ J.-Y. CHEROT, Les aides d'Etat dans les communautés européennes, Economica 1998.

l'aide⁹⁰⁸. Les aides à caractère social ne font pas, en principe, l'objet d'un traitement particulier : la nature des objectifs visés est indifférente ; ni le caractère fiscal, ni le but social d'une mesure étatique ne suffisent à l'exclure des prévisions de l'article 107 du TFUE⁹⁰⁹. Dans sa résolution du 19 février 2009 sur l'économie sociale, le Parlement européen a toutefois demandé à la Commission de « *tenir compte de la réalité de l'économie sociale lors de la révision de la politique en matière d'aides d'Etat, sachant que les petites entreprises et organisations actives au niveau local rencontrent de grandes difficultés pour accéder aux financements, en particulier dans le contexte de l'actuelle crise économique et financière* »⁹¹⁰.

En revanche, en matière d'assurance - et par extension de protection sociale complémentaire - le critère tenant à l'effet sensible de l'aide d'Etat « *peut être considéré comme inutile. L'activité d'assurance bénéficie en effet d'une totale liberté d'échange dans le cadre du marché unique et elle est soumise à des exigences de solvabilité qui font du montant des fonds propres un élément déterminant de la compétitivité des entreprises. Surtout, le mode de calcul de ces exigences a pour conséquence qu'une aide publique offre un avantage à l'entreprise bénéficiaire démultiplié par rapport à son montant nominal (en lui permettant notamment d'augmenter son chiffre d'affaires à hauteur de cinq à dix fois le montant de l'aide), de sorte que même les aides de faible montant ont un effet significatif en termes de concurrence* »⁹¹¹.

279. En application de la jurisprudence issue de l'arrêt Altmark du 24 juillet 2003⁹¹², la contribution financière d'un Etat au fonctionnement d'une entreprise en charge d'une mission de service d'intérêt économique général ou de service public n'est pas considérée comme une aide d'Etat si quatre conditions sont remplies :

⁹⁰⁷ M. MALAURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, Sirey 2011, 5^e éd., n° 611 et s., p. 294 et s.

⁹⁰⁸ Commission, 17 avr. 1984, n° 84/496 : JOCE n° L 674, 19 oct. 1984, p. 34.

⁹⁰⁹ CJCE, 2 juill. 1974, Italie c/ Commission, aff. C-173/73 : Rec. p. 709.

⁹¹⁰ Résolution du Parlement européen sur l'économie sociale, 19 févr. 2009 (2008/2250 (INI)).

⁹¹¹ B. LABILLOY, La régulation du marché européen de l'assurance, *Economica* 2003, p. 75.

⁹¹² CJCE, 24 juill. 2003, Altmark, aff. C-280/00 : Rec. p. 7747.

l'entreprise bénéficiaire doit être effectivement chargée de l'exécution d'obligations de service public clairement définies ; les paramètres sur la base desquels sera calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente ; la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public en tenant compte des recettes y afférentes ainsi que d'un bénéfice raisonnable relatif à l'exécution de ces obligations ; lorsque le choix de l'entreprise chargée de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et équipée de manière adéquate en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait assumés pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y afférentes ainsi que d'un bénéfice raisonnable.

280. Les régimes fiscaux de faveur. - En raison de la rigueur des conditions posées par la jurisprudence précédente, certains Etats ont tenté de contourner l'exigence de compensation financière exacte en soutenant que les aides seraient, *in fine*, répercutées sur les bénéficiaires des régimes⁹¹³. Ainsi, la France invoquait l'article 107, § 2, a) du TFUE pour justifier le régime fiscal et comptable de faveur dont bénéficiaient les entreprises⁹¹⁴ proposant des contrats « solidaires et responsables ». L'argument n'a toutefois pas prospéré, la Commission n'ayant pas relevé le caractère inévitable d'une telle répercussion. Au surplus, le système favorisait les mutuelles au détriment des autres organismes spécialisés⁹¹⁵. Dès

⁹¹³ M. DEL SOL, L'entreprise mutualiste d'assurance : un acteur banalisé sur le marché de la protection sociale complémentaire, JCP E 2002, 413 ; D. LENOIR, La mutualité face à ses enjeux, RDSS 2009, p. 397.

⁹¹⁴ En pratique, essentiellement des mutuelles.

⁹¹⁵ Commission, 13 nov. 2007, aff. C-50/2007 : JOUE n° C 38 ; 26 janv. 2011, aff. C-50/2007 : JOUE n° L 143. A l'inverse, il pouvait être soutenu que « *les dérogations aux règles de concurrence, avec l'octroi d'aides publiques, de dégrèvements fiscaux ou sociaux devraient inciter les entreprises à poursuivre un objectif social, et à ne pas songer à leur seul profit. Accorder de tels avantages aux entreprises qui, soucieuses de leur rentabilité, chercheraient à privilégier la clientèle la plus aidée, celle qui pourrait payer un prix fort et lui ferait courir le moins de risque irait totalement à l'encontre d'un service social déterminé par ses objectifs, et transformerait le service social en un service social et industriel* » (E. ALFANDARI, La



1988, un avis du Conseil de la concurrence avait d'ailleurs souligné que « *les différences de traitement fiscal ou prudentiel subies par deux opérateurs peuvent avoir pour effet d'alourdir les charges d'un seul d'entre eux. Les modalités légales d'action des opérateurs ainsi que les régimes fiscaux des produits ou des sociétés peuvent être sources des distorsions de concurrence entre opérateurs à l'intérieur d'un même Etat membre* » et relevé que « *les disparités fiscales sont également considérées comme des sources d'entrave lorsqu'il existe des différences de traitement entre les contrats souscrits auprès des assureurs locaux ou étrangers ou même entre les différentes catégories d'opérateurs d'assurance d'un même Etat membre* »⁹¹⁶.

Les disparités fiscales existant dans le domaine de la protection sociale complémentaire en France en fonction de la nature de l'organisme tendent à s'effacer progressivement⁹¹⁷ en raison d'une tendance, suscitée par le droit européen, à l'uniformisation des règles applicables et des actions menées à l'encontre de dispositifs considérés comme favorables à certains organismes seulement, en particulier les mutuelles. Les organismes qui prétendent être lésés, en particulier les sociétés d'assurance, relèvent une rupture d'égalité en ce qui concerne les conditions d'intervention des différents opérateurs sur le marché de la protection sociale complémentaire⁹¹⁸.

La Cour de justice a été appelée à trancher, dans un arrêt du 8 septembre 2011, une affaire concernant les exonérations fiscales dont bénéficiaient les sociétés coopératives de production et de travail en Italie. Elle a considéré qu'une telle

concurrence dans les services sociaux. Quelle concurrence pour quels services sociaux ?, RDSS 2006, p. 779). Certains s'interrogent « *sur la pertinence de ces systèmes fiscaux et sociaux de faveur qui emportent d'importants manques à gagner pour les régimes de base au moment où ceux-ci éprouvent de lourds besoins de financement, interrogation d'autant plus légitime que ces dispositifs ne sont gage ni d'équité, ni de sécurité* » M. DEL SOL, Les faux-semblants des retraites d'entreprise, RDSS 2008, p. 43.

⁹¹⁶ Cons. conc., 28 sept. 1988, avis n° 88-A-15.

⁹¹⁷ En Allemagne également : v. O. KAUFMANN, Protection sociale d'entreprise, JCP E 2004, 1687.

⁹¹⁸ Ph. POIGET, Les disparités fiscales dans le secteur de la prévoyance complémentaire : une régularisation progressive, *in* Assurance et protection sociale, dir. J.-L. GILLET, D. LORIFERNE, X. PRETOT, Dalloz 2011, p. 17 ; M. CHAGNY, La fiscalité applicable aux couvertures complémentaires et la distorsion de concurrence, *idem*, p. 175 et s.

situation ne constituait pas, en soi, une aide d'Etat relevant de l'application de l'article 107 du TFUE. Encore faut-il que plusieurs conditions soient réunies. Ainsi est-il demandé à la juridiction de renvoi d'apprécier : 1) le caractère sélectif des exonérations fiscales concernées ; 2) leur éventuelle justification par la nature ou l'économie générale du système fiscal national dans lequel elles s'inscrivent. Il convient de déterminer si les sociétés coopératives se trouvent dans une situation comparable à celle d'autres opérateurs constitués sous la forme d'entités juridiques à but lucratif et, si tel est effectivement le cas, si le traitement fiscal plus favorable réservé aux dites sociétés coopératives est, d'une part, inhérent aux principes essentiels du système d'imposition applicable dans l'Etat concerné et, d'autre part, conforme aux principes de cohérence et de proportionnalité⁹¹⁹. Si l'incompatibilité avec le fonctionnement du marché intérieur n'est pas automatique, les conditions posées sont strictes.

281. Les régimes publics de protection sociale complémentaire. - La question des aides d'Etat se pose également s'agissant des dispositifs de protection sociale complémentaire mis en place au sein des services d'un Etat. Dans une décision du 27 juillet 2005, la Commission a considéré que l'ensemble des aides d'Etat dont bénéficiaient les mutuelles de la fonction publique étaient incompatibles avec le marché commun dans la mesure où elles accordaient à ces mutuelles un avantage injustifié au sein d'un marché ouvert à la concurrence⁹²⁰. De la même manière, dans une décision du 26 septembre 2005, le Conseil d'Etat français a jugé illégal l'article R. 523-2 du code de la mutualité, lequel permettait à l'Etat de financer les mutuelles constituées entre les fonctionnaires, agents et employés de l'Etat et des établissements publics nationaux, au motif que la réglementation établie avait pour effet de créer une différence de traitement entre des personnes et des organismes placés dans une même situation. Les mutuelles de la fonction publique d'Etat étaient favorisées, les autres mutuelles à vocation plus large étant privées de la

⁹¹⁹ CJUE, 8 sept. 2011, *Paint Graphos*, aff. C-78/08 à C-80/08 : Rec. p. 7611.

⁹²⁰ Commission, 27 juill. 2005, C(2005)2712 final. F. MULLER, *Droit de la concurrence, aides d'Etat et égalité de traitement des mutuelles*, JCP E 2006, 2648 ; F. MULLER, *Les mutuelles dans la tourmente de la concurrence*, RDSS 2006, p. 828.

participation de l'Etat⁹²¹. Si la décision du Conseil d'Etat ne fait pas état de l'application du droit de l'Union européenne elle « *aboutit au même résultat en se fondant sur l'illégalité de la différence de traitement entre mutuelles qu'instaurent les textes en cause* »⁹²².

De nouvelles dispositions ont été adoptées en France en 2007⁹²³. La Commission a validé le nouveau régime d'aide à la protection sociale complémentaire des agents de la fonction publique territoriale sur le fondement de l'article 107, § 2, a)⁹²⁴. Elle a admis que ce régime était compatible avec le marché intérieur en raison de son caractère social. De plus, elle a relevé que les conditions prévues pour la sélection des organismes étaient objectives, transparentes, non-discriminatoires et permettaient le développement de la concurrence entre les différents opérateurs.

282. Conclusion du titre. - L'impulsion du droit européen a été déterminante dans l'évolution récente du paysage concurrentiel de la protection sociale complémentaire. Avant l'intervention de la jurisprudence de la Cour de justice, les régimes nationaux n'étaient pas « *naturellement portés à l'atténuation de leur volonté monopolistique* »⁹²⁵. La situation a aujourd'hui changé. « *Le rôle social de l'assurance, dont la consommation est souvent obligatoire, ne saurait [cependant] être perdu de vue lorsqu'on lui applique les règles du droit de la concurrence* »⁹²⁶. La conciliation entre l'économie et le social est à la fois nécessaire et délicate.

⁹²¹ CE 26 sept. 2005, n° 262282, Rec. Lebon ; M. DEL SOL, Europe et mutualité : une influence à sens unique ?, RDSS 2009, p. 410.

⁹²² F. MULLER, Droit de la concurrence, aides d'Etat et égalité de traitement des mutuelles, JCP E 2006, 2648.

⁹²³ Art. 22 bis, L. n° 2007-148, 2 févr. 2007 : JORF n° 31, 6 févr. 2007, p. 2160.

⁹²⁴ Commission, 23 févr. 2011, communiqué IP/11/217 ; F. MARTUCCI, L'actualité des aides d'Etat en 2011, CCC 2012, dossier 6.

⁹²⁵ A. PICHARLES, La prévoyance à l'épreuve du droit communautaire de la concurrence. La protection sociale complémentaire est-elle un produit/service comme un autre ?, Les Cahiers du DRH 2004, n° 105, p. 45.

⁹²⁶ D. KESSLER, S. TRIBOUILLOIS, Assurance marché et concurrence. Quelques éléments pour débattre, in La politique européenne de concurrence en matière d'assurance / Het europees concurrentiebeleid in de verzekeringsector, dir. G. LEVIE, H. COUSY, Academia-Bruylant 1994, p. 136.



283. Conclusion de la première partie. - Les pouvoirs publics européens se sont rapidement saisis des règles applicables aux organismes privés intervenant dans le domaine de la santé, de la prévoyance et de la retraite. Non axés spécifiquement sur le droit de la protection sociale complémentaire, les textes adoptés ne tiennent néanmoins que faiblement compte de la spécificité des opérateurs intervenant dans ce domaine, tant au plan structurel qu'opérationnel. Les initiatives prises récemment pour préserver l'originalité de ceux-ci semblent moins marquer une rupture dans la conduite d'une politique d'harmonisation que préserver les opérateurs et les bénéficiaires des régimes de protection sociale complémentaire des dérives potentielles d'une concurrence renforcée et décloisonnée sur ce marché au sein de l'Union européenne.

Seconde partie - La protection des bénéficiaires

284. Une place centrale. - Les bénéficiaires de la protection sociale, qu'elle soit de base ou complémentaire, en sont la raison d'être⁹²⁷. Le point 10 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux du 9 décembre 1989 prévoit que, selon les modalités propres à chaque pays, « *tout travailleur de la Communauté européenne a droit à une protection sociale adéquate et doit bénéficier, quel que soit son statut et quelle que soit la taille de l'entreprise dans laquelle il travaille, de prestations de sécurité sociale d'un niveau suffisant* ».

Selon l'article 151, § 3 du TFUE, l'Union et les Etats membres ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions. À cette fin, ils mettent en œuvre des mesures qui tiennent compte de la diversité des pratiques nationales ainsi que de la nécessité de maintenir la compétitivité de l'économie de l'Union. Ils estiment qu'une telle évolution résultera tant du fonctionnement du marché intérieur, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures prévues par les traités et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives. Il est vrai que « *le rapprochement des législations, au sein de l'Union européenne, a la particularité d'être associé, depuis l'origine, au double objectif de mise en place du marché commun, qu'il soit général ou sectoriel, et d'union toujours plus étroite entre les peuples participant à l'intégration européenne* ». Au surplus, « *la construction d'un droit social de l'Union européenne par l'harmonisation est [...] jugée*

nécessaire pour éviter que la réalisation de ce marché ne provoque un nivellement vers le bas des droits sociaux nationaux »⁹²⁸.

285. Une protection à renforcer. - Au-delà des principes, une question émerge : « *le vrai visage de l'harmonisation sociale* » est-elle le « *simple reflet des valeurs du marché ?* »⁹²⁹. Si la volonté des pouvoirs publics européens de procéder à l'harmonisation des règles applicables aux organismes intervenant dans le champ de la protection sociale complémentaire est claire, même si la concrétisation de cet objectif se heurte à d'inévitables difficultés, la situation est plus nuancée s'agissant des normes applicables aux bénéficiaires de tels régimes. Parvenir à un consensus entre les Etats est plus délicat en matière sociale qu'en matière économique. Les différentes législations applicables se signalent par une absence d'homogénéité marquée du poids de l'histoire de chaque Etat, d'autant que les dispositions relatives à la protection sociale complémentaire relèvent de l'application de pans du droit dont la cohérence est loin d'être toujours acquise, même sur le plan interne⁹³⁰.

Le droit européen trace cependant son chemin lors de la mise en place (**Titre 1**) et de la mise en œuvre (**Titre 2**) des dispositifs organisés.

⁹²⁷ La réciproque est vraie : la protection sociale complémentaire constitue « *un élément du statut social de la personne* » (I. VACARIE, L'assurance maladie complémentaire : élément du statut social de la personne, RDSS 2014, p. 625).

⁹²⁸ J.-S. BERGE, S. ROBIN-OLIVIER, Droit européen, PUF 2011, 2^e éd. n° 391, p. 309.

⁹²⁹ Ph. MARTIN, Le droit social communautaire : droit commun des Etats membres de la Communauté européenne en matière sociale, RTD eur. 1994, p. 609.

⁹³⁰ Pour la France, mais le constat peut être étendu aux autres Etats membres : « [...] *la recodification du Code du travail - dont l'entrée en vigueur s'est produite au 1^{er} mai 2008 - aurait pu permettre de regrouper dans un titre commun l'ensemble des dispositions du droit du travail ayant trait à la protection sociale d'entreprise. Cette occasion n'a pas été saisie. Le cadre juridique continue donc d'être littéralement éclaté, puisque le droit applicable se trouve contenu dans plusieurs codes (Code du travail, Code de la sécurité sociale, Code des assurances, Code de la mutualité, Code général des impôts) ; dans des textes législatifs non codifiés (spécialement la loi « Evin ») ; dans des textes conventionnels [...] ; et dans la doctrine administrative [...]. Cette dispersion des règles soulève inévitablement des difficultés d'ordre pratique [...]. Plus fondamentalement, doit être mise en avant l'absence d'unité conceptuelle en matière de protection sociale complémentaire. Déjà problématique en lui-même, l'empilement de textes se réalise sans recherche d'une quelconque cohérence d'ensemble* » (M. DEL SOL, note ss. Cass.2^e civ., 22 oct. 2009, n° 08-20.801 : Lexbase hebdo édition sociale 2009, n° 373) ; G. COURTIEU, Prévoyance complémentaire : domaine d'application de l'article L. 932-9 du code de la sécurité sociale, Responsabilité civile et assurance, 2010, comm. 24.

TITRE 1 - LA PROTECTION DES BÉNÉFICIAIRES LORS DE LA MISE EN PLACE DE LA GARANTIE

286. La phase de mise en place d'un dispositif de protection sociale complémentaire impose, dans quelque Etat membre que soit domiciliée l'entreprise concernée, de déterminer le fondement sur lequel l'édifice va reposer (**Chapitre 1**). C'est à l'intérieur de ce cadre créateur de droit que la situation des bénéficiaires du régime est examinée (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 - Le fondement du régime

287. Le dialogue social, pierre angulaire. - Dès lors que la protection sociale complémentaire repose en principe sur un schéma triangulaire liant l'employeur, les salariés et l'organisme spécialisé, deux actes juridiques sont nécessaires : *« celui organisant les droits aux garanties qui intéresse les rapports entre l'employeur et les salariés, lequel relève de ce fait du droit du travail d'un côté. Celui relatif aux rapports contractuels entre l'entreprise (pris ici dans un sens large englobant la collectivité des actionnaires et celle des salariés) et l'assureur [...] . Les deux ont une nature juridique propre et une vie autonome. Ils n'en devront pas moins être conçus pour être en parfaite osmose »*⁹³¹. Pour autant, sans engagement de l'entreprise envers les bénéficiaires, l'acte liant celle-ci à l'opérateur spécialisé n'a pas d'objet. L'un est l'acte principal, « fondateur » du régime ; l'autre est son indispensable accessoire.

Quelle qu'en soit la source, l'engagement de l'employeur traduit le rôle joué par le droit du travail en matière de protection sociale complémentaire⁹³². L'intention première étant d'offrir aux salariés des garanties non servies par les régimes de base, *« ce serait construire sur du sable qu'oublier la primauté du droit du travail »*⁹³³.

La volonté européenne de promouvoir le dialogue social pourrait constituer un terreau fertile, sans exclusive, de construction des régimes de protection sociale complémentaire (**Section 1**). De cette impulsion de principe, la traduction demeure toutefois limitée (**Section 2**).

⁹³¹ J. BARTHELEMY, Quand les entreprises n'ont pas le choix de leur organisme de prévoyance, Les cahiers du DRH 2007, n° 136, p. 39.

⁹³² Ph. MARTIN, Epargne salariale et retraite : les avatars de la protection sociale d'entreprise en Europe, Droit social 2003, p. 202.

⁹³³ J. BARTHELEMY, Essai sur l'ingénierie juridique des fonds de pension, Droit social 1995, p. 525.

Section 1 - Une impulsion de principe

288. La volonté de l'ensemble des acteurs européens de promouvoir le dialogue social est claire⁹³⁴. Ce dernier pourrait être placé au cœur de la protection sociale complémentaire (§ 1). Celle-ci subit toutefois l'effet d'autres principes (§ 2).

§ 1. Une volonté affirmée

289. Des textes. - Le dialogue social européen constitue le premier niveau de démocratie sociale à l'échelle de l'Union, contribuant à dépasser le volet économique de celle-ci. La coordination de ce dialogue est néanmoins plus difficile depuis les élargissements intervenus le 1^{er} mai 2004, dans la mesure où les niveaux moyens de salaire et de productivité relevés dans les Etats qui ont alors rejoint l'Union sont inférieurs de plus de moitié à ceux des quinze premiers Etats membres⁹³⁵. Or, selon l'article 153 du TFUE, en vue de réaliser les objectifs de politique sociale visés à l'article 151, et notamment une protection sociale adéquate, l'Union soutient et complète l'action des Etats membres s'agissant de la sécurité sociale, de la protection sociale des travailleurs et de la modernisation des systèmes de protection sociale⁹³⁶. Le rôle de la négociation collective en matière de protection sociale complémentaire est souligné par la Commission, qui la considère comme un levier essentiel permettant de contribuer à ce que l'épargne retraite complémentaire concoure davantage à garantir l'adéquation future des pensions⁹³⁷. Les organisations syndicales de salariés ont également intégré le rôle qu'elles pouvaient jouer en matière de protection sociale d'entreprise. Ainsi, la

⁹³⁴ M. HECQUET, *Essai sur le dialogue social européen*, LGDJ 2007.

⁹³⁵ A. DEGREMONT, *Dialogue social et démocratie sociale dans l'Union européenne*, in *L'avenir de l'Europe sociale. Solidarités, droit et protections sociales*, dir. G. VINCENT, L'Harmattan 2007, p. 185.

⁹³⁶ D. GADBIN, *L'association des partenaires économiques et sociaux organisés aux procédures de décision en droit communautaire*, RTD eur. 2000, p. 1 ; B. TEYSSIE, *La négociation collective et la norme communautaire après l'entrée en vigueur de l'accord européen sur la politique sociale*, JCP E 1994, 352 ; E. MAZUYER, *Les instruments juridiques du dialogue social européen : état des lieux et tentative de clarification*, Droit social 2007, p. 476 ; A. LYON-CAEN, *Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire*, Droit social 1997, p. 74 ; J.-Ph. LHERNOULD, *La négociation collective communautaire*, Petit manuel de la diversité, Droit social 2008, p. 34.

⁹³⁷ Livre blanc, *Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables*, 16 févr. 2012 (COM(2012) 55 final), p. 14.

Confédération européenne des syndicats a indiqué à la Commission le 27 mai 1999 que dans la mesure où « *les cotisations versées aux régimes complémentaires sont un complément de rémunération, donc un véritable salaire différé [...] les partenaires sociaux et, en particulier, les organisations syndicales, [doivent être associés] au contrôle de la gestion des fonds de retraites complémentaires* ». Pour cette organisation, la complémentaire santé « *ne peut être livrée aux seules lois du marché, facteur d'exclusion sociale et de sélection des malades* »⁹³⁸.

§ 2. Une volonté nuancée

290. L'impulsion des pouvoirs publics européens dans la promotion du rôle du dialogue social en matière de protection sociale complémentaire a été nuancée par la jurisprudence (**A**) et les textes de droit dérivé (**B**).

A. La nuance jurisprudentielle

291. Un droit fondamental. - Les principes posés par le traité de Rome ont été rappelés par la Cour de justice à l'occasion de l'arrêt Albany, le 21 septembre 1999 : « *il résulte d'une interprétation utile et cohérente [...] du traité [...] que des accords conclus dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux en vue d'atteindre des objectifs de politique sociale, tels que l'amélioration des conditions d'emploi et de travail, doivent être considérés, en raison de leur nature et de leur objet, comme ne relevant pas* » de l'application des règles du traité relatives aux ententes. Il en va ainsi « *en raison de sa nature et de son objet, [d'] un accord conclu sous la forme d'une convention collective qui met en place, dans un secteur déterminé, un régime de pension complémentaire géré par un fonds de pension auquel l'affiliation peut être rendue obligatoire par les pouvoirs publics. Un tel régime vise, dans son ensemble, à garantir un certain niveau de pension à tous les travailleurs de ce secteur et contribue dès lors*

⁹³⁸ H. LOURDELLE, Quel rôle pour les syndicats européens dans la protection sociale ?, in Encyclopédie Protection Sociale. Quelle refondation ? dir. F. CHARPENTIER, Economica / Editions Liaisons 2000,

directement à l'amélioration de l'une des conditions de travail des travailleurs, à savoir leur rémunération »⁹³⁹. La négociation collective y est présentée comme « *un modèle à défendre* »⁹⁴⁰, y compris en matière de protection sociale complémentaire.

292. Le droit fondamental à la négociation collective⁹⁴¹ serait, selon certains, « *en quête de substance* »⁹⁴² dans la mesure où la Cour, tout en l'affirmant, en restreint la portée en cherchant à le concilier avec les libertés issues du traité. Ainsi, le juge a recherché si « *un juste équilibre a été observé dans la prise en considération des intérêts respectifs en présence, à savoir l'amélioration du niveau des pensions de retraite des travailleurs concernés, d'une part, et la réalisation des libertés d'établissement et de prestation des services ainsi que l'ouverture à la concurrence au niveau de l'Union, d'autre part* »⁹⁴³. Les clauses de désignation (désormais, en droit français, de recommandation) et de migration illustrent la nécessité de concilier les libertés économiques et le droit à la négociation collective⁹⁴⁴.

p. 474.

⁹³⁹ CJCE, 21 sept. 1999, Albany, aff. C-67/96 : Rec. 1999 p. 5751 ; X. PRETOT, La CJCE et les fonds de pension néerlandais, Ad augusta per angusta..., Droit social 2000, p. 106 ; F. DUPRAT, Clause de désignation et droit communautaire : une validation sous contrôle, JSL 1997, n° 47 ; C. VAN SCHOUBROECK, La protection sociale complémentaire dans l'Union européenne, la problématique des pensions et des soins de santé / De Anvullende sociale voorzieningen in de Europese Unie, pensioenen en gezondheidszorg, Academia-Bruylant 2003, p. 132. Le droit néerlandais a été adapté pour se conformer aux exigences posées par le juge européen (Wet 21/12/2000, n° 2000/628, betreffende verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds) ; A. NIJHENUIS, The Application of EC Competition Law to Supplementary Pension Funds, Euredia 2000, p. 340 ; C. VIGNEAU, De la soustraction des accords collectifs aux règles communautaires de concurrence, JCP E 2001, 1032 ; D. GADBIN, Les fonds de pension obligatoires face au droit communautaire de la concurrence : des positions dominantes à préserver dans le futur marché intérieur des services financiers, Droit social 2001, p. 178 et s. ; L. IDOT, Droit social et droit de la concurrence : confrontation ou cohabitation ?, Europe 1999, chron. 11.

⁹⁴⁰ F. MULLER, Retraites complémentaires des salariés : la consécration de la négociation collective au plan communautaire et national, RDSS 2000, p. 212.

⁹⁴¹ M. SCHMITT, Droit du travail de l'Union européenne, Larcier 2012, p. 258.

⁹⁴² J.-F. AKANDJI-KONBE, Négociation collective et marché intérieur. La CJUE franchit-elle un cap ? : SSL 2010, n° 1463, p. 5.

⁹⁴³ CJUE, 15 juill. 2010, Commission c/ Allemagne, aff. C-271/08 : Rec. p. 7091.

⁹⁴⁴ J. BARTHELEMY, Régime professionnel de prévoyance et libre prestation de services, SSL 2012, n° 1553, p. 5.

B. La nuance textuelle

293. La dilution du rôle du dialogue social ? - La volonté de concilier les libertés économiques et le droit à la négociation collective a trouvé traduction dans des textes de droit dérivé. Ainsi, l'article 6 a) de la directive n° 2003/41/CE du 3 juin 2003 décide qu'une institution de retraite professionnelle peut être mise en place « *sur la base d'un accord ou d'un contrat [...] individuel ou collectif entre le ou les employeur(s) et le(s) salarié(s) ou leurs représentants respectifs* », après que le préambule de cette directive ait précisé que « *sans préjudice des dispositions de leur droit social [...] relatives à l'organisation de leurs régimes de retraite, y compris l'affiliation obligatoire et les dispositions résultant des négociations des conventions collectives, les institutions devraient avoir la possibilité de fournir leurs services dans d'autres Etats membres* » (point 36)⁹⁴⁵. Certains déplorent que ce texte n'assure pas un minimum d'harmonisation en ce qui concerne l'intervention des salariés ou de leurs représentants dans la gestion des fonds de pension alors que les législations nationales présentent « *une mosaïque complète de solutions allant de l'absence totale de représentants salariés dans les fonds de pension irlandais à la nécessité d'un paritarisme dans les fonds allemands, néerlandais ou français* » ; « *pris entre l'idée encore bien ancrée que l'attribution d'avantages de pensions relève du pouvoir unilatéral de l'employeur, et de grandes difficultés dans la complexité de la gestion en l'absence d'informations diversifiées, l'activité des représentants du personnel dans la gestion de fonds de pension bien que promue par certaines législations nationales [...] semble peu effective* »⁹⁴⁶.

294. Plus près de nous, la directive n° 2014/50/UE du 16 avril 2014, relative aux prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs entre les Etats membres en améliorant l'acquisition et la préservation des droits à pension

⁹⁴⁵ Dir. n° 2003/41/CE, 3 juin 2003 : JOUE n° L 235, 23 sept. 2003, p. 10.

⁹⁴⁶ F. KESSLER, *The governance of Supplementary Pension Schemes and the Role of Employee Representatives : A story of Paradoxes / Les pouvoirs de la représentation des salariés dans la gestion des*

complémentaire⁹⁴⁷, tente d'impliquer davantage les partenaires sociaux dans la transposition de ses dispositions. La nécessité de prendre particulièrement en compte le rôle joué par ces derniers dans la conception et la mise en œuvre des régimes complémentaires de pension est énoncée (considérant 8). L'article 4, § 2 décide, s'agissant des conditions régissant l'acquisition de droits en vertu des régimes complémentaires de pension, que les Etats ont la faculté d'autoriser les partenaires sociaux à arrêter, par la voie de conventions collectives, des dispositions différentes de celles prévues par la directive, dans la mesure où ces dispositions n'apportent pas une protection moins favorable et ne créent pas d'obstacles à la libre circulation des travailleurs. Il en va de même, s'agissant de la préservation des droits à pension « dormants »⁹⁴⁸, en application de l'article 5, § 4. Les références aux partenaires sociaux sont fréquentes ; reste à savoir dans quelle mesure les Etats leur donneront traduction.

Section 2 - Une impulsion sans traduction

295. Source externe ou interne. - Si le constat doit être fait de l'absence de « *conception universelle* » de la protection sociale complémentaire, certains auteurs soulignent toutefois les similitudes entre les dispositifs en vigueur dans les Etats européens. Trois niveaux de création peuvent être distingués : l'entreprise, la branche et l'interprofession. A ce titre, « *l'Allemagne et la Grande-Bretagne représentent une conception des retraites complémentaires essentiellement fondée sur l'entreprise. L'exemple français illustre la volonté de bâtir les régimes au niveau le plus vaste, l'interprofession. La force de la tradition britannique ne s'est jamais démentie au cours du XX^e siècle. L'entreprise, niveau de prédilection des régimes professionnels au cours du siècle dernier, conserve actuellement un rôle*

fonds de pension, in *Gouvernance des retraites professionnelles en Europe : sécurité garantie ?*, O. KAUFMANN, S. HENNION (dir.), Springer 2011 p. 293.

⁹⁴⁷ Dir. n° 2014/50/UE, 16 avr. 2014, relative aux prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs entre les Etats membres en améliorant l'acquisition et la préservation des droits à pension complémentaire : JOCE n° L 128, 30 avr. 2014, p. 1.

⁹⁴⁸ V. infra, n° 400 et 416.

prépondérant malgré les incitations gouvernementales en faveur d'une individualisation de la retraite »⁹⁴⁹.

Dans tous les cas, un régime de protection sociale complémentaire d'entreprise peut être issu d'un engagement externe à celle-ci (§ 1). Mais la source de l'engagement peut aussi être interne (§ 2).

§ 1. La source externe à l'entreprise

296. L'engagement externe peut découler de négociations menées au niveau interprofessionnel (*A*) ou au niveau de la branche professionnelle (*B*).

A. L'engagement au niveau interprofessionnel

297. Quelques avancées significatives. - Même si la négociation interprofessionnelle n'est toujours pas, en France, la forme la plus dynamique de constitution d'un corpus conventionnel, elle a parfois contribué à remodeler, à travers l'octroi aux salariés de garanties supplémentaires, le paysage de la protection sociale complémentaire. Ainsi, en application de l'article 7 de la convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947, les entreprises doivent verser à un organisme assureur, au profit de leurs cadres et assimilés, une cotisation destinée, en priorité, à la constitution d'avantages décès complémentaires de ceux de la sécurité sociale. Cette cotisation, exclusivement patronale, plafonnée à hauteur de la tranche A des salaires, doit être au minimum égale à 1,5 % du salaire limité au plafond de la sécurité sociale.

La convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 a institué l'Agirc. L'Arrco a été mis en place par l'accord national

⁹⁴⁹ S. MICHAS BEGUERIE, Régimes privés de retraites complémentaires. Essai de comparaison des systèmes allemand, anglais et français dans une perspective communautaire, Droit social 1996, p. 519.

interprofessionnel du 8 décembre 1961. Ces régimes complémentaires de retraite par répartition ont été généralisés par la loi du 29 décembre 1972⁹⁵⁰.

298. Ainsi encore, l'accord de mensualisation de 1977 a imposé aux entreprises de maintenir tout ou partie des salaires en cas de maladie ou d'accident⁹⁵¹, dispositif en partie inscrit à l'article L. 1226-1 du code du travail par la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008⁹⁵².

299. S'inscrit dans le même mouvement, l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008⁹⁵³ qui a mis en place un mécanisme de maintien (« portabilité ») du bénéficiaire des garanties de couverture santé et prévoyance en cas de rupture du contrat de travail. Ce dispositif fait écho à celui retenu par la loi Evin visant à maintenir ce type de couverture en dépit de la rupture du contrat de travail.

300. Enfin, l'article 1^{er} de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013⁹⁵⁴ a repris l'une des mesures phares de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 : la généralisation des garanties santé et prévoyance au 1^{er} janvier 2016⁹⁵⁵. L'objectif est d'assurer à tous les salariés l'accès à ces garanties au niveau de la branche ou de l'entreprise autour de deux principes : 1) une couverture minimale (comprenant la couverture totale ou partielle du ticket modérateur, du forfait journalier et des frais exposés en sus des tarifs de responsabilité pour les soins dentaires prothétiques ou l'orthopédie dentofaciale, ainsi que pour certains dispositifs médicaux à usage individuel admis au remboursement) prévue par un contrat conforme aux exigences concernant les contrats responsables et solidaires ; 2) un financement patronal au minimum égal à la moitié du coût de la couverture.

⁹⁵⁰ L. n° 72-1223, 29 déc. 1972, portant généralisation de la retraite complémentaire au profit des salariés et anciens salariés : JORF, 30 déc. 1972, p. 13781.

⁹⁵¹ J. BARTHELEMY, Accord de mensualisation et garanties collectives de prévoyance, Droit social 2007, p. 472.

⁹⁵² L. n° 2008-596, 25 juin 2008 : JORF n° 148, 26 juin 2008, p. 10224.

⁹⁵³ ANI, 11 janv. 2008 ; avenant n° 3 à l'ANI du 11 janv. 2008, 15 mai 2009.

⁹⁵⁴ L. n° 2013-504, 14 juin 2013 : JORF n° 138, 16 juin 2013, p. 9958

La mise en place de ce dispositif est opérée en trois temps. Du 1^{er} juin 2013 au 30 juin 2014, les organisations syndicales représentatives au niveau des branches devaient engager une négociation afin de permettre aux salariés qui ne bénéficient pas d'une couverture collective à adhésion obligatoire en matière de remboursements complémentaires de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident dont chacune des catégories de garanties et la part de financement assurée par l'employeur sont au moins aussi favorables que pour la couverture minimale susmentionnée, d'accéder à une telle couverture avant le 1^{er} janvier 2016. La négociation devait porter sur : 1) la définition du contenu et du niveau des garanties ainsi que la répartition de la charge des cotisations entre employeurs et salariés ; 2) les modalités de choix de l'organisme assureur ; 3) le cas échéant, les modalités selon lesquelles des contributions pouvaient être affectées au financement de l'objectif de solidarité, notamment pour l'action sociale et la constitution de droits non contributifs ; 4) les cas de dispense d'affiliation à l'initiative du salarié. Le bilan de cette première phase est très nuancé, les branches ayant visiblement peu négocié, notamment en raison du climat d'insécurité juridique autour de la validité des clauses de désignation et de recommandation pendant toute cette période⁹⁵⁶. Dans un second temps, à compter du 1^{er} juillet 2014 et jusqu'au 1^{er} janvier 2016, la négociation se déroule au sein des entreprises où a été désigné un délégué syndical et qui ne sont pas couvertes dans les conditions susmentionnées. Enfin, à compter du 1^{er} janvier 2016, s'appliquera l'article L. 911-7 du code de la sécurité sociale créé par la loi de sécurisation de l'emploi. Il prévoit la généralisation de la couverture sociale précédemment visée. A défaut d'accord, l'employeur devra, le cas échéant, avoir recours à une décision unilatérale conformément aux dispositions de l'article L. 911-1⁹⁵⁷.

⁹⁵⁵ D. ROUSSEAU, D. RIGAUD, Généralisation de la prévoyance complémentaire, *Loi et Constitution, Droit social* 2013, p. 680.

⁹⁵⁶ M. DEL SOL, *Chronique de protection sociale complémentaire, Droit social* 2014, p. 464.

B. L'engagement au niveau professionnel

301. Une source « équilibrée ». - La mise en place d'un dispositif de protection sociale complémentaire dans une branche professionnelle permet de combiner mutualisation des risques entre de nombreux salariés, octroi de garanties plus favorables pour un coût moindre et satisfaction des besoins au plus près de l'activité économique des entreprises au sein desquelles les salariés évoluent. L'accord de branche permet en outre de désamorcer les phénomènes de concurrence sociale entre les entreprises du même secteur⁹⁵⁸.

302. En France. - Des conventions ou accords collectifs de branche imposent la mise en place de garanties de protection sociale complémentaire. Il s'agit généralement de dispositifs de prévoyance et de frais de santé, plus rarement de retraite supplémentaire. Les formules sont variées. La convention ou l'accord peut déterminer un niveau de financement consacré par l'entreprise à la mise en place de garanties choisies librement, fixer des garanties en laissant à l'employeur le choix des moyens mis en œuvre ou mettre en place un dispositif complet. Etendu, il s'applique obligatoirement à toutes les entreprises dont l'activité relève de son champ d'application. La loi du 14 juin 2013 donnant la priorité aux branches pour parvenir à des accords en matière de protection sociale complémentaire, ce niveau de négociation devrait être de plus en plus utilisé⁹⁵⁹.

303. Hors de France. - En Allemagne, la loi de 2001 relative à la prévoyance vieillesse a imposé aux conventions collectives de permettre aux salariés de transformer une partie de leur salaire en placements pour la retraite⁹⁶⁰. En 2007,

⁹⁵⁷ P. BARON, X. PIGNAUD, Généralisation de la couverture « frais de santé » et de la portabilité, JCP S 2013, 1269.

⁹⁵⁸ M. KERLEAU, Le nouveau cadre institutionnel de la protection sociale d'entreprise : quels enjeux pour les mutuelles santé ?, RECMA 2009, p. 15.

⁹⁵⁹ D'après un rapport pour l'année 2011 de la Commission des accords de retraite et de prévoyance (Comaprep), publié le 25 avril 2012, la négociation collective reste particulièrement dynamique au sein des branches professionnelles. Ainsi, en 2011, 165 accords de branche traitant de la protection sociale complémentaire ont été signés, soit une augmentation de 15 % par rapport à l'année 2010 (Liaisons sociales Quotidien 2012, n° 16096, p. 1).

⁹⁶⁰ Liaisons sociales Europe 2002, n° 54.

plus de 400 conventions collectives traitaient de cette question. D'importants systèmes de retraite de branche ont été mis en place dans la métallurgie et la chimie⁹⁶¹. Alors que dans les années 1990, la place occupée par la négociation collective de branche en matière de retraite était modeste⁹⁶², elle est aujourd'hui devenue essentielle : elle peut se porter « *au secours de la retraite complémentaire* »⁹⁶³, en particulier au sein des petites entreprises dont la faible surface financière ne permet pas de mettre en place de telles garanties. Le rôle des branches est tout aussi notable s'agissant de l'autre volet de la protection sociale complémentaire, la prévoyance : au 31 décembre 2005, 170 branches sur environ 700 avaient conclu un accord en ce sens⁹⁶⁴.

Aux Pays-Bas, il existe 74 fonds de pension de branche couvrant plus de 90 % des salariés. Ils sont obligatoirement issus d'une négociation collective. Le ministre des Affaires sociales et de l'Emploi peut rendre obligatoire pour tous les salariés de la branche l'affiliation à un fonds de pension sectoriel⁹⁶⁵.

En Belgique, une loi du 15 mai 2002 a entendu promouvoir les régimes de retraite complémentaire créés par voie de convention collective négociée dans le cadre d'une commission paritaire. La convention peut ouvrir aux entreprises la possibilité d'organiser elles-mêmes l'exécution de tout ou partie des composants du régime⁹⁶⁶.

⁹⁶¹ H. STAPF-FINE, Les retraites professionnelles d'entreprise en Allemagne - Le rôle des partenaires sociaux / Die Betriebliche Altersversorgung in Deutschland - Die Rolle der Sozialpartner, in Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé, dir. S. HENNION-MOREAU, O. KAUFMANN, Bruylant 2007, p. 373 ; H. SLOMP, Les relations professionnelles en Europe, Les Editions de l'Atelier / Les Editions Ouvrières 2000, p. 163.

⁹⁶² S. MICHAS BEGUERIE, Régimes privés de retraites complémentaires. Perspectives comparative et européenne, LGDJ 1998, n° 97, p. 130.

⁹⁶³ O. KAUFMANN, Protection sociale d'entreprise, JCP E 2006, 2648. L'auteur citait en exemple un accord conclu en 2006 au sein de l'industrie métallurgique et gazière (Tarifvertrag über altersvorsorgewirksame Leistungen (TV AVWL)), pour une durée de six ans.

⁹⁶⁴ JCP S 2006, act. 263.

⁹⁶⁵ OCDE, Panorama des pensions 2013. Les indicateurs de l'OCDE et du G20, Editions OCDE 2013, p. 117. Il en existait 64 au début des années 2000 (G. TAMBURI, Y. CHASSARD, Fonds de pension. Comment font les autres pays, Economica 2002, p. 103).

⁹⁶⁶ L. n° 2003/022481 du 15 mai 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale : Moniteur belge, 15 mai 2003, p. 26407 ; Liaisons sociales Europe 2003, n° 81.

L'Espagne et le Royaume-Uni, en revanche, privilégient la négociation au niveau de l'entreprise⁹⁶⁷.

§ 2. *La source interne à l'entreprise*

304. La protection sociale complémentaire est devenue « *un enjeu de politique sociale des directions des ressources humaines essentiel dans les entreprises* »⁹⁶⁸, traduisant une forme de « *décentralisation de la négociation collective* »⁹⁶⁹.

Les partenaires sociaux (**A**) et les représentants du personnel (**B**) sont des acteurs majeurs du processus.

A. Le rôle des partenaires sociaux

305. Le rôle joué par les partenaires sociaux dans la mise en place de régimes d'entreprise est généralement essentiel en France (1). Il est plus limité dans d'autres Etats membres de l'Union européenne (2).

1. Un rôle essentiel

306. Une place centrale en France. - Les régimes de protection sociale complémentaire peuvent, en application de l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale, être institués au sein de l'entreprise⁹⁷⁰ par voie de conventions ou accords collectifs⁹⁷¹. La prédominance de la négociation collective est liée à l'importance que le législateur donne, de manière générale, à ce mode de création de la norme

⁹⁶⁷ Ph MARTIN, La prévoyance d'entreprise en Europe : fragment ou vecteur de protection sociale ?, *Revue internationale de sécurité sociale* 2005, n° 58, p. 29.

⁹⁶⁸ S. HENNION-MOREAU, Les retraites professionnelles dans le système juridique de l'Union européenne : RDSS 2008, p. 5.

⁹⁶⁹ H. SLOMP, Les relations professionnelles en Europe, Les Editions de l'Atelier / Les Editions Ouvrières 2000, p. 169 : « *il y a une tendance générale à la décentralisation de la négociation en Europe, mais elle reste peu développée dans l'Europe germanique. Dans le cas du modèle latin, si elle y dispose d'une base légale, elle n'est pas mise en œuvre avec vigueur par les acteurs de la négociation* ».

⁹⁷⁰ Le groupe, l'unité économique et sociale et l'établissement constituent également des cadres pertinents.

sociale⁹⁷² en même temps qu'à son ancienneté en matière de retraite et de prévoyance⁹⁷³. La convention ou l'accord de protection sociale complémentaire est en principe⁹⁷⁴, négocié et conclu dans les conditions de droit commun⁹⁷⁵. Sa spécificité apparaît « *fantomatique* » à certains⁹⁷⁶. Quelques particularités existent néanmoins⁹⁷⁷.

307. La négociation collective n'est pas, toutefois, le seul mode d'organisation d'un régime de protection sociale complémentaire. L'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale admet qu'il le soit par ratification à la majorité des intéressés d'un projet présenté par le chef d'entreprise ou par une décision unilatérale de ce dernier.

308. La mise en place d'un dispositif de protection sociale complémentaire par référendum n'est guère fréquente. En effet : 1) dans les entreprises au sein desquelles ont été nommés des délégués syndicaux, le recours à l'accord collectif apparaît souvent comme la solution la plus pertinente, les salariés ne saisissant pas toujours la raison pour laquelle leur avis est sollicité directement sur un sujet aussi technique que la prévoyance complémentaire ou la retraite supplémentaire ; 2) le

⁹⁷¹ B. SERIZAY, Négociation et révision du contrat collectif de prévoyance, Les Cahiers du DRH 2004, suppl. n° 105.

⁹⁷² L'article L. 2221-1 du code du travail, qui ouvre le chapitre du code relatif à l'objet des conventions et accords, fait référence au « *droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales* ». L'article L. 2242-11 du même code, relatif à la négociation annuelle obligatoire, dispose que « *lorsque les salariés ne sont pas couverts par un accord de branche ou par un accord d'entreprise définissant les modalités d'un régime de prévoyance et, dans des conditions au moins aussi favorables que celles prévues à l'article L. 911-7 du code de la sécurité sociale, d'un régime de remboursements complémentaires de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident, l'employeur engage chaque année une négociation sur ce thème* » (B. PLATEL, B. SERIZAY, L'obligation de négocier dans le domaine de la protection sociale, JCP E 2001, 70).

⁹⁷³ G. BRIENS, La négociation des accords collectifs d'entreprise en matière de retraite et de prévoyance, JCP E 1987, act. 16724.

⁹⁷⁴ Ph. LAIGRE, J. BARTHELEMY, La loi prévoyance ; JCP G 1990, 3445.

⁹⁷⁵ Art. L. 2232-16 et s., C. trav.

⁹⁷⁶ V. J.-J. DUPEYROUX, L'article 11 de la loi Evin et la théorie générale des accords collectifs de prévoyance, Droit social 1996, p. 163. Dans cet article, l'auteur indique croire à une « *spécificité irréductible* » des accords collectifs de protection sociale complémentaire « *susceptible de contrarier une application pure et simple du droit des accords collectifs de travail* », contrairement à d'autres qui remettent en cause une telle conception (v. Ph. LANGLOIS, Les accords de prévoyance, in Etudes offertes à J. BARTHELEMY, La Semaine Juridique 1994, Hors série, p. 55).

⁹⁷⁷ B. SERIZAY, Droit du travail et protection sociale complémentaire, Droit social 1998, p. 1023 ; J. BARTHELEMY, La nature juridique des accords de retraite complémentaire, Droit social 2003, p. 513.

régime juridique de l'accord référendaire est incertain ; l'article L. 911-5 du code de la sécurité sociale, issu de la loi du 8 août 1994, renvoie à un décret le soin de le déterminer ; or, ce décret n'a jamais été publié.

309. La décision unilatérale est souvent utilisée, notamment en l'absence de représentants du personnel et de délégués syndicaux. L'employeur doit remettre à chaque salarié un document écrit présentant le régime ainsi institué. Ce document doit définir précisément l'engagement de l'employeur. Il se distingue de la notice d'information qui concerne la relation établie entre les salariés et l'organisme assureur même si elle est également remise par l'employeur.

310. Enfin, un mécanisme de protection sociale complémentaire est parfois mis en place par voie d'usage, d'accord atypique ou via le contrat de travail, c'est-à-dire en dehors du cadre prévu par l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale. Ainsi, dans un arrêt du 4 janvier 2000, la Cour de cassation a admis qu'un usage pouvait être créateur de droits en matière de protection sociale complémentaire, à la condition que la pratique émane de l'entreprise et non de l'organisme assureur⁹⁷⁸. Les usages relatifs à la protection sociale complémentaire sont pour la plupart anciens.

L'accord atypique est conclu par l'employeur avec les représentants du personnel élus - voire directement avec les salariés - et non avec les délégués syndicaux. Les règles de la négociation collective n'étant pas respectées, cet accord ne produit pas les effets d'une convention ou d'un accord collectif mais ceux d'un engagement unilatéral⁹⁷⁹. Là encore, le régime social et fiscal prête à discussion.

Il arrive aussi que les garanties de protection sociale complémentaire soient intégrées dans le contrat de travail. En principe, les clauses en la matière y ont un

⁹⁷⁸ Cass. soc., 4 janv. 2000, n° 98-12.925, Bull. civ. V, n° 6 ; Droit social 2000, p. 454, obs. J. BARTHELEMY.

⁹⁷⁹ Cass. soc., 18 mars 1997, n° 93-43.989, Bull. civ. V, n° 110.

caractère purement informatif. Néanmoins, certains choisissent de contractualiser le régime institué⁹⁸⁰. Dès lors, toute modification de celui-ci équivaut à une modification du contrat de travail à laquelle le salarié peut s'opposer. Cette situation n'est pas sans poser des difficultés, en particulier au plan social et fiscal, lorsque le statut collectif sur lequel repose éventuellement cet avantage contractualisé est remis en cause.

311. Articulation des normes. - Selon l'article L. 2251-1 du code du travail, « *une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public* ». L'article L. 2253-1 ajoute que les conventions ou accords d'entreprise peuvent adapter les conventions et accords de branche ou interprofessionnels aux conditions particulières de l'entreprise et contenir des dispositions nouvelles et des dispositions plus favorables aux salariés. Ces dispositions s'appliquent aux régimes conventionnels de protection sociale complémentaire, conformément aux dispositions de l'article L. 911-5 du code de la sécurité sociale. « *En matière de prévoyance, c'est un objectif de solidarité qui justifie le maintien du principe de faveur dans les rapports entre accords de branche et d'entreprise* »⁹⁸¹. La détermination du régime le plus favorable doit résulter d'une appréciation globale avantage par avantage et non être opérée pour chaque salarié pris individuellement⁹⁸². En outre, selon l'article L. 911-2, aliéna 2, du code de la sécurité sociale, lorsque l'accord de niveau supérieur s'applique à une entreprise qui, antérieurement à sa date d'effet, a adhéré ou souscrit à un contrat auprès d'un organisme assureur différent de celui prévu par l'accord de niveau supérieur afin de garantir les mêmes risques à un niveau équivalent, le régime d'entreprise est mis en conformité en conséquence : il s'agit là d'une déclinaison d'un principe général en matière de négociation

⁹⁸⁰ S. MILLET, Clause du contrat de travail relative à la protection sociale, JCP S 2007, 1977.

⁹⁸¹ J. BARTHELEMY, Garanties collectives de prévoyance et principe de faveur, TPS 2005, étude 7.

⁹⁸² Cass. soc., 17 janv. 1996, n° 93-20.066, Bull. civ. V, n° 15 ; Droit social 1996, p. 643, obs. J. BARTHELEMY. V. également : Cass. soc., 14 nov. 2007, n° 06-42.200.

collective posé par l'article L. 2253-2 du code du travail⁹⁸³. L'article L. 2253-3 du code du travail précise que, s'agissant des garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ne peut comporter des clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels. Les parties ne peuvent donc pas, sur ce thème, déroger dans un sens moins favorable à un accord de niveau supérieur⁹⁸⁴.

312. Epargne retraite. - Les règles régissant en France l'épargne retraite, en particulier le Perco, diffèrent légèrement du schéma centré autour des dispositions de l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale⁹⁸⁵. L'article L. 3334-3 du code du travail dispose que lorsque l'entreprise compte au moins un délégué syndical ou est dotée d'un comité d'entreprise, le Perco est établi par convention ou accord collectif négocié avec les syndicats représentatifs dans l'entreprise ou par accord conclu au sein du comité d'entreprise. La mise en place par voie référendaire est exclue⁹⁸⁶. La loi du 3 décembre 2008⁹⁸⁷ a, en revanche, autorisé l'organisation du Perco « à l'initiative de l'entreprise »⁹⁸⁸, c'est-à-dire de manière unilatérale⁹⁸⁹. Il est vrai que le législateur pousse à la mise en place d'un Perco au sein de

⁹⁸³ Cass. soc., 10 oct. 2007, n° 05-15.850, Bull. civ. V, n° 155 : « *Mais attendu que, selon l'article L. 912-1, alinéa 2, du code de la sécurité sociale, lorsque des accords professionnels ou interprofessionnels qui instituent des garanties collectives au profit des salariés, anciens salariés ou ayants droit en complément de celles qui sont déterminées par la sécurité sociale en prévoyant une mutualisation des risques dont ils organisent la couverture, s'appliquent à une entreprise qui, antérieurement à leur date d'effet, a adhéré ou souscrit un contrat auprès d'un organisme différent de celui prévu par les accords pour garantir les mêmes risques à un niveau équivalent, les dispositions du second alinéa de l'article L. 132-23 du code du travail sont applicables ; que, suivant celui-ci, dans le cas où des conventions de branche ou des accords professionnels ou interprofessionnels viennent à s'appliquer dans l'entreprise postérieurement à la conclusion de conventions ou d'accords négociés conformément aux dispositions relatives aux conventions et accords collectifs d'entreprise, les dispositions de ces conventions ou accords sont adaptées en conséquence ; qu'il résulte de ces textes que l'adaptation 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 désigné par celui-ci* ».

⁹⁸⁴ Ph. COURSIER, D. JOURDAN, B. PLATEL, B. SERIZAY, La protection sociale complémentaire, JCP E 1996, 568. Il s'agit là de l'un des domaines « *sanctuarisés* » de la négociation collective (A. FERREIRA, M. HALLOPEAU, Clauses de désignation et de migration : le débat est-il clos ?, JCP S 2013, 1107).

⁹⁸⁵ M. DEL SOL, J. FERRION, Les modes d'épargne-retraite en France, in Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé, dir. S. HENNON-MOREAU, O. KAUFMANN, Bruylant 2007, p. 373.

⁹⁸⁶ Circ. DGT n° 2009/13, 19 mai 2009, question 31.

⁹⁸⁷ L. n° 2008-1258, 3 déc. 2008 : JORF n° 2282, 4 déc. 2008, p. 18488.

⁹⁸⁸ Art. L. 3334-2, C. trav.

⁹⁸⁹ Circ. DGT n° 2009/13 précitée.

l'entreprise. En application de l'article L. 3334-3 du code du travail, les entreprises qui ont mis en place un plan d'épargne d'entreprise depuis plus de trois ans ouvrent une négociation en vue d'organisation d'un Perco ou d'un régime de retraite supplémentaire à cotisations définies. Le Perco peut être institué dans le cadre plus large d'un groupe⁹⁹⁰ et même entre plusieurs entreprises ne constituant pas un groupe sous la forme d'un Perco interentreprises, dit « Perco-I »⁹⁹¹. Par ailleurs, l'article L. 2241-8 du même code impose aux branches professionnelles de négocier tous les cinq ans sur l'institution d'un ou plusieurs plans d'épargne interentreprises ou Perco-I lorsqu'il n'existe aucun accord conclu à ce niveau en la matière.

313. Restrictions apportées aux entreprises en matière de retraite supplémentaire. - Selon l'article 111 de la loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites⁹⁹², un régime de retraite supplémentaire à prestations définies subordonnant la constitution de droits à prestations à l'achèvement de la carrière du bénéficiaire dans l'entreprise, réservé par l'employeur à une ou certaines catégories de salariés (ou aux chefs et dirigeants de l'entreprise et conjoints associés ou collaborateurs) ne peut être mis en place que si l'ensemble des salariés bénéficient d'au moins l'un des dispositifs suivants : plan d'épargne retraite collectif (Perco) ; plan d'épargne retraite d'entreprise ; contrat d'épargne retraite souscrit en application des articles 39 (régime de retraite supplémentaire à prestations définies), 82 (régime de retraite supplémentaire à cotisations définies facultatif) ou 83 (régime de retraite supplémentaire à cotisations définies obligatoire) du code général des impôts.

L'objectif est de contraindre les entreprises ayant institué des régimes catégoriels de retraite supplémentaire à prestations définies à offrir également à tous les salariés une forme d'épargne retraite collective. Certains considèrent que cette

⁹⁹⁰ Art. L. 3344-1, C. trav.

⁹⁹¹ Art. L. 3334-4, C. trav.

⁹⁹² L. n° 2010-1330, 9 nov. 2010 : JORF n° 121, 25 mai 2011, p. 8993.

mesure a pour objet de jeter l'opprobre sur les régimes chapeaux⁹⁹³. En vérité, les pouvoirs publics souhaitent favoriser la diffusion de régimes à cotisations définies au profit du plus grand nombre de salariés en lieu et place de régimes à prestations définies parfois réservés aux seuls dirigeants.

314. Pays-Bas et Espagne. - Aux Pays-Bas, le régime de retraite complémentaire peut être institué sur la base « *d'une promesse d'affiliation à un plan d'entreprise ou d'une affiliation obligatoire à un plan sectoriel. Elle peut s'appliquer au salarié de diverses manières : en étant incluse dans le contrat de travail de chaque salarié ; en étant établie par écrit, sous forme d'un document distinct généralement désigné par le terme « promesse de pension écrite » ; en étant définie dans le cadre d'une convention collective [...]* »⁹⁹⁴. Comme en France, le rôle des partenaires sociaux est important sans pour autant interdire le recours à d'autres modes de mise en place des garanties de protection sociale complémentaire dans l'entreprise. En Espagne, l'accord d'entreprise constitue un support « *incontournable* »⁹⁹⁵.

2. Un rôle limité

315. Allemagne. - En Allemagne, les premiers régimes d'entreprise ont été créés au début du XIX^e siècle. La taille de l'entreprise est déterminante quant au mode d'élaboration du régime et, corrélativement, au rôle donné aux représentants des salariés et des syndicats. En effet, « *la tradition voulant que les retraites d'entreprise soient fournies par les employeurs a relégué les syndicats dans un rôle relativement modeste sur ce plan. Dans les grands groupes industriels, où le taux de syndicalisation a toujours été élevé, ces régimes d'entreprise n'ont jamais constitué un thème central de l'activisme syndical puisque des systèmes*

⁹⁹³ J. BARTHELEMY, Impact de la réforme des retraites sur la protection sociale non légale, Droit social 2011, p. 319.

⁹⁹⁴ G. TAMBURI, Y. CHASSARD, Fonds de pension. Comment font les autres pays, Economica 2002, p. 102.

*satisfaisants existaient déjà [...] »*⁹⁹⁶. Les organisations syndicales jouent donc, historiquement, un rôle modeste en la matière.

La situation a évolué depuis l'entrée en vigueur de la loi portant réforme de l'assurance pension légale et promotion d'un patrimoine pour la vieillesse par capitalisation du 26 juin 2001⁹⁹⁷. Auparavant, la mise en place d'un plan de retraite d'entreprise dépendait exclusivement de l'employeur. Ce dernier pouvait l'inscrire directement dans le contrat de travail des salariés concernés, le créer par voie d'accord avec le conseil d'entreprise⁹⁹⁸ ou, ce qui était plus rare en pratique, par voie d'accord collectif.

Depuis le 1^{er} janvier 2002, toute entreprise qui n'aurait pas instauré un plan de retraite complémentaire doit le mettre en place si une demande est formulée en ce sens par les salariés⁹⁹⁹. L'employeur n'a donc plus l'exclusivité de la création d'un régime de retraite d'entreprise. La place donnée au dialogue social a été renforcée¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁵ G. TAMBURI, Y. CHASSARD, Fonds de pension. Comment font les autres pays, *Economica*, 2002, p. 41.

⁹⁹⁶ H.-D. STEINMEYER, Des processus de décision, *in* Les retraites dans l'Union européenne. Adaptation aux évolutions économiques et sociales, dir., E. REYNAUD, L'Harmattan 1998, p. 202. V. également : H.-D. STEINMEYER, Involvement of workers, *in* La protection sociale complémentaire dans l'Union européenne, la problématique des pensions et des soins de santé / De Anvullende sociale voorzieningen in de Europese Unie, pensioenen en gezondheidszorg, dir. C. VAN SCHOU BROECK, Academia-Bruylant 2003, p. 200.

⁹⁹⁷ Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens [AltersvermögensgesetzAVmG], BGBI I, 31, 29 Juni 2001 ; O. KAUFMANN, La réforme des retraites en Allemagne, *SSL* 2001, n° 1029 ; M. KORNER, Errichtung zusätzlicher altersversorgung das beispiel Deutschland (promotion des retraites complémentaires facultatives en Allemagne) *in* S. HENNION-MOREAU, O. KAUFMANN, Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé, Bruylant 2007, p. 165.

⁹⁹⁸ « Dans les entreprises liées par un accord de co-détermination (*Mitbestimmung*) avec le Conseil d'Entreprise, ce dernier est consulté et peut négocier les modalités d'application des décisions prises par l'employeur en matière de prestations complémentaires de retraite - par exemple la nature des prestations et les modalités de gestion -, étant entendu que le choix du vecteur financier est uniquement du ressort de l'employeur » (G TAMBURI, Y. CHASSARD, Fonds de pension. Comment font les autres pays, *Economica* 2002, p. 23).

⁹⁹⁹ G. TAMBURI, Y. CHASSARD, Fonds de pension. Comment font les autres pays, *Economica* 2002, p. 25.

¹⁰⁰⁰ L. DELAHOUSSE, Les fonds de pension en questions, Gualino 2008, p. 63.

316. Royaume-Uni. - Au Royaume-Uni, on distingue les « Occupational Pension Schemes » des « Stakeholder Pension Scheme »¹⁰⁰¹. La mise en place des premiers nommés « *dépend entièrement de la volonté et de l'initiative de l'employeur. Ce dernier n'est pas tenu de consulter préalablement les futurs adhérents ou leurs représentants syndicaux. L'incorporation d'une promesse de retraite dans une convention collective est une démarche exceptionnelle. Le plus souvent, une promesse contractuelle séparée est faite aux salariés concernés* »¹⁰⁰². La liberté des employeurs y est grande ; le rôle de la branche est marginal ; celui des syndicats - à quelque niveau que ce soit - est limité.

B. Le rôle des représentants du personnel

317. Union européenne. - Le droit européen ne traite pas du rôle des institutions représentatives du personnel en matière de protection sociale complémentaire. Leur intervention demeure liée à la législation interne de chaque Etat. En France, par exemple, le comité d'entreprise est obligatoirement informé et consulté préalablement à la mise en place dans l'entreprise d'un régime de protection sociale complémentaire ou à la modification de celui-ci, au titre de sa mission générale d'information et de consultation. Le comité formule à son initiative et examine, à la demande de l'employeur, les conditions dans lesquelles les salariés bénéficient de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 911-2 du code de la sécurité sociale¹⁰⁰³.

318. Conclusion du chapitre. - Les salariés ne peuvent, sauf norme légale ou conventionnelle contraire, contraindre leur employeur à instituer à leur profit un régime de protection sociale complémentaire, qu'il s'agisse de prévoyance ou de retraite. Leur pouvoir est le plus souvent limité à la participation à l'administration

¹⁰⁰¹ D. POLLARD, C. MAGOFFIN, *Freshfields on Corporate Pensions Law 2012*, Bloomsbury Professional 2012, p. 2 et s. ; F. CHARPENTIER, *Les retraites en France et dans le monde. Nouvelles problématiques*, *Economica* 2009, p. 197.

¹⁰⁰² G. TAMBURI, Y. CHASSARD, *Fonds de pension. Comment font les autres pays*, *Economica* 2002, p. 117 et s.

¹⁰⁰³ Art. L. 2323-1, C. trav.,

du régime existant. Néanmoins, l'implication de plus en plus fréquente des salariés dans le financement des régimes accroît nécessairement - et légitimement - leurs attentes, mais également celles des syndicats et des représentants du personnel.

Le droit de l'Union européenne reste, pour l'heure, bien silencieux sur ce point. Son rôle est essentiellement indirect : l'insistance des pouvoirs publics à rappeler le rôle central de la négociation collective n'a pu qu'influencer les Etats membres dans le sens d'une meilleure compréhension du potentiel du dialogue social en matière de protection sociale complémentaire. De la même manière, la question de l'implication des représentants du personnel semble étrangement oubliée des pouvoirs publics en la matière, alors que des jalons ont été posés en droit du travail. Le rôle du droit de l'Union a vocation à s'accroître¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰⁴ H.-D., STEINMEYER, Involvement of workers, *in* La protection sociale complémentaire dans l'Union européenne, la problématique des pensions et des soins de santé / De Anvullende sociale voorzieningen in de Europese Unie, pensioenen en gezondheidszorg, dir. C. VAN SCHOU BROECK, Academia-Bruylant 2003, p. 205.

Chapitre 2 - Les bénéficiaires du régime

319. La détermination des bénéficiaires du régime de protection sociale complémentaire (**Section 1**), de même que les droits dont ils sont titulaires, sont nettement influencés par le droit européen (**Section 2**).

Section 1 - La détermination des bénéficiaires

320. La détermination des bénéficiaires des régimes de protection sociale complémentaire pose la question de la recherche de l'égalité (§ 1) en même temps que celle de leur sélection, même si la généralisation des dispositifs à l'ensemble de la communauté de travail est progressivement encouragée par certains Etats, à défaut de l'être par l'Union européenne (§ 2)¹⁰⁰⁵.

§ 1. La recherche de l'égalité

321. Selon l'article 2 du TFUE, « *l'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'Etat de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux Etats membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes* »¹⁰⁰⁶. Le propos s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de justice : « *l'interdiction de la discrimination n'est*

¹⁰⁰⁵ Le débat s'organise autour d'un idéal de solidarité, consubstantiel à la protection sociale, qu'elle soit de base ou complémentaire : « *si la réalisation d'une solidarité peut justifier de mettre de côté les intérêts individuels dans la protection sociale, l'évolution jurisprudentielle montre aussi une émergence d'exigences liées à la garantie des prestations sociales, au nom de droits fondamentaux et d'accès non discriminatoire aux régimes de protection sociale. Loin de s'exclure mutuellement, les valeurs dont la personne est porteuse et la solidarité semblent bien avoir partie liée dans la protection sociale* » (L. CAMAJI, La personne : une figure juridique émergente dans le droit de la protection sociale, RDT 2010, p. 211).

¹⁰⁰⁶ L'article 3 ajoute, notamment, que l'Union « *combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant* ». L'article 8 du TFUE prévoit que « *pour toutes ses actions, l'Union cherche à éliminer les inégalités, et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes* ». L'article 10 ajoute que « *dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union cherche à combattre toute discrimination*

que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire »¹⁰⁰⁷. Ce principe a d'abord trouvé application sur le terrain, visé dès 1957 par le traité de Rome en matière de rémunération, de l'égalité entre les femmes et les hommes (A). Le débat relatif à l'égalité ne pouvait cependant demeurer cantonné à cette question (B).

A. L'objectif d'égalité entre les sexes

322. Promptement affirmée au niveau européen (1), la volonté d'assurer l'égalité des sexes a été souvent réitérée (2).

1. Une volonté immédiatement affirmée

323. **Egalité des sexes et protection sociale.** - Principe à déclinaisons multiples, le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale est visé par la directive du 19 décembre 1978¹⁰⁰⁸. Ce texte ne concerne cependant que les régimes légaux. Son article 3.3 annonçait toutefois qu'« en vue d'assurer la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement dans les régimes professionnels, le Conseil arrêtera, sur proposition de la Commission, des dispositions qui en préciseront le contenu, la portée et les modalités d'application ». C'est ainsi qu'est intervenue la directive n° 86/378/CEE du 24 juillet 1986¹⁰⁰⁹ relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale, définis comme « les régimes non régis par la directive 79/7/CEE qui ont pour objet de fournir aux travailleurs, salariés ou indépendants, groupés dans le cadre d'une entreprise ou d'un groupement d'entreprises, d'une branche économique ou d'un secteur professionnel ou

fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

¹⁰⁰⁷ CJCE, 19 oct. 1977, Rücksedel, aff. C-117/76 : Rec. p. 1753.

¹⁰⁰⁸ Dir. n° 79/7/CEE, 19 déc. 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale : JOCE L 6, 10 janv. 1979, p. 24.

¹⁰⁰⁹ Dir. n° 86/378/CEE, 24 juill. 1986, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale : JOCE n° L 225, 12 août 1986, p. 40.

interprofessionnel, des prestations destinées à compléter les prestations des régimes légaux de sécurité sociale ou à s'y substituer, que l'affiliation à ces régimes soit obligatoire ou facultative »¹⁰¹⁰. Mais la directive de 1986 ne s'applique pas : aux contrats individuels ; aux régimes n'ayant qu'un seul membre ; aux contrats d'assurance concernant des salariés auxquels l'employeur n'est pas partie ; aux dispositions facultatives des régimes professionnels qui sont offertes individuellement aux participants en vue de leur garantir soit des prestations complémentaires, soit le choix de la date à laquelle les prestations normales prennent cours, soit le choix entre plusieurs prestations.

La directive du 24 juillet 1986 ne vise donc que les régimes de protection sociale complémentaire collectifs et obligatoires. Dans le cadre ainsi tracé, s'exerce le principe d'égalité de traitement, lequel « *implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement, notamment par référence à l'état matrimonial ou familial* »¹⁰¹¹. Le propos vaut notamment pour le champ d'application et les conditions d'accès aux régimes créés, l'obligation de cotiser et le calcul des cotisations, le calcul des prestations, y compris des majorations dues au titre du conjoint et pour personne à charge, la durée du paiement des prestations, le maintien du droit à ces dernières.

Les Etats membres doivent prendre les mesures nécessaires, afin que soient annulées ou amendées les dispositions contraires au principe de l'égalité de traitement figurant dans les conventions collectives, règlements d'entreprises ou « tous autres arrangements » relatifs aux régimes professionnels¹⁰¹².

¹⁰¹⁰ Cette définition a été reprise par la directive n° 2006/54/CE du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) (JOUE n° L 204, 26 juill. 2006, p. 23).

¹⁰¹¹ Ar. 5, Dir. n° 86/378/CEE, 24 juill. 1986 : JOCE n° L 225, 12 août 1986, p. 40.

¹⁰¹² Art. 7, Dir. n° 86/378/CEE, 24 juill. 1986 : JOCE n° L 225, 12 août 1986, p. 40.



324. Le rôle du juge¹⁰¹³ - La Cour de justice a joué un rôle fondamental dans la mise en lumière et la diffusion du principe d'égalité entre les sexes. Dans un arrêt du 25 mai 1971, « Defrenne I », elle décide que l'article 157 du traité de Rome, qui pose le principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins pour un même travail ou un travail de même valeur¹⁰¹⁴, ne concerne pas les régimes légaux de sécurité sociale dès lors que ceux-ci sont « *moins fonction de la relation d'emploi que de considérations de politiques sociales* ». En revanche, ne peuvent, par principe, être exclus du champ d'application de ce texte « *des avantages participant de la nature de prestation de sécurité sociale* »¹⁰¹⁵. Dans l'arrêt « Defrenne II » du 8 avril 1976, la Cour reconnaît à cet article du traité de Rome un effet direct horizontal et vertical : il s'applique « *non seulement à l'action des autorités publiques mais s'étend également à toute convention visant à régler de façon collective le travail salarié, ainsi qu'aux contrats entre particuliers* »¹⁰¹⁶. De l'arrêt « Defrenne III » du 15 juin 1978, il ressort que l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes est un droit fondamental qui fait partie des principes généraux du droit communautaire¹⁰¹⁷. La place reconnue au principe de non-discrimination en raison du sexe a été perçue par certains comme une menace pour les régimes de retraite professionnels¹⁰¹⁸. Elle a pu leur apparaître d'autant

¹⁰¹³ S. VAN RAEPENBUSCH, La jurisprudence de la CJCE en matière d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, RJS 1994, p. 3.

¹⁰¹⁴ Dans sa version actuelle, l'article 157 du TFUE énonce que :

« 1. Chaque Etat membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur. 2. Aux fins du présent article, on entend par rémunération, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique :

a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure ;

b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail.

3. Le Parlement européen et le Conseil, statuant selon la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, adoptent des mesures visant à assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, y compris le principe de l'égalité des rémunérations pour un même travail ou un travail de même valeur.

4. Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un Etat membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ».

¹⁰¹⁵ CJCE 25 mai 1971, Defrenne, aff. C-80/70 : Rec. p. 445.

¹⁰¹⁶ CJCE, 8 avr. 1976, Defrenne, aff. C-43/75 : Rec. p. 455.

¹⁰¹⁷ CJCE, 15 juin 1978, Defrenne, aff. C-149/77 : Rec. p. 1365.

¹⁰¹⁸ M. LE BARBIER-LE BRIS, L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans les régimes professionnels de retraite. La perspective communautaire / Gleichbehandlung der Geschlechter in der

plus forte que l'arrêt *Bilka* du 13 mai 1986¹⁰¹⁹ précise que l'article 157 du traité de Rome est applicable à un régime de pension d'entreprise et confirme que la discrimination indirecte peut concerner la protection sociale complémentaire. Ainsi, exclure les employés à temps partiel d'un régime de pension d'entreprise est illégal si cette mesure frappe un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que l'entreprise s'en explique par des facteurs objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

325. De l'arrêt *Barber*, rendu le 17 mai 1990, il résulte que les régimes professionnels privés se caractérisent par le fait que : 1) ils sont institués par l'effet soit d'une concertation entre partenaires sociaux, soit d'une décision unilatérale de l'employeur ; 2) ils sont financés soit par l'employeur seul, soit par celui-ci et les salariés ; 3) il est admis qu'avec l'accord du salarié ils peuvent venir, pour partie, se substituer au régime légal ; 4) ils ne concernent que les salariés employés par certaines entreprises. La Cour considère qu'à la différence des prestations servies par les régimes légaux de sécurité sociale, les pensions de retraite ainsi versées constituent des avantages payés par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier et relèvent, par conséquent, du champ d'application de l'article 157 du traité. La circonstance que le régime professionnel privé soit constitué en forme de trust et géré par des trustees jouissant d'une indépendance formelle vis-à-vis de l'employeur n'infirmes pas cette interprétation. Ainsi, toutes les formes de pensions professionnelles constituent un élément de rémunération au sens des dispositions de l'article 157 du traité¹⁰²⁰.

betrieblichen Altersversorgung. Europäische Perspektiven *in* Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé, dir. S. HENNION-MOREAU, O. KAUFMANN, Bruylant 2007, p. 73.

¹⁰¹⁹ CJCE, 13 mai 1986, *Bilka*, aff. C-170/84 : Rec. : 1986, p. 1607.

¹⁰²⁰ CJCE, 17 mai 1990, *Barber*, aff. C-262/88 : Rec. p. 01889 ; RTD eur. 1991 p. 425, chron. E. TRAVERSA ; M. DARMON, J.-G. HUGLO, L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes et la jurisprudence de la CJCE : un univers en expansion, RDT eur. 1992, p. 1. La Cour de justice, afin de limiter les conséquences financières de son interprétation de l'article 157 dans l'arrêt *Barber*, a décidé que la règle posée ne pouvait être invoquée pour demander l'ouverture, avec effet à une date antérieure à la date de l'arrêt, soit le 17 mai 1990, d'un droit à pension, exception faite pour les salariés ou leurs ayants droits ayant, avant cette date, engagé une action en justice ou soulevé une réclamation équivalente selon le droit national applicable. Ce principe a été repris par les directives de 1996 et 2006.



326. La Cour a ultérieurement ajouté que les discriminations entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale étaient interdites d'une manière générale et non pas seulement lorsqu'il s'agit de fixer l'âge de la pension ou lorsqu'une pension professionnelle est offerte en guise de compensation à l'occasion d'un licenciement pour motif économique¹⁰²¹. Elle a par ailleurs confirmé que l'effet direct du principe d'égalité valait en matière de trust¹⁰²² et souligné que « *le principe de l'égalité de traitement [...] s'applique à toutes les prestations de pension servies par les régimes professionnels, sans qu'il y ait lieu d'établir une distinction en fonction du type de cotisations auxquelles lesdites prestations sont attribuées, à savoir les cotisations patronales ou les cotisations des salariés* »¹⁰²³. Toutefois, si un régime de pension professionnel « *se limite à mettre à la disposition des affiliés le cadre de gestion nécessaire, les prestations supplémentaires découlant de cotisations versées à titre purement volontaire par les salariés ne relèvent pas du champ d'application de l'article [157]* » du traité de Rome. Les contributions optionnelles des salariés au régime n'entrent donc pas dans son périmètre. Il est enfin précisé que le principe d'égalité concerne les régimes professionnels couvrant des fonctionnaires civils ou militaires¹⁰²⁴.

327. La construction précédente a trouvé un utile complément avec l'arrêt Fisscher du 28 septembre 1994. Il en ressort que « *bien qu'étrangers à la relation de*

¹⁰²¹ CJCE, 14 déc. 1993, Moroni, aff. C-110/91 : Rec. p. 6591.

¹⁰²² CJCE, 28 sept. 1994, Coloroll Pension Trustees, aff. C-200/91 : Rec. p. 4389 : « *l'effet direct de l'article [157] peut être invoqué tant par les travailleurs que par leurs ayants droit à l'encontre des trustees d'un régime de pensions professionnel, qui sont tenus de respecter le principe de l'égalité de traitement dans le cadre de leurs compétences et obligations, déterminées par l'acte constitutif du trust [...]. Si le droit national interdit aux employeurs et aux trustees d'agir en dehors du cadre de leurs compétences respectives ou en méconnaissance des dispositions de l'acte constitutif du trust, ils sont tenus d'utiliser tous les moyens offerts par le droit interne, tels que le recours aux juridictions nationales, pour éliminer toute discrimination en matière de rémunération* » (M. BADEL, I. DAUGAREILH, J.-P. LABORDE, R. LAFORE, Régimes de retraite complémentaires et supplémentaires (ou professionnels). Egalité hommes/femmes, RDSS 1995, p. 426).

¹⁰²³ CJCE, 28 sept. 1994, C-200/91, Coloroll Pension Trustees : Rec. p. 4389 : M. BADEL, I. DAUGAREILH, J.-P. LABORDE, R. LAFORE, Régimes de retraite complémentaires et supplémentaires (ou professionnels). Egalité homes/femmes, RDSS 1995, p. 426.

¹⁰²⁴ CJCE, 28 sept. 1994, Beune, aff. C-7/93 : Rec. p. 4471 (l'espèce concernait un fonctionnaire néerlandais) ; CJCE, 13 déc. 2001, Mouflin, aff. C-206/00 : Rec. p. 10201 (l'espèce concernait un fonctionnaire français) : « *les pensions servies au titre d'un régime tel que le régime français de retraite des fonctionnaires entrent dans le champ d'application de l'article [157] du traité* » ; JCP E 2002, 1203, note Ph. COURSIER. L'auteur relève que « *la Cour, insensible aux arguments financiers avancés par les autorités françaises, a décidé de ne pas limiter dans le temps la portée de sa décision* ».

travail », les administrateurs d'un régime de pension « *sont appelés à servir des prestations qui constituent une rémunération* » au sens du traité ; ils sont dès lors tenus de faire « *tout ce qui relève de leurs compétences pour assurer le respect du principe de l'égalité de traitement en la matière* » ; « *les affiliés doivent pouvoir l'invoquer à leur encontre* ». La règle posée trouve justification dans la notion d'effet utile : la portée du principe posé serait « *considérablement* » amoindrie et il serait « *sérieusement porté atteinte à la protection juridique qu'exige une égalité effective* », si un salarié ne pouvait l'invoquer qu'à l'égard de l'employeur, à l'exclusion des administrateurs du régime chargés d'exécuter les obligations de ce dernier¹⁰²⁵. Le principe d'égalité s'applique donc à tous les pans de la relation triangulaire qui se noue entre l'employeur, les salariés et l'organisme spécialisé. Dans l'arrêt Menauer du 9 octobre 2001, la Cour a retenu la même solution s'agissant des caisses de pension (« Pensionskassen ») de droit allemand¹⁰²⁶.

328. La protection sociale complémentaire est donc visée dans tous ses aspects par la recherche de l'égalité de traitement entre hommes et femmes. L'article 157 du traité de Rome s'applique quel que soit l'organisme en cause : entreprise d'assurance¹⁰²⁷, fonds de pension¹⁰²⁸, caisse de retraite de droit allemand¹⁰²⁹. Il s'applique quel que soit le mode de gestion retenu : interne par constitution de provisions comptables ; externe par création d'un régime interprofessionnel par répartition (en l'occurrence, les régimes de droit français Agirc et Arrco)¹⁰³⁰. Il en

¹⁰²⁵ CJCE, 28 sept. 1994, Fisscher, aff. C-128/93 : Rec. p. 4583.

¹⁰²⁶ CJCE, 9 oct. 2001, Menauer, aff. C-379/99 : Rec. p. 7275. L'article 157 « *doit être interprété en ce sens que des organismes tels que les caisses de pensions de droit allemand (« Pensionskassen »), qui sont chargés de servir des prestations d'un régime de pensions professionnel, sont tenus d'assurer l'égalité de traitement entre hommes et femmes, même si les travailleurs victimes d'une discrimination fondée sur le sexe ont à l'égard de leurs débiteurs directs, à savoir les employeurs en tant que parties aux contrats de travail, un droit protégé en cas d'insolvabilité, excluant toute discrimination* ». En effet, « *contraindre le travailleur ou ses ayants droit à s'adresser uniquement à l'employeur, à l'exclusion de l'organisme chargé de servir les prestations, reviendrait à limiter le nombre de personnes à l'égard desquelles le travailleur concerné ou ses ayants droit peuvent faire valoir leurs droits [...]. Or, une telle limitation amoindrirait l'effet utile de l'article [157] du traité. Elle serait, de surcroît, d'autant plus incompatible avec celui-ci que la discrimination dont il s'agit peut résulter, comme dans l'affaire au principal, des statuts de l'organisme qui est chargé de servir les prestations et qui, de ce fait, apparaît, notamment aux yeux d'un ayant droit, comme étant le débiteur normal de la prestation concernée* ».

¹⁰²⁷ CJCE, 14 déc. 1993, Moroni, aff. C-110/91 : Rec. p. 6591.

¹⁰²⁸ CJCE, 17 mai 1990, Barber, aff. C-262/88 : Rec. p. 174 ; CJCE, 28 sept. 1994, Vroege, aff. C-57/93 : Rec. p. 4541 ; CJCE, 28 sept. 1994, Fisscher, aff. C-128/93 : Rec. p. 4583.

¹⁰²⁹ CJCE, 9 oct. 2001, Menauer, aff. C-379/99 : Rec. p. 7275.

¹⁰³⁰ CJCE, 25 mai 2000, Podesta, aff. C-50/99 : Rec. p. 4039.

va ainsi même si le régime organisé est caractérisé par une affiliation obligatoire et si les prestations versées par lui se substituent en tout ou partie à celles versées par un régime légal de sécurité sociale¹⁰³¹. Le mode de financement retenu (patronal, salarial, conjoint) est indifférent¹⁰³². Le champ des prestations assimilées à des rémunérations est large : prestations versées aux survivants en cas de décès du salarié¹⁰³³, pensions d'invalidité ou pensions de veuve ou orphelins¹⁰³⁴, etc.

329. L'intégration de la jurisprudence dans les directives. - La jurisprudence relative à la notion de rémunération au sens du traité de Rome a modelé le paysage de l'égalité entre hommes et femmes dans le cadre professionnel¹⁰³⁵ à tel point qu'elle a largement privé d'effet les dérogations prévues par la directive n° 86/378/CEE. Les auteurs de la directive n° 96/97/CE du 20 décembre 1996 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre

¹⁰³¹ Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n° 03-30.210, Bull. civ. II, n° 397. La Cour a jugé que « *le régime de pension des clercs et employés de notaire (qui concerne les salariés d'un secteur professionnel déterminé) était un régime professionnel de sécurité sociale au sens du droit communautaire auquel s'appliquait directement l'article [157] du Traité instituant la Communauté européenne* » ; JCP E 2005, 758, note. G. VACHET. Plus récemment, dans le même contexte, à l'occasion d'un litige relatif à la liquidation d'une pension de retraite anticipée en application du régime des clercs et employés de notaire, la Cour de cassation a refusé de caractériser une discrimination indirecte, estimant que le fait de lier le bénéfice de la bonification de durée d'assurance à une interruption d'activité professionnelle d'une durée continue au moins égale à deux mois n'engendrent pas une discrimination indirecte à raison du sexe prohibée par l'article 14 de la CESDH et de l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention, ni une inégalité de traitement entre les travailleurs des deux sexes au sens de l'article 157 du TFUE, du seul fait qu'un nombre plus élevé de femmes que d'hommes en bénéficient, en raison du congé de maternité (Cass. 2^e civ., 12 juill. 2012, n° 10-24.661, Bull. civ. II, n° 2130 ; J.-Ph. LHERNOULD, La Cour de cassation réalise une moisson d'arrêts appliquant le droit européen, *Liaisons sociales Europe* 2012, n° 309, p. 2).

¹⁰³² CJCE, 13 mai 1986, Bilka, aff. C-170/84, Rec. p. 1607 ; CJCE, 28 sept. 1994, Coloroll Pension Trustees, aff. C-200/91, Rec. p. 4389 ; Cass. soc., 3 juill. 2012, n° 10-23.013, Bull. civ. V, n° 206 ; JCP S 2012, 1490, note. J.-Ph. TRICOIT.

¹⁰³³ CJCE, 6 oct. 1992, Ten Oever, aff. C-109/91 : Rec. p. 4879.

¹⁰³⁴ CJCE, 28 sept. 1994, Vroege, aff. C-57/93 : Rec. p. 4541.

¹⁰³⁵ En Allemagne, l'égalité des sexes en matière de protection sociale complémentaire est devenue un sujet de préoccupation au début des années 2000, à la suite des décisions rendues au cours de la décennie précédente par la Cour de justice et de la réforme des retraites intervenue en 2001 (E.-M. HOHNERLEIN, *Die Gleichstellung von Männern und Frauen in der betrieblichen Altersversorgung: Rechtliche Entwicklungen in Deutschland und europäische Vorgaben / L'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les retraites professionnelles d'entreprise ; évolutions en droits allemand et communautaire*, in *Les retraites professionnelles en Europe*, dir. S. HENNION-MOREAU, O. KAUFMANN, Bruylant 2007, p. 41). Antérieurement, en dépit d'une loi adoptée en 1980 afin de rendre le droit interne conforme au droit européen, il avait été relevé - non sans sévérité - que la politique allemande en réponse aux exigences posées par les textes européens consistait « *en de subtils efforts pour appliquer les exigences communautaires à la lettre tout en détournant l'esprit des directives* » et que « *pour être remises en cause, il faudrait que ces pratiques soient portées une à une devant la CJCE* » (I. OSTNER, J. LEWIS, *L'égalité des chances entre hommes et femmes et les politiques sociales européennes*, in *Politiques sociales européennes. Entre intégration et fragmentation*, dir. S. LEIBFRIED, P. PIERSONS, L'Harmattan 1998, p. 214).

hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale¹⁰³⁶ en ont tiré les conséquences en modifiant la portée des dérogations formulées¹⁰³⁷. Après avoir été condamnée par la Cour de justice le 8 juillet 1999, pour défaut de transposition de cette directive, la France l'a transposée avec l'ordonnance n° 2001-178 du 22 février 2001¹⁰³⁸. Ainsi, l'article L. 913-1 du code de la sécurité sociale dispose désormais qu'« aucune disposition comportant une discrimination fondée sur le sexe ne peut être insérée, à peine de nullité, dans les conventions, accords ou décisions unilatérales relevant de l'article L. 911-1 », ce principe ne faisant toutefois pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme en raison de la maternité. Ce texte ne comporte plus de dérogation à propos de l'âge de la retraite et des conditions d'attribution des pensions de réversion.

2. Une volonté régulièrement confirmée

330. Un dispositif cohérent. - Les directives n° 86/378/CEE et n° 96/97/CE ont été abrogées par celle du 5 juillet 2006¹⁰³⁹. A propos de l'« égalité de traitement dans les régimes professionnels de sécurité sociale », elle décide que « toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe est proscrite dans [ces régimes], en particulier en ce qui concerne : a) le champ d'application de tels régimes et les conditions d'accès à de tels régimes ; b) l'obligation de cotiser et le calcul des cotisations ; c) le calcul des prestations, y compris les majorations dues au titre du

¹⁰³⁶ Dir. n° 96/97/CE, 20 déc. 1996, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale : JOCE n° 46, 17 févr. 1997, p. 20.

¹⁰³⁷ S. HENNION, M. LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL., Droit social européen et international, PUF 2013, 2^e éd., n° 356, p. 361.

¹⁰³⁸ Ord. n° 2001-178, 22 févr. 2001, relative à la transposition de la directive 96/97/CE du Conseil du 20 décembre 1996 modifiant la directive 86/378/CEE relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale : JOCE n° 47, 24 févr. 2001, p. 3024.

¹⁰³⁹ Dir. n° 2006/54/CE, 5 juill. 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) : JOUE n° L 204, 26 juill. 2006, p. 23. M.-Th. LANQUETIN, L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail (à propos de la directive « refonte » du 5 juillet 2006), Droit social 2007, p. 861 ; M. BARRAGAN, La protection de las minorias sexuales en la Union europea, Revista de Derecho Comunitario Europeo 2009, p. 151. La directive du 5 juillet 2006 n'a pas été le seul texte normatif à traiter de l'égalité de traitement au cours de cette année. En effet, un « Institut européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes » a été créé par le règlement n° 1922/2006 du 20 décembre 2006 (JOUE n° L 403, 30 déc. 2006, p. 9). Très récemment, la Cour de cassation a eu l'occasion de souligner que ce texte ne s'applique qu'aux régimes professionnels de sécurité sociale et non aux régimes légaux (Cass. 2^e civ., 9 oct. 2014, n° 12-35.005).

conjoint et pour personne à charge, et les conditions de durée et de maintien du droit aux prestations ». La règle posée s'applique : 1) aux régimes professionnels de sécurité sociale qui assurent une protection contre les risques maladie, invalidité, vieillesse (y compris dans les cas de retraites anticipées, accident du travail, maladie professionnelle et chômage) ; 2) aux régimes professionnels de sécurité sociale qui prévoient d'autres prestations sociales, en nature ou en espèces, notamment des prestations de survivants et des prestations familiales, si ces prestations constituent des avantages payés par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier ; 3) aux régimes de pension destinés à une catégorie professionnelle de travailleurs, tels les fonctionnaires, si les prestations payables en vertu du régime sont versées en raison de la relation de travail nouée avec l'employeur public¹⁰⁴⁰. Sont en revanche exclus : 1) les contrats individuels des travailleurs indépendants ; 2) les régimes à membre unique des travailleurs indépendants ; 3) les contrats d'assurance concernant des salariés auxquels l'employeur n'est pas partie¹⁰⁴¹ ; 4) les dispositions facultatives des régimes professionnels de sécurité sociale offertes individuellement aux participants en vue de leur garantir, soit des prestations complémentaires soit le choix de la date à laquelle les prestations normales des travailleurs indépendants prennent cours, soit le choix entre plusieurs prestations ; 5) les régimes professionnels de sécurité sociale, dans la mesure où les prestations qu'ils fournissent sont financées par des cotisations volontaires des travailleurs. Mais un employeur peut accorder « à des personnes qui ont atteint l'âge de la retraite pour l'octroi d'une pension en vertu d'un régime professionnel de sécurité sociale, mais qui n'ont pas encore atteint l'âge de la retraite pour l'octroi d'une pension de retraite légale, un complément de pension visant à égaliser ou à rapprocher le montant des prestations globales par rapport aux personnes de l'autre sexe dans la même situation qui ont déjà atteint l'âge de la retraite légale, jusqu'à ce que les bénéficiaires du complément atteignent l'âge de la retraite légale »¹⁰⁴².

¹⁰⁴⁰ Art. 7, dir. n° 2006/54/CE, 5 juill. 2006 : JOUE n° L. 204, 26 juill. 2006, p. 23.

¹⁰⁴¹ Tel pourrait être le cas, en France, du régime géré par le comité d'entreprise ou l'entité équivalente au sein d'un autre Etat membre.

¹⁰⁴² Art. 8, dir. n° 2006/54/CE, 5 juill. 2006 : JOUE n° L. 204, 26 juill. 2006, p. 23.

Selon la directive du 5 juillet 2006, sont des discriminations les dispositions qui se fondent sur le sexe soit directement, soit indirectement, pour : a) définir les personnes admises à participer à un régime professionnel de sécurité sociale ; b) fixer le caractère obligatoire ou facultatif de la participation à un régime professionnel de sécurité sociale ; c) établir des règles différentes en ce qui concerne l'âge d'entrée dans le régime ou en ce qui concerne la durée minimale d'emploi ou d'affiliation au régime pour l'obtention des prestations ; d) prévoir des règles différentes, sauf dans la mesure prévue aux points h) et j), pour le remboursement des cotisations quand le travailleur quitte le régime sans avoir rempli les conditions qui lui garantissent un droit différé aux prestations à long terme ; e) fixer des conditions différentes d'octroi des prestations ou réserver celles-ci aux travailleurs de l'un des deux sexes ; f) imposer des âges différents de retraite ; interrompre le maintien ou l'acquisition de droits pendant les périodes de congé de maternité ou de congé pour raisons familiales, légalement ou conventionnellement prescrits et rémunérés par l'employeur ; g) fixer des niveaux différents pour les prestations, sauf dans la mesure nécessaire pour tenir compte d'éléments de calcul actuariel qui sont différents pour les deux sexes dans le cas de régimes à cotisations définies ; h) dans le cas de régimes à prestations définies, financées par capitalisation, certains éléments peuvent être inégaux dans la mesure où l'inégalité des montants est due aux conséquences de l'utilisation de facteurs actuariels différents selon le sexe lors de la mise en œuvre du financement du régime ; i) fixer des niveaux différents pour les cotisations des travailleurs ; j) fixer des niveaux différents pour les cotisations des employeurs, sauf dans le cas de régimes à cotisations définies (si le but est d'égaliser ou de rapprocher les montants des prestations de pension fondées sur ces cotisations) et dans le cas de régimes à prestations définies, financées par capitalisation lorsque les cotisations patronales sont destinées à compléter l'assiette financière indispensable pour couvrir le coût de ces prestations définies ; k) prévoir des normes différentes ou des normes applicables seulement aux travailleurs d'un sexe déterminé, sauf dans la mesure prévue aux points h) et j), en ce qui concerne la garantie ou le maintien du droit à des prestations différées quand le travailleur quitte le

régime¹⁰⁴³. Le verbe est plus précis en 2006 qu'en 1986. Les décisions de la Cour de justice n'y sont pas étrangères.

331. La poursuite des adaptations auprès des organismes spécialisés. - En matière de protection sociale complémentaire, le principe d'égalité des sexes vaut pour l'ensemble des relations contractuelles établies entre les parties. Il concerne non seulement la relation nouée entre l'employeur et les salariés mais aussi la relation les liant à l'organisme spécialisé. Les auteurs de la directive n° 2004/113/CE mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services ont pu le mesurer¹⁰⁴⁴. L'article 5, § 2 de ce texte donnait aux Etats la faculté d'autoriser « *des différences proportionnelles en matière de primes et de prestations pour les assurés lorsque le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques, sur la base de données actuarielles et statistiques pertinentes et précises* ».

La Cour de justice, dans l'arrêt Test-Achats du 1^{er} mars 2011 l'a annulé¹⁰⁴⁵ car contraire à l'objectif d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes¹⁰⁴⁶. A la suite de cette décision, la Commission a publié des lignes directrices relatives à l'adaptation de la législation des Etats membres aux conséquences de cette décision¹⁰⁴⁷. Elle précise que la directive n° 2004/113/CE : 1) couvre « *uniquement les assurances et les retraites qui sont privées, volontaires et non liées à la relation de travail, l'emploi*

¹⁰⁴³ Art. 9, dir. n° 2006/54/CE, 5 juill. 2006 : JOUE n° L. 204, 26 juill. 2006, p. 23.

¹⁰⁴⁴ Dir. n° 2004/113/CE, 13 déc. 2004, mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services : JOUE n° L 373, 21 déc. 2004, p. 37.

¹⁰⁴⁵ Durcissant ainsi « *le ton dans le domaine des assurances privées* » (P. MORVAN, Droit de la protection sociale, LexisNexis 2011, 5^e éd., n° 916, p. 699).

¹⁰⁴⁶ CJUE, 1^{er} mars 2011, aff. C-236/09, Association belge des consommateurs Test-Achats ASBL : Rec. p. 773 ; JCP E 2011, 543, note F. PICOD ; Europe 2011, 40, comm. A. RIGAUD ; S. LAULOM, Egalité des sexes et primes d'assurance, SSL 2012, suppl. n° 1531, p. 44 ; L. BURGOS-LARSEN, Quand la CJUE prend au sérieux la charte des droits fondamentaux, le droit de l'Union est déclaré invalide, AJDA 2011, p. 967 ; E. GRASS, Discriminations en fonction du sexe dans les assurances : les contre-pieds de l'arrêt Test-Achats, Droit social 2011 p. 689. L'auteur souligne que cette décision prend le contre-pied à la fois des assureurs, en annulation des dérogations établies par la directive 2004/113, et des critiques du principe de non-discrimination posé par le droit de l'Union européenne.

¹⁰⁴⁷ Lignes directrices sur l'application de la directive 2004/113/CE du Conseil dans le secteur des assurances, à la lumière de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire C-236/09 (Test-Achats), 22 déc. 2011 (COM(2011) 9497 final).

et l'activité professionnelle étant explicitement exclus de son champ d'application » ; 2) l'égalité entre les sexes visée par la directive n° 2006/54/CE joue même s'il est fait appel à un organisme assureur pour le versement d'une rente de retraite ; 3) la directive interdit de fixer des niveaux différents pour les prestations, sauf dans la mesure nécessaire pour tenir compte d'éléments de calcul actuariel qui sont différents pour les deux sexes dans le cas de régimes à cotisations définies¹⁰⁴⁸ ; l'arrêt Test-Achats « n'a aucune incidence juridique sur cette disposition, qui s'applique dans le contexte différent et clairement distinct des pensions de retraite »¹⁰⁴⁹. Sur ce dernier point, certains auteurs sont néanmoins quelque peu sceptiques, la Cour de justice étant susceptible d'étendre les effets de sa jurisprudence¹⁰⁵⁰.

332. Droit français. - Les évolutions et débats précédents ont affecté le droit des assurances. En effet, l'article L. 111-7 du code des assurances, né d'une loi du 17 décembre 2007¹⁰⁵¹, tout en prohibant les discriminations directes ou indirectes fondées sur la prise en compte du sexe dans le calcul des primes et des prestations, ajoutait que le ministre chargé de l'Economie pouvait autoriser des différences fondées sur la prise en compte du sexe et proportionnées aux risques lorsque des données actuarielles et statistiques pertinentes et précises établissaient que le sexe était un facteur déterminant dans l'évaluation du risque. Avait été ainsi créé un article A. 111-5 du code des assurances selon lequel la prise en compte du sexe pouvait entraîner, en matière de primes et de prestations, des différences proportionnées aux risques au titre des opérations d'assurance notamment classées dans les branches vie-décès, assurances

¹⁰⁴⁸ « Après l'arrêt Test-Achats, il reste par conséquent possible de recueillir, de stocker et d'utiliser des informations sur le sexe ou liées au sexe, dans le respect de ces limites, pour 1) la réservation et la tarification interne [...] ; 2) pour la tarification de la réassurance [...] ; 3) pour le marketing et la publicité » (F. KESSLER, *Egalité et protection sociale complémentaire*, RDSS 2013, p. 392).

¹⁰⁴⁹ Droit social 2014, p. 473, comm. Ph. PIERRE, M. HALLOPEAU sous CJUE, 1^{er} mars 2011, aff. C-236/09.

¹⁰⁵⁰ M. DEL SOL, *Retraites supplémentaires : l'influence diffuse de l'Union européenne*, Droit social 2014, p. 627. Dans un arrêt rendu le 3 septembre 2014, la Cour de justice estime que la directive n° 79/7/CEE s'oppose à une réglementation nationale prévoyant, pour le calcul d'une prestation sociale légale versée en raison d'un accident du travail, l'application, comme facteur actuariel, de la différence d'espérance de vie entre les hommes et les femmes, lorsque l'application de ce facteur conduit à ce que la réparation versée en une fois au titre de ladite prestation est inférieure, lorsqu'elle est allouée à un homme, à celle que percevrait une femme du même âge qui se trouve dans une situation similaire. La Cour ne s'est pas encore prononcée sur la licéité d'une prise en compte d'un facteur fondé sur l'espérance de vie moyenne selon le sexe lors de la détermination d'une prestation versée au titre d'un régime légal de sécurité sociale et relevant du champ d'application de la directive 79/7 (CJUE, 3 sept. 2014, aff. C-318/13, non encore publiée au recueil).

liées à des fonds d'investissement, opérations tontinières. La loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires¹⁰⁵² a dû tirer les conséquences de l'arrêt Test-Achats. L'article L. 111-7 du code des assurances continue, logiquement, à décider que « *toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la prise en compte du sexe comme facteur dans le calcul des primes et des prestations ayant pour effet des différences en matière de primes et de prestations est interdite* » et que « *les frais liés à la grossesse et à la maternité n'entraînent pas un traitement moins favorable des femmes en matière de primes et de prestations* ». S'agissant des dérogations, le dernier alinéa du I de ce texte prévoit toujours - ce qui peut surprendre - qu'un arrêté ministériel « *peut autoriser par arrêté des différences de primes et de prestations fondées sur la prise en compte du sexe et proportionnées aux risques lorsque des données actuarielles et statistiques pertinentes et précises établissent que le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation du risque d'assurance* ». Mais le II bis de l'article L. 111-7 dispose que cette dérogation n'est applicable qu'aux contrats et aux adhésions à des contrats d'assurance de groupe « *conclus ou effectuées au plus tard le 20 décembre 2012 et à ces contrats et adhésions reconduits tacitement après cette date* » ; elle n'est pas applicable à ceux de ces contrats et adhésions ayant fait l'objet, après cette date, « *d'une modification substantielle, nécessitant l'accord des parties, autre qu'une modification qu'une au moins des parties ne peut refuser* »¹⁰⁵³.

333. Un point d'achèvement ? - Le Livre blanc « Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables », présenté par la Commission en 2012, insiste sur la nécessité de prendre davantage en compte la question de l'égalité entre les hommes et les femmes pour éviter d'aggraver les disparités existant entre les sexes dès lors que « *les femmes ont actuellement moins de possibilités que les hommes de se constituer une épargne-retraite complémentaire* »¹⁰⁵⁴. Cependant, « *la question*

¹⁰⁵¹ L. 17 déc. 2007 : JORF n° 293, 18 déc. 2007, p. 20354.

¹⁰⁵² L. n° 2013-672, 26 juill. 2013 : JORF n° 173, 27 juill. 2013, p. 12530.

¹⁰⁵³ Pour une analyse détaillée, v. Ph. PIERRE, M. HALLOPEAU, Chronique de protection sociale complémentaire, Droit social 2014, p. 464.

¹⁰⁵⁴ Livre blanc, Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables, 16 févr. 2012 (COM(2012) 55 final) p. 14.

de l'égalité de traitement hommes/femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale est aujourd'hui largement balisée »¹⁰⁵⁵ au point que certains considèrent que « *le principe de l'égalité de traitement des hommes et des femmes dans les régimes de protection sociale complémentaire [...] constitue sans conteste [...] la réalisation de droit social la plus achevée en la matière* »¹⁰⁵⁶. Il est vrai que les mécanismes de la protection sociale complémentaire, en particulier le caractère collectif du régime, permettent d'agir de manière « ciblée » afin d'éviter les inégalités et, le cas échéant, de les combattre. Aujourd'hui « *les hommes et les femmes font partie du même ensemble protégé, et [...] tout comme les bien-portants sont solidaires des malades dans un même ensemble mutualisé, les hommes et les femmes sont aussi solidaires. L'égalité est le support de la solidarité* »¹⁰⁵⁷.

B. L'objectif élargi d'égalité

334. Si l'Union européenne se préoccupe de lutter contre les discriminations, au-delà de la seule question de l'égalité des sexes, les textes nécessaires n'ont été que récemment adoptés (1), nonobstant le volontarisme affiché par la jurisprudence et les partenaires sociaux (2).

1. Des textes récents

335. Textes fondateurs. - Selon l'article 19, § 1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le Conseil « *peut prendre les mesures nécessaires en vue*

¹⁰⁵⁵ J.-M. BINON, H. CLAASSENS, La protection sociale complémentaire en droit européen : cadre général, acquis et questions pendantes, *in* La protection sociale complémentaire dans l'Union européenne, la problématique des pensions et des soins de santé / De Anvullende sociale voorzieningen in de Europese Unie, pensioenen en gezondheidszorg, dir. C. VAN SCHOU BROECK, Academia-Bruylant 2003, p. 122. Il apparaît également que la protection est effective au sein des Etats membres (V. ROSSO-DEBORD, rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes sur les systèmes de retraite en Europe et leur évolution, A. N., 6 juill. 2010, p. 54).

¹⁰⁵⁶ J.-M. BINON, H. CLAASSENS, La protection sociale complémentaire en droit européen : cadre général, acquis et questions pendantes, *in* La protection sociale complémentaire dans l'Union européenne, la problématique des pensions et des soins de santé / De Anvullende sociale voorzieningen in de Europese Unie, pensioenen en gezondheidszorg, dir., VAN SCHOU BROECK Academia-Bruylant 2003, p. 112. V. également : G. CALVES, Deux décennies mouvementées pour les politiques françaises de discrimination positive en faveur des femmes (1988-2009), RDSS 2009, p. 991.

de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». L'article 10 ajoute que « *dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union cherche à combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ». Le propos fait écho à l'article 20 de la Charte des droits fondamentaux (« *toutes les personnes sont égales en droit* ») et à l'article 21, § 1 de ce texte qui prohibe « *toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* » et ajoute que « *sans préjudice des dispositions particulières [des] traités, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite* ». L'énumération a été préférée à une affirmation générale excluant toute rupture d'égalité ou discrimination alors que, dans le cadre du Conseil de l'Europe, le protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pose en son article 1^{er} une interdiction générale de toute discrimination. Encore faut-il relever que ce protocole n'a été ratifié que par 18 Etats - sur 47 - dont 8 seulement appartenant à l'Union : Chypre, Croatie, Espagne, Luxembourg, Roumanie, Pays-Bas, Finlande, Slovénie. Ni la France, ni l'Allemagne, ni l'Italie ne l'ont ratifié, la France ne l'ayant même pas signé (même si l'article L. 1132-1 du code du travail prohibe toute forme de discrimination)¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁷ L.-E. CAMAJI, La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales, Dalloz 2008, n° 254, p. 157.

¹⁰⁵⁸ Art. L. 1132-1, C. trav. : « *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap* ».

336. Directives n° 2000/43/CE et n° 2000/78/CE. - La directive n° 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique - qui ne vise donc que ces formes de discrimination¹⁰⁵⁹ - concerne, entre autres « *la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé* ». La protection sociale complémentaire est donc visée¹⁰⁶⁰. De même, la directive n° 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail - visant les différences de traitement en raison de la religion, des convictions, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle¹⁰⁶¹ - intéresse la protection sociale complémentaire via la référence à la rémunération, terme qui inclut les régimes professionnels. Mais cette directive ne s'appliquant pas « *aux versements de toute nature effectués par les régimes publics ou assimilés, y compris les régimes publics de sécurité sociale ou de protection sociale* », seuls les régimes privés sont concernés.

Au demeurant, d'importantes dérogations sont prévues : 1) les Etats peuvent décider qu'une différence de traitement ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence formulée soit proportionnée¹⁰⁶² ; 2) afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables peuvent être introduits. L'employeur peut ainsi prendre les mesures qu'il estime appropriées, en fonction des besoins constatés dans une situation donnée, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures lui imposent une charge disproportionnée, ce qui n'est pas le cas lorsqu'elle est compensée de façon suffisante

¹⁰⁵⁹ Dir. n° 2000/43/CE, 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique : JO n° L 180, 19 juill. 2000, p. 22.

¹⁰⁶⁰ Art. 3, Dir. n° 2000/43/CE, 29 juin 2000 : JO n° L 180, 19 juill. 2000, p. 22.

¹⁰⁶¹ Dir. n° 2000/78/CE, 27 nov. 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail : JO n° L 303, 2 déc. 2000, p. 16.

¹⁰⁶² Art. 4, Dir. n° 2000/78/CE, 27 nov. 2000 : JO n° L 303, 2 déc. 2000, p. 16.

par le jeu des mesures prises dans le cadre des politiques publiques en faveur des personnes handicapées¹⁰⁶³.

En outre, les différences de traitement fondées sur l'âge¹⁰⁶⁴ ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime tenant, notamment, à la politique de l'emploi, au marché du travail et à la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires¹⁰⁶⁵. Ces différences de traitement peuvent notamment concerner l'accès à l'emploi et à la formation professionnelle ainsi que les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs âgés et ceux ayant des personnes à charge en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection. Les Etats membres peuvent prévoir que ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge, la fixation, pour les régimes professionnels de sécurité sociale, de conditions d'âge d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité, y compris la fixation d'âges différents pour des travailleurs ou des groupes ou catégories de travailleurs et l'utilisation, dans le cadre de ces régimes, de critères d'âge dans les calculs actuariels, à condition que de telles dispositions ne se traduisent pas par des discriminations fondées sur le sexe. L'objectif est de permettre que soit assuré l'équilibre financier des régimes professionnels, d'autant plus nécessaire que celui des régimes légaux de sécurité sociale est chancelant.

337. Normes nationales. - En France, la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008¹⁰⁶⁶ a eu pour objectif de parachever l'intégration au droit français de la réglementation

¹⁰⁶³ Art. 5, Dir. n° 2000/78/CE, 27 nov. 2000 : JO n° L 303, 2 déc. 2000, p. 16 ; A. BOUJEKA, Le principe communautaire de non-discrimination et la définition du handicap, D. 2006, 2801.

¹⁰⁶⁴ M. MERCAT-BRUNS, La discrimination fondée sur l'âge : un exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires ?, RDT 2007, p. 360 ; P. BAILLY et J.-Ph. LHERNOULD, Discrimination en raison de l'âge : sources européennes et mise en œuvre interne, Droit social 2012, p. 223 ; M. SARGEANT, The law on age discrimination in the European Union, Kluwer Law International 2008 ; J.-Ph. LHERNOULD, Discrimination en raison de l'âge : la Cour de justice dans le rôle du funambule, RJS 2010, 257 ; F. MICHEA, Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l'âge. Retour sur la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne, Droit social 2010, p. 1060.

¹⁰⁶⁵ Art. 6, dir. n° 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail : JO n° L 303, 2 déc. 2000, p. 16.

¹⁰⁶⁶ L. n° 2008-496, 27 mai 2008 : JORF n° 123, 28 mai 2008, p. 8801.

européenne en matière de lutte contre les discriminations¹⁰⁶⁷. Au-delà du seul cas de la France, les directives précédentes ont entraîné de profondes modifications dans l'ordre juridique interne des Etats membres¹⁰⁶⁸, contribuant à l'harmonisation des dispositions applicables, même si certaines spécificités nationales subsistent¹⁰⁶⁹. Ainsi, jusqu'en 2001, la Belgique ne traitait que des discriminations portant sur la race, l'ascendance, l'origine ou la nationalité¹⁰⁷⁰. De la même manière, « *si la Loi fondamentale allemande contenait des dispositions pouvant servir de fondement à l'interdiction des discriminations, ce principe constitutionnel n'avait été que peu développé dans sa législation* »¹⁰⁷¹. Au Royaume-Uni, l'impulsion européenne a permis d'accomplir « *un pas de géant* » en matière de lutte contre les discriminations, en particulier contre celles fondées sur l'âge au sein des régimes de retraite d'entreprise¹⁰⁷². La législation des Pays-Bas a, pour sa part, été conduite à établir l'« *égalité de traitement à l'admission à un fonds de pension* », excluant toute discrimination en fonction du sexe, de l'âge, de la fonction, du niveau de salaire ou du type d'emploi¹⁰⁷³.

¹⁰⁶⁷ Revue Lamy droit civil 2008, n° 51, p. 10.

¹⁰⁶⁸ D. MARTIN, Approche comparative du droit de la non-discrimination, RDT 2008, p. 760.

¹⁰⁶⁹ V. MANIGOT, Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise, LexisNexis 2012, n° 22 et 23, p. 10 : « *l'intégration dans les droits des pays de l'Union des exigences européennes leur a donné une base commune dans la lutte contre les discriminations ; perdurent néanmoins certaines spécificités nationales. Elles traduisent des approches différentes de la notion d'égalité ou prennent en compte des enjeux forts dans chaque pays. [...]. Les exigences de l'Union ont contraint à des aménagements des principes procéduriers. En Italie, alors que pour les affaires ordinaires l'assistance d'un avocat est obligatoire, la victime d'une discrimination peut s'adresser directement à un juge. En Espagne, ces litiges bénéficient d'une procédure accélérée* ».

¹⁰⁷⁰ Les documents de travail du Sénat, série législation comparée, La lutte contre les discriminations sur les lieux de travail, déc. 2000.

¹⁰⁷¹ V. MANIGOT, Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise, LexisNexis 2012, n° 21, p. 10. L'article 3 aliéna 3 de la Loi fondamentale allemande prévoit que « *nul ne doit être défavorisé ou avantagé en raison de son sexe, de son ascendance, de sa race, de sa langue, de sa patrie et de son origine géographique, de ses croyances, de ses opinions religieuses ou politiques. Nul ne doit être défavorisé en raison de son handicap* ».

¹⁰⁷² D. POLLARD, C. MAGOFFIN, Freshfields on Corporate Pensions Law 2012, Bloomsbury Professional 2012, p. 558 et 559 : « *the decision of the EU and the UK that age discrimination in employment matters is unlawful was a giant step* » ; « *the Employment Equality (Age) Regulations 2006 (SI 2006/1031) implemented the EU directive in the UK. [was] replaced from 1 October 2010 by the Equality Act 2010 and various regulations, in particular (for pension) the Equality Act (Age Exceptions for Pension Schemes) Order 2010 (SI 2010/2133). On pensions, these broadly re-enacted the previous 2006 Regulations with little change* ». Auparavant, il était fréquent que les employeurs écartent « *certaines groupes du bénéfice d'une retraite professionnelle (les jeunes, les travailleurs à temps partiel, les femmes...)*. [...] pour ceux des salariés habilités à intégrer le régime, l'adhésion constituait fréquemment avant 1988 une condition d'embauche. [...] Les hommes entre 30 et 60 ans, travaillant à temps plein, constituaient l'essentiel des membres du régime » (S. MICHAS BEGUERIE, Régimes privés de retraites complémentaires. Perspectives comparative et européenne, LGDJ 1998, n° 230, p. 313). V. également : E. ELLIS, EU Anti-Discrimination Law, Oxford University Press 2005.

¹⁰⁷³ G. TAMBURI, Y. CHASSARD, Fonds de pension. Comment font les autres pays, Economica 2002, p. 103.

338. La preuve. - La charge de la preuve des discriminations est aménagée par les articles 19, § 1 de la directive n° 2006/54/CE¹⁰⁷⁴, 10 de la directive n° 2000/78/CE¹⁰⁷⁵ et 8 de la directive n° 2000/43/CE¹⁰⁷⁶ : dès lors qu'une personne s'estime lésée par suite de la violation, à son détriment, du principe d'égalité de traitement et établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'une telle violation n'est pas caractérisée. La règle posée prolonge la jurisprudence forgée par la Cour de justice depuis l'arrêt Enderby du 27 octobre 1993 posant le principe selon lequel la charge de la preuve de l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe, en principe à la charge du salarié qui, s'estimant victime d'une telle discrimination, agit en justice contre son employeur peut, si nécessaire, être déplacée pour ne pas priver la victime d'une discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter le principe d'égalité¹⁰⁷⁷. Reprise par la directive n° 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve en cas de discrimination fondée sur le sexe¹⁰⁷⁸, cette jurisprudence irrigue la directive de « codification » n° 2006/54/CE.

Dans la ligne ainsi tracée, l'article L. 1134-1 du code du travail français décide que *« lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une*

¹⁰⁷⁴ Dir. n° 2006/54/CE, 5 juill. 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) : JOUE n° L. 204, 26 juill. 2006, p. 23.

¹⁰⁷⁵ Dir. n° 2000/78/CE, 27 nov. 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail : JO n° L 303, 2 déc. 2000, p. 16.

¹⁰⁷⁶ Dir. n° 2000/43/CE du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique : JO n° L 180, 19 juill. 2000, p. 22.

¹⁰⁷⁷ CJCE, 27 oct. 1993, Enderby, aff. C-127/92 : Rec. p. 5535 ; M.-Th. LANQUETIN, La preuve de la discrimination, l'apport du droit communautaire, Droit social 1995, p. 435.

¹⁰⁷⁸ Dir. n° 97/80/CE, 15 déc. 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe : JOCE L n° 14, 20 janv. 1998, p. 6. L'article 4 de ce texte précisait :

« 1. Les Etats membres, conformément à leur système judiciaire, prennent les mesures nécessaires afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.

2. La présente directive n'empêche pas les Etats membres d'imposer un régime probatoire plus favorable à la partie demanderesse.

3. Les Etats membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 1 aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente ».

discrimination directe ou indirecte [...]. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ». En droit espagnol, il appartient au défendeur d'être en mesure de verser aux débats « *une justification objective et raisonnable, ainsi que suffisamment prouvée, des mesures adoptées et de leur proportionnalité* »¹⁰⁷⁹.

Si les dispositions précédentes ne concernent pas directement la protection sociale complémentaire, elles influent néanmoins sur celle-ci en facilitant la reconnaissance et la condamnation des discriminations intervenant dans ce domaine.

2. Un volontarisme extra-législatif ancien

339. Le rôle de la jurisprudence. - La Cour de justice a joué un rôle de premier plan. Ainsi a-t-elle jugé que si un régime de prévoyance peut prévoir une réduction de l'indemnité de licenciement pour motif économique versée aux salariés proches de la retraite (en l'occurrence de plus de 54 ans), le fait de prendre en considération, pour le calcul de cette réduction, la possibilité d'une retraite anticipée en raison d'un handicap est discriminatoire au sens de la directive n° 2000/78/CE¹⁰⁸⁰. De même a-t-elle estimé que cette directive s'oppose à la réglementation en vertu de laquelle, après le décès de son partenaire de vie, le partenaire survivant ne perçoit pas une prestation de survie équivalente à celle octroyée à un époux survivant alors que, en droit national, le partenariat de vie place les personnes de même sexe dans une situation comparable à celle des époux

¹⁰⁷⁹ Observatoire du droit européen, service des études et de la Documentation de la Cour de cassation, *Le droit communautaire et européen et la prohibition des discriminations en matière d'emploi*, 2009, spéc. p. 78.

¹⁰⁸⁰ CJUE, 6 déc. 2012, Odar, aff. C-152/11, non encore publié au bulletin. D'une manière générale, sur la discrimination sur l'âge, voir : E. BRIBOSA, Th. BOMBOIS, *Interdiction de la discrimination en raison de l'âge : du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations*, *RTD eur.* 2011, p. 41 ; P. BAILLY, J.-Ph. LHERNOULD, *Discrimination en raison de l'âge : sources européennes et mise en œuvre interne*, *Droit social* 2012, p. 223.

pour ce qui concerne cette prestation de survie¹⁰⁸¹. Dès lors qu'un Etat membre « a délibérément fait le choix d'un alignement du sort des partenaires enregistrés sur celui des époux [...] la Cour lui [impose] de respecter le principe de non-discrimination à raison de l'orientation sexuelle »¹⁰⁸².

340. France. - La jurisprudence précédente a eu une incidence directe sur le droit français. Ainsi, un régime professionnel de protection sociale complémentaire ne peut-il traiter différemment les couples mariés et les couples pacsés dès lors que ces deux statuts juridiques sont comparables au regard de l'objet de la prestation concernée¹⁰⁸³. La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a eu l'occasion de faire sien ce raisonnement¹⁰⁸⁴. Eventuellement transposable au concubinage, avec cependant un « *risque d'effet d'aubaine* »¹⁰⁸⁵. Dans la même ligne, la Cour de justice, en réponse à une question préjudicielle qui lui a été posée par la Cour de cassation antérieurement à la loi du 17 mai 2013 autorisant le mariage entre personnes du même sexe, a affirmé que la salariée qui conclut un pacte civil de solidarité avec une personne du même sexe doit bénéficier des mêmes avantages conventionnels que ceux accordés à ses collègues de travail à l'occasion de leur mariage dès lors que ce dernier est interdit aux couples homosexuels¹⁰⁸⁶. Si la portée de cette décision est désormais limitée en droit français, des questions relatives à l'orientation sexuelle et à la famille subsistent¹⁰⁸⁷. A cet égard, le rôle joué par les pouvoirs publics européens pourrait être

¹⁰⁸¹ CJCE 1^{er} avril 2008, Maruko, aff. C- 267/06 : Rec. p. 1757 ; Europe 2008, 150, comm. L. DRIGUEZ ; JCP S 2008, 1416, note. J. CAVALLINI ; J.-Ph. LHERNOULD, Les droits sociaux des couples, Droit social 2008, p. 712. Dans le même sens : CJUE, 10 mai 2011, Römer, aff. C-147/08 : Rec. p. 3591 ; Europe 2011, 265, comm. L. DRIGUEZ ; S. LAULOM, L'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, SSL 2012, suppl. n° 1531, p. 39.

¹⁰⁸² S. HENNION, M. LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL., Droit social européen et international, PUF 2013, 2^e éd., n° 359, p. 366 ; J. CAVALLINI, Couple de même sexe et pensions de retraite complémentaire, JCP S 2011, 1375. Voir déjà, antérieurement à cet arrêt : K. BERTHOU, A. MASSELOT, La CJCE et les couples homosexuels, Droit social 1998, p. 1034.

¹⁰⁸³ S. LAULOM, L'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, SSL 2012, suppl. n° 1531, p. 39.

¹⁰⁸⁴ Halde, 5 mai 2008, délib. n° 2008-91 et 2008-92 : JCP S 2008, act. 361 ; Halde, 1^{er} févr. 2010, délib. n° 2010-20.

¹⁰⁸⁵ Ch. BERTRAND, C. LETELLIER, Qu'est-ce qu'un conjoint ? Le principe de non-discrimination s'invite au cœur des familles, JSL 2010, n° 289 p. 4. Il est aussi relevé que « *le droit social a été très en avance sur le droit civil, en reconnaissant le concubinage et le concubinage homosexuel* » (F. MONEGER, Droit social et droit civil de la famille : lequel fait avancer l'autre ?, RDSS 2008, p. 656).

¹⁰⁸⁶ CJUE, 12 déc. 2013, aff. C-267/12, non encore publié ; Cass. soc., 23 mai 2012 n° 10-18.341.

¹⁰⁸⁷ S. RAMET, Famille et droit communautaire, thèse Paris I, 2001.

plus fort si ces derniers parvenaient à arrêter sur ces questions des lignes directrices claires¹⁰⁸⁸.

341. Retour vers la jurisprudence européenne. - Les discriminations en raison de l'âge étaient au cœur de l'arrêt Mangold du 22 novembre 2005. Selon la Cour de justice, il incombe à la juridiction nationale d'assurer le plein effet du principe général de non-discrimination en fonction de l'âge en laissant inappliquée toute disposition contraire de la loi nationale, et ce alors même que le délai de transposition de la directive applicable n'est pas encore expiré¹⁰⁸⁹. Cet arrêt concernait, en l'occurrence, le CDD senior allemand ouvert aux salariés âgés de plus de 52 ans. S'agissant plus directement de la protection sociale complémentaire, la Cour a affirmé que : 1) « *les lignes directrices d'un régime de pension d'entreprise pour une veuve ne correspondent pas à des mesures de transposition de dispositions communautaires* » ; 2) le droit de l'Union « *ne contient pas une interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge dont les juridictions des Etats membres doivent garantir l'application lorsque le comportement éventuellement discriminatoire ne présente aucun lien avec le droit communautaire* ». En application de ce raisonnement byzantin, la Cour n'a pas examiné si la différence de traitement prévue par le régime applicable au sein de l'entreprise, qui excluait le versement de la prestation en débat lorsque la veuve ou le veuf était plus jeune que le défunt de plus de quinze ans était discriminatoire¹⁰⁹⁰. Plus récemment, la Cour a admis le 26 septembre 2013, que le régime professionnel de retraite en vertu duquel un employeur verse, en tant qu'élément de la rémunération, des cotisations de retraite progressives en fonction de l'âge, n'est pas constitutif d'une discrimination en

¹⁰⁸⁸ « *La famille du droit social communautaire est une notion à géométrie (trop) variable, étriquée, négligeant trop souvent la dimension affective et les situations de fait, qui peinent à sortir d'une image traditionnelle et ballottée au gré des contraintes liées à l'organisation interne du droit communautaire des étrangers ou des règles de coordination des régimes nationaux de sécurité sociale, avec en filigrane le désir à peine voilé des Etats d'en restreindre le périmètre afin de contenir l'immigration et la reconnaissance de droits sociaux* » (J.-Ph. LHERNOULD, Le périmètre de la famille en droit social communautaire, Droit de la famille 2005, étude 26).

¹⁰⁸⁹ CJCE, 22 nov. 2005, Mangold, aff. C-144/04 (point 78) : Rec. p. 9981 ; RJS 2006, p. 257, obs. H. TISSANDIER.

¹⁰⁹⁰ CJCE, 23 sept. 2008, Bartsch, aff. C-427/06 : Rec. p. 7245 ; AJDA 2008. 2317, obs. E. BROUSSY, F. DONNAT, C. LAMBERT ; D. MARTIN, M. MERCAT-BRUNS, Approche comparative du droit de la non-discrimination (deuxième partie), RDT 2009, p. 58.

raison de l'âge, dès lors que la différence de traitement fondée sur l'âge qui en découle est appropriée et nécessaire pour atteindre un objectif légitime, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier. Peut être considéré comme légitime le dispositif visant : 1) à permettre aux travailleurs âgés embauchés à un stade avancé de leur carrière, de se constituer une épargne retraite raisonnable pendant une période d'affiliation relativement courte ; 2) à intégrer les jeunes travailleurs dans le même régime professionnel de retraite à un stade précoce, tout en leur permettant de disposer d'une plus grande partie de leur salaire, compte tenu de l'application qui leur est faite d'un taux de cotisations salariales plus faible, ce qui met l'ensemble des salariés en situation de se constituer une épargne retraite raisonnable, dont ils pourront disposer lors de leur départ à la retraite ; 3) à couvrir, grâce à des cotisations progressives, les risques de décès, d'incapacité et de maladie grave, lesquels augmentent avec l'âge¹⁰⁹¹.

A l'occasion de l'arrêt Kalanke du 17 novembre 1995¹⁰⁹² puis de l'arrêt Marschall du 11 novembre 1997¹⁰⁹³, la Cour de justice a enfin posé les jalons de sa jurisprudence en matière de discrimination positive. Si les « *quotas rigides* » sont sanctionnés et si un système qui substitue une égalité de résultat à l'égalité des chances est condamnable¹⁰⁹⁴, la Cour reconnaît la validité des dispositifs prévoyant une « *clause d'ouverture* »¹⁰⁹⁵. La protection sociale complémentaire semble peu concernée par cette

¹⁰⁹¹ CJUE, 26 sept. 2013, aff. C-476/11, non encore publié.

¹⁰⁹² CJCE, 17 oct. 1995, Kalanke, aff. C-450/93 : Rec. p. 3051 : la directive « *s'oppose à une réglementation nationale [Allemande, en l'occurrence] qui, comme en l'espèce, accorde automatiquement, à qualifications égales entre candidats de sexe différent retenus en vue d'une promotion, une priorité aux candidats féminins dans les secteurs dans lesquels les femmes sont sous-représentées, considérant qu'il y a sous-représentation lorsque les femmes ne représentent pas la moitié au moins des effectifs des différents grades de la catégorie de personnel concernée d'un service et qu'il en est de même pour les niveaux de fonction prévus selon l'organigramme* » ; Droit social 1996, p. 494, obs. M.-Th. LANQUETIN.

¹⁰⁹³ CJCE, 11 nov. 1997, Marschall, aff. C-409/95 : Rec. p. 6363 : la directive « *ne s'oppose pas à une règle nationale qui oblige, à qualifications égales des candidats de sexe différent quant à leur aptitude, à leur compétence et à leurs prestations professionnelles, à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs d'activité du service public où les femmes sont moins nombreuses que les hommes au niveau de poste considéré, à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin ne fassent pencher la balance en sa faveur, à condition que : - elle garantisse, dans chaque cas individuel, aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidats féminins, lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin, et - de tels critères ne soient pas discriminatoires envers les candidats féminins* ».

¹⁰⁹⁴ S. VAN RAEPENBUSCH, Tendances récentes de la jurisprudence sociale de la Cour de justice des Communautés européennes (1998-2003), Droit social 2003, p. 751.

¹⁰⁹⁵ A. HAQUET, L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes, RTD eur. 2001, p. 305.

analyse, essentiellement construite autour du phénomène de sous-représentation, dès lors que les dispositifs en débat sont généralement conçus autour d'un collectif de salariés et non de certains individus. La mutualisation propre à la matière est de nature à limiter les risques de rupture d'égalité et de discrimination susceptibles de justifier une réflexion sur la question de la mise en place d'« actions positives ».

342. Le dialogue social européen. - L'accord-cadre du 18 mars 1999 sur le travail à durée déterminée mis en œuvre par la directive n° 1999/70/CE du 28 juin 1999¹⁰⁹⁶ pose un principe de non-discrimination : « *pour ce qui concerne les conditions d'emploi, les travailleurs à durée déterminée ne sont pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée comparables au seul motif qu'ils travaillent à durée déterminée, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives [...]* »¹⁰⁹⁷. La Cour de justice a retenu une conception large de la notion de « conditions d'emploi » : les éléments de rémunération y sont intégrés¹⁰⁹⁸. En relèvent les pensions qui sont fonction de la relation de travail entre un salarié et son employeur, à l'exclusion des conditions concernant les pensions découlant d'un régime légal de sécurité sociale¹⁰⁹⁹. La solution - qui s'inscrit dans la ligne tracée pour l'interprétation de l'article 157 du traité de Rome - n'est pas surprenante : les régimes professionnels sont susceptibles d'entraîner des ruptures d'égalité entre les salariés bénéficiant d'un contrat à durée indéterminée et ceux recrutés par contrat à durée déterminée.

Participe de la même philosophie, l'accord-cadre du 6 juin 1997 sur le travail à temps partiel mis en œuvre par la directive n° 97/81/CE du 15 décembre 1997 : « *pour ce qui concerne les conditions d'emploi, les travailleurs à temps partiel ne sont*

¹⁰⁹⁶ Dir. n° 1999/70/CE, 28 juin 1999, concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée : JOCE n° L 175, 10 juill. 1999, p. 43 ; Ch. VIGNEAU, L'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée, Droit social 1999, p. 928.

¹⁰⁹⁷ Clause 4, point 1, de l'accord-cadre du 18 mars 1999 sur le travail à durée déterminée.

¹⁰⁹⁸ CJCE, 13 sept. 2007, Del Cerro Alonso, aff. C-307/05 : Rec. p. 7109 ; JCP S 2008, 1285, note. F. BOUSEZ ; Europe 2007, 300, comm. L. IDOT. En l'occurrence, était concernée l'attribution à un travailleur à durée déterminée d'une prime d'ancienneté réservée par le droit national aux seuls travailleurs à durée indéterminée.

¹⁰⁹⁹ CJCE 15 avr. 2008, Impact, aff. C-268/06 : Rec. p. 2483 ; Europe 2008, 190, comm. L. DRIGUEZ.

pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à temps plein comparables au seul motif qu'ils travaillent à temps partiel, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives »¹¹⁰⁰. Cette clause s'oppose à ce que, pour l'accès à un régime de pension de retraite, le droit national établisse une distinction entre travailleurs à temps plein et à temps partiel rémunérés sur la base d'honoraires journaliers, à moins que des raisons objectives ne justifient une telle différence de traitement¹¹⁰¹.

§ 2. La sélection des bénéficiaires

343. La sélection des bénéficiaires est opérée par l'entreprise **(A)** et l'organisme spécialisé **(B)**. La nécessité pour les pouvoirs publics de lutter contre l'arbitraire dans la sélection - voire de promouvoir l'antisélection - s'exerce à ces deux niveaux.

A. La sélection par l'entreprise

344. Le mutisme du droit européen. - Aucune norme européenne n'impose aux entreprises de mettre en œuvre des dispositifs de protection sociale complémentaire au profit de leurs salariés. Aucune ne contraint celles ayant institué un tel régime d'en faire bénéficier l'ensemble de ces derniers. Le Parlement européen a toutefois adopté, le 6 novembre 1997, une résolution consécutive à la communication de la Commission intitulée « Moderniser et améliorer la protection sociale dans l'Union européenne »¹¹⁰². Il demande que des règles claires soient édictées pour tout le secteur de l'assurance santé, en particulier pour les régimes complémentaires, dans le sens suivant : « *la solidarité doit être la règle essentielle et s'appuyer sur la*

¹¹⁰⁰ Clause 4, point 1. Dir. n° 97/81/CE, 15 déc. 1997, concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNI CE, le CEEP et la CES : JO n° L 14, 20 janv. 1998, p. 9.

¹¹⁰¹ CJUE, 1^{er} mars 2012, O'Brien, aff. C-393/10, publié au recueil numérique ; Europe 2012, 214, comm. L. DRIGUEZ ; J.-Ph. LHERNOULD, Des différentes techniques pour écarter leur droit à un traitement sans discrimination par rapport aux salariés à temps plein, RJS 2012, p. 525.

¹¹⁰² Communication de la Commission, Moderniser et améliorer la protection sociale dans l'Union européenne, 12 mars 1997, (COM(1997) 102).

non-sélection des risques, la non-exclusion des mauvais risques, la mutualisation des tarifs et le recours à des organismes non lucratifs »¹¹⁰³. Il réitère sa position dans une résolution du 16 novembre 2000 sur l'assurance maladie complémentaire¹¹⁰⁴. La Commission est invitée à proposer une directive : 1) interdisant l'utilisation d'informations médicales nominatives, telle que la typologie génétique, à des fins de discrimination dans le secteur de l'assurance ; 2) imposant « *l'absence, en principe, d'examen de santé préalable à la souscription, sauf le cas où il serait prévu et encadré par un code de conduite conclu entre les compagnies et officiellement agréé aux fins d'éviter la seule sélection des bons risques. Toutefois, la possibilité de recourir à un questionnaire médical, avant la conclusion d'un contrat, serait maintenue. Les pathologies lourdes seraient déclarées par un document remis à un tiers de confiance. L'assureur pourrait en prendre connaissance après la période de latence déterminée* ». On le voit, derrière l'employeur, c'est l'organisme assureur qui est visé. Le Comité économique et social a également délivré un avis sur l'assurance maladie complémentaire, le 24 mai 2000, soulignant que chaque Etat devrait établir des cahiers des charges contractuels qui constitueraient des codes de bonne conduite permettant d'éviter les exclusions susceptibles de naître d'un exercice immodéré de la logique de sélection des risques¹¹⁰⁵.

Dès lors que les règles posées en termes d'égalité de traitement et de lutte contre les discriminations sont respectées, les Etats sont donc libres de déterminer les règles applicables en vue de la sélection des bénéficiaires d'un régime de protection sociale complémentaire¹¹⁰⁶.

¹¹⁰³ Résolution du Parlement européen sur la communication de la Commission, Moderniser et améliorer la protection sociale dans l'Union européenne, 6 nov. 1997 (COM(97) 102 C4-0143/97 COS0538).

¹¹⁰⁴ Résolution du Parlement européen sur l'assurance maladie complémentaire, 16 nov. 2000 : JOCE, 8 août 2001, n° C 223, p. 339.

¹¹⁰⁵ JOCE, 18 juill. 2000, n° C 204, p. 51.

¹¹⁰⁶ Le contrat de travail est « un critère insuffisant » dès lors que « l'entreprise n'est pas tenue d'assurer à l'ensemble des salariés une protection complémentaire » (V. ROULET, L'opération d'assurance dans la rémunération des salariés, Editions Panthéon Assas 2011, n° 71, p. 64).

345. Les subtilités du droit français. - Le régime de protection sociale complémentaire peut être mis en place pour tous les salariés de l'entreprise ou une partie d'entre eux seulement. Lorsqu'il ne concerne qu'une ou plusieurs catégories de salariés, celles-ci doivent être précisées. Ainsi, l'article R. 242-1-1 du code de la sécurité sociale, issu du décret du 9 janvier 2012¹¹⁰⁷, après avoir décidé que les garanties doivent en principe « *couvrir l'ensemble des salariés* », ajoute que « *ces garanties peuvent également ne couvrir qu'une ou plusieurs catégories de salariés sous réserve que ces catégories permettent [...] de couvrir tous les salariés que leur activité professionnelle place dans une situation identique au regard des garanties concernées* ». Selon ce texte, l'appartenance aux catégories « cadres » et « non-cadres » résultant des définitions issues de la convention nationale de retraite et de prévoyance des cadres, constitue, par exemple, un critère objectif. Les catégories visées par le décret du 9 janvier 2012 ont été validées par le Conseil d'Etat¹¹⁰⁸.

Se pose cependant en France un problème plus général tenant au respect du principe d'égalité de traitement¹¹⁰⁹. La Cour de cassation considère que la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait justifier, en soi, une différence de traitement entre des salariés placés dans une situation identique¹¹¹⁰. Une différence de traitement doit reposer sur des raisons objectives dont le juge est, nécessairement, appelé à contrôler concrètement la réalité et la pertinence. La stipulation d'un accord collectif qui fonde une différence de traitement sur une différence de catégorie professionnelle ne repose sur une raison objective et pertinente que si la différence de traitement introduite a pour objet ou pour but de

¹¹⁰⁷ D. n° 2012-25, 9 janv. 2012, relatif au caractère collectif et obligatoire des garanties de protection sociale complémentaire : JORF n° 9, 11 janv. 2012, p. 514. Ce texte a été amendé par un décret du 8 juillet 2014 (D. n° 2014-786, 8 juill. 2014, relatif au caractère collectif et obligatoire des garanties de protection sociale complémentaire : JORF n° 0158, 10 juill. 2014, p. 11449).

¹¹⁰⁸ CE, 15 mai 2013, n° 357479.

¹¹⁰⁹ S. MILLET, La protection sociale complémentaire, entre caractère collectif, égalité et équité, JCP S 2009, 1303. Il est relevé, qu'en France, « *dans les réflexions diverses - rapports, études, débats parlementaires... - suscitées par les retraites, il est beaucoup plus question aujourd'hui d'égalité que de solidarité. Comme si la première offrait un terrain plus ferme, plus rassurant* » (J.-J. DUPEYROUX, Le temps qui reste, Droit social 2011, p. 239).

¹¹¹⁰ Cass. soc., 21 févr. 2007, n° 05-43.526 ; Cass. soc., 20 févr. 2008, n° 05-45.601, Bull. civ. V, n° 39.

prendre en compte les spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée, tenant notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération¹¹¹¹. Un arrêt du 13 mars 2013 a, en majeure partie, dissipé les inquiétudes nées de semblable décision au regard de la protection sociale complémentaire¹¹¹². La Cour de cassation a admis qu'en raison des particularités des régimes de prévoyance et de retraite qui reposent sur une évaluation des risques garantis en fonction des spécificités de chaque catégorie professionnelle, prennent en compte un objectif de solidarité et requièrent l'intervention d'un organisme extérieur, l'égalité de traitement ne s'applique qu'entre les salariés relevant d'une même catégorie professionnelle¹¹¹³. Une entreprise est donc en droit de faire bénéficier ses salariés d'avantages différents en fonction de leur catégorie professionnelle ; l'égalité conduit à une impasse¹¹¹⁴. De même, ne constitue pas un manquement au principe d'égalité une différence de traitement qui trouve sa cause dans la diversité et l'autonomie des régimes de retraite complémentaire relevant d'organismes distincts ainsi que dans les évolutions de la norme juridique applicable¹¹¹⁵. La protection sociale

¹¹¹¹ Cass. soc., 8 juin 2011, n° 10-11.933 et 10-13.663, Bull. civ. V, n° 143 ; Cass. soc., 8 juin 2011, n° 10-14.725, Bull. civ. V, n° 155 ; Cas. soc., 8 juin 2011, n° 10-30.337 ; Cass. soc., 8 juin 2011, n° 10-30.162, Bull. civ. V, n° 154 ; Cass. soc., 12 oct. 2011, n° 10-15.101. Ces décisions ont été critiquées, dans la mesure où elles portent atteinte à l'autonomie des partenaires sociaux alors même que les accords collectifs sont le plus souvent le fruit d'un long consensus.

¹¹¹² Le jugement du TGI de Paris n° 10/05909 du 29 novembre 2011 avait marqué une première inflexion, les juges ayant validé les avantages catégoriels prévus par la convention collective du personnel des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils, dite « Syntec » ; F. CHAMPEAUX, *Egalité de traitement : le tournant*, SSL 2011, n° 1517, p. 2.

¹¹¹³ Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-20.490, Bull. civ. V, n° 70 ; JCP S 2013, 1144, note Ph. COURSIER. J. BARTHELEMY, *Prévoyance collective et égalité de traitement*, Les Cahiers du DRH 2013, n° 198 p. 45 ; M. HALLOPEAU, P. KLEIN, *Les particularités de l'égalité de traitement en matière de protection sociale complémentaire*, JCP S 2013, 1145 ; P. BARON, *Egalité de traitement et protection sociale complémentaire*, SSL 2013, n° 1579, p. 5 ; B. SERIZAY, *Les régimes catégoriels de protection sociale*, JCP E 2013, 1209. Cette décision se situe ainsi à contre-courant de la jurisprudence tendant à faire des avantages catégoriels contenus dans les accords collectifs « une espèce en voie d'extinction ». Les accords de protection sociale complémentaire constituent ainsi une « espèce protégée » (E. JEANSEN, Y. PAGNERRE, *Les avantages catégoriels contenus dans les accords collectifs, une espèce en voie d'extinction*, JCP S 2012, 1338). La Cour de cassation a confirmé sa position dans un arrêt du 9 juillet 2014 (Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 13-12.121, Bull. civ. V).

¹¹¹⁴ J.-M. BERAUD, propos recueillis par F. CHAMPEAUX, A. MARCON, *L'égalité conduit à une impasse*, SSL 2013, n° 1576, p. 11.

¹¹¹⁵ Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-15.806, Bull. civ. V, n° 13 (la solution concernait les régimes Agirc et Arrco) ; JCP S 2012, 1156, note J.-M. NELLY, J. DE CALBIAC ; Ch. RADE, *Inégalités de traitement dans l'entreprise : l'employeur n'est pas responsable des choix opérés par les pouvoirs publics*, Lexbase hebdo édition sociale 2012, n° 470, n° N9810BS7 : « il serait totalement insensé et injuste de faire payer à l'employeur la complexité et le caractère inégalitaire du système français des retraites, fruits des évolutions historiques et des choix opérés depuis plus d'un demi-siècle par les pouvoirs publics ».

complémentaire présente ainsi de nettes spécificités au regard du principe d'égalité¹¹¹⁶. Restent les questions que soulève l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale lorsqu'il vise « *les garanties collectives dont bénéficient les salariés, anciens salariés et ayants droit en complément de celles qui résultent de l'organisation de la sécurité sociale* ». Certains relèvent que ce texte place ces trois catégories de bénéficiaires sur « *un pied d'égalité [...]. La loi est, à ce titre, la traduction juridique de la situation mécanique résultant de l'obligation faite à l'assureur de constituer les provisions. L'existence de provisions justifie une assimilation des situations respectives des actifs et des allocataires [...]. Pour logique qu'elle soit, cette égalisation conduit à donner autorité à l'accord collectif [...] au-delà du seul périmètre de l'entreprise. Alors qu'en principe, les accords collectifs (et d'une façon générale les avantages sociaux) bénéficient aux seuls salariés de l'entreprise, l'accord de protection sociale complémentaire est susceptible de s'appliquer à des « étrangers » à l'entreprise* »¹¹¹⁷. Le régime applicable à la protection sociale d'entreprise tend, en vérité, et sans doute de plus en plus, vers l'autonomie¹¹¹⁸.

346. Une certaine unité au sein des Etats membres de l'Union européenne. -

En Allemagne, les entreprises déterminent les catégories de salariés bénéficiaires du régime de protection sociale complémentaire¹¹¹⁹. Les dépenses par salarié sont

¹¹¹⁶ D. RIGAUD, L'autonomie du raisonnement en protection sociale complémentaire ?, *in* L'égalité en droit social, dir. J.-F. CESARO, LexisNexis 2012, p. 73 ; M. DEL SOL, Caractère collectif et obligatoire des garanties de protection sociale complémentaire : il est (enfin !) venu le temps du décret, *Lexbase hebdo édition sociale* 2012, n° 472 ; A. DERUE, Caractère collectif et obligatoire des garanties de protection sociale complémentaire, *Les Cahiers du DRH* 2012, n° 186, p. 46 ; G. BRIENS, Un marathon dans un champ de mines ?, *SSL* 2012, n° 1530, p. 4 ; F. WISMER, Retraite, prévoyance, critères objectifs et caractère obligatoire, *SSL* 2012, n° 1521, p. 2 ; B. SERIZAY, Les régimes de protection sociale complémentaire menacés, *SSL* 2010, n° 1464, p. 2 ; S. MILLET, E. BAILLY, Adaptation des régimes de protection sociale complémentaire à la loi Fillon, suite... et fin ?, *Les Cahiers du DRH* 2009, n° 154, p. 44 ; P. COIN, La mise en conformité des régimes de protection sociale complémentaire au regard de l'égalité de traitement, *JCP S* 2012, 1442.

¹¹¹⁷ B. SERIZAY, *Droit du travail et protection sociale complémentaire*, *Droit social* 1998, p. 1023.

¹¹¹⁸ Jacques BARTHELEMY insiste toutefois sur la mise en œuvre d'une « *stratégie de réunification des droits du travail et de la sécurité sociale. La convergence doit être la règle eu égard à leur fonction protectrice commune ; les différences ne doivent être justifiées que par les finalités propres à chacune de ces deux disciplines ; par exemple le fait que l'égalité irrigue le droit du travail tandis que la solidarité imprègne celui de la sécurité sociale* » (J. BARTHELEMY, *Egalité de traitement et sort social des cotisations de prévoyance*. A propos de l'article 17 de la LFSS du 20 décembre 2010 et du décret y afférent du 9 janvier 2012, *Droit social* 2012, p. 510).

¹¹¹⁹ « *Le cadre législatif applicable aux retraites complémentaires est considéré comme un volet du droit du travail [...]. Les garanties normalement fournies aux salariés en matière de rémunération s'appliquent, par*

très inégales, cette situation se répercutant sur les prestations. Ainsi, « *les salariés les mieux payés - membres de la direction, cadres - bénéficient de certains privilèges dans le domaine des retraites complémentaires. Cet aspect de la prévoyance professionnelle représente un obstacle à une généralisation des régimes complémentaires d'entreprise en Allemagne* »¹¹²⁰. Il existe toutefois des garde-fous. Les catégories de bénéficiaires doivent être définies objectivement : « *le statut de cadre, l'ancienneté minimale ou une limite d'âge font partie des conditions objectives, suffisantes pour justifier l'adhésion à un régime auquel un autre groupe de salariés ne sera pas affilié. A l'inverse, le chef d'entreprise ne peut, sous peine de violer le principe d'égalité de traitement, favoriser arbitrairement certains membres d'un même groupe* »¹¹²¹.

Au Royaume-Uni, la limitation du cercle des bénéficiaires à certaines catégories professionnelles est fréquente, de même que la mise en place de dispositifs différents en fonction de celles-ci. Une tendance à l'harmonisation des régimes au profit de l'ensemble des salariés à l'exception des cadres supérieurs, lesquels bénéficient d'un dispositif plus favorable, peut être relevée¹¹²².

B. La sélection par l'organisme spécialisé

347. La diffusion de l'antisélection en France. - La loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989¹¹²³ a posé des règles très strictes pour la sélection des bénéficiaires de régimes de protection sociale complémentaire¹¹²⁴. Une distinction

analogie, au domaine des retraites complémentaires » (G. TAMBURI, Y. CHASSARD, Fonds de pension. Comment font les autres pays, *Economica* 2002, p. 34).

¹¹²⁰ S. MICHAS BEGUERIE, Régimes privés de retraites complémentaires. Perspectives comparative et européenne, *LGDJ* 1998, n° 230, p. 313 ; V. également : O. KAUFMANN, F. KESSLER, P. KOHLER, *Le droit social en Allemagne*, Lamy Europe 1992.

¹¹²¹ S. MICHAS BEGUERIE, Régimes privés de retraites complémentaires. Perspectives comparative et européenne, *LGDJ* 1998, n° 230, p. 313.

¹¹²² G. TAMBURI, Y. CHASSARD, Fonds de pension. Comment font les autres pays, *Economica* 2002, p. 118 ; S. HENNION, M. LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL., *Droit social européen et international*, PUF 2013, n° 354, p. 357.

¹¹²³ L. n° 89-1009, 31 déc. 1989 : *JORF* n°1, 2 janv. 1990, p. 13.

¹¹²⁴ Certains soulignent « *l'extrême particularisme de ces contrats d'assurance prévoyance enserrés, de par la loi, dans des exigences sociales tout à fait princeps* » (L. BOUDIAS, Ph. BOUDIAS, *Le dilemme de la prévoyance obligatoire*, *SSL* 2006, n° 1261, p. 9).

est opérée selon que celui-ci est obligatoire ou facultatif. Dans la première situation, lorsque des salariés sont garantis collectivement contre le risque décès, les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, ainsi que les risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, l'organisme assureur est tenu de prendre 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 du cas de fausse déclaration. Par ailleurs, aucune pathologie ou affection ouvrant droit au service des prestations en nature de l'assurance maladie du régime général de la sécurité sociale ne peut être exclue du champ d'application du régime dans ses dispositions relatives au remboursement ou à l'indemnisation des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident¹¹²⁵. Est posé un principe d'antisélection des risques¹¹²⁶ qui demeure *« fondamentalement l'expression d'une certaine conception de la solidarité et de choix éthiques nécessairement évolutifs »*¹¹²⁷. Une interprétation extensive est retenue par la jurisprudence : commet une faute l'assureur qui procède à une exclusion individuelle¹¹²⁸. Les organismes assureurs doivent accepter le groupe en bloc ou renoncer à l'assurer : *« à eux de peser le plus précisément possible les risques portés par le groupe en tenant compte notamment de l'âge des salariés, de leur sexe, de leurs charges de famille, de leur activité professionnelle [...] »*¹¹²⁹. Cette forte particularité explique également que ce modèle d'opération collective à adhésion obligatoire ne se rencontre que dans les régimes applicables aux salariés et non à ceux concernant les professionnels indépendants ou les particuliers¹¹³⁰.

¹¹²⁵ Art. 2, L. n° 89-1009, 31 déc. 1989 : JORF n°1, 2 janv. 1990, p. 13.

¹¹²⁶ La Mutualité française évoque la sélection et l'exclusion comme *« l'un des risques majeurs de dislocation du tissu social [...] L'illustration de ce risque est évidente dans le domaine de la prévoyance. Globalement 5 % des personnes génèrent 50 % des dépenses de santé. Sélectionner et exclure (soit à l'adhésion soit par la résiliation) les 5 % de personnes les plus malades, souvent les plus âgées, permet de proposer des tarifs d'assurance inférieurs de moitié à la dépense moyenne de la population globale, au prix de l'exclusion et de la marginalisation du pan de la société »* (« Les mutuelles dans une Europe élargie » : Réponse de la mutualité française au questionnaire sur le document de consultation de la Commission européenne - 30 janvier 2004).

¹¹²⁷ Ph. PIERRE, Protection sociale d'entreprise, JCP E 2002, 1554.

¹¹²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 13 févr. 2001, n° 98-12.478, Bull. civ. I, n° 30 ; Cass. 2^e civ., 3 févr. 2011 n° 10-30.588.

¹¹²⁹ M. DEL SOL, L'entreprise mutualiste : un acteur banalisé sur le marché de la protection sociale complémentaire, JCP E 2002, 413.

¹¹³⁰ P. MORVAN, Droit de la protection sociale, LexisNexis 2011, 5^e éd. 2011, n° 1018, p. 775.

S'agissant des opérations collectives à adhésion facultative et des opérations individuelles, l'organisme assureur qui a accepté une souscription ou une adhésion doit, sous réserve des sanctions prévues en cas de fausse déclaration, prendre en charge les suites d'états pathologiques survenus antérieurement à l'adhésion de l'intéressé ou à la souscription du contrat ou de la convention. Il peut, néanmoins, refuser de prendre en charge les suites d'une maladie contractée antérieurement à l'adhésion de l'intéressé ou à la souscription du contrat ou de la convention à condition que : 1) la ou les maladies antérieures dont les suites ne sont pas prises en charge soient clairement mentionnées dans le contrat individuel ou dans le certificat d'adhésion au contrat collectif ; 2) l'organisme apporte la preuve que la maladie était antérieure à la souscription du contrat ou à l'adhésion de l'intéressé au contrat collectif. La preuve est apportée dans le respect des dispositions relatives au secret professionnel¹¹³¹.

Par ailleurs, à compter de l'adhésion de l'intéressé ou de la souscription du contrat ou de la convention, pour les opérations collectives à adhésion facultative et pour les opérations individuelles et sous réserve du paiement des primes ou cotisations et des sanctions prévues en cas de fausse déclaration, l'organisme assureur ne peut refuser de maintenir le remboursement ou l'indemnisation des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident¹¹³². Sont visées les personnes affiliées au contrat collectif ou d'assurance de groupe ou mentionnées au contrat individuel ou à la convention tant que celles-ci le souhaitent, sans réduction des garanties souscrites, aux conditions tarifaires de la catégorie dont elles relèvent, avec maintien, le cas échéant, de la cotisation ou de la prime pour risque aggravé. L'organisme assureur ne peut ultérieurement augmenter le tarif d'un assuré ou d'un adhérent en se fondant sur l'évolution de son état de santé. S'il veut majorer les tarifs d'un type de garantie ou de contrat, la hausse doit être uniforme pour l'ensemble des assurés ou adhérents qui y ont souscrit. Après l'expiration d'un délai de deux ans suivant l'adhésion de l'intéressé ou la souscription du contrat,

¹¹³¹ Art. 3, L. n° 89-1009, 31 déc. 1989 : JORF n°1, 2 janv. 1990, p. 13.

¹¹³² Art. 6, L. n° 89-1009, 31 déc. 1989 : JORF n°1, 2 janv. 1990, p. 13.

ces dispositions sont applicables aux garanties incapacité, travail, invalidité, chômage (et, à titre accessoire à une autre garantie) ainsi qu'à la garantie décès tant que l'assuré n'a pas atteint l'âge minimum requis pour faire valoir ses droits à une pension de vieillesse et sauf fausse déclaration. Ces règles ne sont pas applicables aux garanties couvrant exclusivement le décès ou les ayants droit d'un assuré décédé.

348. La limitation de la sélection des risques par l'organisme assureur dépasse le cadre du secteur privé. L'article 16, § 3 du décret n° 2007-1373 du 19 septembre 2007 relatif à la participation de l'Etat et de ses établissements publics au financement de la protection sociale complémentaire¹¹³³ dispose que « *pour les garanties incapacité, invalidité et décès, la tarification ne peut être établie sur la base d'un questionnaire médical que lorsque l'adhésion est postérieure de cinq ans à l'entrée dans la fonction publique. Les cotisations sont établies en fonction du traitement ou de la rémunération* ». En outre, pour les risques d'atteinte à l'intégrité physique de la personne ou la maternité, les contrats et règlements doivent prévoir que « *les cotisations ou les primes ne sont pas fixées en fonction de l'état de santé du souscripteur ou adhérent, aucune information médicale ne pouvant être recueillie à cette fin* »¹¹³⁴. De surcroît, « *les retraités bénéficient des mêmes garanties que les agents, s'agissant des risques d'atteinte à l'intégrité physique de la personne et des risques liés à la maternité* »¹¹³⁵.

349. Une sélection moins encadrée hors de France. - Aux Pays-Bas, un texte entré en vigueur le 1^{er} janvier 2006 a modifié en profondeur le système d'assurance santé. Si la sélection des risques est interdite dans le cadre de l'assurance de base, elle est autorisée pour les assurances complémentaires collectives¹¹³⁶.

¹¹³³ D. n° 2007-1373, 19 sept. 2007 : JORF n° 219, 21 sept. 2007, p. 15570.

¹¹³⁴ Art. 20, D. n° 2007-1373, 19 sept. 2007 : JORF n° 219, 21 sept. 2007, p. 15570.

¹¹³⁵ Art. 21, D. n° 2007-1373 : JORF n° 219, 21 sept. 2007, p. 15570.

¹¹³⁶ M. WIERINK, Contrats collectifs et contrats d'entreprise dans l'assurance santé aux Pays-Bas, RDSS 2011, p. 237.

En Espagne, la sélection des risques demeure faiblement réglementée : « *la législation ne semble guère contraindre les offreurs privés qui peuvent largement la pratiquer. Les clients sont systématiquement soumis à un examen médical exhaustif avant la souscription du contrat. L'assureur peut refuser de contracter s'il a le moindre doute sur les possibles complications médicales susceptibles de survenir dans un futur proche. Les tarifications varient aussi, notamment en fonction de l'âge du preneur d'assurance* »¹¹³⁷.

350. Vers une généralisation ? - La finalité de la protection sociale complémentaire est-elle d'assurer une fonction de solidarité, inhérente à la généralisation ?¹¹³⁸. Tel n'est pas le cas, par définition, s'agissant de la protection individuelle. En ce qui concerne les régimes collectifs, les principes d'antisélection des risques permettent de créer une solidarité entre les bénéficiaires. La tendance à la généralisation a été amorcée en France s'agissant des frais de santé et prévoyance, toutes les entreprises¹¹³⁹ devant couvrir leurs salariés à ce titre au plus tard le 1^{er} janvier 2016¹¹⁴⁰. Cette généralisation entraînera le basculement de

¹¹³⁷ Ph. MARTIN, L'assurance privée et la santé en Espagne : pertinence d'une couverture « en doublon », RDSS 2011, p. 247.

¹¹³⁸ Ph MARTIN, La prévoyance d'entreprise en Europe : fragment ou vecteur de protection sociale ?, Revue internationale de sécurité sociale 2005, n° 58, p. 29 ; P. FREHAUT, T. KLEIN, Ph. LAFFON, Comparaison internationale sur les choix effectués en matière de couverture complémentaire santé, IGAS, Rapport N°RM2009-083P, 2009, p. 8. En matière de retraite, certains estiment que « *lorsque l'instauration de régimes de retraites professionnelles n'est que facultative, toute logique de solidarité tend à disparaître en raison de leur diffusion très inégale, les salariés des grandes entreprises ayant plus de probabilité d'en bénéficier que ceux des PME* » de telle sorte que « *la généralisation des retraites professionnelles est le seul moyen de pallier l'inégale diffusion des dispositifs de retraite* » et ajoutent que « [...] *lorsque l'on est en présence d'un dispositif de retraite professionnelle à affiliation obligatoire, des espaces de solidarité existent même s'ils s'avèrent plus étroits que dans les régimes de pensions publiques caractérisés par une couverture beaucoup plus large. Le périmètre de la solidarité est réduit au groupe. Les caractéristiques de celui-ci peuvent donc en elles-mêmes générer des inégalités [...]. On peut alors parler de solidarité fragmentée, voire même « atomisée ». Pour la combattre, doit alors être organisée une mutualisation entre les groupes professionnels. Le caractère obligatoire permet également de gommer partiellement le risque de « droits dormants », offrant ainsi des garanties - mais non des certitudes - sur le montant futur de retraite* » (M. DEL SOL, Les systèmes de retraite au révélateur de la crise financière : quels enseignements pour les retraites d'entreprise en France ? Die Situation des Rentensysteme angesichts der Finanzkrise, in Gouvernance des retraites professionnelles en Europe : sécurité garantie ?, dir. O. KAUFMANN, S. HENNION, Springer 2011, p. 271).

¹¹³⁹ Si les salariés des grandes entreprises bénéficient généralement d'une couverture, tel n'est pas nécessairement le cas dans les plus petites entreprises. De la même manière, les entreprises comptant plus de cadres mettent davantage en place ces couvertures. Enfin, en France tout du moins, les entreprises du secteur de l'industrie sont davantage couvertes que les services, probablement en raison d'une plus forte présence et d'une meilleure organisation syndicales (IRDES, Questions d'économie de la santé n° 181, novembre 2012).

¹¹⁴⁰ V. supra, n° 300. A. GINON, J.-M. NELLY, F. WISMER, Protection sociale complémentaire : quelle généralisation ?, RDT 2013, p. 303 ; Ph. COURSIER, Quelle généralisation pour quelle couverture

nombreux salariés d'un contrat individuel de protection sociale complémentaire vers un contrat collectif¹¹⁴¹. Le risque d'une telle généralisation est toutefois de conduire à une couverture¹¹⁴² moins performante¹¹⁴³, même si la compétition renforcée entre les organismes spécialisés devrait permettre de limiter ce danger¹¹⁴⁴. Au-delà des considérations précédentes, la généralisation étant étroitement liée à la remise en cause de tout ou partie des avantages sociaux et fiscaux dont bénéficient les régimes de protection sociale complémentaire¹¹⁴⁵, le déploiement de ce phénomène obligera à repenser l'ensemble du cadre juridique applicable à la protection sociale complémentaire¹¹⁴⁶.

complémentaire santé ?, JCP S 2013, 1268 ; P. BARON, X. PIGNAUD, Généralisation de la couverture « frais de santé » et de la portabilité, JCP S 2013, 1269. Jacques BARTHELEMY, s'il salue la généralisation de la couverture complémentaire santé comme un progrès social, regrette que ne soit pas faite « la différence entre simple système de prévoyance, les accords se contentant de fixer la nature et le niveau des garanties, et le régime de protection sociale par lequel est en plus poursuivi un objectif de solidarité, cette distinction étant clairement faite par la CJUE » (J. BARTHELEMY, Le concept de garantie sociale confronté à l'article L. 1 du code du travail et la décision des sages du 13 juin 2013, Droit social 2013, p. 673).

¹¹⁴¹ S. DEDEYAN, Directeur général délégué de Générali France, avance le chiffre de quatre millions d'assurés et six millions d'ayants droit (S. DEDEYAN, propos repris par S. GERMAIN, L'ANI, pas à l'importe quel prix, L'Argus de l'assurance 2014, n° 7355, p. 16). Il est également relevé qu'avant la généralisation, 96 % des personnes disposaient déjà en France d'une couverture complémentaire, majoritairement sur la base de contrats individuels (M. DEL SOL, Généralisation de la couverture complémentaire des salariés : éléments de controverse, Droit social 2014, p. 165). Enfin, le Haut conseil pour l'avenir de l'assurance maladie (HCAAM) a rendu le 18 juillet 2013 un avis accompagné d'un rapport sur la généralisation de la couverture complémentaire santé. Il y est rappelé que si le taux de personnes couvertes était de 96 % en 2010, il était de 84 % en 1990 (HCAAM, Avis et rapport, 18 juill. 2013).

¹¹⁴² Le terme de couverture « balai » a été employé (D. RIGAUD, Généralisation de la couverture santé : après l'ANI du 11 janvier 2013 et avant la loi, JCP S 2013, act. 88).

¹¹⁴³ M. DEL SOL, Généralisation de la couverture complémentaire des salariés : éléments de controverse, Droit social 2014, p. 165 ; G. BRIENS, Les nouvelles désorientations de la négociation de la protection sociale complémentaire, RDSS 2014, p. 610. Les salariés seraient sans doute davantage tentés de remettre en cause leur affiliation obligatoire au régime. Une telle contestation semble toutefois vouée à l'échec : l'affiliation obligatoire n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme, en particulier aux dispositions ayant trait à la liberté d'association (Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 11-28.262 ; Droit social 2013, p. 569, obs. J. BARTHELEMY).

¹¹⁴⁴ « On peut raisonnablement prévoir que la concentration de la négociation sur les intérêts des salariés et non sur ceux des assureurs favorisera le développement de régimes de protection sociale complémentaire, un contrôle renforcé parce qu'exercé au double niveau de la branche et de chaque entreprise de la gestion de ces régimes, une sécurisation des engagements pris et une réduction des coûts. La protection sociale libérée favorisera l'intérêt général » (B. SERIZAY, Vive la protection sociale libre, JCP S 2014, 1002).

¹¹⁴⁵ B. SERIZAY, La retraite supplémentaire, avatar de la non-réforme des retraites, JCP S 2014, 1040 ; Ph. COURSIER, De la sécurisation de l'emploi par la généralisation de la couverture complémentaire santé, Gaz. Pal. 2013, n° 295, p. 5.

¹¹⁴⁶ La généralisation permet de se rapprocher d'un degré élevé de protection sociale, objectif de l'Union européenne (J. BARTHELEMY, Invalidation des clauses de désignation : une décision à haut risque. Garantie sociale et couverture santé, Les Cahiers du DRH 2013, n° 201, p. 45).

Section 2 - Les droits des bénéficiaires

351. L'Union européenne ne réglemente pas de manière précise le contenu des régimes de protection sociale complémentaire en ce qui concerne la nature, la teneur et le financement des avantages et garanties souscrits¹¹⁴⁷. Il existe pourtant une demande croissante de règles permettant d'assurer une protection uniforme et transnationale en la matière¹¹⁴⁸.

Au-delà des questions relatives à la loi applicable au contrat et à la juridiction compétente pour trancher un éventuel litige, l'effectivité des droits des bénéficiaires de la protection sociale complémentaire relève de la combinaison de deux approches convergentes portées par le droit européen : le consumérisme (§ 1) et la transparence des informations précontractuelles et contractuelles (§ 2). Leur affirmation rencontre d'autant moins de résistance dans ce domaine qu'elle est étroitement liée au droit du travail, dont l'objet est la correction de déséquilibres inhérents à la relation établie par l'employeur avec ses salariés.

§ 1. Le consumérisme

352. Conçus autour de l'impératif économique avant de se tourner vers le « social », les principes du droit européen de la consommation (A) ont connu une impressionnante extension, qui se heurte toutefois à certaines limites inhérentes à la finalité de cette matière (B).

A. Conception et principes

353. Une forte impulsion du droit de l'Union européenne. - Les pouvoirs publics européens ont adopté de nombreux textes relatifs au droit de la

¹¹⁴⁷ M. DEL SOL, Retraites supplémentaires professionnelles : l'influence diffuse de l'Union européenne, *Droit social* 2014, p. 627.

¹¹⁴⁸ H. LEWALLE, Regards sur l'assurance maladie privée dans l'Union européenne, *Revue française des affaires sociales* 2006, n° 2-3, p. 141.

consommation depuis le début des années 1980¹¹⁴⁹. Ainsi, une directive relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse a été adoptée le 10 septembre 1984¹¹⁵⁰. La directive du 20 décembre 1985 concerne la protection des consommateurs lorsqu'un contrat est négocié en dehors d'un établissement commercial¹¹⁵¹. Celle du 5 avril 1993 traite des clauses abusives¹¹⁵². La directive n° 97/7 du 20 mai 1997 concerne la protection des consommateurs en matière de contrat à distance¹¹⁵³. La directive n° 2002/65 du 23 septembre 2002 concerne la

¹¹⁴⁹ La politique adoptée par les pouvoirs publics européens avait initialement pour objectif d'éviter les distorsions de concurrence. D'où le lien historique entre le droit de la consommation et le droit de la concurrence. En effet, « *le consommateur était considéré comme un acteur économique qu'il fallait protéger dans l'intérêt de l'entreprise [...]. Cette conception du rôle du consommateur peut étonner le juriste français plus familiarisé avec le postulat d'un consommateur faible, d'un sujet méritant une protection indépendamment de toute considération de marché* » (N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Quel consommateur ? Pour quel rôle ?*, in *L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire ?*, dir. V. MAGNIER, PUF 2007, p. 33). Dans le même ordre d'idée, il est avancé qu'« *un droit de la consommation bien conçu doit avoir le souci non seulement de protéger le consommateur [...], mais aussi de lui permettre de contracter dans des conditions équivalentes avec tous les vendeurs ou prestataires de services* » (C. GAVALDA, G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, LexisNexis 2010, 6^e éd., n° 389, p. 248).

¹¹⁵⁰ Dir. n° 84/450/CEE, 10 sept. 1984, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse : JOCE n° L 250, 19 sept. 1984, p. 17 ; Dir. n° 97/55/CE, 6 oct. 1997, modifiant la directive 88/450 sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative : JOCE n° L 290, 23 oct. 1997, p. 18. Elle a été abrogée et remplacée à droit constant par la Directive n° 2006/114/CE du 12 décembre 2006, en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative : JOUE n° L 376, 27 oct. 2006, p. 21.

¹¹⁵¹ Dir. n° 85/577/CEE, 20 déc. 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux : JOCE n° L 372, 31 déc. 1985, p. 31. Le préambule de ce texte énonce : « *considérant qu'il est de pratique commerciale courante dans les Etats membres que la conclusion d'un contrat ou d'un engagement unilatéral entre un commerçant et un consommateur puisse être faite en dehors des établissements commerciaux dudit commerçant et que ces contrats et engagements font l'objet de législations différentes suivant les Etats membres ; considérant qu'une disparité entre ces législations peut avoir une incidence directe sur le fonctionnement du marché commun ; qu'il convient donc de procéder, dans ce domaine, au rapprochement des législations* ». La faculté de rétractation du consommateur prévue aux articles 4 à 7 est le dispositif le plus connu.

¹¹⁵² Dir. n° 93/13/CEE, 5 avr. 1993, concernant les clauses abusives : JOCE n° L 95, 21 avr. 1993, p. 29 : « *considérant que, généralement, le consommateur ne connaît pas les règles de droit qui, dans les Etats membres autres que le sien, régissent les contrats relatifs à la vente de biens ou à l'offre de services ; que cette méconnaissance peut le dissuader de faire des transactions directes d'achat de biens ou de fourniture de services dans un autre Etat membre* ».

¹¹⁵³ Dir. n° 97/7/CE, 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (JOCE n° L 144, 4 juin 1997, p. 19), modifiée par Dir. n° 2007/64/CE, 13 nov. 2007, concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE (JOUE n° L 319, 5 déc. 2007, p. 1) et abrogée par Dir. n° 2011/83/UE, 25 oct. 2011, relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil (JOUE L 304, 22 nov. 2011, p. 64).

commercialisation à distance de services financiers¹¹⁵⁴. Celle du 11 mai 2005 traite des pratiques déloyales des entreprises dans le marché intérieur¹¹⁵⁵.

Mais, dans ce flot de textes, la pierre angulaire du dispositif demeure la réglementation relative aux clauses abusives. La directive n° 93/13 du 5 avril 1993, qui y est consacrée, poursuit « *un double objectif : conférer une protection plus efficace au consommateur par l'adoption de règles uniformes concernant les clauses abusives et éviter toute distorsion de concurrence entre vendeurs ou prestataires de services à l'occasion de la commercialisation de leurs produits ou services dans d'autres Etats membres* »¹¹⁵⁶. Il est précisé que l'appréciation du caractère abusif ne doit pas porter sur des clauses décrivant l'objet principal du contrat ou le rapport qualité/prix de la fourniture ou de la prestation ; en revanche, ces éléments peuvent être pris en compte pour apprécier le caractère abusif d'autres clauses. Dans le cas de contrats d'assurance, celles qui définissent ou délimitent le risque assuré et l'engagement de l'assureur échappent à une telle appréciation, dès lors que ces limitations sont prises en compte dans le calcul de la prime payée par l'assuré.

La transposition en France de cette directive par la loi du 1^{er} février 1995¹¹⁵⁷ n'a que faiblement modifié les normes en vigueur en matière d'assurance, la France ayant adopté de longue date des dispositions protectrices des droits des assurés¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁴ Dir. n° 2002/65/CE, 23 sept. 2002, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs et modifiant les directives 90/619/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE du Conseil : JOCE n° L. 271/16, 9 oct. 2002, p. 16.

¹¹⁵⁵ Dir. n° 2005/29/CE, 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (directive sur les pratiques commerciales déloyales) : JOCE n° L 149, 11 juin 2005, p. 22. Ce texte a été appliqué à un organisme de droit public en charge d'une mission d'intérêt général, telle que la gestion d'un régime légal d'assurance maladie. En l'occurrence, il s'agissait d'une caisse d'assurance maladie allemande (CJUE, 3 oct. 2013, BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts, aff. C-59/12 ; S. HENNION, Chronique de protection sociale complémentaire, Droit social 2014, p. 464).

¹¹⁵⁶ L. VOGEL, Droit européen des affaires, Dalloz 2013, 1^{ère} éd., n° 474, p. 413.

¹¹⁵⁷ L. n° 95-96, 1^{er} févr. 1995 : JORF n°28, 2 févr. 1995, p. 1755.

¹¹⁵⁸ Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, Droit des assurances, Dalloz 2011, 13^e éd., n° 144, p. 137 et 138. La loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance (JORF 18 juill. 1930, p. 8003) est apparue comme un texte moderne, faisant de « *la protection des assurés l'une de ses priorités, comme en témoigne le nombre d'articles d'ordre public, à une époque où non seulement le code de la consommation n'existe pas et où la distinction entre professionnels et consommateurs n'a pas été dégagée* » (V. NICOLAS, Droit des contrats d'assurance, Economica 2012, n° 109, p. 53 et s.). De la même manière, un dispositif de lutte contre les



La Commission des clauses abusives a rendu six recommandations relatives à l'assurance¹¹⁵⁹, dont une ayant trait à la prévoyance. La recommandation du 15 avril 2010 relative aux contrats de prévoyance obsèques¹¹⁶⁰ propose l'élimination, dans ces contrats, d'une quinzaine de clauses ayant, entre autres, pour objet ou pour effet de ne pas mettre le consommateur en mesure d'identifier les prestations funéraires obligatoires, de laisser croire au consommateur qu'il est tenu de souscrire certaines prestations funéraires qui, pourtant, ne revêtent aucun caractère obligatoire, de laisser croire au consommateur que le professionnel, postérieurement à l'acceptation du devis, aura la faculté de modifier les termes de son engagement, d'autoriser le professionnel à modifier ou supprimer de manière discrétionnaire certaines prestations ou fournitures, d'autoriser le professionnel à facturer de manière unilatérale au consommateur des prestations non initialement stipulées ou de permettre au professionnel de se libérer de son obligation contractuelle même dans des situations non constitutives de la force majeure.

354. Si le code de la consommation ne fait pas expressément mention du droit des assurances, « *il ne l'exclut pas non plus de son champ d'application : il lui est donc pleinement applicable chaque fois qu'un contrat d'assurance est conclu avec un souscripteur consommateur, c'est-à-dire pour des besoins non professionnels* »¹¹⁶¹. Le constat aurait pu, sous certaines limites, être étendu aux opérations de protection sociale complémentaire. Il est en effet admis que « *le consommateur d'assurance qui n'a ni la compétence technique et juridique, ni la puissance économique qui lui permettent de négocier les termes du contrat dont les « conditions générales » sont rédigées unilatéralement par l'assureur, fait l'objet d'une sollicitude particulière des pouvoirs publics ; si celle-ci n'est pas nouvelle, elle est devenue une ligne de*

clauses abusives est né d'une loi du 10 janvier 1978 (L. n° 78-23, 10 janvier 1978 : JORF, 11 janv. 1978, p. 301 ; J.-P. GRIDEL, Remarques de principe sur l'art. 35 de la loi du 10 janv. 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives, D. 1984, 158 ; J. HEMARD, La protection des consommateurs contre les clauses abusives, RTD com. 1978, p. 161).

¹¹⁵⁹ J. KULLMANN, Clauses abusives et contrat d'assurance, RGAT 1996, p. 11.

¹¹⁶⁰ Commission des clauses abusives, 15 avr. 2010, recommandation n° 10-02 relative aux contrats de prévoyance obsèques (BOCCRF du 25/06/2010).

¹¹⁶¹ Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, Droit des assurances, Dalloz 2011, 13^e éd., n° 139, p. 135.

force remarquable du droit des assurances »¹¹⁶². C'est la raison pour laquelle l'article L. 310-1 du code des assurances dispose que « *le contrôle de l'Etat s'exerce dans l'intérêt des assurés, souscripteurs et bénéficiaires de contrats d'assurance et de capitalisation* ». Il est conçu autour de règles impératives ; les dérogations sont soigneusement énumérées¹¹⁶³. Ainsi le courant consumériste français est-il inspiré par la volonté de moraliser les relations d'assurance et d'imposer aux organismes spécialisés de respecter une certaine éthique¹¹⁶⁴ prenant la forme d'une « *prédétermination légale du contrat* » d'assurance¹¹⁶⁵. Le dispositif des contrats responsables institué par la loi du 13 août 2004 réformant l'assurance maladie¹¹⁶⁶ en constitue une illustration.

Dans ces conditions, s'est posée la question de savoir si les relations qui lient un opérateur spécialisé aux non-professionnels du secteur que sont l'employeur et les salariés sont régies par le droit de la consommation. Dans une affaire ayant donné lieu à l'adhésion des bénéficiaires à un contrat d'assurance de groupe souscrit par une société de crédit auprès d'un organisme assureur, la Cour de cassation, et plus précisément la première chambre civile, a considéré que l'adhésion à ce contrat, bien que conséquence d'une stipulation pour autrui, n'en créait pas moins, entre l'adhérent et l'assureur, un lien contractuel direct, de nature synallagmatique, dont les clauses relèvent, comme telles, des dispositions de l'article L. 132-1 du code de la consommation¹¹⁶⁷. Toutefois, dans un arrêt du 8 juillet 2010¹¹⁶⁸, la Cour de cassation - mais cette fois la deuxième chambre civile - a refusé d'appliquer le

¹¹⁶² Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, Droit des assurances, Dalloz 2011, 13^e éd., n° 106, p. 107.

¹¹⁶³ Art. L. 111-2, C. ass. : « *Ne peuvent être modifiées par convention les prescriptions des titres Ier, II, III et IV du présent livre, sauf celles qui donnent aux parties une simple faculté et qui sont contenues dans les articles L. 112-1, L. 112-5, L. 112-6, L. 113-10, L. 121-5 à L. 121-8, L. 121-12, L. 121-14, L. 122-1, L. 122-2, L. 122-6, L. 124-1, L. 124-2, L. 127-6, L. 132-1, L. 132-10, L. 132-15 et L. 132-19* ».

¹¹⁶⁴ Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, Droit des assurances, Dalloz 2011, 13^e éd., n° 117, p. 119. Ainsi, « *le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité économique lorsqu'il contracte avec un professionnel pour l'acquisition d'un bien ou d'un service. A toutes les étapes de la formation et de l'exécution du contrat, il doit être protégé contre les abus de puissance du vendeur ou du prestataire, en particulier s'agissant des contrats d'adhésion* » (L. VOGEL, Droit européen des affaires, Dalloz 2013, 1^{ère} éd., n° 474, p. 413) ; H. JACQUEMIN, Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible, Larcier 2010.

¹¹⁶⁵ J.-F. CESARO, Protection sociale d'entreprise et assurance, Droit social 2006, p. 165.

¹¹⁶⁶ L. n° 2004-810, 13 août 2004 relative à l'assurance maladie : JORF n° 190, 17 août 2004, p. 14598.

¹¹⁶⁷ Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, n° 05-21.822, Bull. civ. I, n° 145 ; C. GOLDIE-GENICON, L'assurance de groupe à l'épreuve de la législation sur les clauses abusives, D. 2008, p. 2447.

droit de la consommation dans une affaire relevant du droit de la protection sociale complémentaire d'entreprise. A la suite du décès d'un salarié, ses ayants droit et son employeur avaient demandé le paiement d'un capital décès à l'institution de prévoyance avec laquelle un contrat de prévoyance avait été souscrit par ce dernier. L'organisme assureur ayant refusé de s'acquitter des sommes demandées, un débat s'était engagé sur le fait de savoir si la clause du contrat relative à la condition d'âge à remplir pour bénéficier de la garantie était obscure. L'employeur soutenait que : 1) en application de l'article L. 133-2 du code de la consommation, les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels, qui doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible, s'interprètent, en cas de doute, dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel ; en refusant d'interpréter le contrat dans le sens le plus favorable à l'employeur et au salarié, les juges du fond ont violé ce principe ; 2) au regard de l'obligation d'information et de conseil, n'est pas un professionnel celui qui conclut un contrat sans rapport direct avec sa profession ; en l'occurrence, l'institution de prévoyance aurait manqué à ses obligations à l'égard de l'employeur, le contrat de prévoyance n'ayant aucun rapport avec son activité. La Cour de cassation a néanmoins estimé que les rapports entre l'institution de prévoyance et l'employeur n'étaient pas régis par le droit de la consommation. Cette solution a été reprise dans un arrêt du 21 novembre 2012 rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation¹¹⁶⁹. Un salarié sollicitait la condamnation de ses employeurs à lui verser des sommes au titre d'un régime professionnel de prévoyance. Devant la Cour de cassation, il avançait que les stipulations du contrat d'assurance de groupe sont soumises au code de la consommation et qu'il était bien-fondé à se prévaloir des dispositions relatives aux clauses abusives. La Cour a toutefois décidé que les dispositions du code de la consommation ne trouvaient pas à s'appliquer s'agissant d'une garantie conventionnelle régie par le code du travail et le code de la sécurité sociale.

¹¹⁶⁸ Cass. 2^e civ., 8 juill. 2010, n° 09-16.417.

¹¹⁶⁹ Cass. soc., 21 nov. 2012, n° 11-19.498.

Cette exclusion de la réglementation relative aux clauses abusives en matière de protection sociale complémentaire d'entreprise est contestée en ce qu'elle conduit à considérer que l'employeur ayant conclu un contrat porteur de telles garanties agit comme un professionnel averti du secteur, ce qui est rarement le cas (même si, dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 21 novembre 2012, les employeurs étaient des sociétés d'assurance)¹¹⁷⁰. Mais certains auteurs relèvent à l'inverse que « *sauf à faire totalement fi de l'autonomie de la volonté, on ne peut guère poser en principe qu'un contrat soit interprété en faveur d'un tiers, fût-il bénéficiaire d'une stipulation pour autrui* »¹¹⁷¹. Au-delà des considérations juridiques, le raisonnement de la Cour de cassation pourrait être, en pratique, placé sous le sceau du pragmatisme, avec la volonté d'éviter que le droit de la protection sociale complémentaire ne soit happé par le droit de la consommation, remettant en cause sa spécificité.

355. La rétractation. - La directive n° 2002/65 du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs décide que « *chaque Etat membre prescrit que le preneur d'un contrat d'assurance vie individuelle dispose d'un délai de trente jours calendaires à compter du moment à partir duquel le preneur est informé que le contrat est conclu pour renoncer aux effets de ce contrat* »¹¹⁷². L'article 35 de la directive n° 2002/83/CE du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie dispose que « *chaque Etat membre prescrit que le preneur d'un contrat d'assurance-vie individuelle dispose d'un délai compris entre quatorze et trente jours à compter du moment à partir duquel le preneur est informé que le contrat est conclu pour renoncer aux effets de ce contrat* »¹¹⁷³, même si une dérogation peut être prévue s'agissant des contrats d'une durée égale ou inférieure à six mois, ou lorsque, en raison de la situation du preneur d'assurance ou des conditions dans lesquelles le contrat est conclu, le preneur n'a pas besoin de bénéficier de cette protection spéciale.

¹¹⁷⁰ D. ASQUINAZI-BAILLEUX, Droit de la protection sociale, note sous Cass. soc., 21 nov. 2012, n° 11-19.498, JCP E 2013, 1164.

¹¹⁷¹ L. MAYAUX, note sous Cass. 2° civ, 8 juill. 2010, n° 09-16.417, RGDA 2010, p. 1087.

¹¹⁷² Art. 17, Dir. n° 2002/65/CE, 23 sept. 2002 : JOCE n° L 271, 9 oct. 2002, p. 16.

Ces facultés de rétractation ne concernent pas, en principe, la protection sociale complémentaire d'entreprise qui revêt, par nature, un caractère collectif. Il est vrai que l'employeur et les représentants du personnel sont censés avoir joué un rôle de filtre s'agissant du niveau de couverture envisagé. Une telle faculté serait encore moins concevable lorsque seul l'employeur participe au financement du régime.

B. Extension et limites

356. Un droit européen des contrats.¹¹⁷⁴ - La directive n° 2011/83/UE participe, dans le champ du droit de la consommation, de l'émergence d'un droit européen des contrats¹¹⁷⁵. Si ce texte vise en principe « *tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur* », il ne s'applique pas aux contrats portant sur les services sociaux ni à ceux portant sur les soins de santé, que ces services soient ou non assurés dans le cadre d'établissements de soins¹¹⁷⁶.

357. Les limites du courant consumériste. - La protection du souscripteur et, surtout, des bénéficiaires des dispositifs de protection sociale complémentaire n'est pas le seul objectif du droit de la consommation appliqué à la relation contractuelle nouée avec un organisme spécialisé. Au regard des derniers textes adoptés par les autorités européennes, la finalité sociale qui avait pris le pas sur la finalité économique semble de nouveau laisser la place à cette dernière, au risque que l'approche consumériste de la protection sociale complémentaire ne dénature celle-ci¹¹⁷⁷. Entre-temps, toutefois, trente années d'adoption de directives et de

¹¹⁷³ Art. 35, Dir. n° 2002/83/CE, 5 nov. 2002 : JOCE n° L 345, 19 déc. 2002, p. 1.

¹¹⁷⁴ V. supra, n° 218.

¹¹⁷⁵ Dir. n° 2011/83/UE, 25 oct. 2011 : JOUE n° L. 304, 22 nov. 2011, p. 64 ; L. VOGEL, Droit européen des affaires, Dalloz 2013, 1^{ère} éd., n° 469, p. 410 ; V. LESTIENNE-SAUVE, La directive européenne de 2011 sur les droits des consommateurs et le droit européen des contrats, JCP E 2012, 1072 ; A. MARTINON, L'impact du droit européen sur le droit de la consommation. Brefs regards sur une actualité, Revue de Droit bancaire et financier 2011, dossier 26.

¹¹⁷⁶ Art. 3, Dir. n° 2011/83/UE, 25 oct. 2011 : JOUE n° L. 304, 22 nov. 2011, p. 64.

¹¹⁷⁷ « *L'approche consumériste, fondée sur l'idée que l'avantage est le contrat d'assurance, ne peut qu'être un obstacle à une conception « garantie sociale » qui a pour effet l'amélioration des conditions de travail... et d'emploi. La prévention a dès lors un rôle éminent à jouer, ce qui incite fortement à dépasser la stricte réparation financière de la survenance d'un sinistre* » (J. BARTHELEMY, Invalidation des clauses de désignation : une décision à haut risque. Garantie sociale et couverture santé, Les Cahiers du DRH 2013, n° 201, p. 45).

transposition de ces textes par les Etats membres ont permis une large diffusion des principes de protection de la partie faible à un contrat. Sans doute est-ce là également une manière de préserver la liberté contractuelle et de trouver à l'échelle européenne le délicat équilibre « *entre une réglementation sclérosante et une liberté sans freins : c'est tout le problème du « contrat dirigé »* »¹¹⁷⁸.

§ 2. La transparence

358. La complexité de la protection sociale complémentaire et le nombre de personnes concernées, qu'il s'agisse des entreprises, des bénéficiaires du dispositif ou des organismes spécialisés, rendent indispensable l'échange d'informations entre ces protagonistes, à peine de dévoyer ou de rendre inefficace le mécanisme mis en place. Les pouvoirs publics européens mènent clairement une action en ce sens **(A)**. Ses effets dans les Etats demeurent disparates **(B)**.

A. Une action claire

359. Une prise de conscience ancienne. - La volonté de transparence irrigue le droit de l'Union européenne depuis la fin des années 1970. Ainsi, « *que ce soit dans le contexte économique ou social, les obligations d'information qui pèsent sur les différents opérateurs n'ont cessé de croître. L'information, le conseil, sont devenus des éléments déterminants des relations contractuelles, que les opérations visées soient individuelles ou collectives* »¹¹⁷⁹. Les obligations d'information et même de conseil¹¹⁸⁰ « *sont devenues la contrepartie d'une société scientifique et technicienne où les connaissances sont fragmentées et où les compétences spécifiques sont l'apanage des seuls spécialistes [...]. Aujourd'hui, [...] le scientifique lui-même est enfermé dans le domaine clos de sa spécialité. Dès lors l'individu le plus cultivé est un*

¹¹⁷⁸ Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, Droit des assurances, Dalloz 2011, 13^e éd., n° 119, p. 120.

¹¹⁷⁹ Y.-E. LOGEAIS, M. DELTEIL, L. LAUTRETTE, L'obligation d'information en matière de retraite (1^{ère} partie), PA 2000, n° 85, p. 4.

¹¹⁸⁰ Cass 2^e civ., 28 février 2013, n° 12-17.561.

béotien dans les disciplines qui lui sont étrangères »¹¹⁸¹. La logique de la relation contractuelle relève désormais d'un « *devoir de collaboration entre les parties* »¹¹⁸².

La directive n° 91/533 du 14 octobre 1991 relative à l'obligation, pour l'employeur, d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail¹¹⁸³ participe de ce mouvement. Elle décide que « *l'employeur est tenu de porter à la connaissance du travailleur salarié, les éléments essentiels du contrat ou de la relation de travail* » certains d'entre eux étant expressément visés¹¹⁸⁴. Comme souvent, entre le droit du travail et le droit de la protection sociale complémentaire, une frontière est artificiellement dressée, le législateur oubliant qu'employeurs et salariés se trouvent au cœur de ces deux disciplines. C'est ainsi que, parmi les obligations mises à la charge de l'employeur, nulle mention n'est faite de l'information relative aux régimes de protection sociale complémentaire. Certes, il peut être soutenu que la présence de cette mention est implicitement requise au titre de la rémunération ; les accords collectifs peuvent en outre l'accueillir ; enfin, les Etats sont libres d'élargir l'obligation d'information mise à la charge des employeurs. Reste qu'il n'est guère judicieux d'avoir exclu de la liste des mentions obligatoires visées par la directive l'information selon laquelle des cotisations salariales vont être précomptées afin de financer une couverture complémentaire ou que cette dernière couvre le conjoint et les enfants du salarié de telle sorte qu'une autre couverture, souscrite à titre individuel ou dans le cadre d'un dispositif

¹¹⁸¹ Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, Droit des assurances, Dalloz 2011, 13^e éd., n° 126, p. 124. De la même manière, il a été souligné qu'« *en assurance, c'est autant le profane qui informe que le professionnel. Mieux encore, l'assureur est protégé face au profane* » (B. BEIGNIER, Droit des assurances, Montchrestien 2011, n° 144, p. 172).

¹¹⁸² Ph. MALAURIE, P.-Y. GAUTIER, L. AYNES, Les contrats spéciaux, Defrénois 2011, 5^e éd., n° 316.

¹¹⁸³ Dir. n° 91/533/CEE, 14 oct. 1991 : JOCE n° L 288, 18 oct. 1991, p. 32.

¹¹⁸⁴ L'article 2 vise : l'identité des parties ; le lieu de travail ; le titre, le grade, la qualité ou la catégorie d'emploi en lesquels le travailleur est occupé, ou la caractérisation ou la description sommaires du travail ; la date de début du contrat ou de la relation de travail ; s'il s'agit d'un contrat ou d'une relation de travail temporaire, la durée prévisible du contrat ou de la relation de travail ; la durée du congé payé auquel le travailleur a droit ou, si cette indication est impossible au moment de la délivrance de l'information, les modalités d'attribution et de détermination de ce congé ; la durée des délais de préavis à observer par l'employeur et le travailleur en cas de cessation du contrat ou de la relation de travail ou, si cette indication est impossible au moment de la délivrance de l'information, les modalités de détermination de ces délais de préavis ; le montant de base initial, les autres éléments constitutifs ainsi que la périodicité de versement de la rémunération à laquelle le travailleur a droit ; la durée de travail journalière ou hebdomadaire normale du travailleur ; le cas échéant la mention des conventions collectives et/ou accords collectifs régissant les conditions de travail du travailleur ou s'il s'agit de conventions collectives conclues en dehors de l'entreprise par des organes ou institutions paritaires particuliers, la mention de l'organe compétent ou de l'institution paritaire compétente au sein duquel/de laquelle elles ont été conclues.

d'entreprise dont bénéficie l'autre membre du couple, ne se justifie plus. Réconcilier les volets économique et social du droit social s'impose, même dans des proportions modestes.

360. La « responsabilisation » des organismes spécialisés. - Les exigences sont fortes en matière de transparence à l'égard des professionnels du secteur de l'assurance : *« parce qu'il exige une appréciation des risques que l'assureur va accepter de couvrir, parce que la garantie qu'il va accorder aura des conséquences parfois considérables dans la vie de l'assuré, le Code des assurances veille avec un soin qu'on ne retrouve dans aucun autre contrat spécial à ce que la phase précontractuelle soit un temps de conseil et de réflexion »*¹¹⁸⁵. Le propos vaut singulièrement pour les contrats d'assurance conclus en matière de protection sociale complémentaire, parfois considérés comme des *« contrats signés les yeux bandés ou presque »*¹¹⁸⁶ tant ils relèvent de la catégorie des contrats d'adhésion. Le risque que cette particularité se renforce en matière d'assurance de groupe est réel dès lors que les bénéficiaires du contrat, en l'occurrence les salariés, n'en sont pas directement les négociateurs. Il faut qu'ils soient à tout le moins informés du contenu de cet acte qui - la plupart du temps - les engage¹¹⁸⁷. Quel intérêt une entreprise peut-elle avoir à mettre en place un dispositif de protection sociale complémentaire si ses salariés n'en bénéficient pas réellement, faute d'en connaître le fonctionnement ? Quel intérêt les salariés peuvent-ils avoir à cotiser pour un régime qu'ils ne connaissent pas¹¹⁸⁸?

Ainsi, la directive n° 2002/83/CE du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie prévoit une large information des preneurs¹¹⁸⁹. Dans le même sens, l'article 11 de la directive n° 2003/41 du 3 juin 2003 sur les activités et la

¹¹⁸⁵ B. BEIGNIER, Droit des assurances, Montchrestien 2011, n° 232, p. 284.

¹¹⁸⁶ Y. JOUHAUD, La loyauté dans les contrats d'assurance, Rapport C. cass. 1985 : La documentation française, 1986, p. 9.

¹¹⁸⁷ M.-B. CRESCENZO-D'AURIAC, Devoir d'information et de conseil en matière d'assurance, JurisClasseur responsabilité civile et assurances Traité, fasc. 506, 2005.

¹¹⁸⁸ Ph. CASSON, Protection sociale d'entreprise, JCP E 2005, 1550 : *« L'adhérent a besoin de connaître les stipulations du contrat, notamment en cas de sinistre afin de se conformer aux modalités de déclaration de ce dernier ou pour être informé des conditions de la garantie ainsi que de la teneur de celle-ci »*.

¹¹⁸⁹ Art. 36, Dir. n° 2002/83/CE, 5 nov. 2002 : JOCE n° L 345, 19 déc. 2002, p. 1.

surveillance des institutions de retraite professionnelle est consacré à l'information à fournir aux affiliés et aux bénéficiaires¹¹⁹⁰. Plus récemment, le Livre blanc « Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables » diffusé par la Commission le 16 février 2012 estime « *indispensable d'améliorer l'information et la protection des consommateurs pour que les travailleurs et les investisseurs aient davantage confiance dans les produits financiers d'épargne-retraite* »¹¹⁹¹.

361. La volonté de rendre intelligibles pour les bénéficiaires les dispositifs de protection sociale complémentaire dépasse le cadre de l'Union européenne. Ainsi, le cinquième principe adopté par l'OCDE en 2011, s'agissant de la réglementation des pensions professionnelles est relatif aux « droits des participants et des bénéficiaires » et à l'« adéquation des prestations ». Il précise qu'« *il faut encourager une information et une éducation appropriées sur les critères de coûts et de prestations des différents plans de retraite, surtout lorsqu'un choix individuel est proposé. Les bénéficiaires devraient être éduqués sur le mauvais usage de prestations de retraite (en particulier dans le cas d'un versement unique) et sur le*

¹¹⁹⁰ Ar. 11, Dir. n° 2003/41/CE, 3 juin 2003 : JOUE n° L 235, 23 sept. 2003, p. 10 : « 1. En fonction de la nature du régime de retraite instauré, chaque Etat membre veille à ce que toute institution située sur son territoire fournisse au moins les informations visées au présent article.

2. Les affiliés et les bénéficiaires et/ou, le cas échéant, leurs représentants reçoivent :

a) sur demande, les comptes et les rapports annuels visés à l'article 10 ; lorsqu'une institution est responsable de plus d'un régime, ils reçoivent ceux afférents à leur régime de retraite particulier ;
b) dans un délai raisonnable, toute information pertinente concernant d'éventuelles modifications des dispositions du régime de retraite.

3. La déclaration des principes fondant la politique de placement, telle que visée à l'article 12, est communiquée à leur demande aux affiliés et aux bénéficiaires et/ou, le cas échéant, à leurs représentants.

4. Chaque affilié reçoit également sur demande des informations détaillées et substantielles sur :

a) le niveau que les prestations de retraite doivent atteindre, le cas échéant ;
b) le niveau des prestations en cas de cessation d'emploi ;
c) lorsque l'affilié supporte le risque de placement, l'éventail des options éventuelles de placement et le portefeuille de placements existant, avec une description des risques et des coûts relatifs à ces placements.
d) les modalités du transfert des droits à la retraite à une autre institution de retraite professionnelle en cas de résiliation du contrat de travail.

Les affiliés reçoivent chaque année des informations succinctes sur la situation de l'institution et le niveau actuel de financement de leurs droits individuels accumulés.

5. Lors du départ à la retraite ou lorsque d'autres prestations deviennent exigibles, chaque bénéficiaire reçoit des informations adéquates sur les prestations qui lui sont dues et sur les options de paiement correspondantes ». V. Th. TAURAN, Les institutions de retraite et le droit de l'Union européenne, JCP S 2006, 1153.

¹¹⁹¹ Livre blanc « Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables », Commission européenne, 16 févr. 2012 (COM(2012) 55 final), p. 14. Dans le même sens, certains auteurs relèvent que « les assureurs, spécialistes de leur discipline, maîtres de l'évolution des techniques et juges de la volonté de leur client, doivent lui fournir conseils appropriés, fonctions des buts déterminés » (P. GIRON, Protection sociale complémentaire par capitalisation : droit et fiscalité, LGDJ 1993, p. 119).

*maintien adéquat de leurs droits. Des informations relatives au barème des commissions, aux performances des plans et aux modalités de prestations doivent être particulièrement encouragées dans le cas de plans de retraite individuels »*¹¹⁹². Ce principe est décliné et commenté en « lignes directrices ».

B. Des effets disparates

362. La transparence en France. - L'obligation d'information en matière de protection sociale complémentaire peut être considérée comme le prolongement de l'obligation générale d'information mise à la charge des organismes de protection sociale à l'égard des assurés sociaux. Ainsi, l'article L. 583-1 du code de la sécurité sociale décide que « *les organismes débiteurs des prestations familiales et leur personnel sont au service des allocataires. Ils sont tenus en particulier : 1°) d'assurer l'information des allocataires sur la nature et l'étendue de leurs droits [...]* ». De la même manière, l'article L. 161-17 de ce code précise que « *dans l'année qui suit la première année au cours de laquelle il a validé une durée d'assurance d'au moins deux trimestres dans un des régimes de retraite légalement obligatoires, l'assuré bénéficie d'une information générale sur le système de retraite par répartition, notamment sur les règles d'acquisition de droits à pension et l'incidence sur ces derniers des modalités d'exercice de son activité et des événements susceptibles d'affecter sa carrière* » et que « *toute personne a le droit d'obtenir [...] un relevé de sa situation individuelle au regard de l'ensemble des droits qu'elle s'est constitués dans les régimes de retraite légalement obligatoires* ».

Quel que soit l'acte juridique considéré (acte « fondateur » du régime relevant du droit du travail ou contrat d'assurance) ou la personne concernée (employeur, bénéficiaire, organisme spécialisé), la transparence est mise au cœur de la protection sociale complémentaire d'entreprise. Les règles applicables aux trois catégories d'organismes assureurs (entreprises d'assurance, mutuelles et

¹¹⁹² OCDE, Principes de l'OCDE sur la réglementation des pensions professionnelles - Méthodologie pour l'évaluation et la mise en œuvre, 2011, p. 64.

institutions de prévoyance) ont été progressivement harmonisées. La loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014, relative à l'économie sociale et solidaire, participe pleinement de ce mouvement¹¹⁹³.

363. Les obligations d'information précontractuelle revêtent une importance particulière. L'article L. 112-2 du code des assurances, issu de la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989, impose à l'entreprise d'assurance de transmettre à l'entreprise souscriptrice, avant la conclusion du contrat, une fiche d'information sur le prix et les garanties, un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou une notice d'information sur le contrat qui décrit précisément les garanties assorties des exclusions et des obligations de l'assuré. La loi du 4 janvier 1994¹¹⁹⁴ a renforcé le dispositif en ajoutant que « *les documents remis au preneur d'assurance précisent la loi qui est applicable au contrat si celle-ci n'est pas la loi française, les modalités d'examen des réclamations qu'il peut formuler au sujet du contrat, y compris, le cas échéant, l'existence d'une instance chargée en particulier de cet examen, sans préjudice pour lui d'intenter une action en justice, ainsi que l'adresse du siège social et, le cas échéant, de la succursale qui se propose d'accorder la couverture* ». La remise du projet de contrat ou - plus fréquemment - de la notice, est constatée par une mention signée et datée par le souscripteur, apposée au bas de la police¹¹⁹⁵. L'article L. 132-27-1 du code des assurances ajoute qu'avant la conclusion du contrat, l'entreprise d'assurance : 1) précise les exigences et les besoins exprimés par le souscripteur ou l'adhérent ainsi que les raisons qui motivent le conseil fourni quant au choix d'un contrat déterminé ; 2) se renseigne auprès du souscripteur ou de l'adhérent sur ses connaissances et son expérience en matière financière¹¹⁹⁶. Ces principes ne sont pas applicables à l'entreprise d'assurance

¹¹⁹³ Loi n° 2014-856, 31 juill. 2014, relative à l'économie sociale et solidaire : JORF n° 176, 1^{er} août 2014, p. 12666. Le titre IV est consacré à des dispositions relatives aux sociétés d'assurance, aux mutuelles et aux institutions de prévoyance.

¹¹⁹⁴ L. n° 94-5, 4 janv. 1994, modifiant le code des assurances (partie Législative), en vue notamment de la transposition des directives n° 92-49 et n° 92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes : JORF n° 3, 5 janv. 1994, p. 236.

¹¹⁹⁵ Art. R 112-3, C. ass.

¹¹⁹⁶ Ainsi, en cas de discordance entre la couverture assurée par l'organisme spécialisé et l'engagement souscrit par l'employeur au profit de ses salariés, certains risques n'étant pas couverts par le contrat d'assurance, l'entreprise dont la responsabilité a pour cette raison été engagée à l'égard d'un salarié ne peut

lorsque la conclusion du contrat ou l'adhésion à celui-ci est faite sur présentation ou proposition d'un intermédiaire ou avec son aide dans la mesure où ce dernier est lui-même tenu à une obligation de conseil. L'article L. 223-25-3 du code de la mutualité reprend les termes de l'article L. 132-27-1 du code des assurances. S'agissant des institutions de prévoyance, en vertu de l'article L. 932-3 du code de la sécurité sociale, avant la signature du bulletin d'adhésion ou la souscription du contrat, ces institutions remettent obligatoirement à l'adhérent le règlement correspondant et la proposition de bulletin d'adhésion ou la proposition de contrat ainsi que leurs annexes respectives¹¹⁹⁷.

364. Les intermédiaires d'assurance sont également tenus à une obligation d'information précontractuelle¹¹⁹⁸. La directive n° 2002/92 du 9 décembre 2002 a largement renforcé les exigences mises à leur charge. L'article L. 520-1 du code des assurances, né de la loi du 15 décembre 2005¹¹⁹⁹, précise qu'avant la conclusion d'un premier contrat d'assurance, l'intermédiaire doit fournir au souscripteur éventuel des informations relatives à son identité, à son immatriculation et aux procédures de recours et de réclamation ainsi que, le cas échéant, à l'existence de liens financiers avec une ou plusieurs entreprises d'assurance. De même, l'intermédiaire est tenu de donner des indications relatives à la fourniture de ce contrat. Elles varient selon qu'il est tenu ou non à l'exclusivité avec une ou plusieurs entreprises d'assurance. Il doit préciser les exigences et les besoins du souscripteur éventuel ainsi que les raisons qui motivent le conseil fourni quant au choix d'un produit d'assurance déterminé. Ces précisions, adaptées à la complexité du contrat d'assurance proposé, le sont

faire supporter le surcoût à l'assureur au motif d'un manquement à son obligation d'information. En l'espèce, la Cour d'appel avait pris en considération le fait que l'employeur était un cabinet d'experts-comptables et de commissaires aux comptes pour rejeter la demande de ce dernier. Ce raisonnement a été approuvé par la Cour de cassation (Cass. 2^e civ., 13 sept. 2012, n° 11-24.720, RDSS 2012, p. 1150, obs. F. KESSLER).

¹¹⁹⁷ L'article L. 932-19 du code de la sécurité sociale prévoit une obligation similaire concernant les opérations collectives à adhésion facultative.

¹¹⁹⁸ D. LANGE, Le devoir de conseil de l'intermédiaire en assurance après la loi du 15 déc. 2005, *in* Mélanges Jean BIGOT, LGDJ 2010, p. 243 et s. ; C. BERNIER, Information et intermédiation, RGDA 2007, p. 457 ; I. MONIN LAFIN, S. COUTIN, S. GOSSOU, L'intermédiation en assurance et financière, L'Argus de l'assurance 2011, 3^e éd. p. 248.

également aux fonctions de « conseil » ou d'« assureur-conseil » dont se prévalent de nombreux intermédiaires¹²⁰⁰.

365. L'entreprise et les bénéficiaires sont eux-mêmes tenus de fournir des informations précontractuelles à l'organisme assureur. L'article L. 112-3 du code des assurances autorise celui-ci à adresser un questionnaire aux assurés. Il lui permet de mieux appréhender le risque qu'il envisage de couvrir et, soit d'adapter ses tarifs, soit de refuser le contrat projeté. Lorsqu'avant la conclusion du contrat, l'assureur a posé des questions par écrit à l'assuré, notamment par le canal d'un formulaire de déclaration du risque ou par tout autre moyen, il ne peut se prévaloir du fait qu'une question exprimée en termes généraux n'a reçu qu'une réponse imprécise. Ainsi, la question posée par l'assureur visant à savoir si l'assuré suivait un traitement médical régulier n'équivaut pas à lui demander s'il souffre d'un handicap¹²⁰¹. Mais à une question précise, l'assuré est tenu « *de répondre [...] sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge* »¹²⁰². Si une réticence ou fausse déclaration intentionnelle change l'objet du risque ou en diminue l'appréciation pour l'assureur, alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre, le contrat d'assurance est entaché de nullité¹²⁰³. S'agissant des régimes de protection sociale complémentaire, qui sont des régimes collectifs, la nullité ne frappe que la garantie offerte à l'assuré, non la totalité du contrat d'assurance de groupe. Mais l'omission ou la déclaration inexacte de la part de l'assuré dont la mauvaise foi n'est pas établie ne justifie pas une annulation. Dans ce cas, deux sanctions sont envisageables en fonction de la date à laquelle l'irrégularité est constatée : si elle l'est avant tout sinistre, l'assureur a le droit soit de maintenir le contrat, moyennant

¹¹⁹⁹ L. n° 2005-1564, 15 déc. 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'assurance : JORF n° 292, 16 déc. 2005, p. 19348.

¹²⁰⁰ La terminologie employée est lourde de sens : « *en réalité, l'obligation de conseil se distingue de l'obligation de renseignement uniquement par le contenu, le degré de l'information transmise [...]. Le conseil correspond donc à la mise en relation du renseignement brut avec l'objectif poursuivi par le créancier de l'obligation d'information* » (M. FABRE-MAGNAN, De l'obligation d'information dans les contrats, LGDJ 1992). V. également : H. GROUDEL, L'information et le conseil, RGDA 1998, p. 583.

¹²⁰¹ Cass. 2° civ., 9 avr. 2009, n° 08-14.624.

¹²⁰² Art. L. 113-2, C. ass.

¹²⁰³ Art. L. 113-8, C. ass.

une augmentation de prime acceptée par l'assuré, soit de résilier le contrat dix jours après notification adressée à l'assuré par lettre recommandée, en restituant la portion de la prime payée pour le temps où l'assurance ne court plus ; si la constatation n'a lieu qu'après un sinistre, l'indemnité est réduite en proportion du taux des primes payées par rapport au taux des primes qui auraient été dues si les risques avaient été complètement et exactement déclarés¹²⁰⁴. Les règles applicables aux institutions de prévoyance sont très similaires à celles qui régissent les opérations des entreprises d'assurance¹²⁰⁵. S'agissant des mutuelles, l'article L. 221-13 du code de la mutualité décide que lorsqu'avant la signature du bulletin d'adhésion ou la souscription du contrat collectif, la mutuelle ou l'union a posé des questions par écrit au membre participant, notamment par le canal d'un formulaire de déclaration de risques ou par tout autre moyen, elle ne peut se prévaloir du fait qu'une question exprimée en termes généraux n'a reçu qu'une réponse imprécise. Pour le reste, les règles applicables aux mutuelles se distinguent de celles applicables aux autres organismes. L'article L. 112-1 du code de la mutualité précise ainsi que pour les opérations individuelles et collectives à adhésion facultative relatives au remboursement ou à l'indemnisation des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident, les mutuelles et les unions ne peuvent en aucun cas recueillir des informations médicales auprès de leurs membres ou des personnes souhaitant bénéficier d'une couverture, ni fixer les

¹²⁰⁴ Art. L. 113-9, C. ass.

¹²⁰⁵ Ainsi, lorsque le régime est à adhésion obligatoire, l'entreprise adhérente doit : répondre exactement aux questions de l'institution de prévoyance relatives au groupe qu'elle envisage de garantir, notamment lorsque celle-ci l'interroge lors de la signature du bulletin d'adhésion au règlement ou lors de la souscription du contrat sur la nature des activités de l'entreprise, l'importance du groupe ou ses caractéristiques sociodémographiques ; déclarer en cours d'adhésion ou de contrat tout nouveau salarié qui répond aux conditions définies par le règlement et le bulletin d'adhésion ou par le contrat (art. L. 932-4, CSS). Par ailleurs, lorsque, avant l'adhésion ou la souscription, l'institution de prévoyance a posé des questions par écrit au participant, notamment par un formulaire de déclaration du risque ou par tout autre moyen, elle ne peut se prévaloir du fait qu'une question exprimée en termes généraux n'a reçu qu'une réponse imprécise. Lorsque la réticence ou la fausse déclaration intentionnelle du participant change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour cette institution, alors même que le risque omis ou dénaturé par le participant a été sans influence sur la réalisation du risque, la garantie accordée par l'institution à ce participant est nulle. Les cotisations payées à ce titre demeurent acquises à l'institution, sauf dans le cadre des opérations dépendant de la durée de la vie humaine qui comportent une valeur de rachat. Ce dispositif ne s'applique pas lorsque l'adhésion à l'institution résulte d'une obligation prévue par une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel, dans la mesure où la notion de déclaration irrégulière n'a pas de sens dans un tel cadre. Enfin, le régime applicable aux régimes à adhésion facultative est très proche du régime obligatoire, sous réserve de certaines particularités (art. L. 932-5, CSS).

cotisations en fonction de l'état de santé. La pratique des questionnaires de santé est donc interdite. *A contrario*, elle ne l'est pas pour les opérations collectives à adhésion obligatoire (dispositif le plus répandu en matière de protection sociale complémentaire), pour les opérations individuelles et collectives à adhésion facultative couvrant d'autres garanties que le remboursement des frais de santé. La fausse déclaration intentionnelle est susceptible d'entraîner la nullité de la garantie¹²⁰⁶. Pour les opérations collectives facultatives, la fausse déclaration non intentionnelle n'entraîne pas un tel effet, la sanction étant différente selon le moment au cours duquel l'irrégularité est constatée¹²⁰⁷.

366. Les assurés doivent également bénéficier d'informations à l'occasion de la mise en place d'un régime de protection sociale au sein de l'entreprise. Le décret n° 56-139 du 24 janvier 1956 a intégré un article 124 dans le décret du 30 décembre 1938, devenu l'article R. 140-5 du code des assurances, précisant que « *le contrat doit comporter une clause prévoyant que le souscripteur tient à disposition des assurés une notice résumant d'une manière précise leurs droits et obligations* ». Les exigences posées par ce texte ont été renforcées par la jurisprudence. La Cour de cassation estime qu'en matière d'assurance de groupe le souscripteur ne se conforme à l'obligation d'information à laquelle il est tenu envers l'adhérent qu'en remettant la notice à celui-ci avant son adhésion au contrat ou au moment de celle-ci¹²⁰⁸. Le législateur a tenu compte de la position des juges. L'article 12 de la loi du 31 décembre 1989¹²⁰⁹, applicable aux trois catégories d'organismes assureurs, impose, lorsqu'un contrat d'assurance est conclu en vue d'apporter à un groupe de personnes une couverture contre le risque décès, les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité ou les risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, de remettre à l'adhérent une

¹²⁰⁶ Art. L. 221-14, C. mut. Dans sa version issue de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014, relative à l'économie sociale et solidaire (JORF n° 176, 1^{er} août 2014, p. 12666), cet article prévoit, en son dernier alinéa, que « *lorsque l'adhésion à la mutuelle ou à l'union résulte d'une obligation prévue dans une convention de branche ou dans un accord professionnel ou interprofessionnel* », le dispositif ne s'applique pas.

¹²⁰⁷ Art. L. 221-15, C. mut.

¹²⁰⁸ Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1985, n° 83-11.024, Bull. civ. I, n° 137.

¹²⁰⁹ Art. 12, L. n° 89-1009, 31 décembre 1989 : JORF n° 1, 2 janv. 1990, p. 13.

notice d'information détaillée définissant notamment les garanties prévues par la convention ou le contrat et leurs modalités d'application. A cette occasion, l'article R. 140-5 a été supprimé et remplacé en substance par l'article L. 140-4 du code des assurances, imposant de remettre à l'adhérent une notice établie par l'assureur définissant les garanties et leurs modalités d'entrée en vigueur ainsi que les formalités à accomplir en cas de sinistre. Aux termes d'une renumérotation intervenue en 2005¹²¹⁰, les obligations du souscripteur en la matière sont désormais énoncées à l'article L. 141-4 du code des assurances aux termes duquel « *le souscripteur est tenu [...] de remettre à l'adhérent une notice établie par l'assureur qui définit les garanties et leurs modalités d'entrée en vigueur ainsi que les formalités à accomplir en cas de sinistre [...]. La preuve de la remise de la notice à l'adhérent et de l'information relative aux modifications contractuelles incombe au souscripteur* »¹²¹¹. Sont visées les entreprises d'assurance. Le contenu de la notice est précisé par le code de la sécurité sociale pour les institutions de prévoyance¹²¹² et par le code de la mutualité pour les mutuelles¹²¹³. Rédigée par l'organisme assureur, cette notice est remise par l'employeur à chaque salarié concerné. Il est essentiel que l'employeur soit en mesure d'apporter la preuve de cette remise. Le contenu de la notice doit être conforme au contrat conclu avec l'organisme assureur ainsi qu'au règlement du régime ; à défaut, le bénéficiaire peut se prévaloir des stipulations les plus favorables. La notice d'information constitue, en pratique, un document important en matière de protection sociale complémentaire, source d'un contentieux nourri.

367. Au-delà de l'obligation d'information à laquelle il est tenu envers l'adhérent et qui se manifeste essentiellement par la remise d'une notice d'information, l'employeur est soumis à l'égard de ce dernier à une obligation de conseil : le souscripteur d'un contrat d'assurance de groupe « *a le devoir de faire connaître de façon très précise à*

¹²¹⁰ Art. 1, III, L. n° 2005-842, 26 juill. 2005, pour la confiance et la modernisation de l'économie : JORF n° 173, 27 juill. 2005, p. 12160.

¹²¹¹ H. GROUDEL, La remise de la notice de l'adhérent d'une assurance de groupe, Responsabilité civile et assurances 1993, 16.

¹²¹² Art. L. 932-6 et L. 932-18, CSS.

¹²¹³ Art. L. 221-6, C. mut.

l'adhérent à ce contrat les droits et obligations qui sont les siens ; [il] est responsable des conséquences qui s'attachent à un manquement à ce devoir d'information et de conseil »¹²¹⁴.

368. L'obligation de transparence en matière de protection sociale complémentaire vaut également au cours de l'exécution du contrat. En vertu de l'article 15 de la loi Evin du 31 décembre 1989 et de son décret d'application du 30 août 1990, l'organisme assureur - quelle que soit sa nature - est tenu de fournir chaque année au chef d'entreprise un rapport sur les comptes du régime¹²¹⁵. Par ailleurs, les organismes assureurs doivent communiquer chaque année aux assurés des informations dont la teneur dépend du montant de la provision mathématique¹²¹⁶.

L'article L. 914-2 du code de la sécurité sociale précise que les organismes assureurs intervenant dans le cadre de contrats constituant, au profit des personnes qu'ils assurent ou de leurs salariés, des droits à retraite supplémentaire dans le cadre tracé par l'article L. 911-1 sont tenus de notifier à ceux-ci, avant le 30 septembre de chaque année, les droits qu'ils ont acquis à ce titre au cours de l'année précédente. Par ailleurs, lorsque le salarié quitte l'entreprise avant d'avoir fait liquider ses droits à la retraite, ces organismes lui adressent, dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle les cotisations ne sont plus versées, une note d'information relative aux droits qu'il a acquis mentionnant notamment les modalités et conditions selon lesquelles il en obtiendra la liquidation et, lorsque le contrat ou le règlement du régime le prévoit, les conditions et délais de leur transfert à un autre régime. Cette disposition ne s'applique pas aux régimes de retraite supplémentaire à prestations définies subordonnés au fait que le bénéficiaire achève sa carrière au sein de l'entreprise, dans la mesure où celui-ci ne dispose d'aucun droit certain à pension.

¹²¹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 12 janv. 1999, n° 96-21.973.

¹²¹⁵ Art. 3, D. n° 90-769, 30 août 1990 : JORF n° 202, 1^{er} sept. 1990, p. 10664.

¹²¹⁶ Art. L. 132-22, C. ass. ; art. L. 223-21, C. mut.

369. Au-delà des informations périodiques, l'organisme assureur est tenu de fournir des informations dans certaines situations exceptionnelles. Ainsi en est-il en cas de modification du risque¹²¹⁷.

370. Enfin, la langue peut également être considérée comme un moyen de protection des assurés et donc des bénéficiaires des régimes de protection sociale complémentaire. L'article L. 112-3 du code des assurances dispose que « *le contrat d'assurance et les informations transmises par l'assureur au souscripteur mentionnées dans le présent code sont rédigés par écrit, en français, en caractères apparents* ». La Cour de cassation interprète strictement ce texte. Sont ainsi inapplicables des clauses d'exclusion rédigées dans une langue étrangère¹²¹⁸. L'ordonnance du 19 avril 2001¹²¹⁹ a cependant aménagé deux exceptions au principe de rédaction du contrat en langue française. Le second alinéa de l'article L. 112-3 dispose désormais que « *lorsque [...] les parties au contrat ont la possibilité d'appliquer une autre loi que la loi française, les documents mentionnés au premier alinéa du présent article peuvent être rédigés dans une autre langue que le français. Le choix d'une autre langue que le français est effectué d'un commun accord entre les parties et, sauf lorsque le contrat couvre les grands risques [...], à la demande écrite du seul souscripteur* ». Le troisième alinéa ajoute que « *lorsque les parties au contrat n'ont pas la possibilité d'appliquer une autre loi que la loi française, ces documents peuvent toutefois, d'un commun accord entre les parties et à la demande écrite du seul souscripteur, être rédigés dans la langue ou dans l'une des langues officielles de l'Etat dont il est ressortissant* ».

371. La transparence hors de France - En Allemagne, le salarié bénéficie de longue date de droits à l'information en matière de protection sociale

¹²¹⁷ C. ass. L. 113-2.

¹²¹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 24 nov. 1993, n° 91-21.114, Bull. civ. V, n° 346 : « *sans préjudice des dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1975 relatives à l'emploi obligatoire de la langue française dans l'étendue et les conditions de garantie d'un service et selon les articles L. 112-3 (anciennement R. 160, alinéa 1^{er}) et L. 111-2 du Code des assurances, les contrats d'assurances souscrits ou exécutés en France, sont impérativement rédigés en français ; qu'aux termes de l'article L. 112-4, du même Code, les clauses édictant des nullités, des déchéances ou des exceptions ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents ; [...] il résulte de la combinaison de ces textes d'ordre public que c'est à juste titre que la cour d'appel a déclaré inapplicable l'exclusion de garantie invoquée par la compagnie Allianz, qui n'était pas rédigée en français* ».

¹²¹⁹ Ord. n° 2001-350, 19 avr. 2001 : JORF n° 95, 22 avr. 2001, p. 6288.

complémentaire. Le corpus législatif est essentiellement formé d'une loi du 19 décembre 1974, d'une loi du 20 juillet 1995 (transposant la directive n° 91/533 du 14 octobre 1991 sur l'obligation d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat de travail) et d'articles du code civil allemand, dit « BGB ». Ainsi, l'obligation d'information sur les conditions de travail qui pèse sur l'employeur concerne la constitution d'une retraite d'entreprise de même que les droits à pension. Lorsque la retraite d'entreprise prend la forme d'une conversion de salaire, l'employeur est tenu d'une obligation d'information à l'égard du salarié. Ce droit à l'information ne doit pas être confondu avec un droit de conseil sur les modalités du choix. De même, l'employeur ne saurait être tenu d'informer le salarié quant à « *l'opportunité de choisir la conversion au lieu de constituer un avantage vieillesse selon d'autres modèles, par exemple une retraite « Riester »* »¹²²⁰. La protection du droit à l'information est assurée de deux manières : par l'intermédiaire du conseil d'entreprise et directement aux adhérents¹²²¹.

Au Royaume-Uni, la loi sur les retraites de 1993 a posé le principe d'une information actuarielle et comptable délivrée par les administrations. Chaque membre doit également disposer du détail de ses prestations. En outre, les régimes de retraite à cotisations définies doivent fournir aux intéressés un état annuel des prestations. Les membres du régime sont, pour l'essentiel, destinataires des informations suivantes : règlement ou tout autre document régissant le régime, caractéristiques du régime, estimation des valeurs de transfert (sur demande), état des prestations, rapport annuel des trustees et rapport sur les évaluations actuarielles¹²²².

¹²²⁰ O. KAUFMANN, Protection sociale d'entreprise, JCP E 2008, 1984.

¹²²¹ G. TAMBURI, Y. CHASSARD, Fonds de pension. Comment font les autres pays, *Economica* 2002, p. 35.

¹²²² S. MICHAS BEGUERIE, Régimes privés de retraites complémentaires. Perspectives comparative et européenne, *LGDJ* 1998, n° 242, p. 326 et 327. Pour une synthèse des obligations d'information, v. D. POLLARD, C. MAGOFFIN, *Freshfields on Corporate Pensions Law 2012*, Bloomsbury Professional 2012, p. 451 et s.

L'information des bénéficiaires ne fait pas partie des priorités des pouvoirs publics aux Pays-Bas. Ce sujet n'est pas abordé par « *les multiples règles organisant le marché de l'assurance de santé. Or, la question est cruciale, puisque le système est régulé par cette pression exercée par les patients/consommateurs* »¹²²³. Le dispositif existant n'a donc pas la densité de celui tissé ces vingt-cinq dernières années en droit français.

372. Conclusion du chapitre. - Entre la quête d'égalité, qui de « *principe moteur* » devient un « *principe matriciel* »¹²²⁴, et celle de transparence, le droit européen a profondément contribué à renforcer le statut des bénéficiaires. Mais les champs de réflexion et d'intervention demeurent nombreux, de l'égalité à la généralisation, et de l'information transparente à la gestion participative.

373. Conclusion du titre. - Le renforcement de la protection des bénéficiaires au temps de la mise en place des dispositifs de protection sociale complémentaire est davantage dû à la volonté des pouvoirs publics européens d'améliorer la situation juridique des travailleurs au sein de l'Union qu'à la volonté d'adopter des règles spécifiques dans ce domaine. Des grands principes européens du droit du travail appliqués au droit de la protection sociale complémentaire, c'est la Cour de justice qui a souvent clarifié la portée.

¹²²³ F. KESSLER, Les réformes de l'assurance santé aux Pays-Bas : tentative de bilan, RDSS 2006, p. 455.

¹²²⁴ De « *l'un des éléments essentiels de la citoyenneté européenne* » le principe d'égalité de traitement à vocation à devenir « *un élément dynamique de la définition du statut social du citoyen européen* » (J.-M. SWEENEY, Revue française des affaires sociales 2012, n° 1, p. 43).

TITRE 2 - LA PROTECTION DES BÉNÉFICIAIRES LORS DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA GARANTIE

374. Le droit européen devrait occuper une place centrale dans la mise en œuvre de la protection sociale complémentaire. Les pouvoirs publics ne sont toutefois pas parvenus à éliminer toutes les entraves à la mobilité des travailleurs au sein de l'Union (**Chapitre 1**). Le sort des dispositifs organisés et des droits en découlant en cas de bouleversement de la situation de l'entreprise ou du cadre contractuel souffre également d'une réglementation lacunaire (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 - La mobilité entravée

375. La libre circulation des personnes. - L'article 3, § 2 du TUE pose le principe de la libre circulation des personnes au sein de l'Union¹²²⁵. L'article 21, § 1 du TFUE ajoute que les citoyens de l'Union ont le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités¹²²⁶ et des dispositions prises pour leur application. L'article 45 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne participe du même mouvement. Lui donner traduction dans le domaine de la protection sociale complémentaire se révèle particulièrement complexe¹²²⁷.

Le dispositif juridique demeure inachevé. La règle d'adoption à l'unanimité des textes relevant de la sécurité sociale ou de la fiscalité est facteur d'immobilisme. Si les obstacles sont clairement identifiés (**Section 1**), les surmonter est souvent malaisé (**Section 2**).

Section 1 - Des obstacles

376. Les difficultés rencontrées sur le terrain de la mobilité tiennent essentiellement à l'exclusion de la protection sociale complémentaire des règles de

¹²²⁵ P. RODIERE, Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice, RTD eur. 2006, p. 164 ; S. MAILLARD, L'émergence de la citoyenneté sociale européenne, Droit social 2009, p. 88 ; C. MARZO, Vers une citoyenneté sociale européenne ?, Droit social 2007, p. 218 ; J. CAVALLINI, Les bénéficiaires du droit de la circulation et de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille, JCP S 2006, act. 139 ; P. GILLIAUX, Les entraves à la libre circulation des personnes, Cahiers de droit européen 2008, 407 ; S. VAN RAEPENBUSCH, La libre circulation des personnes, RJS 1995, 75.

¹²²⁶ Ces limitations et conditions doivent être faites « dans le respect des principes généraux du droit communautaire et, notamment, du principe de proportionnalité » (CJCE, 17 sept. 2002, aff. C-413/99, Baumbast : Rec. p. 7091).

¹²²⁷ Or « 40 % des travailleurs de l'Union changent d'emploi en moyenne tous les 5 ans et subissent en conséquence une perte importante de leurs droits à pension en vertu d'un certain nombre de règles communes aux systèmes nationaux de retraite complémentaire » (P. MORVAN, Droit de la protection sociale, LexisNexis 2013, n° 1000, p. 787).

coordination en matière de sécurité sociale (§ 1) et à la persistance des distorsions fiscales (§ 2).

§ 1. La non-coordination sociale

377. Le dispositif de coordination des régimes de sécurité sociale en vigueur dans l'Union européenne ne vaut pas pour les régimes de protection sociale complémentaire. Ceux-ci demeurent exclus de la coordination instituée par les textes de droit dérivé adoptés depuis le début des années 1970 (A). La situation de blocage persiste (B).

A. Un débat ancien

378. **Une ouverture rapidement envisagée.** - Le problème de la coordination des régimes professionnels est connu de longue date des pouvoirs publics et des juges européens. Une étude de la Commission en 1966 l'évoquait déjà¹²²⁸. La même année, la Cour de justice a retenu une conception extensive du champ d'application du règlement n° 3/58 traitant de la coordination du régime de sécurité sociale¹²²⁹. La veuve d'un employé néerlandais des mines était titulaire d'une pension établie et exécutée par une institution néerlandaise de sécurité sociale de droit privé. Ce dispositif constituait-il une législation au sens du règlement susmentionné ? L'article 1, b) de ce texte disposait que « *le terme législation désigne les lois, les règlements et les dispositions statutaires [...] de chaque Etat membre, qui concernent les régimes et branches de la sécurité sociale visés aux paragraphes 1 et 2 de l'article 2 du présent règlement* », c'est-à-dire notamment ceux relatifs aux prestations de maladie. Si la réponse était positive, le dispositif devait être examiné à la lumière du règlement. La Cour a relevé que la référence aux dispositions statutaires tendait « *manifestement à couvrir les régimes et branches de la sécurité*

¹²²⁸ Etude de la Commission, Les régimes complémentaires de sécurité sociale dans les pays de la CEE, série politique sociale n° 15, 1966.

¹²²⁹ Règl. n° 3/58/CEE, 25 sept. 1958, concernant la libre circulation des travailleurs migrants : JOCE n° B 30, 16 déc. 1958, p. 561.

sociale qui sont gérés par des institutions autres que les autorités publiques et qui jouissent d'une certaine autonomie par rapport à celles-ci » ; cette notion s'applique donc « à des règles qui, tout en étant arrêtées et appliquées dans des formes et par des organismes de droit privé, s'intègrent au régime de sécurité sociale d'un Etat membre du fait qu'elles sont destinées à compléter les lois et règlements relatifs à la sécurité sociale, ou à s'y substituer ». La Cour en conclut que « la réglementation relative à l'assurance-maladie des travailleurs et de leurs survivants, instaurée et exécutée par une institution de droit privé, fait, en tant que « disposition statutaire », partie de la « législation » [...] lorsque cette réglementation complète les lois et règlements institutifs d'un régime général ou spécial de sécurité sociale ou s'y substitue »¹²³⁰. En conséquence, une institution ne saurait refuser une pension au survivant d'un salarié en raison d'une résidence sur le territoire d'un Etat membre autre que celui dont relève ladite institution.

379. Une exclusion dépourvue d'ambiguïté. - Fermant la porte à l'interprétation extensive retenue par la Cour, l'article 1, j) du règlement n° 1408/71/CEE¹²³¹ - qui a succédé au règlement n° 3/58/CEE¹²³² - s'il a repris la définition de la législation donnée par ce dernier (« *les lois, les règlements, les dispositions statutaires* ») en y ajoutant « *toutes autres mesures d'application* »¹²³³, a expressément exclu les régimes conventionnels existants ou futurs, même s'ils ont été rendus obligatoires ou ont été étendus par une décision des pouvoirs publics. L'immense majorité des régimes de protection sociale complémentaire de branche et d'entreprise alors en vigueur ont ainsi été écartés... même si l'article 1, j) précise, *in fine*, qu'« *en ce qui concerne les dispositions conventionnelles servant à la mise en œuvre d'une obligation d'assurance résultant des lois ou des règlements visés*

¹²³⁰ CJCE, 30 juin 1966, Vaassen-Göbbels, C-aff. 61/65 : Rec. p. 377.

¹²³¹ Règl. n° 1408/71/CEE, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, 14 juin 1971 : JOCE n° L 149, 5 juill. 1971, p. 2.

¹²³² Règl. n° 3/58/CEE, concernant la libre circulation des travailleurs migrants, 25 sept. 1958 : JOCE n° B 30, p. 16 déc. 1958, p. 561.

¹²³³ « Le terme *législation* au sens de l'article 1, lettre j, du règlement 1408/71 englobe tous les types de mesures législatives, réglementaires et administratives adoptés par des Etats membres et doit être compris comme visant l'ensemble des mesures nationales applicables en la matière non seulement en territoire métropolitain mais

au sous-alinéa précédent, cette limitation peut à tout moment être levée par une déclaration faite par l'Etat membre intéressé mentionnant les régimes de cette nature auxquels le présent règlement est applicable [...] ». Une telle déclaration a, par exemple, été effectuée par la France en ce qui concerne le régime d'assurance chômage¹²³⁴. En outre, parce que dans les Etats ayant rejoint l'Union depuis le début des années 2000, de nombreux régimes de retraite par capitalisation ont été institués en application de la loi, ces derniers sont en principe soumis aux règles de coordination¹²³⁵. Enfin, par exception, les régimes complémentaires écartés de l'application des règlements peuvent être concernés par les règles de coordination. Il en est ainsi lorsque le salarié en situation de mobilité a recours à l'assurance volontaire pour reconstituer sa couverture sociale¹²³⁶.

Le tout - qui n'est pas dénué d'importance - ne saurait néanmoins faire oublier le principe d'exclusion rappelé par la Commission dans le Livre vert de 1997 sur les retraites complémentaires dans le marché unique¹²³⁷ et dans la communication du 11 mai 1999 intitulée « Vers un marché unique pour les retraites complémentaires »¹²³⁸ : les règlements n° 1408/71 et n° 574/72¹²³⁹ ne s'appliquent pas aux régimes complémentaires de retraite. La Cour de justice l'a souligné dans un arrêt du 6 février 1992¹²⁴⁰ ; la Cour de cassation a fait de même le 1^{er} avril 1993¹²⁴¹. Cette exclusion n'est, au demeurant, guère surprenante, la logique du règlement n° 1408/71 se traduisant par une « *quasi-absence des entreprises* »¹²⁴².

également dans les territoires entretenant des relations particulières avec ces Etats » (CJCE, 31 mars 1977, Walter Bozzone, aff. C-87/76 : Rec. p. 687).

¹²³⁴ JOCE, n° C 190, 2 avr. 1987.

¹²³⁵ H. VERSCHUEREN, Le droit des pensions d'invalidité et de vieillesse dans le règlement n° 883/2004, RDSS 2010, p. 38.

¹²³⁶ CJCE, 16 mars 1977, Liégeois, aff. C-93/76 : Rec. p. 543 ; CJCE, 18 mai 1989, Hartmann, C-368/87 : Rec. p. 1333.

¹²³⁷ Livre vert, Les retraites complémentaires dans le marché unique, 10 juin 1997 (COM(97) 283).

¹²³⁸ Communication de la Commission, Vers un marché unique pour les retraites complémentaires, 11 mai 1999 (COM(1999) 134 final).

¹²³⁹ Règl. n° 574/72/CEE, fixant les modalités d'application du règlement n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, 21 mars 1972 : JOCE n° L 74, 23 mars 1972, p. 1.

¹²⁴⁰ CJCE, 6 févr. 1992, Commission c/ Belgique, aff. C- 235/90, Rec. p. 531 ; RDSS 1993, p. 88, obs. F. KESSLER.

¹²⁴¹ Cass. soc., 1^{er} avril 1993, n° 91-11.649.

¹²⁴² J.-Ph. LHERNOULD, Les entreprises face à la coordination européenne des régimes nationaux de sécurité sociale : l'autre côté du miroir, Droit social 2007, p. 227.

Or, celles-ci jouent un rôle fondamental, seules ou au sein d'une branche professionnelle, dans l'organisation, en particulier dans un cadre transfrontalier, des régimes de protection sociale complémentaire.

380. L'idée a parfois été avancée que les régimes de base et les régimes complémentaires sont régis par des principes communs de telle sorte qu'en dépit de l'exclusion formulée par le règlement n° 1408/71, le traité de Rome permettrait au citoyen de l'Union de se prévaloir directement du droit au maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition¹²⁴³. Le principe de coordination des régimes de sécurité sociale couvrirait les régimes professionnels « *par extension du champ matériel du règlement 883/2004* » d'autant que « *ce règlement coordonne déjà les régimes de base de retraite de certains Etats membres structurés comme des régimes professionnels : les problèmes techniques sont complexes [...] mais ils ne sont pas insolubles* »¹²⁴⁴. La Cour de justice a toutefois refusé, en 2011, de se livrer à ce « forçage » des textes. Elle considère que les dispositions en cause du traité de Rome n'ont pas un effet direct susceptible d'être invoqué par un particulier à l'encontre d'un employeur relevant du secteur privé dans le cadre d'un litige porté devant les juridictions nationales¹²⁴⁵.

B. Un blocage persistant

381. Des velléités. - L'exclusion des régimes professionnels du champ d'application du règlement n° 1408/71/CEE n'a pas empêché les pouvoirs publics européens de se pencher de nouveau sur la question de leur coordination. Ainsi en a-t-il été de la Commission à l'occasion de la communication du 21 juillet 1991 intitulée « Les régimes complémentaires de sécurité sociale : la place des régimes

¹²⁴³ P. MAVRIDIS, Régimes complémentaires : droit de la concurrence ou droit social communautaire ?, Droit social 1998, p. 239.

¹²⁴⁴ J.-Ph. LHERNOULD, Les régimes de pension complémentaires ne doivent pas défavoriser les migrations intra-entreprises, RJS 2011, p. 448.

¹²⁴⁵ CJUE, 10 mars 2011, Casteels c/ British Airways, aff. C-379/09 : Rec. p. 1379.

complémentaires de retraite dans la protection sociale des travailleurs »¹²⁴⁶. Dans la recommandation n° 92/442/CEE du 27 juillet 1992 relative à la convergence des objectifs et politiques de protection sociale¹²⁴⁷, le Conseil a demandé aux Etats membres de « *favoriser, lorsque cela est nécessaire, l'aménagement des conditions d'acquisition des droits aux pensions de retraite, notamment aux pensions complémentaires, afin d'éliminer les obstacles à la mobilité des travailleurs salariés* ». Dans sa résolution du 16 novembre 2000 portant sur l'assurance maladie complémentaire, le Parlement européen a invité « *la Commission à veiller à ce que le règlement de coordination (CEE) 1408/71 soit applicable à toutes les assurances maladie, donc aussi aux assurances complémentaires, qui sont souscrites et financées sur une base volontaire mais restent soumises à des normes juridiques [...]* »¹²⁴⁸.

382. Une proposition. - Dans sa proposition initiale de modification du règlement n° 1408/71/CEE en date du 12 décembre 1998, la Commission a proposé que la notion de « législation » intègre les « *dispositions conventionnelles qui ont fait l'objet de décisions des pouvoirs publics, les rendant obligatoires ou permettant l'extension de leur champ d'application* ». Les régimes rendus obligatoires ou étendus - nombreux à l'échelle de l'Union - seraient ainsi entrés dans le giron du règlement de coordination. Ils auraient bénéficié notamment des règles relatives à l'exportation des prestations, au calcul au prorata et à la totalisation des périodes d'assurance. Mais le législateur européen n'a pas retenu cette proposition : le règlement n° 883/2004/CE¹²⁴⁹ - qui a succédé au règlement n° 1408/71/CEE - n'a pas marqué d'évolution majeure s'agissant du champ d'application matériel de l'édifice. Le terme « législation », défini à l'article 1^{er}, continue de désigner, pour chaque Etat membre, les lois, règlements et autres

¹²⁴⁶ Communication de la Commission, Les régimes complémentaires de sécurité sociale : la place des régimes complémentaires de retraite dans la protection sociale des travailleurs, 21 juill. 1991 (SEC (91) 1332 final).

¹²⁴⁷ Recommandation du Conseil n° 92/442/CEE, 27 juill. 1992 : JOCE n° L 245, 26 août 1992, p. 49.

¹²⁴⁸ Résolution du Parlement sur l'assurance maladie complémentaire, 16 nov. 2000 (2000/2009 (INI)) : JOCE 8 août 2001.

¹²⁴⁹ Régl. n° 883/2004/CE, 29 avr. 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale : JOUE n° L 166, 30 avril. 2004, p. 1.

dispositions légales et toutes autres mesures d'application qui concernent les branches de sécurité sociale ; demeurent exclues « *les dispositions conventionnelles autres que celles qui servent à la mise en œuvre d'une obligation d'assurance résultant des lois et règlements* ».

383. Le document de travail annexé à la proposition de directive du 20 octobre 2005 relative à l'amélioration de la portabilité des droits à pension complémentaire¹²⁵⁰ reconnaît que l'extension du dispositif de coordination aux régimes complémentaires de pension constituerait une étape logique. Toutefois, son application aux régimes complémentaires n'est pas possible, selon la Commission (qui a ajusté sa position depuis 1998), pour trois raisons : 1) un système de reconnaissance mutuelle entre les régimes complémentaires de pension serait nécessaire ; or, il est difficile à établir du fait de la diversité de ces derniers ; 2) l'application des règles de totalisation serait coûteuse pour les régimes complémentaires, qui devraient prendre en compte la période pendant laquelle le salarié a travaillé et a été assuré par son ancien employeur ; 3) un système de coordination manquerait de souplesse, faute de tenir compte de la diversité des régimes complémentaires dans les Etats membres et de leur caractère volontaire.

384. Une responsabilité partagée. - Globalement exclu de l'application des règlements de coordination des dispositifs nationaux de sécurité sociale, le traitement de la protection sociale complémentaire en cas de mobilité au sein d'un autre Etat membre nécessite l'adoption de textes spécifiques : les lacunes de la réglementation jouent au détriment des salariés qui se déplacent au sein de l'Union¹²⁵¹. La responsabilité n'en incombe pas uniquement aux pouvoirs publics européens, les Etats membres pouvant décider de l'inclusion d'un régime de protection sociale complémentaire dans le champ d'application du règlement

¹²⁵⁰ Résumé des réponses au livre vert sur les retraites complémentaires dans le marché unique, 6 avr. 1998 (COM(97) 283).

¹²⁵¹ H. VERSCHUEREN, Le droit des pensions d'invalidité et de vieillesse dans le règlement n° 883/2004, RDSS 2010, p. 38.

n° 883/2004/CE. Mais l'efficacité du dispositif n'est assurée que si l'ensemble des Etats membres se préoccupent de la coordination de ce type de régime. Tel n'est guère le cas.

§ 2. Les distorsions fiscales

385. Les Etats membres n'appréhendent pas tous de la même manière la fiscalité des régimes de protection sociale complémentaire. Les distorsions relevées ne sont pas neutres dès lors que le salarié bénéficiaire d'un régime institué au sein d'un Etat est amené à travailler à l'étranger. Il peut y avoir là un obstacle majeur au développement de ces dispositifs au niveau européen. Les données du problème sont connues (**A**). Les solutions envisageables peinent à trouver traduction (**B**).

A. Les données du problème

386. Ni le constat de l'hétérogénéité fiscale (1), ni ses conséquences sur le contribuable en situation de mobilité transnationale (2) ne sauraient surprendre.

1. Le constat

387. Un kaléidoscope fiscal. - Les régimes de protection sociale complémentaire bénéficient généralement d'un régime social et fiscal favorisant leur développement. L'application de ces règles dérogatoires n'est toutefois ouverte qu'aux dispositifs qui se conforment aux conditions posées par la législation de chaque Etat. Or, dans le Livre vert de 1997 sur les retraites complémentaires dans le marché unique, la Commission a relevé qu'il était peu probable qu'un régime remplissant les critères qui permettent de bénéficier du régime de faveur dans un Etat membre puisse remplir les critères fiscaux édictés par un autre Etat, ce qui

« tend, en pratique, à décourager le versement de cotisations à des régimes de retraite établis dans d'autres Etats membres »¹²⁵².

2. Les conséquences

388. Deux écueils. - L'absence d'harmonisation de la fiscalité expose les bénéficiaires au risque de double imposition mais peut également emporter la non-imposition. La compétence limitée de l'Union dans le domaine de la politique fiscale des Etats membres constitue un frein puissant à toute démarche efficace en la matière¹²⁵³. Le résumé des réponses au Livre vert de 1997 souligne que « ces distorsions fiscales sont perçues par l'industrie et le secteur financier comme étant les principaux obstacles à la réalisation d'un authentique marché unique des retraites complémentaires »¹²⁵⁴.

Consciente du pouvoir limité des organes de l'Union en cette matière, la Commission se borne à indiquer dans le Livre blanc de 2012 portant sur une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables qu'elle discutera avec les Etats membres de la manière de limiter le risque de double imposition ou d'absence d'imposition des pensions transnationales¹²⁵⁵.

B. Les solutions envisageables

389. Du dialogue entre les autorités européennes, les professionnels du secteur et les organisations patronales et salariales, il ressort que deux moyens permettraient de sortir de l'impasse : un renforcement de la concertation fiscale (1) ; la promotion des régimes paneuropéens (2).

¹²⁵² Résumé des réponses au livre vert sur les retraites complémentaires dans le marché unique, 6 avr. 1998 (COM(97) 283).

¹²⁵³ Résolution du Parlement européen du 21 mai 2013 sur une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables (2012/2234 (INI)).

¹²⁵⁴ Résumé des réponses au livre vert sur les retraites complémentaires dans le marché unique, 6 avr. 1998 (COM(97) 283).

¹²⁵⁵ Livre blanc, Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables, 16 févr. 2012 (COM(2012) 55 final).

1. La concertation fiscale

390. L'utopique uniformisation. - L'uniformisation du traitement fiscal des régimes complémentaires a été évoquée par les professionnels du secteur à l'occasion des réponses au Livre vert de 1997¹²⁵⁶. Elle relève, pour l'heure, du domaine de l'utopie.

Dans la proposition émise le 19 novembre 1997¹²⁵⁷, qui a abouti à l'adoption de la directive n° 98/49/CE du 29 juin 1998¹²⁵⁸, la Commission avait introduit une disposition aux termes de laquelle si des cotisations continuaient à être versées à un régime complémentaire de pension agréé, l'Etat membre d'accueil devait les traiter, dans la mesure où il disposait de pouvoirs d'imposition, de la même manière qu'il aurait traité des cotisations versées à un régime complémentaire de pension agréé comparable, établi sur son territoire. Or, « *cette disposition, qui constituait un premier pas vers le décloisonnement fiscal des marchés de la pension complémentaire, a [...] fait l'objet d'une vive opposition de la part de plusieurs Etats membres, de sorte que la Commission a jugé préférable de la retirer afin de préserver l'essentiel du dispositif envisagé* »¹²⁵⁹. La version adoptée en 1998 a été expurgée de ce point de blocage¹²⁶⁰.

391. Les conventions de double imposition. - Une autre solution passe par la signature de conventions de double imposition. S'agissant de la fiscalité des régimes de retraite professionnelle, ces conventions visent, pour la plupart, à éliminer le risque de double imposition au moment du versement des pensions.

¹²⁵⁶ Résumé des réponses au livre vert sur les retraites complémentaires dans le marché unique (6 avr. 1998, COM(97) 283).

¹²⁵⁷ Proposition de directive relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non salariés qui se déplacent à l'intérieur de l'Union européenne, 8 oct. 1997 (COM(1997) 486 final).

¹²⁵⁸ Dir. n° 98/49/CE, 29 juin 1998, relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté : JOCE n° L 209/46, 25 juill. 1998, L. 209, p. 46.

¹²⁵⁹ J.-M. BINON, H. CLAASSENS, La protection sociale complémentaire en droit européen : cadre général, acquis et questions pendantes, *in* La protection sociale complémentaire dans l'Union européenne, la problématique des pensions et des soins de santé / De Anvullende sociale voorzieningen in de Europese Unie, pensioenen en gezondheidszorg, dir. C. VAN SCHOU BROECK, Academia-Bruylant 2003, p. 108.

Beaucoup moins nombreuses sont celles qui traitent de la fiscalité « à l'entrée », c'est-à-dire au moment du versement des cotisations. Il en va ainsi, par exemple, de la convention bilatérale liant la France au Royaume-Uni ou le Danemark au Royaume-Uni. Le traitement de la fiscalité des cotisations constitue une piste intéressante, dès lors qu'elle permet au salarié de bénéficier d'un régime fiscal de faveur dans l'Etat au sein duquel il évolue, pour les sommes versées au sein de son Etat d'origine afin d'alimenter une couverture de retraite professionnelle¹²⁶¹.

392. L'office du juge. - L'intervention de la Cour de justice permet également de limiter les atteintes fiscales aux libertés du traité. Ainsi, alors que la loi belge du 28 avril 2003, relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale¹²⁶², soumettait la déductibilité des cotisations patronales d'assurance complémentaire contre la vieillesse et le décès prématuré à la condition que ces cotisations soient versées dans une entreprise d'assurance ou à un fonds de prévoyance établi en Belgique, la Cour de justice l'a estimée contraire au droit de l'Union : imposer les transferts d'épargne retraite d'un fonds de pension national à un fonds établi dans un autre Etat membre si les transferts de ces capitaux entre les fonds de pension nationaux ne sont pas soumis à l'impôt constitue une violation des normes européennes¹²⁶³.

2. Les régimes paneuropéens

393. Une idée. - La création d'institutions de retraite européennes chargées de la gestion des régimes dans plusieurs Etats, tout en respectant les règles fiscales et sociales en vigueur au sein de ceux-ci, constitue un autre axe majeur de

¹²⁶⁰ S. HENNION, M. LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL., *Droit social européen et international*, PUF 2013, 2^e éd., n° 189, p. 226.

¹²⁶¹ Livre vert, *Les retraites complémentaires dans le marché unique*, 10 juin 1997 (COM(97) 283).

¹²⁶² L. 28 avr. 2003, relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale : *Moniteur belge*, 15 mai 2003, p. 26407 ; *Moniteur belge*, 26 mai 2003, p. 28892 (rectificatif).

¹²⁶³ CJUE, 5 juill. 2007, *Commission c/ Belgique*, aff. C-522/04: Rec. p. 5727.

réflexion¹²⁶⁴. La communication de la Commission relative à l'élimination des entraves fiscales à la fourniture transfrontalière des retraites professionnelles, en date du 19 avril 2001, reprend l'idée de promotion d'institutions paneuropéennes de retraite permettant aux salariés d'une société ou d'un groupe international d'être affiliés à une institution indépendamment de leur lieu de travail. En pratique, « *une institution paneuropéenne de retraite établie dans un Etat membre aurait plusieurs sections, chacune satisfaisant aux conditions requises pour l'agrément fiscal et respectant la réglementation fiscale et la législation sociale de l'Etat dans lequel l'affilié est employé. Si, au cours de sa carrière dans une multinationale, un affilié est appelé à occuper un emploi dans un autre Etat membre, il continuerait à verser des cotisations à la même institution paneuropéenne de retraite, mais dans une autre section. Le transfert des droits acquis entre les différentes sections ne serait pas nécessaire. Après sa retraite, l'employé recevrait des prestations de retraite de chaque section nationale conformément aux droits acquis en vertu des règles nationales applicables à ces sections* »¹²⁶⁵. Les organismes présents dans le secteur des retraites professionnelles sont actifs sur ce sujet¹²⁶⁶. Il est vrai que cette solution leur permet de faire preuve d'initiative pour lutter contre les distorsions fiscales.

La tendance demeure toutefois à l'absence de régime fiscal de faveur consenti aux cotisations de retraite versées à des institutions établies dans un autre Etat membre, rendant plus complexe la création de régimes paneuropéens¹²⁶⁷.

394. Des jalons. - La directive n° 2003/41/CE du 3 juin 2003 a permis de poser des jalons en vue de la création d'institutions déployant une activité transnationale. Mais « *aussi longtemps que les Etats membres ne mettront pas en œuvre les règles*

¹²⁶⁴ Résumé des réponses au livre vert sur les retraites complémentaires dans le marché unique, 6 avr. 1998 (COM(97) 283).

¹²⁶⁵ Communication de la Commission, Elimination des entraves fiscales à la fourniture transfrontalière des retraites professionnelles, 19 avr. 2001 (COM(2001) 214 final).

¹²⁶⁶ « European Institution for Occupational Retirement Provision (EIORP) - A Single License to enable Multi-Nationals to pool their pension liabilities and assets on a tax neutral basis (Institution européenne de fourniture de retraites professionnelles - Agrément unique visant à permettre aux sociétés multinationales de regrouper leurs engagements et leurs actifs liés aux pensions sur une base fiscale neutre) », European Federation for Retirement Provision, juill. 2000.

¹²⁶⁷ D. AQUILINA, La retraite communautaire et les expériences en cours, PA 2008, n° 42, p. 26.

fiscales applicables, en cas de participation à un régime national, à l'hypothèse de participation à un régime étranger, la possibilité d'adhérer à un régime pan-européen restera quelque peu théorique »¹²⁶⁸. Progresser relève d'une longue marche. Toute initiative est bienvenue. Ainsi en est-il de celle du Parlement européen qui, dans une résolution du 21 mai 2013 sur une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables, a appelé à la suppression des obstacles fiscaux transfrontaliers¹²⁶⁹. Le 27 mars 2014, la Commission a adopté une proposition de directive établissant de nouvelles règles relatives aux institutions de retraite professionnelle et portant refonte de la directive n° 2003/41¹²⁷⁰. Son objectif est, notamment, de promouvoir les activités transfrontalières... mais la question de la fiscalité n'y est pas évoquée.

Section 2 - Des progrès

395. La prise en compte des effets de la mobilité sur les régimes de protection sociale dont bénéficient les salariés à titre complémentaire nécessite l'adoption de règles spécifiques dès lors que ces régimes ont été exclus de l'application des mécanismes de coordination des régimes de base. Les progrès se mesurent néanmoins à pas comptés, entre insuffisance des règles de sauvegarde (§ 1) et achèvement récent mais tardif du processus d'adoption d'un dispositif - au demeurant incomplet - de portabilité des droits des travailleurs en situation de mobilité au sein de l'Union européenne (§ 2).

§ 1. La limitation des droits sauvegardés

396. Largement débattue, la question de la sauvegarde des droits des salariés en situation de mobilité au sein de l'Union européenne a abouti à l'adoption de la

¹²⁶⁸ F. KESSLER, Les fonds de pension pan-européens et l'épargne retraite française - premier commentaire de la directive 2003/41 du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle, RDSS 2004, p. 192.

¹²⁶⁹ Résolution du Parlement européen du 21 mai 2013 sur une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables (2012/2234 (INI)).

directive n° 98/49/CE du 28 juin 1998. La portée de ce texte consensuel **(A)** demeure limitée **(B)**.

A. Un compromis recherché

397. Les timides réflexions préparatoires *(1)* ne pouvaient aboutir qu'à un texte de compromis *(2)*. L'objectif premier était d'expurger le projet de tout point de blocage risquant d'empêcher son adoption.

1. De timides réflexions

398. La prudence initiale. - Au mois de février 1996, la Commission a demandé à un Groupe de Haut niveau sur la libre circulation des personnes de la conseiller sur les mesures à adopter afin de supprimer les obstacles en la matière, en particulier s'agissant des retraites complémentaires. Un rapport spécifique portant sur ce dernier sujet a été présenté à la Commission le 28 novembre 1996. Son contenu est prudent. Ses rédacteurs estiment, dans un premier temps, que l'adoption d'un texte inadapté au niveau européen serait probablement contre-productive et entraverait le développement des régimes complémentaires. Ils soulignent ensuite le rôle que devraient jouer les partenaires sociaux et considèrent que celui des pouvoirs publics européens « *devrait se limiter au minimum nécessaire pour assurer la préservation des droits* ». Ils suggèrent donc à la Commission de limiter, « *au moins initialement, toute proposition de directive à une approche qui viserait les éléments suivants : a) la préservation des droits acquis ; b) les paiements transfrontaliers ; c) l'emploi de courte durée dans un autre Etat membre* ». Ils proposent également la mise en place d'un forum européen des pensions. Cette dernière idée a été retenue par la Commission. Elle a institué ce forum le 9 juillet 2001¹²⁷¹. La

¹²⁷⁰ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (refonte) (COM(2014) 167 final).

¹²⁷¹ Commission, 9 juill. 2001, n° 2001/548/CE : JOCE n° L 196, p. 26.

frilosité des conclusions du groupe d'experts pouvait difficilement inciter la Commission à promouvoir l'adoption d'un texte ambitieux¹²⁷².

2. Des blocages identifiés

399. Dans le Livre vert de 1997 sur les retraites complémentaires dans le marché unique¹²⁷³, la Commission relève les points majeurs relatifs aux salariés en situation de libre circulation. Ainsi en est-il de la longueur des périodes de carence. Elles peuvent dissuader le travailleur : 1) de quitter son employeur afin de ne pas perdre les droits acquis dans son Etat d'origine ; 2) de travailler dans un autre Etat où il lui faudrait séjourner trop longtemps pour acquérir des droits à pension. Le délai de carence de dix années alors en vigueur en Allemagne était, à juste titre, dénoncé.

400. La question des droits à retraite complémentaire acquis par un salarié qui change d'emploi peut être tranchée de deux manières : 1) les droits, appelés « droits dormants », sont conservés dans le régime de retraite au titre duquel ils ont été acquis ; le travailleur percevra la pension afférente lorsqu'il fera valoir ses droits à la retraite ; pour acquérir de nouveaux droits, le salarié doit adhérer à un autre régime de retraite complémentaire ; il doit respecter les délais de carence et conditions d'âge éventuellement fixées par celui-ci ; 2) le salarié demande, lors de son départ, à percevoir une somme correspondant au montant des droits acquis, sous réserve que la nature du régime s'y prête ; cette somme peut lui permettre d'acquérir une rente différée auprès d'un organisme assureur ou être transférée vers le régime de retraite du nouvel employeur.

Les augmentations de salaire dont peut bénéficier le travailleur au cours de la suite

¹²⁷² Il a également été avancé que « la fonction de fidélisation du personnel explique l'imperfection des mécanismes juridiques destinés à garantir la protection des droits acquis à prestation » (S. MICHAS BEGUERIE, Régimes privés de retraites complémentaires. Perspectives comparative et européenne, LGDJ 1998, n° 386, p. 491).

¹²⁷³ Livre vert, Les retraites complémentaires dans le marché unique, 10 juin 1997 (COM(97) 283).

de sa carrière ne sont pas automatiquement prises en compte dans le calcul de ses droits à retraite complémentaire comme s'il avait effectué toute sa carrière en exécution du même contrat de travail, d'autant que l'augmentation des prix et du salaire moyen n'est pas prise en compte.

Les difficultés générées par la réglementation en vigueur dans chaque Etat et les règles gouvernant les régimes complémentaires sont réelles en droit interne ; elles deviennent des entraves à la libre circulation à l'échelle de l'Union.

B. Une portée limitée

401. Un début de solution au problème de la conservation des droits du salarié mobile a été trouvé avec la directive n° 98/49/CE du 28 juin 1998 relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté européenne¹²⁷⁴ (1). Le dispositif adopté est toutefois particulièrement limité (2).

1. Des solutions

402. Une ambition modeste. - Le seizième considérant du préambule de la directive du 28 juin 1998 relève l'ambition limitée de ce texte : « *en raison de la diversité des régimes complémentaires de sécurité sociale, la Communauté doit se limiter à fixer un cadre général d'objectifs* ». Pour autant, l'article 1^{er} précise que le but est « *de sauvegarder les droits des affiliés à des régimes complémentaires de pension qui se déplacent d'un Etat membre à l'autre, et de contribuer ainsi à la suppression des obstacles à la libre circulation des travailleurs salariés et non salariés dans la Communauté. Cette protection concerne les droits à pension au titre des régimes complémentaires tant volontaires qu'obligatoires, à l'exception des régimes couverts par le règlement (CEE) n° 1408/71* ». L'article 2 ajoute que la directive « *s'applique*

¹²⁷⁴ Dir. n° 98/49/CE, 29 juin 1998, relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté : JOCE n° L 209, 25 juill. 1998, p. 46.

aux affiliés à des régimes complémentaires de pension et aux autres ayants droit au titre de ces régimes, qui ont acquis ou sont en train d'acquérir des droits dans un ou plusieurs Etats membres ».

La notion de pension complémentaire au sens de la directive du 28 juin 1998 recouvre « *les pensions de retraite et les prestations d'invalidité et de survie si elles sont prévues par les règles d'un régime de pension complémentaire établi conformément à la législation et la pratique nationales, destinées à compléter ou à remplacer les prestations servies par les régimes légaux de sécurité sociale pour les mêmes risques* »¹²⁷⁵. L'inclusion des retraites n'est pas étonnante : la sauvegarde des droits concerne essentiellement le long terme. Les exclure aurait vidé la directive de sa substance. Néanmoins, en se bornant à l'invalidité, elle a évincé de son champ d'application une bonne partie de la prévoyance, en particulier l'accident et la maladie ainsi que les frais de santé, soit un pan majeur de la protection sociale complémentaire.

Le régime complémentaire de pension est enfin présenté comme « *tout régime professionnel établi conformément à la législation et la pratique nationales, tel qu'un contrat d'assurance de groupe, un régime par répartition conclu par une ou plusieurs branches ou par un ou plusieurs secteurs, un régime par capitalisation ou une promesse de retraite garantie par des provisions au bilan des entreprises, ou tout autre dispositif collectif ou comparable, destiné à servir une pension complémentaire à des travailleurs salariés ou non salariés* ». Les termes employés sont extrêmement larges.

403. Le dispositif de sauvegarde. - Selon la directive de 1998, le maintien des droits à pension acquis doit être assuré aux affiliés et ayants-droit d'un régime complémentaire de pension alors même que des cotisations ne sont plus versées à ce régime, les intéressés ayant quitté leur Etat d'origine pour un autre. Ce maintien doit être garanti à un niveau comparable à celui dont bénéficient les affiliés pour lesquels des cotisations

¹²⁷⁵ Art. 3, Dir. n° 98/49/CE, 29 juin 1998 : JOCE n° L 209, 25 juill. 1998, p. 46.

ne sont plus versées mais qui restent dans le même Etat¹²⁷⁶. L'égalité de traitement est ainsi assurée en la matière.

Prolonge le dispositif précédent la règle selon laquelle les régimes complémentaires de pension versent, dans d'autres Etats membres, les prestations dues, nettes de toute taxe et de tout frais de transaction, à leur affiliés et ayants droit¹²⁷⁷.

Il est en outre admis qu'un travailleur détaché puisse continuer à cotiser à un régime complémentaire de pension en vigueur dans un Etat pendant la durée de son détachement dans un autre pays membre de l'Union européenne. Le salarié et son employeur sont alors exemptés de l'obligation de verser des cotisations à un régime complémentaire de pension dans un autre Etat membre¹²⁷⁸. Le travailleur détaché est lui-même défini, pour la circonstance, comme « *une personne qui est détachée pour travailler dans un autre Etat membre et qui, conformément aux dispositions du titre II du règlement (CEE) n° 1408/71, continue à être soumise à la législation de l'Etat membre d'origine* »¹²⁷⁹.

Les employeurs, administrateurs ou autres responsables de la gestion des régimes complémentaires de pension sont, enfin, tenus d'informer leurs affiliés de leurs droits à prestations et des choix qui leur sont offerts au titre du régime lorsqu'ils se rendent dans un autre Etat membre de l'Union européenne. Ces informations doivent correspondre au moins à celles données aux affiliés pour lesquels des cotisations cessent d'être versées mais qui restent dans le même Etat¹²⁸⁰.

¹²⁷⁶ Art. 4, Dir. n° 98/49/CE, 29 juin 1998 : JOCE n° L 209, 25 juill. 1998, p. 46.

¹²⁷⁷ Art. 5, Dir. n° 98/49/CE, 29 juin 1998 : JOCE n° L 209, 25 juill. 1998, p. 46.

¹²⁷⁸ J.-M. BINON, H. CLAASSENS, La protection sociale complémentaire en droit européen : cadre général, acquis et questions pendantes, *in* La protection sociale complémentaire dans l'Union européenne, la problématique des pensions et des soins de santé / De Anvullende sociale voorzieningen in de Europese Unie, pensioenen en gezondheidszorg, dir. C. VAN SCHOU BROECK, Academia-Bruylant 2003, p. 107.

¹²⁷⁹ Art. 6, Dir. n° 98/49/CE, 29 juin 1998 : JOCE n° L 209, 25 juill. 1998, p. 46.

¹²⁸⁰ Art. 7, Dir. n° 98/49/CE, 29 juin 1998 : JOCE n° L 209, 25 juill. 1998, p. 46.

404. Transposition. - Les dispositions de la directive de 1998 ont été transposées en France par une loi du 17 janvier 2002¹²⁸¹ insérée à l'article L. 913-3 du code de la sécurité sociale ; complément y a été apporté par une ordonnance du 23 mars 2006¹²⁸². Un regret peut être exprimé en ce qui concerne le texte de l'article L. 914-4 du code de la sécurité sociale, selon lequel « *les salariés détachés temporairement par leur employeur dans un Etat membre de la Communauté européenne ou dans un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen pour y exercer une activité salariée ou assimilée en application des dispositions du règlement [...] du 14 juin 1971 [...] doivent pouvoir demeurer soumis pendant la période de détachement aux dispositions des régimes d'invalidité, de retraite ou en cas de décès institués conformément à l'article L. 911-1, applicables à l'entreprise* ». Ce texte ne vise en effet que les régimes mis en place conformément à l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale, alors que la directive n° 98/49/CE est plus large, puisqu'elle impose aux Etats de prendre les mesures permettant « *que les cotisations puissent continuer à être versées à un régime complémentaire de pension établi dans un Etat membre par ou au nom d'un travailleur détaché qui est affilié à ce régime, pendant la durée de son détachement dans un autre Etat membre* »¹²⁸³.

2. Des limites

405. Deux inconvénients majeurs. - La directive n° 98/49/CE avait permis d'espérer « *des initiatives européennes plus ambitieuses concernant la coordination des droits nationaux sur une série d'aspects jugés essentiels pour faciliter la mobilité internationale des travailleurs dans le domaine de la protection sociale complémentaire* »¹²⁸⁴. De telles initiatives apparaissent d'autant plus nécessaires que le

¹²⁸¹ L. n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale : JORF, 18 janv. 2002, p. 1008.

¹²⁸² Ord. n° 2006-344, 23 mars 2006, relative aux retraites professionnelles supplémentaires : JORF n° 71, 24 mars 2006, p. 4456.

¹²⁸³ D. JONIN, F. KESSLER, Le détachement à l'étranger et le droit de la protection sociale, SSL 2005, n° 1207, p. 5.

¹²⁸⁴ Les mesures suivantes étaient, à l'époque, déjà envisagées : « *limitation - pourquoi pas progressive ? - de la durée des périodes d'attente et d'acquisition de droits à pension complémentaire ; mise en place d'un système*

dispositif présente deux inconvénients majeurs : 1) la revalorisation des droits dormants n'est pas prévue alors que peu de législations nationales l'envisagent et que la norme européenne aurait pu donner une précieuse impulsion en la matière¹²⁸⁵ ; 2) il ne couvre pas la portabilité des pensions, c'est-à-dire la possibilité de transférer les droits à pension vers un autre régime professionnel.

§ 2. *La limitation de la portabilité*

406. Le constat réitéré d'un manque. - La question de la portabilité renvoie à celle de la fiabilité des régimes professionnels. Consciente de l'importance du problème, la Commission a adopté le 12 juin 2002 une communication portant lancement de la première phase de consultation des partenaires sociaux sur la portabilité des droits à pension complémentaire¹²⁸⁶. A l'issue de ces travaux préparatoires, une proposition de directive a été présentée le 20 octobre 2005. Faute d'unanimité, l'adoption de ce texte a longtemps été bloquée. Il en est allé de même de l'« ajustement » avancé en 2007 (**A**). Après quinze ans d'atermoiements, la directive n° 2014/50 du 14 avril 2014, relative aux prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs entre les Etats membres en améliorant l'acquisition et la préservation des droits à pension complémentaire¹²⁸⁷, a été adoptée (**B**).

communautaire permettant, chaque fois que la nature des régimes concernés le permet, le transfert de réserves par-delà les frontières ; adoption d'un cadre fiscal cohérent, fondé sur une règle unique de compétence de taxation, en ce qui concerne les valeurs de rachat transférées d'un régime (et d'un Etat) à l'autre et les prestations finales versées à un travailleur (ou à ses proches) ayant été affilié à différents régimes en cours d'activité professionnelle ; coordination des règles de prescription)» (J.-M. BINON, H. CLAASSENS, La protection sociale complémentaire en droit européen : cadre général, acquis et questions pendantes, in La protection sociale complémentaire dans l'Union européenne, la problématique des pensions et des soins de santé / De Anvullende sociale voorzieningen in de Europese Unie, pensioenen en gezondheidszorg, dir. C. VAN SCHOUBROECK Academia-Bruylant 2003, p. 111).

¹²⁸⁵ H. LOURDELLE, Le développement des régimes de pensions complémentaires européens : frein à la mobilité des travailleurs ou risque pour le développement des régimes de pension de sécurité sociale ?, RDSS 2008, p. 29.

¹²⁸⁶ Communication de la Commission, Première phase de consultation des partenaires sociaux sur la portabilité des droits à pension complémentaire, 12 juin 2002 (SEC(2002) 597).

A. Les propositions écartées

407. Après avoir essuyé un premier échec (1), la Commission a réagi en adoptant un autre projet dès 2007. Cette initiative a toutefois été mise en sommeil pendant plusieurs années (2).

1. La proposition initiale

408. **Finalité et contenu.** - Dans sa proposition de directive sur l'amélioration de la portabilité des droits à pension complémentaire visant à s'attaquer aux problèmes spécifiques de la mobilité en date du 20 octobre 2005¹²⁸⁸, la Commission souligne que les difficultés découlent de dispositions contenues dans les régimes, notamment celles liées aux conditions d'acquisition des droits à pension (périodes d'attente, âge minimum), aux conditions de préservation des droits des inactifs et à la cession des droits acquis.

Le champ d'application de cette proposition de directive est plus large que celui de la directive n° 98/49/CE : elle traite tant de la mobilité au sein de l'Union qu'à l'intérieur d'un même pays alors que celle de 1998 se cantonne à la libre circulation des travailleurs entre Etats membres.

Elle aborde des thèmes majeurs : les conditions d'acquisition des droits à pension et la faculté de remboursement, la préservation des droits à pension dormants, l'information des salariés.

¹²⁸⁷ Dir. n° 2014/50/UE, 16 avr. 2014, relative aux prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs entre les Etats membres en améliorant l'acquisition et la préservation des droits à pension complémentaire : JOCE n° L 128, 30 avr. 2014, p. 1.

¹²⁸⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'amélioration de la portabilité des droits à pension complémentaire, 20 juin 2005 (COM(2005) 507 final).

Cette proposition fut néanmoins jugée trop modeste par les syndicats européens de salariés¹²⁸⁹ et a suscité le scepticisme des commentateurs¹²⁹⁰. Au demeurant, malgré les précautions prises, elle ne fut pas adoptée, l'Allemagne s'y étant expressément opposée alors que la France se montrait plutôt favorable à son adoption, sous réserve que les questions relatives à la compatibilité entre les différents régimes complémentaires soient résolues¹²⁹¹.

2. La proposition ajustée

409. Les ajustements. - Le 9 octobre 2007, une nouvelle proposition de directive a été présentée¹²⁹², tenant compte des observations du Conseil et des amendements adoptés par le Parlement. Il y était précisé que lorsqu'une période d'acquisition est appliquée, elle n'excède pas un an pour les affiliés actifs ayant atteint l'âge de vingt-cinq ans et cinq ans pour ceux n'ayant pas atteint cet âge. En outre, le dispositif relatif à la préservation des droits dormants était renforcé. En dépit de ces ajustements, la réforme fut mise en sommeil pendant plusieurs années.

B. La directive adoptée

410. Après plusieurs années d'interruption du processus législatif, une proposition de directive a été inscrite à l'agenda du Conseil au mois de décembre 2012. Le 27 novembre 2013, un accord a été trouvé entre le Parlement européen et les Etats membres. La directive n° 2014/50/UE relative aux prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs entre les Etats membres en améliorant l'acquisition et la préservation des droits à pension complémentaire a

¹²⁸⁹ G. CLOTUCHE, représentante de la Confédération européenne des syndicats (CES), note que « *le texte réduit les obstacles plus qu'il ne les supprime* » contrairement à la législation sur la coordination des régimes de sécurité sociale (Liaisons sociales Europe 2005, n° 138).

¹²⁹⁰ O. KAUFMANN, Protection sociale d'entreprise, JCP E 2006, 2648.

¹²⁹¹ F. CHARPENTIER, Les retraites en France et dans le monde. Nouvelles problématiques, *Economica* 2009, p. 488.

¹²⁹² Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil, relative aux prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs en améliorant l'acquisition et la préservation des droits à pension complémentaire, 9 oct. 2007 (COM(2007) 603 final).

été adoptée le 16 avril 2014¹²⁹³. Parce qu'elle demeure cependant lacunaire (1), la recherche de solutions de complément, voire alternatives, efficaces, est nécessaire ; le juge peut y contribuer (2).

1. Les lacunes relevées

411. Compromis. - Prenant la suite de la directive n° 98/49/CE, l'ambition de celle de 2014, qui doit être transposée d'ici le 21 mai 2018, est de « *faciliter encore plus la mobilité des travailleurs entre les Etats membres en améliorant l'acquisition et la préservation des droits à pension complémentaire des affiliés à ces régimes complémentaires de pension* » (considérant 5). Dès le début, il apparaît toutefois clairement que l'esprit de compromis est au cœur de ce texte. Il est en effet indiqué qu'« *il convient de tenir compte des caractéristiques et de la spécificité des régimes complémentaires de pension, ainsi que de leur diversité, au sein des Etats membres et d'un Etat membre à l'autre* » (considérant 8) ; la directive « *ne remet pas en cause le droit des Etats membres d'organiser leurs propres systèmes de pension. Les Etats membres demeurent pleinement responsables de l'organisation de ces systèmes et ne sont pas tenus d'instaurer une législation prévoyant la mise en place de régimes complémentaires* » (considérant 9). Si la directive se fixe pour objectif d'améliorer l'existant, elle ne contraint pas à l'enrichir. L'approche « multiplicateurs » encouragée par les pouvoirs publics européens demeure non contraignante.

412. Champ d'application. - La directive du 16 avril 2014 ne s'applique ni à l'acquisition ni à la préservation des droits à pension complémentaire des travailleurs qui se déplacent à l'intérieur d'un même Etat¹²⁹⁴. Elle appelle les Etats à envisager d'exercer leurs compétences nationales pour étendre les règles par elle visées aux affiliés qui changent d'emploi au sein de l'un d'entre eux (considérant

¹²⁹³ Dir. n° 2014/50/UE, 16 avr. 2014 : JOCE n° L 128, 30 avr. 2014, p. 1.

6). Son champ d'application est ainsi beaucoup moins ambitieux que celui de la proposition de 2005.

D'autres restrictions sont apportées. Elle ne s'applique pas : 1) aux régimes complémentaires de pension qui, à la date de son entrée en vigueur, ont cessé d'accepter de nouveaux affiliés actifs et restent fermés à de nouvelles affiliations ; 2) aux régimes complémentaires de pension soumis à des mesures de protection ou de redressement de leur situation financière, y compris les procédures de liquidation, qui impliquent l'intervention d'organes administratifs ou d'autorités judiciaires ; cette exclusion prend fin au terme de cette intervention ; 3) aux régimes de garantie en cas d'insolvabilité ; 4) aux régimes de compensation ; 5) aux fonds nationaux de réserve pour les retraites. Ces tempéraments ne sont pas surprenants : ils figuraient déjà dans la proposition de 2007. En revanche, la directive n° 2014/50/UE exclut au surplus les prestations d'invalidité ou de survie liées à des régimes complémentaires de pension, hormis les prestations du survivant. Enfin, elle ne s'applique qu'aux périodes d'emploi accomplies après sa transposition.

413. Contenu : périodes d'attente et d'acquisition des droits. - Selon la directive de 2014, les périodes d'attente et d'acquisition des droits ne doivent pas dépasser trois ans. La proposition de 2007 retenait des périodes d'attente et d'acquisition des droits d'un an. Le recul est net. Il est symptomatique des difficultés à parvenir à un consensus sur ce texte alors même que, dans le Livre vert de 1997 sur les retraites complémentaires dans le marché unique¹²⁹⁵, la Commission avait relevé que des périodes de carence trop longues dissuadent les travailleurs de se rendre dans un Etat où il leur faudrait séjourner longtemps pour acquérir des droits à pension. Cette pratique est néanmoins fréquente car elle est de nature à accroître la fidélité d'un salarié à son entreprise.

¹²⁹⁴ Art. 2, § 5, Dir. n° 2014/50/UE, 16 avr. 2014, relative aux prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs entre les Etats membres en améliorant l'acquisition et la préservation des droits à pension complémentaire : JOCE n° L 128, 30 avr. 2014, p. 1.

¹²⁹⁵ Livre vert, les retraites complémentaires dans le marché unique, 10 juin 1997 (COM(97) 283 final).

Ainsi, en Allemagne, le délai d'acquisition des droits à pension pouvait atteindre dix ans pour un travailleur issu d'un autre Etat membre, en application de la loi de 1974 portant amélioration des retraites complémentaires d'entreprise. D'autres conditions, d'âge, d'ancienneté du salarié au sein de l'entreprise et d'ancienneté de la promesse de pension de l'employeur, étaient prévues. Depuis la réforme de 2001, le délai de 10 ans est passé à 5 ans¹²⁹⁶. En revanche, au Royaume-Uni le délai d'acquisition est de deux ans¹²⁹⁷. En Espagne, la loi n° 30/1995 du 8 novembre 1995 relative à l'organisation et au contrôle de l'assurance privée a également retenu une durée maximale de deux ans¹²⁹⁸.

414. Contenu : âge. - Lorsqu'un âge minimum est exigé pour l'acquisition des droits à pension, celui-ci ne devrait pas dépasser 21 ans. La directive de 2014 marque un progrès sur cette condition d'âge puisque la proposition de 2007 prévoyait un âge maximal d'accumulation des droits acquis n'excédant pas 21 ans et un âge maximal de 25 ans en cas d'application d'une période d'acquisition.

La référence à un âge peut surprendre au regard de la rigueur du droit européen s'agissant de la lutte contre les discriminations. Pour autant, la directive de 2014 ne fixe pas elle-même un âge en-deçà duquel des droits à pension ne pourraient être acquis. Elle prend acte de l'existence d'une condition d'âge dans nombre de régimes et entend cantonner cette pratique à une limite d'âge raisonnable. Libre à l'Etat qui le souhaite d'interdire toute référence à un âge minimum. Ainsi, au Royaume-Uni, où l'âge minimum est généralement fixé entre 18 et 25 ans, cette condition ne figure pas systématiquement dans les régimes de retraite de type « stakeholder »¹²⁹⁹.

¹²⁹⁶ Ph. MARTIN, Portabilité des retraites et mobilité salariale / Portabilität des betriebsrenten und Mobilität der Arbeitnehmer, *in* Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé, dir. S. HENNION-MOREAU, O. KAUFMANN, Bruylant 2007, p. 148.

¹²⁹⁷ Ph. MARTIN, Portabilité des retraites et mobilité salariale / Portabilität des betriebsrenten und Mobilität der Arbeitnehmer, *in* Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé, dir. S. HENNION-MOREAU, O. KAUFMANN, Bruylant 2007, p. 149.

¹²⁹⁸ Ley n° 30/1995, 8 nov. 1995, de ordenación y supervisión de los seguros privados : BOE n° 137, 9 junio 1987, p. 17195 : BOE n° 137, 9 nov. 1995.

415. Contenu : le remboursement des cotisations. - La directive de 2014 décide que lorsqu'il y a cessation d'emploi avant qu'un travailleur sortant n'ait accumulé des droits à pension, le régime complémentaire rembourse les cotisations versées par le travailleur sortant ou en son nom ; en application de la législation nationale ou de conventions ou accords collectifs, lorsque le travailleur sortant supporte le risque financier, lui est remboursée soit la somme des cotisations versées, soit la valeur des actifs représentant ces cotisations¹³⁰⁰. L'objectif est que le salarié ne verse pas des cotisations à perte. La solution du remboursement présente le mérite de la simplicité. Néanmoins, « *elle suppose d'avoir affaire à un régime dont la nature permet un remboursement, c'est-à-dire procédant par accumulation d'actifs financiers, ce qui n'est le cas que pour les régimes par capitalisation* »¹³⁰¹.

416. Contenu : droits dormants. - S'agissant des droits dormants, définis par l'article 3 comme les droits à pension acquis maintenus dans le régime dans lequel ils ont été acquis par un bénéficiaire différé, la directive demeure prudente et laisse une importante latitude aux Etats. Elle se borne à leur demander d'adopter les mesures nécessaires pour garantir que les droits à pension acquis par un salarié puissent être conservés dans le régime complémentaire de pension où ils ont été acquis. La valeur initiale de ces droits est déterminée au moment où la relation de travail prend fin¹³⁰².

Par ailleurs, les Etats membres doivent en outre adopter les mesures nécessaires pour garantir un traitement des droits à pension dormants des salariés et de leurs ayants droit ou de leur valeur équivalant au traitement appliqué à la valeur des droits des affiliés actifs, ou à l'évolution des prestations de pension actuellement servies, ou pour garantir un traitement considéré comme équitable par d'autres moyens. Ces derniers sont cités par la directive : 1) si les droits à pension acquis dans le régime complémentaire le sont

¹²⁹⁹ Ph. MARTIN, Portabilité des retraites et mobilité salariale / Portabilität des betriebsrenten und Mobilität der Arbeitnehmer, *in* Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé, dir. S. HENNION-MOREAU, O. KAUFMANN, Bruylant 2007, p. 149.

¹³⁰⁰ Art. 4, Dir. n° 2014/50/UE, 16 avr. 2014 : JOCE n° L 128, 30 avr. 2014, p. 1.

¹³⁰¹ S. HENNION, M. LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL, Droit social européen et international, PUF 2013, 2^e éd., n° 189, p. 226.

sous la forme d'un droit à un montant nominal, il faut garantir la valeur nominale des droits à pension dormants ; 2) si la valeur des droits à pension accumulés évolue au fil du temps, il faut adapter la valeur des droits dormants par application d'un taux d'intérêt intégré au régime complémentaire ou par référence au rendement financier de celui-ci ; 3) si la valeur des droits à pension accumulés donne lieu à adaptation notamment en fonction du taux d'inflation ou du niveau des salaires, il faut en adapter la valeur des droits dormants en conséquence, sous réserve des limites fixées par voie législative ou conventionnelle.

La souplesse de la directive de 2014 se traduit par le fait que les Etats peuvent autoriser les régimes complémentaires de pension à ne pas maintenir les droits acquis par un travailleur, mais à recourir au paiement, avec le « *consentement éclairé* », d'un capital représentant la valeur des droits à pension qu'il a acquis, tant que la valeur de ces droits ne dépasse pas un seuil fixé par l'Etat considéré. Si elle est ouverte, cette faculté ne doit l'être que dans les limites fixées par l'Etat lui-même. Cette possibilité n'est ouverte que dans les limites d'un seuil fixé par chaque Etat membre¹³⁰³.

417. Contenu : information. - Selon la directive de 2014, les affiliés actifs doivent pouvoir obtenir, sur demande, des informations concernant les éventuelles conséquences d'une cessation d'emploi sur leurs droits à pension complémentaire. La directive énumère précisément : les conditions d'acquisition des droits à pension complémentaire ; les conséquences de l'application de celles-ci lors de la cessation de la relation de travail ; la valeur des droits acquis ou une évaluation de ces droits effectuée au maximum douze mois avant la date de la demande ; les conditions régissant le traitement futur des droits à pension dormants. Lorsque le régime permet un accès anticipé aux droits acquis via le paiement d'un capital, l'affilié doit être expressément

¹³⁰² Art. 5, Dir. n° 2014/50/UE, 16 avr. 2014 : JOCE n° L 128, 30 avr. 2014, p. 1.

¹³⁰³ Au Royaume-Uni, si le salarié quitte l'entreprise avant l'expiration de la période d'acquisition des droits à pension, les solutions diffèrent en fonction de la nature du dispositif. Dans les régimes à prestations définies, les cotisations qu'il a versées lui sont remboursées, sans droit aux intérêts ; dans les régimes à cotisations définies, il peut retirer le capital accumulé, lequel inclut les intérêts (Ph. MARTIN, Portabilité des retraites et mobilité salariale / Portabilität des betriebsrenten und Mobilität der Arbeitnehmer, in Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé, dir. S. HENNION-MOREAU, O. KAUFMANN, Bruylant 2007, p. 149).

invité à se renseigner sur l'éventuelle utilisation de ce capital en vue d'obtenir une pension de retraite¹³⁰⁴.

Les bénéficiaires différés doivent par ailleurs obtenir, s'ils en formulent la demande, des informations portant sur : 1) la valeur de leurs droits à pension dormants ou une évaluation de droits effectuée au maximum douze mois avant la date de la demande ; 2) les conditions applicables au traitement des droits à pension dormants. Les informations sont communiquées d'une manière claire, par écrit et dans un délai raisonnable, qui peut être d'une fois par an.

Il va de soi que les obligations d'information résultant de la directive sont sans préjudice de celles qui incombent aux institutions de retraite professionnelle au titre la directive n° 2003/41/CE, laquelle impose déjà un certain nombre d'obligations au profit des affiliés et bénéficiaires et précise les informations qui doivent leur être transmises par l'institution de retraite professionnelle. Néanmoins, le champ d'application de la directive de 2003 est plus restreint que celui de la directive n° 2014/50/UE puisqu'il ne couvre ni les institutions qui fonctionnent par répartition, ni les entreprises qui constituent des provisions au bilan en vue du versement de retraites à leurs salariés¹³⁰⁵.

L'ensemble du dispositif précédent pourrait évoluer s'agissant des institutions de retraite professionnelle. En effet, la proposition de refonte de la directive n° 2003/41/CE, en date du 27 mars 2014¹³⁰⁶, révèle la volonté de la Commission de renforcer les informations à fournir aux affiliés potentiels, aux affiliés et aux bénéficiaires. Il est prévu que ces informations : sont mises à jour régulièrement ; sont rédigées de manière claire, dans un langage clair, succinct et compréhensible, et en évitant le jargon et l'emploi de termes techniques lorsque des mots du

¹³⁰⁴ Art. 6, Dir. n° 2014/50/UE, 16 avr. 2014 : JOCE n° L 128, 30 avr. 2014, p. 1.

¹³⁰⁵ Livre vert, Vers des systèmes de retraite adéquats, viables et sûrs en Europe, 7 juill. 2010 (COM(2010) 365). La directive avait toutefois le mérite d'être « *une petite pièce au « puzzle de coordination » à constituer* » (O. KAUFMANN, La place des retraites professionnelles d'entreprise dans la protection vieillesse / Der Platz der betrieblichen Altersversorgung im Alterssicherungssystem, *in* Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé, dir. S. HENNION-MOREAU, O. KAUFMANN, Bruylant 2007, p. 15).

langage courant peuvent être utilisés à la place ; ne sont pas trompeuses, leur vocabulaire et leur contenu étant cohérents ; sont présentées d'une manière qui en rend la lecture aisée, notamment par l'utilisation de caractères d'une taille suffisante ; lorsque des couleurs sont utilisées, elles ne diminuent pas l'intelligibilité des informations communiquées dans le cas où le relevé des droits à retraite est imprimé ou photocopié en noir et blanc¹³⁰⁷. Ce souci du détail traduit la volonté de la Commission de restaurer la confiance envers les organismes de retraite professionnelle, condition indispensable au développement des dispositifs de retraite complémentaire. Dans le même sens, est mis à la charge des institutions l'établissement d'un relevé des droits à retraite, contenant des informations clés pour chaque affilié : identification de l'institution ; garanties dont est assorti le régime de retraite ; solde, cotisations et coûts ; projections en matière de retraite ; profils d'investissement ; performances passés, etc¹³⁰⁸. Ce volet constitue sans doute le plus ambitieux de la proposition de directive. Il est aussi celui qui devrait le moins se heurter à d'éventuels « blocages », la culture de la transparence rendant difficile un refus.

418. Contenu : non régression. - La directive de 2014, de manière classique, comporte une clause de « non-régression ». Dans cette limite, les Etats peuvent adopter ou maintenir des dispositions relatives à l'acquisition des droits à pension complémentaire, à la préservation des droits acquis et au droit à l'information des affiliés actifs et des bénéficiaires différés¹³⁰⁹. L'objectif est d'harmoniser, dans le progrès, les règles applicables, non de les uniformiser.

¹³⁰⁶ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (refonte) (COM(2014) 167 final).

¹³⁰⁷ Art. 38, al. 2, proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (refonte) (COM(2014) 167 final).

¹³⁰⁸ Art. 40 à 52, proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (refonte) (COM(2014) 167 final).

¹³⁰⁹ Art. 5, Dir. n° 2014/50/UE, 16 avr. 2014 : JOCE n° L 128, 30 avr. 2014, p. 1.

2. Les solutions proposées

419. Le juge. - L'intervention limitée des autorités européennes offre à la Cour de justice la possibilité de se saisir des dispositions du traité comme elle l'a fait dans le domaine de la lutte contre les discriminations dans les régimes de protection sociale complémentaire¹³¹⁰. Dans une affaire concernant des travailleurs frontaliers, elle a ainsi eu à connaître de la loi allemande du 26 juin 2001 ayant créé un nouveau dispositif facultatif de retraite complémentaire par capitalisation¹³¹¹. Le bénéfice des avantages prévus par ce texte était subordonné à une obligation de résidence et de soumission intégrale à l'impôt en Allemagne. Selon la Cour, il y a là une discrimination déguisée fondée sur la nationalité, contraire à la réglementation européenne. Semblable décision était prévisible, dès lors que la loi allemande réservait aux travailleurs frontaliers un traitement moins favorable qu'aux résidents allemands, lesquels pouvaient aussi être dissuadés de travailler dans un autre Etat¹³¹².

Plus récemment, la Cour a précisé que l'article 45 du TFUE, qui pose le principe de la libre circulation des travailleurs, impose que, pour déterminer la période d'acquisition de droits définitifs à des prestations de pension complémentaire dans un Etat membre, il soit tenu compte des années de service accomplies par un travailleur pour le même employeur en divers lieux d'exploitation situés dans différents Etats. Elle ajoute qu'un salarié transféré d'un lieu d'exploitation à un autre par son employeur (lieux situés dans des Etats différents) ne saurait être considéré comme ayant quitté cet employeur de sa

¹³¹⁰ Cabinet BARTHELEMY et associés et IEEIT, *Cahier de droit social. La protection sociale complémentaire et le droit communautaire*, JCP E 1997, 689.

¹³¹¹ Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens [AltersvermögensgesetzAVmG], BGBI I, 31, 29 Juni 2001 ; O. KAUFMANN, *Protection sociale d'entreprise*, JCP S 2007, 2530 ; O. KAUFMANN, *La réforme des retraites en Allemagne*, SSL 2001, n° 1029 ; M. KORNER, *Errichtung zusätzlicher altersversorgung das beispiel Deutschland (promotion des retraites complémentaires facultatives en Allemagne)* in S. HENNION-MOREAU, O. KAUFMANN, *Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé*, Bruylant 2007, p. 165.

¹³¹² CJCE, 10 sept. 2009, *Commission c/ RFA*, aff. C-269/07 : Rec. p. 7811 ; Europe 2009, 412, comm. L. DRIGUEZ ; JCP S 2009, 1527, note Ph. COURSIER. L'auteur relève que cette décision impose de « *tenir compte d'une incidence du droit communautaire en matière de liberté de circulation pour éventuellement étendre les avantages fiscaux à des catégories de travailleurs qui en étaient jusque là exclus* » ; JCP E 2010, 1597, note O. KAUFMANN.

propre initiative¹³¹³. Mais quel serait le raisonnement de la Cour si le salarié était successivement employé dans plusieurs entreprises¹³¹⁴? En outre, quelle portée reconnaître aux énonciations de l'arrêt selon lesquelles l'entrave à la libre circulation des travailleurs peut être admise dans le cadre d'un régime professionnel à condition que la mesure arrêtée poursuive un objectif d'intérêt général, soit propre à garantir la réalisation de celui-ci et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi¹³¹⁵? Le propos est suffisamment général pour laisser toute latitude au juge européen quant à son interprétation. Si la jurisprudence de la Cour échappe, pour l'heure, à toute systématisation, les poussées jurisprudentielles déjà intervenues révèlent « *l'apport que pourrait constituer, pour les salariés mobiles, une coordination européenne des systèmes de pensions complémentaires* »¹³¹⁶.

420. Les partenaires sociaux. - Il a été très tôt suggéré que les partenaires sociaux, se saisissent du problème de la protection sociale complémentaire et ce, dans un cadre européen¹³¹⁷. Même si la Commission l'a un temps envisagé, le recours à cette formule n'est pas pour l'heure, à l'ordre du jour¹³¹⁸.

421. Conclusion du chapitre. - Il est étonnant que les règles intéressant la protection sociale complémentaire ne distinguent pas davantage en fonction de la nature du régime de retraite. En effet, l'une des difficultés majeures que rencontrent les pouvoirs publics européens est liée à la variété des réglementations - et dispositifs - existants dans les Etats. Si leur hétérogénéité rend difficile l'harmonisation des règles applicables, les régimes en vigueur peuvent cependant être rassemblés en trois grandes catégories : 1) les régimes à prestations définies, généralement d'entreprise, répondent à une logique de « fidélisation » des salariés,

¹³¹³ CJUE, 10 mars 2011, Casteels, aff. C-379/09: Rec. p 1379 : RJS 6/2011, p. 448, obs. J.-Ph. LHERNOULD ; Europe 2011, 163, comm. L. DRIGUEZ ; M. LE BARBIER-LE BRISS, Chronique de protection sociale d'entreprise, SSL 2011, n° 1498, p. 7.

¹³¹⁴ S. LAULOM, Mobilité du travailleur et retraite complémentaire, SSL 2012, suppl. n° 1531, p. 55.

¹³¹⁵ CJUE, 10 mars 2011, Casteels, aff. C-379/09: Rec. p. 1379

¹³¹⁶ S. LAULOM, Mobilité du travailleur et retraite complémentaire, SSL 2012, suppl. n° 1531, p. 55.

¹³¹⁷ Cabinet BARTHELEMY et associés et IEEIT, Cahier de droit social. La protection sociale complémentaire et le droit communautaire, JCP E 1997, 689.

¹³¹⁸ Liaisons sociales Europe 2003, n° 88.

ce qui implique qu'ils ne bénéficient qu'aux salariés pouvant justifier de plusieurs années d'ancienneté et que ceux-ci demeurent salariés de l'entreprise pendant une longue durée, voire y achèvent leur carrière ; les promesses de pension allemandes, la plupart des « occupational pension schemes » britanniques et les régimes de l'article 39 du code général des impôts en France répondent à cette logique ; 2) les régimes à cotisations définies, forme retenue par de nombreux régimes d'entreprise et par la plupart des accords de branche, constituent le modèle prépondérant aux Pays-Bas ; la volonté de « fidélisation » des salariés y est moindre ; ils font davantage l'objet d'un financement conjoint par les entreprises et les salariés et rendent plus sensible la question des droits acquis et de leur sort ; 3) les régimes à adhésion individuelle, qui se sont beaucoup développés au début des années 2000 sous l'impulsion des retraites « Riester » en Allemagne¹³¹⁹ ; si leur finalité est toujours la même, compléter la retraite servie par les régimes de base, les mécanismes sont différents ; le sont aussi les droits acquis par les salariés.

Consciente de cette diversité mais aussi des rapprochements concevables, la Commission, dans le Livre vert de 1997 sur les retraites complémentaires dans le marché unique, a relevé que « *techniquement, il est possible dans tous les pays d'accepter les transferts en provenance d'autres Etats membres mais cette possibilité est surtout théorique ou impossible à mettre en pratique pour certains régimes comme les provisions comptables ou les régimes par répartition, dans le cadre desquels il n'existe pas d'actifs financiers représentant les engagements de retraite. La transférabilité ne serait donc possible que dans le cas de régimes capitalisés, dont la nature est adaptée à une telle procédure* »¹³²⁰. De même, dans un rapport conjoint établi en 2003, la Commission et le Conseil ont souligné que « *les problèmes de transférabilité ne se posent généralement pas dans les régimes à cotisations définies ou dans les plans de retraite individuels. En ce qui concerne les régimes à cotisations définies, chaque affilié dispose d'un compte individuel dont le montant peut être*

¹³¹⁹ Ph. MARTIN, Portabilité des retraites et mobilité salariale / Portabilität des betriebsrenten und Mobilität der Arbeitnehmer, in Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé, dir. S. HENNION-MOREAU, O. KAUFMANN, Bruylant 2007, p. 133 et s.

¹³²⁰ Livre vert, les retraites complémentaires dans le marché unique, 10 juin 1997 (COM(97) 283 final).

*facilement conservé ou transféré vers un autre régime du même type. L'inconvénient de ces régimes à cotisations définies est que les bénéficiaires doivent supporter l'intégralité du risque d'investissement et se trouvent donc confrontés à bien plus d'incertitudes au sujet de leurs revenus de futurs retraités »*¹³²¹. La Commission avait chargé en 2001 le Forum européen des pensions d'étudier les différentes hypothèses de calcul des droits en cas de transfert, tant dans le cadre de régimes à cotisations définies qu'à prestations définies¹³²².

L'OCDE a apporté sa pierre aux réflexions conduites. Elle a constaté que le transfert des droits acquis dans un régime à cotisations définies ne soulevait pas de difficulté dès lors que l'opération consistait principalement à « *reporter la valeur du solde de leur compte de droits acquis dans un plan à cotisations définies du plan de pension de leur précédent employeur, soit au plan de pension de leur nouvel employeur (si cela est autorisé) ou dans un programme comparable avec mêmes avantages fiscaux proposé par un autre établissement ou un autre instrument financier* ». Le droit à la portabilité des régimes à prestations définies doit être traité de manière plus prudente, même si, « *lorsque cela est faisable* », ce droit de portabilité doit aussi être offert aux membres d'un tel plan¹³²³.

La transférabilité des droits tirés d'un dispositif de retraite fonctionnant en répartition suscite de difficiles débats, en raison de la nature même du régime¹³²⁴. Cette difficulté pourrait conduire les régimes à cotisations définies à devenir les dispositifs complémentaires de droit commun en Europe, leurs caractéristiques étant davantage compatibles avec une coordination au sein de l'Union.

¹³²¹ Rapport conjoint de la Commission et du Conseil sur des pensions viables et adéquates, 10 mars 2003, 7165/03.

¹³²² H. LOURDELLE, Le développement des régimes de pensions complémentaires européens : frein à la mobilité des travailleurs ou risque pour le développement des régimes de pension de sécurité sociale ?, RDSS 2008, p. 29.

¹³²³ OCDE, Principes de l'OCDE sur la réglementation des pensions professionnelles - Méthodologie pour l'évaluation et la mise en œuvre, 2011, p. 71.

¹³²⁴ « *Et si le régime fonctionne en répartition, que transfère-t-on ? Ce ne peut qu'être les cotisations cumulées [...] mais techniquement, cela n'a aucun sens* » (Cabinet BARTHELEMY et associés et IEEIT, Cahier de droit social. La protection sociale complémentaire et le droit communautaire, JCP E 1997, 689).

En l'état des textes, le constat est préoccupant. La réglementation applicable à la protection sociale complémentaire des salariés amenés à travailler dans plusieurs Etats de l'Union n'a suivi ni le développement de la mobilité professionnelle, pourtant encouragée par les traités et les pouvoirs publics, ni la tendance à inciter au développement des régimes complémentaires pour pallier le déclin des régimes de base¹³²⁵. Cet état d'inachèvement - même si la portée de la directive n° 2014/50/UE devra être analysée à compter de 2018 - freine le développement de la protection sociale complémentaire au niveau européen¹³²⁶. Le maintien du *statu quo* n'est guère envisageable¹³²⁷. Mais le risque d'aller vers de nouveaux textes de compromis est grand, alors même que l'efficacité de pareils dispositifs est loin d'avoir été pleinement démontrée, du moins dans le champ de la protection sociale complémentaire.

¹³²⁵ « Affectant un domaine qu'aucun des instruments internationaux n'a jusqu'à présent saisi, ce retard n'est guère surprenant si l'on tient compte de la très grande diversité des « modèles » [...]. Les difficultés provoquées par la mobilité professionnelle en matière de protection sociale complémentaire sont pourtant bien réelles, et d'autant plus importantes eu égard à la perte d'importance comparative des régimes légaux de base du premier pilier, dont le taux de remplacement par rapport aux derniers revenus d'activité tend à diminuer » (S. HENNION, M. LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL., Droit social européen et international, PUF 2013, 2^e éd., n° 148, p. 172-173).

¹³²⁶ H. LOURDELLE, Le développement des régimes de pensions complémentaires européens : frein à la mobilité des travailleurs ou risque pour le développement des régimes de pension de sécurité sociale ?, RDSS 2008, p. 29.

¹³²⁷ « Un recours accru aux régimes de retraite complémentaires pourrait avoir un effet négatif pour les personnes qui déménagent à l'étranger car elles perdraient une partie importante de leurs droits à pension » (Livre Blanc, Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables, 16 févr. 2012, COM(2012) 55 final). Ces régimes « ne pourront pas être un élément essentiel du management de la main d'œuvre dès lors que les salariés connaissent le caractère précaire et volatil de leurs droits s'ils exercent leur liberté de circulation » (S. HENNION, Retraites professionnelles d'entreprise et libertés économiques / Occupational Company Pensions and Economic Freedom, in Gouvernance des retraites professionnelles en Europe : sécurité garantie ?, dir. O. KAUFMANN, S. HENNION, Springer 2011 p. 52 et 53).

Chapitre 2 - Les bouleversements négligés

422. Une réglementation éclatée. - Le développement du marché intérieur a contribué à renforcer la concurrence entre les entreprises des Etats membres. La compétition économique internationale a en même temps provoqué au sein de l'Union « *une accélération du processus de restructuration [...] donnant aux entreprises la puissance économique nécessaire pour concurrencer les grands groupes américains et asiatiques* »¹³²⁸. Dans ce contexte, des entreprises européennes se regroupent, se séparent, se développent ou périclitent. Les relations contractuelles tissées entre les partenaires économiques sont modifiées ou remises en cause¹³²⁹.

Les régimes de protection sociale complémentaire n'échappent pas à ces bouleversements¹³³⁰, qui peuvent être de deux sortes. Ils peuvent frapper l'entreprise (**Section 1**) et altérer la relation contractuelle tripartite nouée entre l'organisme spécialisé, l'employeur et ses salariés (**Section 2**).

Section 1 - Le bouleversement de l'entreprise

423. Les opérations de transfert (§ 1) et les situations d'insolvabilité (§ 2) constituent deux bouleversements marquants de la vie d'une entreprise. Eu égard aux enjeux considérables qui s'y attachent, des textes de droit européen ont, dans

¹³²⁸ Ch. MASQUEFA, La restructuration, LGDJ 2000, p. 19, n° 24.

¹³²⁹ M.-A. MOREAU, Les restructurations dans les groupes multinationaux, Droit social 2010, p. 1052.

¹³³⁰ Les pouvoirs publics et les juges - européens et internes - « *cherchent progressivement des mécanismes qui tendent à organiser une certaine continuité de la couverture sociale dès lors qu'à un moment donné, l'assuré social en a bénéficié. Les techniques sont aujourd'hui incertaines, fragiles et, d'une manière générale sont parfois inadaptées à la matière de la protection sociale [...]* » (L.-E. CAMAJI, La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales, Dalloz 2008, p. 449, n° 781).

les deux cas, été adoptés. Leur portée demeure néanmoins limitée s'agissant de la protection sociale complémentaire¹³³¹.

§ 1. L'entreprise transférée

424. Directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001¹³³². - Les transferts d'entreprise sont le fruit de ventes, fusions, scissions, cessions ou transformations du fonds de commerce, mises en société, etc. Les conséquences sociales peuvent être lourdes¹³³³.

S'agissant des dispositifs de protection sociale complémentaire¹³³⁴, la directive du 12 mars 2001¹³³⁵ articule l'exclusion de principe de ces régimes du transfert des droits des obligations (**A**) avec celui de sauvegarde des droits acquis ou en cours d'acquisition (**B**).

A. L'exclusion de principe

425. Aux termes de la directive de 2001, la protection sociale complémentaire est exclue du champ des droits et obligations transférés (*1*). Il revient aux Etats d'adopter, le cas échéant, des règles plus protectrices (*2*).

¹³³¹ « Les solutions traditionnelles qui s'attachent au seul cadre de la régulation du contrat et des relations de travail ne sont plus suffisantes ni efficaces. Par exemple, le droit du travail s'arrête là où intervient le droit de la faillite, ou lorsqu'il n'y a plus d'entreprise parce qu'elle est partie ailleurs » (F. VASQUEZ, La dimension européenne des restructurations, Droit social 2006, p. 260).

¹³³² Dir. n° 2001/23/CE du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements : JOCE n° L 82, 22 mars 2001, p. 16. En revanche, la directive n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005, relative aux fusions transfrontalières des sociétés de capitaux ne traite pas du sort des régimes de protection sociale complémentaire (JOUE n° L 310, 25 nov. 2005, p. 1). V. sur ce point, v. C. DUPIN, Les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux dans l'Union européenne : aspects de droit social, LexisNexis 2013.

¹³³³ H. OUAISSI, Les incidences des restructurations d'entreprise sur la situation collective des salariés, LGDJ 2006.

¹³³⁴ « Explorant l'impact des transferts ou restructurations d'entreprises sur les régimes de protection sociale, le juriste parvient aux confins de l'univers du droit social. L'article L. 1224-1 du Code du travail, terre familière, n'est plus qu'une lueur lointaine, une boussole de faible utilité dans cet espace ténébreux et infini » (P. MORVAN, Restructurations en droit social, LexisNexis 2013, 3^e éd., n° 1616, p. 1039).

¹³³⁵ Dir. n° 2001/23/CE, 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements : JOCE n° L 82, 22 mars 2001, p. 16.

1. Un transfert sur option

426. L'absence de volonté d'harmonisation. - L'article 3, § 4 a) de la directive restreint considérablement le principe du transfert des droits et obligations issus des relations de travail en matière de protection sociale complémentaire : il ne s'applique pas « *aux droits des travailleurs à des prestations de vieillesse, d'invalidité ou de survivants au titre de régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels existant en dehors des régimes légaux de sécurité sociale des Etats membres* ». Il n'en va différemment que si ces derniers en disposent autrement. Ainsi, l'exclusion des garanties de protection sociale complémentaire du transfert est la règle. Leur inclusion dans le transfert ne constitue qu'une exception, supposant une démarche volontaire des Etats membres.

Cette exclusion de principe isole les droits de protection sociale complémentaire des autres droits dont bénéficient les salariés du fait de leur appartenance à l'entreprise. Elle concerne tant les droits nés du contrat de travail que ceux résultant du statut collectif. Dès lors, le salarié qui tient de son contrat de travail le droit à une couverture invalidité en perd le bénéfice si son entreprise est absorbée par une autre. Mais rien n'exclut que cette dernière couvre ses salariés contre ce risque : le salarié transféré va en bénéficier. Dans le cas contraire, il peut être privé de couverture dans un délai extrêmement bref. L'exclusion à laquelle procède la directive est donc source d'insécurité sociale. Sa portée est grande car elle s'applique au sein des groupes, par exemple lorsque plusieurs de leurs entités fusionnent. Cette absence de transfert des éléments de protection sociale complémentaire est d'autant plus étonnante que le nouvel employeur a toujours la possibilité de remettre en cause les régimes transférés, le cas échéant afin d'harmoniser le statut applicable à l'ensemble de ses salariés.

427. L'interprétation du juge européen. - Dans un arrêt du 4 juin 2002, la Cour de justice a précisé que l'article 3 de la directive de 2001 doit être interprété de manière stricte compte tenu de l'objectif général de protection des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise. L'exception formulée ne vaut qu'à l'égard des prestations qui

y sont énumérées. Appliquant ce raisonnement aux prestations de vieillesse, les juges considèrent que sont seules visées celles « *versées à partir du moment où le travailleur arrive au terme normal de sa carrière tel que prévu par l'économie générale du régime de retraite en cause* ». L'exclusion formulée ne s'applique donc pas aux prestations de retraite anticipée, ni à celles visant à améliorer les conditions d'une telle retraite versées en cas de licenciement en raison d'un sureffectif, même si elle calculée par référence aux modalités de calcul des prestations consécutives à une retraite « normale »¹³³⁶. La solution est identique lorsque les prestations trouvent leur origine dans une retraite anticipée convenue par l'employeur avec le salarié¹³³⁷. Il devrait logiquement en être de même s'agissant de la couverture des frais de santé et, d'une manière générale, de toutes les garanties de prévoyance, à l'exclusion de l'invalidité et des droits conférés aux survivants. L'intervention du juge européen en faveur d'un transfert étendu des garanties de protection sociale complémentaire est nette. Mais la lettre du texte ne lui permet pas de faire preuve de beaucoup d'audace.

2. Une démarche volontaire

428. La place du volontarisme étatique : France. - Le législateur européen n'ayant pas souhaité harmoniser la réglementation applicable en matière de transfert des régimes de protection sociale complémentaire, une place importante est dévolue aux Etats. En France, l'article L. 2261-14 du code du travail décide que lorsque l'application d'une convention ou d'un accord collectif est mise en cause dans une entreprise en raison notamment d'une fusion, d'une cession, d'une scission ou d'un changement d'activité, cette convention ou cet accord continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué ou, à défaut, pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis prévu à l'article L. 2261-9¹³³⁸, sauf clause prévoyant une durée supérieure. A

¹³³⁶ CJCE, 4 juin 2002, Beckmann, aff. C-164/00 : Rec. p. 4893 ; RJS 10/02, n° 1164 ; D. POLLARD, C. MAGOFFIN, *Freshfields on Corporate Pensions Law 2012*, Bloomsbury Professional 2012, p. 276 et s.

¹³³⁷ CJCE, 6 nov. 2003, Martin, aff. C-4/01 : Rec. p. 12859 ; RJS 3/04, n° 356 ; D. POLLARD, C. MAGOFFIN, *Freshfields on Corporate Pensions Law 2012*, Bloomsbury Professional 2012, p. 280 et s.

¹³³⁸ D'une durée de trois mois.

défaut, les salariés conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis, en application de la convention ou de l'accord. Ainsi, lorsque l'entreprise absorbante n'applique pas d'accord collectif en matière de protection sociale complémentaire, le texte en vigueur au sein de la société absorbée demeure applicable pendant le délai de survie d'un an, outre le préavis de trois mois. En revanche, deux situations sont envisageables si l'entreprise absorbante est couverte par une convention ou un accord couvrant ce domaine : 1) un accord d'adaptation est conclu afin de mettre un terme à la période de survie de l'accord issu de l'entreprise absorbée, ce qui permet d'instituer un régime complémentaire harmonisé au profit de l'ensemble des salariés ; 2) en l'absence d'accord d'adaptation, la norme issue de la société absorbée survit pendant quinze mois ; à l'issue de cette période, les salariés de cette société bénéficient, le cas échéant, du maintien des avantages individuels acquis ; le régime en vigueur au sein de l'entreprise absorbante leur est applicable s'il est plus favorable¹³³⁹.

Lorsque la protection sociale complémentaire repose sur un engagement unilatéral, des règles différentes s'appliquent. En cas d'application de l'article L. 1224-1 du code du travail, l'engagement unilatéral pris par un employeur est transmis au cessionnaire¹³⁴⁰. Mais celui-ci peut y mettre fin en respectant les conditions habituelles de dénonciation de ce type d'engagement. Si le cessionnaire a institué un régime de protection sociale complémentaire au profit de ses salariés et envisage d'harmoniser la couverture dont bénéficie l'ensemble de son personnel, il doit dénoncer la décision unilatérale prise par le cédant. Les effets de cette harmonisation peuvent être limités lorsque la couverture instituée par le cessionnaire est elle-même issue d'une décision unilatérale et impose le paiement d'une cotisation à ses bénéficiaires. Dans ce cas, les salariés repris peuvent refuser d'adhérer au régime en vigueur dans l'entreprise d'accueil, en application de

¹³³⁹ Le caractère plus favorable d'un régime de retraite complémentaire doit être apprécié en tenant compte à la fois du taux de cotisation et de la répartition des cotisations entre employeur et salariés (Cass. soc. 23 janv. 2013 n° 11-16.172 et a., Bull. civ. V, n° 17 ; JCP S 2013, 1256, note L. RICHARD ; Droit social 2013, p. 379, obs. V. ROULET).

¹³⁴⁰ Cass. soc., 4 févr. 1997, n° 95-41.468, Bull. civ. V, n° 47.

l'article 11 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989¹³⁴¹. Le principe posé par ce texte est applicable aux salariés d'une entreprise absorbée dont les contrats de travail ont été repris par la société absorbante. Ainsi, lorsqu'antérieurement à la reprise de leur entreprise, les salariés avaient la liberté d'adhérer ou non à un organisme assureur de leur choix, ne peut leur être imposée l'obligation d'adhérer au contrat d'assurance souscrit par leur nouvel employeur auprès d'un organisme assureur dès lors que le régime ne résulte ni des contrats de travail ni d'un accord collectif mais d'une décision unilatérale du cessionnaire¹³⁴². La législation française concilie donc maintien, au moins temporaire, des dispositifs de protection sociale complémentaire à la suite du transfert et liberté offerte au repreneur de ne pas les maintenir au sein de l'entreprise.

429. La place du volontarisme étatique : Royaume-Uni. - Au Royaume-Uni, le budget consacré aux régimes de retraite peut constituer un sujet central des négociations lors des fusions-acquisitions alors que tel n'est pas nécessairement le cas en France, les engagements de retraite complémentaires étant, en règle générale, plus limités en raison d'une meilleure couverture assurée par le régime de base. Le transfert au Royaume-Uni est généralement automatique¹³⁴³.

430. Des inégalités. - L'absence d'harmonisation au niveau européen constitue une source d'inégalité entre les salariés des Etats membres de l'Union, selon que ces derniers ont souhaité ou non étendre le transfert des droits à la protection sociale complémentaire. Il est rare que la question du transfert conventionnel des droits non transférés légalement soit longuement évoquée lors des éventuelles négociations préalables au transfert d'une entreprise. Lorsque tel est le cas, c'est

¹³⁴¹ Art. 11, L. n° 89-1009, 31 décembre 1989 : JORF n° 1, 2 janv. 1990, p. 13.

¹³⁴² Cass. soc., 4 janv. 1996, n° 92-41.885, Bull. civ. V, n° 3 ; J.-J. DUPEYROUX, L'article 11 de la loi Evin et la théorie générale des accords collectifs de prévoyance, *Droit social* 1996, p. 163 : la Cour de cassation « est amenée à consacrer l'irréductible spécificité des accords créateurs de solidarité, dont la fonction est profondément différente de celle des accords collectifs de travail, au moins dans la conception traditionnelle de ces derniers » ; RDSS 1996, p. 574, obs. G. VACHET ; JCP E 1996, 885, note Y. SAINT-JOURS.

¹³⁴³ D. POLLARD, C. MAGOFFIN, *Freshfields on Corporate Pensions Law 2012*, Bloomsbury Professional 2012, p. 245.

surtout le coût des garanties qui est traité, comme au Royaume-Uni. Le « tout contractuel » atteint ici ses limites.

B. La sauvegarde des droits

431. Une sauvegarde... sous contrôle de la Cour. - L'article 3, § 4 b) de la directive du 12 mars 2001 impose aux Etats d'adopter « *les mesures nécessaires pour protéger les intérêts des travailleurs, ainsi que des personnes qui ont déjà quitté l'établissement du cédant au moment du transfert, en ce qui concerne leurs droits acquis ou en cours d'acquisition à des prestations de vieillesse, y compris les prestations de survivants, au titre de régimes complémentaires visés au point a)* ». L'objectif est d'éviter que le transfert d'entreprise ne remette automatiquement en cause les droits déjà acquis ou en cours d'acquisition des salariés et anciens salariés. Cette précaution s'imposait d'autant plus que les salariés peuvent être amenés à participer au financement du régime et, par conséquent, de leurs droits. Dans un arrêt du 11 juin 2009, la Cour de justice a appliqué strictement ce texte dans une affaire où l'Italie faisait jouer l'exception à l'obligation de transfert des droits des travailleurs dans le cas de prestations non visées à l'article 3, § 4 a), alors même qu'elle n'avait pas accompagné cette exclusion des mesures nécessaires pour protéger les intérêts des travailleurs¹³⁴⁴. Cette décision n'était pas surprenante, eu égard aux arrêts précédemment rendus par la Cour.

432. Une transposition française minimaliste - L'article L. 913-2 du code de sécurité sociale décide qu'« *aucune disposition entraînant la perte des droits acquis ou en cours d'acquisition à des prestations de retraite, y compris à la réversion, des salariés ou anciens salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur ou de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements à un autre employeur, résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion, ne peut être insérée à peine de nullité dans les conventions, accords ou décisions*

¹³⁴⁴ CJCE 11 juin 2009, Commission c/ République italienne, aff. C-561/07 : Rec. p. 4959 ; Europe 2009, comm. 317, obs. L. IDOT.

unilatérales » déterminant des garanties collectives dans ce domaine. Il faut éviter que les opérations de transfert servent de prétexte à la suppression du régime de retraite en vigueur au sein de l'entreprise absorbée. Ce texte, issu de la loi du 8 août 1994¹³⁴⁵, transpose de manière minimaliste¹³⁴⁶, voire « *tardive et incomplète* »¹³⁴⁷, les principes posés à l'article 3, § 4 b) de la directive¹³⁴⁸. La transposition française confinerait même au laxisme¹³⁴⁹. Contrairement aux souhaits de certains¹³⁵⁰, la voie conventionnelle est loin de pallier les insuffisances de la réglementation en matière de transfert d'entreprise. Cette transposition « *qui se borne à édicter une cause de nullité sans garantir positivement les droits des travailleurs dans ces deux éventualités* » ne semble pas satisfaire aux exigences du droit européen¹³⁵¹. La Cour de cassation avait antérieurement sauvegardé les intérêts des salariés, en déclarant responsable, sur le fondement de l'article 1382 du code civil, une société mère qui avait incité sa filiale à dénoncer un contrat de retraites et avait mis en œuvre cette décision sans s'assurer du versement à l'organisme assureur de l'indemnité contractuelle de résiliation permettant de préserver les droits des bénéficiaires au titre des périodes antérieures à celle-ci¹³⁵².

433. Transposition de hors France. - Au Royaume-Uni, la législation a évolué à compter de 2005, en application du « Pensions Act 2004 ». Lorsque le salarié transféré bénéficie de la directive du 12 mars 2001 et qu'il est couvert chez le cédant par un

¹³⁴⁵ L. n° 94-678, 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 : JORF n° 184, 10 août 1994, p. 11655

¹³⁴⁶ P. MORVAN, Droit de la protection sociale, LexisNexis 2013, 6^e éd., n° 1001, p. 789 : « *ce texte se borne à édicter une cause de nullité sans garantir positivement les droits acquis des salariés* » en cas de transfert ou d'insolvabilité.

¹³⁴⁷ Ph. LAIGRE, La retraite d'entreprise après la loi du 8 août 1994, Droit social 1995, p. 417.

¹³⁴⁸ Il a également été relevé que pour appréhender l'article L. 913-2 du code de la sécurité sociale, il fallait « *se livrer à un sérieux effort d'interprétation. Les dispositions de cet article ne se comprennent que dès lors qu'elles sont éclairées par le texte même des deux directives de 1977 et de 1980. Singulier renversement de la perspective alors que normalement, le droit interne, lorsqu'il met en œuvre les dispositions d'une directive communautaire, en explicite, sous le contrôle de la Commission et de la Cour de justice, la signification réelle* » (Ph. LAIGRE, La retraite d'entreprise après la loi du 8 août 1994, Droit social 1995, p. 417).

¹³⁴⁹ Y. SAINT-JOURS, Les retraites par capitalisation : côté pile et côté face, Droit social 1996, p. 627.

¹³⁵⁰ H. OUAISSI, Le devenir des régimes de retraite supplémentaire et de prévoyance lors de fusions d'entreprises, JCP S 2006, 1858.

¹³⁵¹ P. MORVAN, Protection sociale d'entreprise : droit acquis ou éventuels dans la tourmente de la restructuration, Droit social 2006, p. 279.

¹³⁵² Cass. com., 7 déc. 1993, n° 92-12.131.

régime de retraite, le cessionnaire est tenu de le faire bénéficier d'un tel plan. Le nouvel employeur conserve toutefois la liberté de déterminer si l'engagement doit être à prestations ou à cotisations définies¹³⁵³. Aux Pays-Bas, les conséquences des transferts d'entreprise sur les droits des bénéficiaires sont également réglementées afin d'éviter la perte des droits acquis ou en cours d'acquisition¹³⁵⁴.

§ 2. *L'entreprise insolvable*

434. Gestion interne / gestion externe. - « *Comme un organisme vivant, l'entreprise naît, vit et peut être le siège de désordres divers, dont les plus graves sont susceptibles de provoquer sa disparition, par arrêt du crédit et des flux financiers* »¹³⁵⁵. Il existe deux modèles de protection des salariés contre les bouleversements résultant de l'insolvabilité de l'employeur : le privilège et l'institution d'une garantie de paiement des créances salariales. Le premier s'est largement répandu en Europe continentale ; les pays de Common law ne se sont saisis du mécanisme que plus tardivement. La seconde s'est développée à partir de l'Europe occidentale. L'OCDE, dans ses principes sur la réglementation des pensions professionnelles, ne tranche pas entre les deux voies¹³⁵⁶.

Le droit européen s'est saisi des conséquences des difficultés financières rencontrées par les entreprises sur les garanties de protection sociale complémentaire souscrites au

¹³⁵³ D. POLLARD, C. MAGOFFIN, *Freshfields on Corporate Pensions Law 2012*, Bloomsbury Professional 2012, p. 270.

¹³⁵⁴ G. TAMBURI, Y. CHASSARD, *Fonds de pension. Comment font les autres pays*, *Economica* 2002, p. 108-109.

¹³⁵⁵ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ 2012, 9^e éd., p. 21, n° 1.

¹³⁵⁶ *Principes de l'OCDE sur la réglementation des pensions professionnelles*, OCDE 2011, p. 39. Le principe fondamental 3 intitulé « *engagements au titre des plans de retraite, règles relatives à la capitalisation, liquidation et assurance* » précise que « *la nécessité de recourir à une assurance insolvabilité et/ou à d'autres mécanismes de garantie doit être correctement évaluée. Ces mécanismes peuvent être recommandés dans certains cas, mais dans un cadre approprié. Le recours à des mécanismes d'assurance (groupe et réassurance) peut être favorisé* ». Il est précisé à ce titre que « *la législation sur les faillites et sur l'insolvabilité des entreprises devrait attribuer un statut de créance prioritaire aux cotisations dues et non versées au moment de la liquidation du plan. Cette créance devrait au moins avoir le même rang de priorité que les impôts dus et non versés au moment de la cessation du plan. Lorsqu'il existe un mécanisme de garantie contre l'insolvabilité, l'entité qui se porte garante devient en principe créancier privilégié du promoteur insolvable. On peut aussi envisager des droits de priorité pour les engagements sous-capitalisés des régimes de retraite (par référence aux engagements à l'échéance) qui sont de la responsabilité du promoteur du plan. La nécessité d'octroyer de tels droits dépendra de divers facteurs, tels que l'existence et la portée de mécanismes de garantie contre l'insolvabilité susceptibles de compenser tout déficit de capitalisation en cas de*

profit des salariés. Paradoxalement, la sauvegarde des droits est davantage assurée par les règles relatives à la gestion externalisée de ces régimes **(B)** que par celles visant directement à protéger les créances des salariés en cas d'insolvabilité de l'entreprise **(A)**.

A. L'insuffisante protection des créances internalisées

435. L'hétérogénéité des règles applicables au sein des Etats membres de l'Union **(1)** résulte essentiellement des carences de la réglementation européenne **(2)**.

1. Les carences de la réglementation européenne

436. Des textes anciens. - Les pouvoirs publics européens ont estimé au début des années 1980 qu'il était nécessaire de rapprocher les législations des Etats membres pour protéger les salariés en cas d'insolvabilité de leur employeur, de trop grandes différences pouvant nuire au développement du marché commun. Fut ainsi adoptée la directive n° 80/987/CEE du 20 octobre 1980 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur¹³⁵⁷, depuis lors abrogée et remplacée par la directive n° 2008/94/CE du 22 octobre 2008¹³⁵⁸. Cette directive peut intéresser la protection sociale complémentaire des salariés en situation de mobilité. De même en est-il du règlement du 29 mai 2000 visant les procédures d'insolvabilité¹³⁵⁹, dont l'article 10 précise que les effets sociaux d'une telle procédure sont régis exclusivement par la loi de l'Etat membre applicable au contrat de travail.

liquidation du plan par suite de la faillite du promoteur ».

¹³⁵⁷ Dir. n° 80/987/CEE, 20 oct. 1980, relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur : JOCE n° L 283, 28 oct. 1980, p. 23.

¹³⁵⁸ Dir. n° 2008/94/CE, 22 oct. 2008, relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur : JOUE, L. 283/36, 28 oct. 2008.

¹³⁵⁹ Règl. n° 2000/1346/CE, 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité : JOCE n° L 160, 30 juin 2000, p. 1 ; F. MELIN, Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, Bruylant 2008 ; E. FABRIES-LECEA, Le règlement insolvabilité. Apport à la construction de l'ordre juridique de l'Union européenne, Bruylant 2012.

Le chapitre 3 de la directive du 22 octobre 2008, qui rassemble les articles 6 à 8, comporte les « dispositions relatives à la sécurité sociale ». Selon l'article 6, les Etats peuvent décider que les règles relatives aux institutions de garantie « *ne s'appliquent pas aux cotisations dues au titre des régimes légaux nationaux de sécurité sociale ou au titre des régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels existant en dehors des régimes légaux nationaux de sécurité sociale* ». Là encore, les régimes de protection sociale complémentaire demeurent en périphérie de la norme européenne ; ils sont soumis à la volonté des Etats membres. Le dispositif est toutefois inversé par rapport à la directive de 2001 sur les transferts d'entreprise : le principe est l'inclusion ; l'exclusion est dérogatoire.

L'article 7 impose aux Etats de prendre les mesures nécessaires pour que le non-paiement des cotisations dues par l'employeur, avant la survenance de son insolvabilité, au titre des régimes légaux nationaux de sécurité sociale, n'ait pas d'effet préjudiciable sur le droit à prestations du travailleur salarié à l'égard des institutions d'assurance, dans la mesure où les cotisations salariales ont été précomptées sur les salaires versés. Ce dispositif contrebalance les effets négatifs de l'article 6 : le précompte des cotisations permet de limiter les risques liés à l'insolvabilité. Toutefois cet article ne concerne que les régimes légaux. Or, le précompte est fréquent s'agissant des garanties de protection sociale complémentaire relatives à la prévoyance, aux frais de santé et à la retraite à cotisations définies. Le constat est plus nuancé s'agissant des régimes à prestations définies. Ceux-ci sont souvent exclusivement financés par l'employeur, rendant inopérante la référence au précompte salarial. Quoiqu'il en soit, l'exclusion des régimes complémentaires du mécanisme de sauvegarde des droits posé à l'article 7 est regrettable.

L'article 8 de la directive oblige enfin les Etats qui ont exercé l'option prévue à l'article 6 à préserver les droits acquis ou en cours d'acquisition des salariés et anciens salariés ayant déjà quitté l'entreprise ou l'établissement à la date de la survenance de l'insolvabilité. La règle vaut pour les « *prestations de vieillesse, y compris les prestations de survivants, au titre de régimes complémentaires de prévoyance* ».

professionnels ou interprofessionnels existant en dehors des régimes légaux nationaux de sécurité sociale ».

En l'état des textes, « *dans le bout de la chaîne économique, le travailleur demeure fondamentalement vulnérable et supporte les défauts des systèmes sociaux de retraites professionnelles* », d'autant que les règles actuelles en matière de protection sociale complémentaire ont tendance à transférer les « *risques du fournisseur de prestations vers le théorique bénéficiaire* »¹³⁶⁰, ce que le Comité de protection sociale n'a pas manqué de relever en 2008 dans son rapport relatif à la gestion privée des retraites par capitalisation et à leur contribution à des retraites adéquates et viables¹³⁶¹.

437. L'intervention de la Cour de justice. - A l'occasion d'une affaire tranchée par un arrêt du 25 janvier 2007¹³⁶², la Cour de justice a connu d'un contentieux opposant 836 affiliés à des régimes privés de retraite au Secretary of State Work and Pensions du Royaume-Uni, dans un cas où l'employeur avait été placé en liquidation judiciaire et où les régimes de retraite à prestations définies étaient financés conjointement par l'entreprise et les affiliés. L'employeur avait signifié qu'il cessait de cotiser puis avait déclenché la liquidation des régimes. Il est alors apparu que les actifs ne suffiraient pas à couvrir toutes les prestations dues à l'ensemble des affiliés ; les prestations des non-retraités devraient être réduites. Les demandeurs ont considéré que la réglementation en vigueur au Royaume-Uni ne leur apportait pas le niveau de protection prescrit à l'article 8 de la directive de 2008 et ont intenté contre le gouvernement du Royaume-Uni une action en réparation du préjudice subi.

Cette action se situe dans le prolongement de l'arrêt Francovich du 19 novembre 1991, qui a dégagé les conditions d'ouverture d'un droit à réparation contre l'Etat au profit des

¹³⁶⁰ S. HENNION, Retraites professionnelles d'entreprise et libertés économiques / Occupational Company Pensions and Economic Freedom, in O. KAUFMANN, S. HENNION, Gouvernance des retraites professionnelles en Europe : sécurité garantie ?, Springer 2011, p. 55 et 56.

¹³⁶¹ The Social Protection Committee, Privately managed funded pension provision and their contribution to adequate and sustainable pensions, 2008, p. 38.

¹³⁶² CJCE, 25 janv. 2007, Robins, aff. C-287/05 : Rec. p. 1053 ; RDSS 2008, p. 15, obs. F. MULLER.



particuliers en cas de non-transposition ou de mauvaise transposition d'une directive : « la première de ces conditions est que le résultat prescrit par la directive comporte l'attribution de droits au profit de particuliers. La deuxième condition est que le contenu de ces droits puisse être identifié sur la base des dispositions de la directive. Enfin, la troisième condition est l'existence d'un lien de causalité entre la violation de l'obligation qui incombe à l'Etat et le dommage subi par les personnes lésées »¹³⁶³. Mais la Cour a considéré que même si les dispositions de la directive de 2008 étaient « suffisamment précises et inconditionnelles en ce qui concerne la détermination des bénéficiaires de la garantie et le contenu de cette garantie, ces éléments [n'étaient] pas suffisants pour que les particuliers puissent se prévaloir de ces dispositions devant les juridictions nationales. En effet, d'une part, ces dispositions ne [précisaient] pas l'identité du débiteur de la garantie et, d'autre part, l'Etat ne saurait être considéré comme débiteur au seul motif qu'il n'a pas pris dans les délais les mesures de transposition »¹³⁶⁴.

La Cour a décidé dans cet arrêt du 25 janvier 2007 qu'en cas d'insolvabilité de

¹³⁶³ CJCE, 19 nov. 1991, Francovich et Bonifaci c/ Rép. Italienne, aff. C-6/90 et C-9/90 : Rec. p. 5357 ; F. SCHOCKWEILER, La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire, RTD eur. 1992, p. 27 ; D. SYMON, La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire, AJDA 1996, p. 489.

¹³⁶⁴ Certains commentateurs estiment que « cette interprétation, qui fait appel à des considérations davantage politiques que juridiques, est particulièrement choquante en matière de retraite dans la mesure où, contrairement aux créances salariales dont les effets sont limités dans le temps, une réduction de droits à pension de retraite impacte toute la durée de la retraite sans possibilité de combler a posteriori ces lacunes par la prévoyance [...]. Non seulement les pouvoirs publics ont entendu réduire le poids des retraites publiques en incitant les salariés à souscrire aux régimes professionnels de pension mais ils n'entendent pas garantir ces droits acquis, laissant supporter par les salariés le poids des risques attachés à ces modes d'épargne retraite » (F. MULLER, Quelle sécurité pour l'épargne retraite professionnelle ? L'exemple des régimes professionnels britanniques à prestations définies, RDSS 2008, p. 15). D'autres, sévères, relèvent que « le Britannique n'a aucune confiance dans l'industrie des services financiers depuis le scandale Robert Maxwell. [...] le gouvernement britannique lui-même a agi de manière [...] irresponsable au cours des dix dernières années en donnant des informations trompeuses à des dizaines de millions de personnes. Cette pratique a été découverte par le Parliamentary Ombudsman, Madame Abraham, et publiée dans son rapport de mars 2006. La mauvaise gestion du gouvernement a eu pour résultat une injustice envers 85.000 à 110.000 salariés qui avaient été privés de la possibilité de faire un choix en connaissance des faits pour leur avenir. Elle trouva aussi que le gouvernement avait mal conseillé les salariés en leur donnant de faux conseils relatifs à la sécurité de leurs pensions parce qu'il ne leur avait pas fait connaître les risques qui existent dans le domaine des prestations de pensions complémentaires [...]. Le résultat : entre 85.000 et 110.000 salariés ont par conséquent perdu soit l'intégralité, soit une partie importante de leur pension quand leur entreprise s'est trouvée en faillite, les fonds de pensions étant insuffisants pour qu'on puisse verser des retraites. Au total, il s'agit d'une perte de pensions de plus de quinze milliards de livres sterling ! » (J. CARBY HALL, Les modes de retraite d'entreprise dans le système britannique, Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé, dir. S. HENNION-MOREAU, O. KAUFMANN, Bruylant 2007, p. 227). A la suite de cela, le gouvernement a augmenté la dotation du

l'employeur et d'insuffisance des ressources des régimes complémentaires de prévoyance professionnels, le financement des droits acquis à des prestations de vieillesse ne doit pas être obligatoirement assuré par les Etats membres eux-mêmes, ni être intégral. En effet, les termes utilisés laissent à ces derniers une marge d'appréciation quant au mécanisme à adopter afin d'assurer la protection visée par la directive du 22 octobre 2008. Un Etat peut prévoir, par exemple, plutôt qu'un financement par les pouvoirs publics, une obligation d'assurance à la charge des employeurs ou la mise en place d'une institution de garantie dont il détermine les modalités de financement. En résumé, *« le risque d'insolvabilité en cas de défaillance du système conventionnel et d'insuffisance du dispositif national est totalement reporté sur le seul salarié »*¹³⁶⁵. Il l'est d'autant plus qu'en cas de transposition incorrecte de l'article 8 de la directive n° 80/987/CEE¹³⁶⁶, la responsabilité de l'Etat est subordonnée à la constatation d'une méconnaissance manifeste et grave des règles qui s'imposaient à lui. Or, l'imprécision des termes de l'article 8 et l'ambiguïté de la Commission à l'égard de l'interprétation de ce texte ont pu laisser penser au Royaume-Uni qu'il l'avait correctement transposé. La Cour semble donc retenir une conception subjective du manquement, tenant compte des justifications apportées par l'Etat membre s'agissant des difficultés de transposition. Les parties à l'instance ont ainsi pu partager *« le goût amer d'une victoire à la Pyrrhus, les uns pour avoir obtenu gain de cause au fond, sans pour autant connaître de dénouement favorable sur le terrain de la responsabilité, l'autre pour avoir échappé à une condamnation pécuniaire sans pour autant avoir obtenu le certificat de validité de sa réglementation nationale »*¹³⁶⁷.

fonds de secours (« Financial Assistance Scheme ») visant à indemniser les victimes de cette situation (Liaisons sociales Europe 2007, n° 173).

¹³⁶⁵ S. HENNION, Retraites professionnelles d'entreprise et libertés économiques / Occupational Company Pensions and Economic Freedom, in Gouvernance des retraites professionnelles en Europe : sécurité garantie ?, dir. O. KAUFMANN, S. HENNION, Springer 2011 p. 55.

¹³⁶⁶ En l'espèce, la Cour a constaté que : 1) des demandeurs au litige ne percevront qu'une fraction (en l'occurrence entre 20 et 49 %) des prestations auxquelles ils pouvaient prétendre ; 2) en 2004, au Royaume-Uni, environ 65.000 affiliés à des régimes de retraite ont subi des pertes de plus de 20 % par rapport aux prestations escomptées, et qu'environ 35.000 d'entre eux, soit près de 54 % de l'ensemble, ont subi des pertes dépassant 50 % desdites prestations. Se livrant à une interprétation du terme « protéger » figurant à l'article 8, la Cour en a déduit que le système alors en vigueur au Royaume-Uni n'en réalise pas une transposition correcte.

¹³⁶⁷ M. LE BARBIER-LE BRIS, Protection sociale d'entreprise, JCP E 2007, 2568. L'auteur souligne également la nécessité de remédier à la mauvaise qualité rédactionnelle de la directive tout en s'interrogeant sur le

En pratique, cet arrêt a appelé l'attention des Etats sur la nécessité, au moins pour certains d'entre eux, d'adapter leur réglementation... ce qui n'a pas toujours été fait de manière satisfaisante. Ainsi, le 25 avril 2013, la Cour a considéré que les mesures adoptées par l'Irlande à la suite de l'arrêt du 25 janvier 2007 ne satisfaisaient pas aux obligations imposées par la directive n° 2008/94/CE. Après avoir relevé que l'insuffisance du régime peut avoir des origines diverses (non-versement des cotisations par des salariés ou des contributions par l'employeur, évolution défavorable des marchés de capitaux, mauvaise gestion des fonds du régime, règles prudentielles insuffisamment rigoureuses), la Cour ajoute que la situation économique ne constitue pas une circonstance exceptionnelle susceptible de justifier une réglementation moins protectrice des salariés s'agissant des droits à protection sociale complémentaire en cas de faillite de leur entreprise. Elle relève que les mesures prises par l'Irlande n'ont pas permis aux requérants au principal de percevoir plus de 49 % de la valeur de leurs droits accumulés à des prestations de vieillesse, au titre du régime complémentaire de prévoyance professionnel. Or, les Etats membres étaient, au plus tard à compter du 25 janvier 2007, informés de ce que la transposition correcte de l'article 8 de la directive n° 2008/94/CE nécessitait qu'un travailleur perçoive, en cas d'insolvabilité de son employeur, au moins la moitié des prestations de vieillesse découlant des droits à pension accumulés pour lesquels il avait versé des cotisations dans le cadre d'un régime complémentaire de prévoyance professionnel. La situation constatée en Irlande constitue donc une violation caractérisée des obligations qui lui incombent¹³⁶⁸. Cette jurisprudence conduit cependant à faire supporter au salarié la moitié environ du risque lié à l'insolvabilité de son employeur¹³⁶⁹.

438. Ainsi, le droit européen applicable demeure lacunaire, la situation des salariés s'agissant de leur protection sociale complémentaire, en particulier de leurs droits à

fait de savoir si les défauts du texte sont fortuits ou résultent « des difficultés à faire adopter par le Conseil et le Parlement un texte réellement protecteur des droits des travailleurs ».

¹³⁶⁸ CJUE, 25 avr. 2013, Hogan, aff. C-398/11, non encore publié au recueil ; Europe 2013, 276, comm. L. DRIGUEZ ; H. TISSANDIER, Retraites complémentaires et insolvabilité de l'employeur : une responsabilité de l'Etat ?, Liaisons sociales Europe 2013, n° 329, p. 3.

¹³⁶⁹ S. HENNION, M. DEL SOL, Chronique de protection sociale d'entreprise. Seconde partie, SSL 2013, n° 1602, p 6.

retraite, n'étant pas suffisamment prise en considération par « *la demi-garantie* »¹³⁷⁰ issue de la directive 22 octobre 2008. La différence de protection est nette entre les droits issus des régimes légaux et ceux résultant des régimes professionnels. La faiblesse potentielle des seconds nuit à leur diffusion et à leur acceptation par les salariés et leurs représentants. Promouvoir les régimes complémentaires afin de pallier le désengagement progressif des pouvoirs publics en matière de protection sociale est indispensable. Encore faut-il que des garanties suffisantes soient prévues pour qu'un lien de confiance s'établisse ou soit préservé.

439. Une volonté de réforme. - La Commission a présenté en 2008 un document de travail relatif à la mise en œuvre de l'article 8 de la directive du 22 octobre 2008 au sein des différents Etats membres¹³⁷¹. Il y est notamment relevé, à la lumière d'un arrêt de la Cour de justice du 2 février 1989, que la circonstance que les régimes de retraite complémentaire soient presque inexistant dans un Etat n'exonère pas celui-ci de remplir ses obligations au titre dudit article¹³⁷². La Commission relève toutefois que l'analyse des dispositifs applicables au sein des Etats ne permet pas réellement de déterminer si les mesures prises sont suffisantes pour protéger les intérêts des salariés et des retraités en cas d'insolvabilité de l'employeur. Le Parlement européen, dans sa résolution du 21 mai 2013 sur une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables a souligné qu'il convenait, en cas d'insolvabilité, de garantir systématiquement les droits visés à l'article 8 de la directive¹³⁷³. Reste à donner traduction aux proclamations affichées et aux orientations tracées...

¹³⁷⁰ P. MORVAN, Droit de la protection sociale, LexisNexis 2013, 6^e éd., n° 1001, p. 789.

¹³⁷¹ Commission staff working document - on implementation of article 8 and related provisions of Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980 on the approximation of the laws of the member states relating to the protection of employees in the event of the insolvency of their employer, concerning supplementary company or inter-company pension schemes outside the national statutory social security schemes, 11 avr. 2008 (SEC(2008) 475).

¹³⁷² CJCE, 2 févr. 1989, Commission c/ République italienne, aff. C-22/87 : Rec. p. 143. V. également : CJCE, 16 nov. 2000, Commission c/ Grèce, aff. C-214/98 : Rec. p. 9601 ; CJUE, 14 janv. 2010, Commission c/ République tchèque, aff. C-343/08 : Rec. p. 275 ; Europe 2010, 118, comm. L. DRIGUEZ.

¹³⁷³ Résolution du Parlement européen du 21 mai 2013 sur une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables (2012/2234 (INI)).

2. L'hétérogénéité des réglementations internes

440. France. - Dans l'attente d'une réforme européenne harmonisant les règles applicables au sein du marché intérieur, le constat demeure d'une protection des régimes complémentaires en cas d'insolvabilité de l'employeur très différente selon les Etats membres. La plupart de ces derniers se sont néanmoins rapidement, parfois même avant l'adoption de la directive, dotés d'un fonds de garantie¹³⁷⁴. En France, aux termes de l'article L. 913-2 du code de sécurité sociale, « aucune disposition entraînant la perte des droits acquis ou en cours d'acquisition à des prestations de retraite, y compris à la réversion, des salariés ou anciens salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur ou de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements à un autre employeur, résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion, ne peut être insérée à peine de nullité dans les conventions, accords ou décisions unilatérales » déterminant des garanties collectives dans ce domaine. Par ailleurs, l'article L. 3253-6 du code du travail dispose que « tout employeur de droit privé assure ses salariés [...] contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire ». Sont couvertes les sommes dues en exécution du contrat de travail, y compris dans le cadre d'un régime de protection sociale complémentaire¹³⁷⁵. L'insolvabilité de l'entreprise est donc « loin de faire obstacle au maintien des prestations liquidées. Au contraire, cette garantie est largement aménagée par le droit »¹³⁷⁶. Une réforme pourrait intervenir prochainement afin de mettre en conformité le droit français avec la directive n° 2008/94/CE : la Commission a adressé un avis motivé à la France le 28 mars 2014, pour manquement à

¹³⁷⁴ J.-L. VALLENS, L'insolvabilité des entreprises en droit comparé, Joly éditions 2011, n° 117, p. 76.

¹³⁷⁵ Cass. soc., 8 janv. 2002, n° 99-44.220, Bull. civ. V, n° 1 ; Droit social 2002, p. 371, obs. Ch. RADE ; Cass. soc., 25 janv. 2005, n° 03-40.195, Bull. civ. V, n° 17 ; Droit social 2005, p.478, obs. Ch. RADE.

¹³⁷⁶ L.-E. CAMAJI, La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales, Dalloz 2008, p. 308, n° 563.

l'obligation de protection des droits à retraite des travailleurs salariés visés à l'article 8 de la directive¹³⁷⁷.

441. Allemagne. - En Allemagne depuis 1975, est imposée une couverture spécifique du risque lié à l'insolvabilité s'agissant des régimes de retraite. La « Pensionssicherungsverein » (PSV), c'est-à-dire l'association de garantie de pensions, gère un système plafonné de versement des prestations de retraite complémentaire exclusivement financé par les employeurs. Ce mécanisme ne concerne que les engagements de retraite assurés par gestion interne des entreprises, par une caisse de secours ou par un fonds de pension. Les autres schémas contractuels - l'assurance et les caisses de pension - en sont exclus. Les salariés ont toutefois la possibilité d'actionner le « Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht » (Office fédéral de surveillance des services financiers)¹³⁷⁸. Lorsqu'une entreprise est insolvable, la PSV rachète les prestations dues aux bénéficiaires. En ce qui concerne les droits en cours d'acquisition, le capital n'est libéré qu'à l'occasion du versement différé des arrérages de pension de retraite. Le montant garanti par la PSV, qui atteint trois fois le plafond de la sécurité sociale, ne couvre pas d'éventuelles indexations¹³⁷⁹. En 1975, le nombre d'entreprises couvertes était de 31.045 ; le nombre de cas d'insolvabilité était de 249 ; le nombre de nouveaux bénéficiaires était de 12.350. En 2000, le nombre d'entreprises couvertes était de 39.778 ; le nombre de cas d'insolvabilité était de 389 ; le nombre de nouveaux bénéficiaires de 31.552¹³⁸⁰.

¹³⁷⁷ L'article 50 de la loi n° 2014-40, 20 janv. 2014, garantissant l'avenir et la justice du système de retraites (JORF n° 17, 21 janv. 2014, p. 1050) a autorisé le Gouvernement à « *prendre par voie d'ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi afin de protéger les intérêts des travailleurs salariés et des personnes ayant déjà quitté l'entreprise ou l'établissement de l'employeur à la date de la survenance de l'insolvabilité de celui-ci en ce qui concerne leurs droits acquis, ou leurs droits en cours d'acquisition, à des prestations de retraite supplémentaire d'entreprise* ». L'ordonnance, qui devait intervenir sous six mois, n'a pas encore été prise.

¹³⁷⁸ O. KAUFMANN, Les retraites professionnelles d'entreprise en Allemagne : un aperçu, *in* Gouvernance des retraites professionnelles en Europe : sécurité garantie ? dir. O. KAUFMANN, S. HENNION, Springer 2011, p. 199 ; v. également : WOHLLEBEN, Die Insolvenzversicherung durch das PSVaG nach dem Krisenjahr 2009, *Betriebliche Altersversorgung* 2010, 497.

¹³⁷⁹ G. TAMBURI, Y. CHASSARD, Fonds de pension. Comment font les autres pays, *Economica* 2002, p. 31-32.

442. Royaume-Uni. - Les scandales ayant émaillé les années 1990 ont conduit les pouvoirs publics britanniques à adopter un dispositif respectueux des droits à la retraite des salariés en cas d'insolvabilité de leur employeur¹³⁸¹. La PSV allemande a influencé les pouvoirs publics britanniques lors de la mise en place d'un fonds de compensation par la loi du 19 juillet 1995¹³⁸². Le dispositif actuel, intitulé « Pension Protection Fund » a été créé par le « Pension Act » de 2004. Financé par les entreprises, il couvre plus de 10 millions de personnes et concerne la plupart des mécanismes de retraite, qu'ils soient à cotisations définies ou à prestations définies¹³⁸³. Sa création était d'autant plus indispensable qu'en 2005 le déficit des fonds de retraite dépassait 130 milliards de livres (191 milliards d'euros)¹³⁸⁴. Le fonds de protection est toutefois également déficitaire¹³⁸⁵. Il l'était d'un milliard de livres en 2009. Un retour à l'équilibre est espéré au plus tard en 2018¹³⁸⁶.

443. Pays-Bas, Espagne. - Lorsque l'employeur est défaillant à l'égard du fonds de pension, les créances de celui-ci sont privilégiées et prioritaires¹³⁸⁷. De la même manière, aucun système de réassurance ou de fonds de garantie contre

¹³⁸⁰ G. TAMBURI, Y. CHASSARD, Fonds de pension. Comment font les autres pays, *Economica* 2002, p. 32.

¹³⁸¹ G. BONOLI, *The Politics of Pension Reform, Institutions and Policy Change in Western Europe*, Cambridge University Press 2000, p. 81-82.

¹³⁸² S. MICHAS BEGUERIE, Régimes privés de retraites complémentaires. Essai de comparaison des systèmes allemand, anglais et français dans une perspective communautaire, *Droit social* 1996, p. 519.

¹³⁸³ Commission staff working document - on implementation of article 8 and related provisions of Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980 on the approximation of the laws of the member states relating to the protection of employees in the event of the insolvency of their employer, concerning supplementary company or inter-company pension schemes outside the national statutory social security schemes, 11 avr. 2008 (SEC(2008) 475).

¹³⁸⁴ *Liaisons sociales Europe* 2005, n° 137 ; P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis 2013, 6^e éd., n° 1132, p. 893 ; V. ROSSO-DEBORD évoque le « Pension protection fund » créé en 2004 pour prendre le relais des fonds à prestations définies tombés en faillite (V. ROSSO-DEBORD, *Rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes sur les systèmes de retraite en Europe et leur évolution*, A. N., 6 juill. 2010, p. 54).

¹³⁸⁵ Le Comité de protection sociale a également relevé ces difficultés de financement dans son rapport de 2008 sur la transposition de l'article 8 de la directive du 20 octobre 1980. La remarque interpelle d'autant plus que le teneur de ce document est globalement neutre à l'égard des Etats membres (Commission staff working document - on implementation of article 8 and related provisions of Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980 on the approximation of the laws of the member states relating to the protection of employees in the event of the insolvency of their employer, concerning supplementary company or inter-company pension schemes outside the national statutory social security schemes, 11 avr. 2008 (SEC(2008) 475)).

¹³⁸⁶ R. EKINDI, *L'impact de la crise sur les retraites au Royaume-Uni*, in *Conseil d'orientation des retraites, Le système de retraite face à la crise en France et à l'étranger*, 2010, 46.

¹³⁸⁷ G. TAMBURI, Y. CHASSARD, Fonds de pension. Comment font les autres pays, *Economica* 2002, p. 108-109.

l'insolvabilité n'existe en Espagne¹³⁸⁸, le système étant basé sur l'externalisation du régime¹³⁸⁹.

444. Etats-Unis. - Si, sortant un instant du cercle de l'Union européenne, le regard se porte outre-Atlantique, le paysage offert ne porte pas nécessairement à plus d'optimisme que celui né de l'observation de certaines législations européennes. Aux Etats-Unis, la « Pension Benefit Guarantee Corporation » (PBGC) est un mécanisme de réassurance fédérale de droit public qui garantit une partie des droits à pension en cas de faillite de l'entreprise, si le fonds de pension ne parvient pas à financer les droits visés. Mais la PBGC peine à stabiliser ses finances, contraignant l'Etat fédéral à lui verser des subventions extraordinaires¹³⁹⁰. Les pertes du PBGC atteignaient 23,3 milliards de dollars en 2004 ; elles devraient franchir la barre des 100 milliards en 2020¹³⁹¹.

B. L'opportune protection des créances externalisées

445. L'externalisation de la gestion des régimes de protection sociale complémentaire protège doublement le salarié : contre l'insolvabilité de l'employeur (1) et contre celle de l'organisme spécialisé (2).

1. La protection contre l'insolvabilité de l'employeur

446. Un mouvement progressif. - L'externalisation de la gestion des régimes de protection sociale complémentaire à des organismes indépendants est rapidement apparue aux pouvoirs publics comme une solution pertinente en cas d'insolvabilité

¹³⁸⁸ CMS International Guide to Pensions, January 2011, p. 56 ; G. TAMBURI, Y. CHASSARD, Fonds de pension. Comment font les autres pays, *Economica* 2002, p. 40.

¹³⁸⁹ Commission staff working document - on implementation of article 8 and related provisions of Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980 on the approximation of the laws of the member states relating to the protection of employees in the event of the insolvency of their employer, concerning supplementary company or inter-company pension schemes outside the national statutory social security schemes, 11 avr. 2008 (SEC(2008) 475)

¹³⁹⁰ G. TAMBURI, Y. CHASSARD, Fonds de pension. Comment font les autres pays, *Economica* 2002, p. 64.

¹³⁹¹ P. MORVAN, Droit de la protection sociale, LexisNexis 2013, 6^e éd., n° 1131, p. 892.

de l'entreprise¹³⁹². Elle présente de nombreux avantages. Elle permet notamment d'éviter que le régime soit grevé d'un passif social important, en particulier si la gestion en est mal assurée.

La gestion externe des régimes de retraite est prônée par la directive n° 2003/41 relative aux institutions de retraite professionnelle. Elle impose à chaque Etat de « veiller » à la séparation juridique de l'entreprise d'affiliation et de l'institution de retraite professionnelle¹³⁹³ tout en prévoyant que les entreprises qui constituent des provisions au bilan en vue du versement de retraites à leurs salariés n'entrent pas dans son champ d'application¹³⁹⁴. Il s'agit d'une concession faite au modèle allemand qui s'est construit sur la gestion interne des retraites complémentaires. En Allemagne, plus de la moitié des régimes de retraite d'entreprise étaient gérés ainsi pendant les années 1990¹³⁹⁵.

Les directives relatives à l'assurance ne contiennent pas de dispositions équivalentes à celles contenues dans la directive n° 2003/41. Sans doute n'était-ce pas nécessaire : l'acte d'assurance suppose nécessairement l'intervention d'un tiers. Dès lors, la référence aux notions de « gestion externe » et de « séparation juridique entre les entreprises d'affiliation » et les organismes assureurs ne s'imposait pas. Le droit applicable à ces derniers se situe à un stade de développement plus avancé : les textes de droit européen relatifs aux institutions de retraite visent encore à promouvoir le modèle de la gestion externe en matière de retraite complémentaire, alors que les textes relatifs aux organismes assureurs visent à instaurer un cadre uniformisé à des pratiques externalisées mais structurellement protéiformes.

¹³⁹² J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances*, tome 1 : entreprises et organismes d'assurance, LGDJ 2011, 3^e éd., n° 13, p. 12 et 13.

¹³⁹³ Art. 8, Dir. n° 2003/41/CE, 3 juin 2003 : JOUE n° L 235, 23 sept. 2003, p. 10.

¹³⁹⁴ F. KESSLER, *Les fonds de pension pan-européens et l'épargne retraite française - premier commentaire de la directive 2003/41 du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle*, RDSS 2004, p. 192.

¹³⁹⁵ L'analyse révèle que « *la proportion des entreprises qui pratiquent la méthode des provisions au bilan augmente avec leur taille. Les petites entreprises montrent une préférence pour les contrats d'assurance. Seules les grandes entreprises (plus de 100 salariés) peuvent envisager la constitution d'un fonds de*



447. France. - La gestion des régimes de protection sociale complémentaire par un organisme externe est en voie de généralisation. La couverture des risques énumérés à l'article L. 911-2 du code de la sécurité sociale¹³⁹⁶ doit être confiée à un organisme externe. En revanche, dès lors que le risque visé se situe en dehors du champ couvert par cette disposition légale, l'entreprise peut en assurer la gestion en interne. Les régimes de retraite à cotisations définies sont gérés par une entreprise d'assurance, une mutuelle, une institution de prévoyance ou une IGRS. La situation a évolué s'agissant des régimes de retraite à prestations définies. La loi de financement de la sécurité sociale pour 2010¹³⁹⁷ a supprimé, pour l'avenir, la possibilité de les gérer en interne. Les régimes à prestations définies créés depuis le 1^{er} janvier 2010 sont obligatoirement gérés en externe ; ceux existant au 31 décembre 2009 peuvent continuer à être gérés en interne mais ils ont vocation à s'éteindre progressivement¹³⁹⁸.

Selon l'article L. 622-13, I alinéa 2 du code de commerce, « *le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif* ». Ce texte s'applique à la protection sociale complémentaire. La Cour de cassation juge que les relations entre une institution de prévoyance et l'entreprise adhérente sont, en cas de procédure collective de cette dernière, soumises au régime général des contrats en cours. Ainsi, le défaut de règlement intégral des cotisations antérieures au jugement d'ouverture ne prive pas les

pension » (G. TAMBURI, Y. CHASSARD, Fonds de pension. Comment font les autres pays, *Economica* 2002, p. 24).

¹³⁹⁶ « *Les garanties collectives mentionnées à l'article L. 911-1 ont notamment pour objet de prévoir, au profit des salariés, des anciens salariés et de leurs ayants-droit, la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, des risques d'incapacité et du risque chômage, ainsi que la constitution d'avantages sous forme de pensions de retraite, d'indemnités ou de primes de départ en retraite ou de fin de carrière* ».

¹³⁹⁷ L. n° 2009-1646, 24 déc. 2009 : JORF n° 300, 27 déc. 2009, p. 22392.

¹³⁹⁸ La loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 (L. n° 2008-1330, 17 déc. 2008 : JORF n° 294, 18 déc. 2008, p. 19291) avait constitué une première étape. Ce texte avait supprimé la possibilité pour l'entreprise de constituer une institution de retraite supplémentaire afin de gérer ce régime. Les institutions de ce type ont dû, au plus tard le 31 décembre 2009, soit déposer une demande d'obtention d'agrément en tant qu'institution de prévoyance, soit se transformer en institution de gestion de retraite supplémentaire, soit fusionner avec une institution de prévoyance déjà agréée.

membres participants de l'entreprise adhérente de tout droit aux garanties collectives complémentaires¹³⁹⁹. Peu importe la nature de l'organisme assureur.

Enfin, selon l'article L. 932-10 du code de la sécurité sociale, « *la garantie subsiste en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement ou de liquidation judiciaires de l'adhérent. L'administrateur ou le débiteur autorisé par le juge-commissaire ou le liquidateur, selon le cas, et l'institution de prévoyance conservent le droit de résilier l'adhésion ou le contrat pendant un délai de trois mois à compter de la date du jugement de sauvegarde ou de redressement ou de liquidation judiciaires. La portion de cotisation afférente au temps pendant lequel l'institution de prévoyance ne couvre plus le risque est restituée au débiteur* ». Ce texte n'est applicable qu'aux dispositifs de protection sociale complémentaire faisant intervenir une institution de prévoyance. Cette faculté n'existe plus dans le code des assurances, le dispositif similaire applicable aux sociétés d'assurance ayant été abrogé par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005¹⁴⁰⁰. Le code de la mutualité n'a jamais été doté d'un tel mécanisme, ce qui peut être source de distorsions de concurrence¹⁴⁰¹.

448. Hors de France. - La France n'est pas le seul Etat à généraliser le recours à l'externalisation en matière de gestion de la retraite privée. Aux Pays-Bas, elle est perçue comme la principale garantie de la « Pensioenwet » préservant les salariés en cas de faillite de leur entreprise¹⁴⁰². La gestion par un organisme indépendant permet de protéger le salarié des éventuelles pressions de l'employeur afin qu'il sacrifie l'intérêt à long terme d'un plan de retraite avantageux au profit de liquidités à court terme ou des intérêts financiers de l'entreprise¹⁴⁰³. La même logique prévaut en Espagne¹⁴⁰⁴. En Belgique, la loi programme du 22 juin 2012 a élargi l'obligation d'externaliser les régimes de retraite complémentaire aux

¹³⁹⁹ Cass. com., 28 juin 2011, n° 09-16.646, Bull. civ. V, n° 108 : JCP E 2012, 1191, note D. RONET-YAGUE ; Bulletin Joly Sociétés 2012, p. 1001, note F. KESSLER.

¹⁴⁰⁰ L. n° 2005-845, 26 juil. 2005 : JORF n° 173, 27 juill. 2005, p. 12187.

¹⁴⁰¹ F. KESSLER, Bulletin Joly Sociétés 2012, p. 1001, note sous Cass. com., 28 juin 2011, n° 09-16.646.

¹⁴⁰² F. PENNING, Les pensions professionnelles aux Pays-Bas, RDSS 2008, p. 1053.

¹⁴⁰³ R. MAATMAN, Dutch Pension Funds, Fiduciary duties and investing, Law of Business and Finance, Volume 7, Kluwer Legal Publishers 2004, p. 60.

¹⁴⁰⁴ CMS International Guide to Pensions, January 2011, p. 55.

engagements individuels de retraite en faveur des mandataires sociaux ainsi que ceux existant au 16 novembre 2013 consentis aux chefs d'entreprise indépendants ou à des salariés¹⁴⁰⁵.

2. *La protection contre l'insolvabilité de l'organisme spécialisé*

449. Textes. - Les règles de solvabilité applicables aux organismes assureurs et aux institutions de retraite visent à les préserver de l'insolvabilité davantage encore que les entreprises de droit commun. Pour autant, lorsqu'un opérateur spécialisé en matière de protection sociale complémentaire se trouve dans une telle situation, deux interrogations surgissent. Tout d'abord, sur qui pèse le risque lié à sa défaillance ? Il est logique qu'il se reporte en premier lieu sur l'employeur, ce dernier demeurant tenu de respecter l'engagement souscrit au profit des salariés bénéficiaires. L'altération du lien assurantiel en raison des difficultés rencontrées par ce cocontractant est sans incidence¹⁴⁰⁶. Faut-il par ailleurs appliquer à l'organisme spécialisé le droit commun des procédures collectives ? L'article 1^{er} du règlement n° 1346/2000/CE du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité¹⁴⁰⁷ exclut de son champ d'application « *les entreprises d'assurance et les établissements de crédit, les entreprises d'investissement qui fournissent des services impliquant la détention de fonds ou de valeurs mobilières de tiers, ainsi que les organismes de placement collectif* ». Le point 9 du préambule précise qu'il en est ainsi parce qu'elles « *sont soumises à un régime particulier et que les autorités de contrôle nationales disposent, en partie, de pouvoirs d'intervention très étendus* ».

¹⁴⁰⁵ Loi programme, 22 juin 2012 : Moniteur belge, 28 juin 2012 ; Social international 2012, n° 727, p. 7 et 8.

¹⁴⁰⁶ L.-E. CAMAJI, La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales, Dalloz 2008, n° 564, p. 339.

¹⁴⁰⁷ Règl. n° 1346/2000/CE du 29 mai 2000 : JOCE n° L 160, 30 juin 2000, p. 1.

Qu'en est-il de la directive n° 2001/17/CE du 19 mars 2001¹⁴⁰⁸, laquelle a pour objet de coordonner la législation des Etats membres lorsque des mesures d'assainissement ou de liquidation des entreprises d'assurance sont mises en œuvre? En reconnaissant un statut privilégié aux créanciers d'assurance, ce texte « *contribue en outre au renforcement de la protection sociale en Europe, s'agissant à tout le moins des couvertures liées à un contrat d'assurance* », même s'il concerne plutôt les législations offrant une large place à la gestion interne des régimes de protection sociale complémentaire¹⁴⁰⁹.

Le principe est également rappelé, quoique de manière plus implicite, dans la directive n° 2003/41/CE du 3 juin 2003 sur les institutions de retraite professionnelles¹⁴¹⁰. Le préambule se prononce en faveur de l'exclusion du champ d'application du texte des institutions, telles que les « *Unterstützungskassen* » en Allemagne, dans lesquelles les membres sont couverts par une assurance obligatoire contre le risque d'insolvabilité. Le fait de relever des règles générales de lutte contre l'insolvabilité est susceptible de constituer un critère d'exclusion de l'application des règles spécifiques posées par la directive. Le préambule ajoute qu'en cas d'activité transfrontalière, la reconnaissance mutuelle des principes de surveillance appliqués dans les Etats exige que les provisions techniques soient à tout moment intégralement couvertes ; mais si l'institution n'opère pas sur une base transfrontalière, les Etats peuvent autoriser une couverture partielle à condition qu'un plan adéquat de retour à une couverture intégrale ait été établi, et sans préjudice des exigences de la directive relative à la garantie des créances salariales (considérants n° 28 et 29). La directive n° 2003/41 n'impose donc la couverture des engagements qu'en cas d'activité transfrontalière.

¹⁴⁰⁸ Dir. n° 2001/17/CE, 19 mars 2001 : JOCE n° L 110, 20 avr. 2001, p. 28. Ce texte a été transposé en France par l'ordonnance n° 2004-504 du 7 juin 2004 : JORF n° 133, 10 juin 2004, p. 10233.

¹⁴⁰⁹ J.-M. BINON, H. CLAASSENS, La protection sociale complémentaire en droit européen : cadre général, acquis et questions pendantes, *in* La protection sociale complémentaire dans l'Union européenne, la problématique des pensions et des soins de santé / De Anvullende sociale voorzieningen in de Europese Unie, pensioenen en gezondheidszorg, dir. C. VAN SCHOU BROECK, Academia-Bruylant 2003, n° 70, p. 134.

¹⁴¹⁰ Dir. n° 2003/41, 3 juin 2003 : JOUE n° L 235, 23 sept. 2003, p. 10.

En France l'article L. 423-1 du code des assurances dispose que les entreprises agréées, soumises au contrôle de l'Etat en vertu de l'article L. 310-1, adhèrent à un fonds de garantie destiné à préserver les droits de leurs assurés et des souscripteurs, adhérents et bénéficiaires de leurs contrats d'assurance vie, de capitalisation, couvrant des dommages corporels, ou les droits visés à l'article L. 441-1, c'est-à-dire ceux découlant d'opérations de prévoyance collective et d'assurance.

450. Aménagements. - La spécificité de certains types d'organismes, mutuelles notamment, et les valeurs de solidarité qui les animent peuvent difficilement être mises en avant pour justifier que les règles applicables en matière de procédures collectives soient aménagées à leur profit : *« le droit des procédures collectives constitue un socle minimal et nécessaire de protection à l'encontre des adhérents, qui n'ont pas à souffrir des difficultés financières de l'institution dans laquelle ils évoluent et qui a à sa charge la protection de leurs intérêts »*¹⁴¹¹. Les quelques aménagements prévus par le droit européen ne s'expliquent que parce que le régime applicable à ces organismes est de nature à renforcer les garanties financières qu'ils offrent, et non en raison de leur - éventuelle - finalité sociale. Comme souvent s'agissant de la protection sociale complémentaire, la meilleure des protections des salariés est celle qui se concilie le mieux avec les intérêts du marché européen.

Section 2 - Le bouleversement contractuel

451. Le bouleversement de la garantie de protection sociale complémentaire peut découler d'altérations du lien contractuel, qu'elle affecte la relation de travail (§ 1) ou la relation nouée avec l'organisme spécialisé (§ 2).

¹⁴¹¹ M.-A. RAKOTOVAHINY, Mutuelle et procédures collectives, RTD com. 2006, p. 25.

§ 1. La relation de travail

452. Les révisions ou remises en cause de la protection sociale complémentaire d'entreprise peuvent être rendues nécessaires afin d'équilibrer les comptes du régime. Statistiquement, la moitié des modifications effectuées entraîne une augmentation du taux des cotisations¹⁴¹². Les évolutions du contrat d'assurance, les réorganisations, les réformes fréquentes de l'environnement social et fiscal constituent également d'importants facteurs d'évolution du cadre contractuel. Les aspects collectifs (*A*) ou individuels (*B*) de la relation de travail sont susceptibles d'en être affectés. Le droit européen ne régit pas ces bouleversements contractuels. Le droit du travail et le droit des assurances demeurent des droits à forte dimension nationale. Dès lors, comment des régimes de protection sociale complémentaire paneuropéens pourraient-ils offrir une quelconque sécurité juridique si les relations contractuelles établies entre les différents acteurs sont susceptibles d'être modifiées par suite du franchissement d'une frontière ? Dans ce contexte, le champ d'analyse se trouve limité aux régimes nationaux. En 1989, à l'occasion de la loi Evin, la France s'est dotée de règles aménageant les conséquences, pour les bénéficiaires, d'éventuels bouleversements. Ce dispositif, solidement établi, pourrait utilement inspirer les pouvoirs publics européens.

A. Les aspects collectifs de la relation de travail

453. France - Selon l'article L. 911-3 du code de la sécurité sociale, les dispositions du code du travail applicables, de droit commun, aux conventions et accords collectifs le sont également à ceux d'entre eux qui concernent la protection sociale complémentaire. En application de l'article L. 2261-8 du code du travail, l'avenant portant révision de tout ou partie d'une convention ou d'un accord se substitue de plein droit aux stipulations de la convention ou de l'accord qu'il modifie. Il est opposable à l'ensemble des employeurs et des salariés liés par la convention ou l'accord. Les salariés ne peuvent se prévaloir d'une modification de

¹⁴¹² P. MORVAN, Droit de la protection sociale, LexisNexis 2013, 6^e éd., n° 1130, p. 891.

leur contrat de travail¹⁴¹³ ni du maintien de droits acquis¹⁴¹⁴. Ainsi, les salariés dont l'admission à la retraite est postérieure à la date d'entrée en vigueur du régime résultant de l'accord collectif révisant l'accord initial n'ont aucun droit acquis à bénéficier d'une liquidation de leur retraite supplémentaire selon les modalités du régime institué par ce dernier, dont les prestations, quoique définies, ne sont pas garanties¹⁴¹⁵. Par ailleurs, lorsque le régime complémentaire a été mis en place par voie référendaire, il peut être modifié ou révisé par accord collectif ou par référendum¹⁴¹⁶. Enfin, lorsqu'il a été institué par décision unilatérale, les solutions dégagées en droit commun, s'agissant de la procédure de modification des engagements unilatéraux, s'appliquent. Les conséquences de la modification présentent, en revanche, des spécificités. Ainsi, lorsqu'elle intervient par l'intermédiaire d'une nouvelle décision unilatérale, les dispositions de l'article 11 de la loi Evin sont mises en œuvre : le salarié présent dans l'entreprise lors de la modification du régime peut refuser d'y cotiser si ce régime ne prévoyait pas de cotisation à la charge des bénéficiaires avant d'être amendé ou si la modification opérée entraîne une majoration du montant de la cotisation salariale. A l'inverse, lorsque le régime est modifié par convention ou accord collectif ou par voie référendaire, les salariés ne peuvent s'y opposer, même s'ils estiment que le changement leur est défavorable.

S'agissant de la dénonciation, les salariés conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis, intégrés au contrat de travail, lorsque l'accord collectif qui a été dénoncé n'a pas été remplacé¹⁴¹⁷. L'avantage individuel acquis est celui qui, au jour de la dénonciation, procurait au salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficiait à titre personnel et qui correspondait à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel¹⁴¹⁸. La Cour de cassation s'est déjà prononcée sur le caractère d'avantage individuel acquis de certaines garanties de protection sociale

¹⁴¹³ Cass. soc., 16 nov. 1993, n° 90-43.233, Bull. civ. V, n° 273.

¹⁴¹⁴ Cass. soc., 30 mars 1994, n° 90-42.144.

¹⁴¹⁵ Cass. soc., 28 mai 2002, n° 00-12.918, Bull. civ. V, n° 181 ; Droit Social 2002, p. 874, obs. Ph. COURSIER ; JCP E 2003, 1553, note M. ROUSSEAU.

¹⁴¹⁶ Cass. soc., 10 février 1999, n° 97-13.015, Bull. civ. V, n° 63.

¹⁴¹⁷ Cass. soc., 31 janv. 2007, n° 05-17.216.

¹⁴¹⁸ Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-45.651, Bull. civ. V, n° 90.

complémentaire. En cas de dénonciation d'un accord collectif relatif à un régime de retraite complémentaire à prestations définies prévoyant certaines modalités de révision annuelle de la pension, puis de conclusion d'un accord collectif de substitution modifiant ces modalités de révision, si les salariés mis à la retraite avant la dénonciation de l'accord collectif ont droit au maintien du niveau de la pension atteint au jour de la dénonciation ainsi qu'au maintien des modalités de revalorisation initiales jusqu'à la date de l'accord de substitution, ils ne peuvent, au-delà de cette date, se prévaloir des modalités de revalorisation résultant de l'accord collectif dénoncé ; elles constituent un avantage collectif, non un avantage individuel¹⁴¹⁹. Par ailleurs, la dénonciation d'un régime de retraite supplémentaire à cotisations patronales et à prestations définies mais non garanties avant que le bénéficiaire ait fait liquider ses droits à pension de retraite, ne fait naître aucun droit acquis au profit de ce dernier¹⁴²⁰. Ainsi encore, le maintien du salaire pendant un congé de maladie ne correspond pas à un droit déjà ouvert et ne constitue pas un avantage individuel acquis dès lors que le congé de maladie a commencé après l'expiration de la période de survie, postérieure à la dénonciation, de l'accord prévoyant ledit maintien¹⁴²¹. De même, le maintien à d'anciens salariés devenus retraités de conditions tarifaires préférentielles attachées à leur qualité de clients éventuels de l'entreprise (une caisse d'épargne) ne constitue pas un avantage de retraite¹⁴²². La notion d'avantage individuel acquis reste donc floue en matière de protection sociale complémentaire, aucune ligne directrice n'ayant été dégagée par la jurisprudence.

Lorsque le régime de protection sociale complémentaire a été mis en place par voie référendaire, il peut être dénoncé selon les modalités prévues par l'accord ou, à défaut, par dénonciation unilatérale dès lors que celle-ci n'est pas entachée de fraude et respecte les droits acquis¹⁴²³.

¹⁴¹⁹ Cass. soc., 17 mai 2005, n° 02-46.581 et a., Bull. civ. V, n° 170, note Ph. COURSIER.

¹⁴²⁰ Cass. soc., 12 avr. 2005, n° 02-47.384.

¹⁴²¹ Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-43.324 ; JCP S 2009, 1408, note G. VACHET.

¹⁴²² Cass. soc. 17 mai 2011, n° 10-17.228, Bull. civ. V, n° 111 ; JCP S 2011, 1378, note E. JEANSEN.

Enfin, lorsque le régime a été institué par décision unilatérale, il est dénoncé selon les règles de droit commun applicables à ce type d'acte. Le respect de ce formalisme est essentiel. La dénonciation régulière fait disparaître le droit à prestations à l'issue du préavis¹⁴²⁴. En revanche, la dénonciation irrégulière n'est pas opposable au salarié¹⁴²⁵. Ainsi, ce dernier peut demander un différentiel de retraite supplémentaire alors même que les engagements ne seraient plus couverts par un organisme spécialisé.

La validité de la dénonciation d'un engagement unilatéral, d'un accord acquis par référendum ou d'une convention ou d'un accord collectif n'est pas subordonnée à la communication par l'employeur aux salariés concernés d'une information sur ses conséquences à l'égard des droits qu'ils tiennent de l'acte dénoncé¹⁴²⁶.

454. Hors de France. - L'employeur peut généralement dénoncer unilatéralement le régime de protection sociale complémentaire institué au profit de ses salariés. Tel n'est pas le cas aux Pays-Bas : le consentement individuel du bénéficiaire est requis. De nombreuses exceptions sont toutefois aménagées afin d'éviter la sclérose du dispositif¹⁴²⁷, de sorte qu'il existe une faculté de résiliation renforcée¹⁴²⁸.

Aux Etats-Unis, le régime de retraite d'entreprise peut également être remis en cause unilatéralement, pourvu que les réserves techniques permettent de financer les pensions en cours et les droits acquis des salariés - peu important leur ancienneté - et des anciens salariés¹⁴²⁹.

¹⁴²³ Cass. soc., 26 sept. 2002, n° 01-00.550.

¹⁴²⁴ Cass. soc., 6 juin 2007, n° 06-40.521, Bull. civ. V, n° 93 ; Droit social 2007, p. 1192, obs. J. BARTHELEMY.

¹⁴²⁵ Cass. soc., 26 juin 2013, n° 11-28.336 ; RDSS 2013, p. 1145, obs. F. KESSLER.

¹⁴²⁶ Cass. soc., 14 mai 2008, n° 06-20.173 ; JCP S 2008, 1556, note A. MARTINON.

¹⁴²⁷ CMS International Guide to Pensions, January 2011, p. 40.

¹⁴²⁸ D'une manière générale, il est constaté que « *le pouvoir patronal de suppression du régime et les conséquences de l'exercice de cette prérogative rendent les intérêts des bénéficiaires tributaires du bon vouloir du chef d'entreprise* » (S. MICHAS BEGUERIE, Régimes privés de retraites complémentaires. Perspectives comparative et européenne, LGDJ 1998, n° 213, p. 289).

¹⁴²⁹ G. TAMBURI, Y. CHASSARD, Fonds de pension. Comment font les autres pays, *Economica* 2002, p. 64.

B. Les aspects individuels de la relation de travail

455. OCDE. - Le principe fondamental n° 5 des lignes directrices adoptées par l'OCDE intitulé « Droits des participants et des bénéficiaires et adéquation des prestations »¹⁴³⁰ traite de la portabilité dans un contexte exclusivement national¹⁴³¹. Ce texte insiste sur la nécessité de la portabilité, facteur de promotion de la mobilité professionnelle et de transparence en ce qui concerne les droits à retraite¹⁴³². Cette organisation est consciente de ce que la portabilité peut « *constituer une charge administrative inacceptable pour les employeurs ou réduire les économies d'échelle dont les employeurs peuvent bénéficier dans la gestion de leurs plans de retraite* ». La liberté de choix des individus est mise en avant : ils ne doivent pas être contraints à la portabilité de leurs droits ; le maintien de ceux-ci dans le régime d'origine doit rester possible¹⁴³³.

456. France. - La loi Evin¹⁴³⁴ a considérablement renforcé les garanties dont bénéficient les salariés en cas de rupture du contrat de travail. Elle admet la possibilité de maintenir, dans une telle situation, la garantie souscrite en vue d'obtenir le remboursement ou l'indemnisation des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident. L'acte fondateur doit prévoir, sans condition de période probatoire, d'examen médical ou de questionnaire médical, les modalités et conditions tarifaires des nouveaux contrats ou conventions par lesquels l'organisme maintient cette couverture au profit des anciens salariés bénéficiaires d'une rente d'incapacité ou d'invalidité, d'une pension de retraite ou, s'ils sont privés d'emploi, d'un revenu de remplacement, sans condition de durée, sous réserve que les intéressés en fassent la demande dans les six mois qui suivent la rupture de leur contrat de travail ou, le cas échéant, afin de tenir compte de la portabilité des garanties, dans les six mois suivant l'expiration de la

¹⁴³⁰ Principes de l'OCDE sur la réglementation des pensions professionnelles – Méthodologie pour l'évaluation et la mise en œuvre, OCDE 2011, p. 64.

¹⁴³¹ Principes de l'OCDE sur la réglementation des pensions professionnelles – Méthodologie pour l'évaluation et la mise en œuvre, OCDE 2011, p. 73.

¹⁴³² Principes de l'OCDE sur la réglementation des pensions professionnelles – Méthodologie pour l'évaluation et la mise en œuvre, OCDE 2011, p. 72.

¹⁴³³ Principes de l'OCDE sur la réglementation des pensions professionnelles – Méthodologie pour l'évaluation et la mise en œuvre, OCDE 2011, p. 74.

¹⁴³⁴ L. n° 89-1009, 31 décembre 1989 : JORF n° 1, 2 janv. 1990, p. 13.

période durant laquelle ils bénéficient à titre temporaire du maintien de celles-ci. L'organisme adresse la proposition de maintien de la couverture à ces anciens salariés au plus tard dans le délai de deux mois à compter de la date de la cessation du contrat de travail ou de la fin de la période du maintien des garanties à titre temporaire. Le maintien de la couverture peut aussi être assuré au profit des personnes garanties du chef de l'assuré décédé, pendant une durée minimale de douze mois à compter du décès, sous réserve que les intéressés en fassent la demande dans les six mois suivant le décès. L'employeur en informe l'organisme ; ce dernier adresse la proposition de maintien de la couverture à ces personnes dans le délai de deux mois à compter du décès. Le nouveau contrat ou la nouvelle convention - il ne s'agit donc pas d'un contrat de protection sociale d'entreprise mais d'un contrat d'assurance individuel facultatif - doit prévoir que la garantie prend effet, au plus tard, au lendemain de la demande. Les tarifs pratiqués dans cette situation ne peuvent être supérieurs aux tarifs globaux applicables aux salariés actifs dans la limite de 150 % des derniers tarifs¹⁴³⁵. Ce plafonnement évite que les anciens salariés soient contraints de renoncer à se prévaloir du dispositif précédent¹⁴³⁶ en raison d'un différentiel de tarif trop important par rapport à celui qui leur était appliqué lorsqu'ils étaient en poste. S'est posée, à ce propos, la question de savoir si l'organisme assureur est tenu de proposer une couverture identique aux anciens salariés ou s'il peut se borner à maintenir une couverture similaire. La Cour de cassation a admis que la couverture maintenue devait être identique à celle dont bénéficiait l'ancien salarié lorsqu'il était dans l'entreprise¹⁴³⁷.

457. Portabilité des garanties couverture santé et prévoyance. - L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008¹⁴³⁸ a institué un mécanisme de maintien (« portabilité ») du bénéfice des garanties de couverture santé et prévoyance en cas de rupture du contrat de travail. Ce dispositif fait écho au dispositif né de la loi Evin, avec lequel il s'articule. Certains estiment que les

¹⁴³⁵ D. 30 août 1990, n° 90-769 : JORF n° 202, 1^{er} sept. 1990, p. 10664.

¹⁴³⁶ Posé à l'article 4 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 (JORF n° 1, 2 janv. 1990, p. 13).

¹⁴³⁷ Cass. 2^e civ., 7 févr. 2008, n° 06-15.006, Bull. civ. II, n° 25 ; JCP S 2008, 1227, note F. KESSLER, Y.-E. LOGEAIS ; JCP E 2008, 611, note L. LAUTRETTE, D. PIAU ; F. VINCENS, G.-B. LAFFONT, Maintien de la couverture « frais de santé » aux anciens salariés : les contraintes de l'article 4 de la Loi Evin, JSL 2000, n° 249, p. 4.

initiatives ainsi prises témoignent de la mise en place progressive d'une forme de « flexicurité » sociale complémentaire¹⁴³⁹. D'autres oscillent entre interrogations pratiques et pessimisme en présence d'un mécanisme pourtant inventif¹⁴⁴⁰. Quelles que soient les remarques des uns et des autres, ce dispositif, complété, a été intégré dans le code de la sécurité sociale à l'occasion de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013¹⁴⁴¹. La « portabilité » concerne actuellement les frais de santé et la prévoyance, non la retraite. En application de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale, ce dispositif s'applique aux salariés dont le contrat de travail est rompu - sauf en cas de faute lourde - et qui sont pris en charge par le régime d'assurance chômage. Les garanties sont maintenues pendant une durée correspondant à la durée du contrat de travail, dans la limite de douze mois¹⁴⁴². Ce maintien est gratuit pour l'ancien salarié ; le financement de la garantie est assuré à la fois par l'employeur et les salariés présents dans l'entreprise¹⁴⁴³. Le surcoût lié à cette réforme est estimé entre 6 à 8 % par an¹⁴⁴⁴. Les conséquences, sur la portabilité, du placement de l'entreprise en redressement ou liquidation judiciaire suscitent des interrogations, en particulier s'agissant d'une intervention des AGS. La création d'un fonds de mutualisation peut paraître souhaitable¹⁴⁴⁵.

¹⁴³⁸ ANI, 11 janv. 2008 ; avenant n° 3 à l'ANI du 11 janv. 2008, 15 mai 2009.

¹⁴³⁹ J.-F. CESARO, La « flexicurité » sociale complémentaire, SSL 2008, suppl. n° 1348, p. 73.

¹⁴⁴⁰ Notamment : X. LAGARDE, Prévoyance : questions pratiques sur la mise en œuvre de la portabilité, JCP S 2009, 1400 ; S. BEAL, M. HALLOPEAU, A. FERREIRA, Maintien de la prévoyance pour les anciens salariés, Les Cahiers du DRH 2009, n° 155, p. 45 ; G. BRIENS, Analyse critique de l'article 14 de l'Ani du 11 janvier 2008, SSL 2009, n° 1409, p. 9 ; R. THIESSET, La portabilité de la prévoyance : un droit difficile à porter ?, Gaz Pal. 2009, n° 132, p. 9 ; J. BARTHELEMY, La portabilité des garanties collectives de prévoyance, Droit social 2008, p. 325 ; D. RIGAUD, Etendue et mise en œuvre de la portabilité en matière de prévoyance, JCP S 2008, 1547.

¹⁴⁴¹ L. n° 2013-504, 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi : JORF n° 138, 16 juin 2013, p. 9958. V. G. BRIENS, La nouvelle portabilité des garanties de protection sociale complémentaire, Droit social 2013, p. 895 ; V. ROULET, La portabilité des droits de prévoyance au vu de la sécurisation de l'emploi, Droit social 2013, p. 901 : « la portabilité ? C'est la sécurisation... sans l'emploi ! ».

¹⁴⁴² L'ANI du 11 janvier 2008 prévoyait un maintien pendant neuf mois. La loi du 14 juin 2013 a porté cette durée à douze mois. Néanmoins, l'article 1, X, de ce texte précise que l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale est applicable au titre des garanties liées aux risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité à compter du 1^{er} juin 2014, et au titre des garanties liées au risque décès ou aux risques d'incapacité de travail ou d'invalidité à compter du 1^{er} juin 2015.

¹⁴⁴³ Antérieurement, le financement du dispositif était assuré conjointement par l'ancien employeur et son ancien salarié dans les mêmes proportions qu'avant la rupture.

¹⁴⁴⁴ A. ANDRE, propos recueillis par F. LIMOGES in L. VIEL, Les tarifs santé font le grand écart, L'Argus de l'assurance 2013, n° 7342, p. 17.

¹⁴⁴⁵ C. MILLET-URSIN, O. ANFRAY, Loi de sécurisation de l'emploi, protection sociale complémentaire des salariés et droit des procédures collectives : quelques questions, Lettre d'actualité des procédures collectives civiles et commerciales 2013, repère 177.

458. Transférabilité des retraites. - Les contrats d'assurance de groupe en cas de vie dont les prestations sont liées à la cessation d'activité prévoient obligatoirement - quel que soit l'organisme assureur - une clause de « transférabilité »¹⁴⁴⁶. Le salarié qui quitte l'entreprise conserve le bénéfice de ses droits acquis, qu'il peut soit maintenir dans le compte individuel ouvert par son ancien employeur, soit transférer vers le régime de retraite supplémentaire à cotisations définies de son nouvel employeur. Les articles D. 132-6 et suivants du code des assurances précisent les conditions dans lesquelles cette transférabilité intervient. Le contrat d'assurance comporte une clause permettant le transfert des droits individuels en cours de constitution, laquelle est reproduite dans la notice remise aux salariés bénéficiaires. Elle indique, en particulier, les modalités d'attribution des résultats techniques et financiers relatifs à la période écoulée depuis la dernière répartition de ces résultats jusqu'à la date de détermination de la valeur de transfert ; les résultats ainsi attribués ne peuvent être inférieurs, pour les contrats qui en comportent, aux intérêts garantis par le contrat calculés prorata temporis. La valeur de transfert des droits individuels en cours de constitution est notifiée à l'adhérent demandant le transfert ainsi qu'à l'entreprise d'assurance du contrat d'accueil dans un délai de trois mois après la réception de cette demande. Pour les autres assurances sur la vie et pour les opérations de capitalisation, l'assureur ne peut refuser ni la réduction ni le rachat.

459. Les avantages de retraite. - La jurisprudence a accru les droits des salariés qui quittent l'entreprise, en particulier des retraités. La Cour de cassation a bâti la catégorie *sui generis* des avantages de retraite, auxquels elle a donné une force juridique contestable. Ainsi a-t-elle décidé que le versement volontaire, par l'employeur, d'une prime dite de « milieu d'année » postérieurement à la mise à la retraite du salarié entraînait la transformation de la prime versée pendant la période d'activité en un avantage de retraite ; dès lors, la dénonciation de l'usage instituant

¹⁴⁴⁶ C. ass., L. 132-23 ; C. mut., L. 223-22 ; CSS., L. 932-23 ; E. BONAN, G. BRIENS, Aspect juridique des clauses de transférabilité dans les contrats de retraite supplémentaire, SSL 2001, n° 1022.

la prime ne remet pas en cause cet avantage après la liquidation de la retraite¹⁴⁴⁷. Ultérieurement confirmée¹⁴⁴⁸, cette jurisprudence est exposée à la critique¹⁴⁴⁹. Avant son adoption, Jacques Barthélémy écartait pareille analyse : « *que ce soit parce qu'ils sont sujets des accords de retraite, parce que les syndicats les représentent ou parce que, si l'accord naît de la volonté référendaire, ils participent au vote, les retraités se trouvent dans la même situation juridique que les actifs à l'égard de l'accord collectif de retraite. Pas davantage que les salariés, ils ne peuvent, en conséquence, revendiquer le maintien à leur profit du texte ancien d'un accord révisé* »¹⁴⁵⁰. Il est, au demeurant, permis de penser que l'analyse de la Cour de cassation est remise en cause par la décision de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle si la modification ou la suppression du droit aux prestations complémentaires de retraite constitue une atteinte au droit de propriété, elle ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect des biens au sens de l'article 1 du protocole n°1 de la CEDH¹⁴⁵¹.

Echo, peut être, de cette jurisprudence européenne, la Cour de cassation a infléchi sa position dans un arrêt du 20 mai 2014. Elle a en effet relevé que lorsqu'un accord collectif ayant le même objet qu'un usage d'entreprise est conclu entre l'employeur et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives qui ont vocation à négocier pour l'ensemble des salariés et anciens salariés, cet accord met fin à l'usage. Elle en déduit que la dénonciation de l'usage dont bénéficiaient auparavant les anciens salariés (consistant dans la prise en charge partielle de cotisations santé) résultait d'un accord conclu avec les organisations syndicales représentatives qui se substituait à l'ensemble des usages et mesures unilatérales

¹⁴⁴⁷ Cass. soc., 30 nov. 2004, n° 02-45.367, Bull. civ. V, n° 307

¹⁴⁴⁸ Cass. soc. 12 mai 2009, n° 07-44.727, Bull. civ. V, n°

¹⁴⁴⁹ « *Parce que les salariés retraités ne sont plus liés à l'entreprise par un contrat de travail, l'employeur doit continuer à verser l'avantage dénoncé à l'égard de tous les autres salariés présents dans l'entreprise. L'absence de lien de droit justifie en quelque sorte l'obligation de l'employeur et la cristallise* » (Y.-E. LOGEAIS, Protection sociale d'entreprise, JCP E 2009, 2076). Voir également : G. VACHET, note sous Cass. soc., 12 mai 2009, n° 07-44.727, JCP S 2009, 1409 ; Ch. RADE, De la prétendue intangibilité des avantages de retraite, Lexbase hebdo édition sociale 2009, n° 353 ; S. PELICIER-LOEVENBRUCK, L'avantage de retraite : une catégorie sui generis ?, SSL 2006, suppl. n° 1254, p. 19.

¹⁴⁵⁰ J. BARTHELEMY, La restructuration des régimes complémentaires de retraite, JCP E 1998, 1590.

ayant le même objet¹⁴⁵². Cette décision présente un double intérêt : 1) la Cour de cassation ne se prononce pas sur la qualification d'avantage de retraite (qui a été rejetée par la Cour d'appel de Paris aux motifs que les sommes n'étaient pas versées directement aux anciens salariés mais à l'organisme assureur et que l'adhésion au régime présentait pour eux un caractère facultatif) ; la portée de ce silence reste à apprécier ; il peut s'agir d'une remise en cause implicite d'une notion aux contours incertains, du souhait de laisser le pouvoir d'appréciation aux juges du fond ou de la volonté de la Cour de cassation d'éviter de se lancer dans une casuistique jurisprudentielle dont les effets négatifs ne sont que trop prévisibles ; 2) la décision rendue le 20 mai 2014 est marquée du sceau du pragmatisme ; l'accord collectif permet de remettre en cause les droits des anciens salariés de la même manière qu'il peut remettre en cause les droits des salariés en poste ; ce faisant, la Cour de cassation refuse de considérer que les premiers constituent une catégorie distincte des seconds dont les droits ne pourraient être modifiés par des syndicats dont la représentativité n'a parfois été acquise que postérieurement à leur départ à la retraite ; ceux-ci sont investis du pouvoir de négocier et conclure des accords dans l'intérêt du personnel de l'entreprise au sens large.

460. Espagne. - Le décret législatif n° 1/2002 du 27 novembre 2003¹⁴⁵³ prévoit le transfert à la fin du contrat des droits acquis dans le cadre des régimes complémentaires de retraite, d'incapacité, de veuvage et au profit des orphelins¹⁴⁵⁴. Les droits acquis ne deviennent cependant effectifs qu'en cas d'intégration dans un autre régime complémentaire ou lorsque le fait générateur ouvrant droit à la

¹⁴⁵¹ CEDH, 2 févr. 2010, req. n° 42430/05 ; JCP E 2010, 1597, note M. DELUMEAU. Certains auteurs s'interrogeaient antérieurement sur une telle atteinte au droit européen (F. KESSLER, Protection sociale d'entreprise, JCP E 2005, 1550).

¹⁴⁵² Cass. soc., 20 mai 2014, n° 12-26.322, Bull. civ. V, n° 124 ; JSL 2014, n° 370, p. 17, comm. J.-Ph. LHERNOULD ; Droit social 2014, p. 685, obs. V. ROULET ; JCP E 2014, 1393, note I. HADOUX-VALLIER et P. KLEIN.

¹⁴⁵³ Decreto-Ley n° 1/2002, 27 nov. 2003 : BOE n° 298, 13 déc. 2003.

¹⁴⁵⁴ Liaisons sociales Europe 2003, n° 71.

prestation se produit. Les intéressés peuvent rester dans le régime d'origine si celui-ci leur ouvre cette faculté¹⁴⁵⁵.

461. Allemagne. - En cas de rupture du contrat de travail, les droits acquis peuvent demeurer dans le régime de retraite d'origine ou être transférés. Si la transférabilité à la sortie est obligatoire, elle ne l'est pas à l'entrée, privant en partie d'efficacité la réglementation établie. Est généralement prévue la revalorisation des droits acquis, en dépit du silence de la loi sur ce point. Une place importante est donnée aux parties. Elles peuvent s'accorder sur la question du transfert¹⁴⁵⁶.

462. Royaume-Uni. - Au Royaume-Uni, la transférabilité des droits des salariés est mal assurée alors que le problème est connu depuis les années 1950. Les progrès sont lents¹⁴⁵⁷ même si des réformes sont intervenues en 1973 (date à laquelle a été posé un principe de portabilité en cas d'accord entre les employeurs successifs) et en 1985¹⁴⁵⁸. Ces dispositifs défavorisent les salariés mobiles qui financent indirectement la retraite des salariés fidèles à l'entreprise¹⁴⁵⁹. Actuellement, la loi aménage le transfert d'un « occupational pension scheme », c'est-à-dire un régime d'entreprise, vers un « personal pension scheme » (un plan individuel). Les régimes d'entreprise ne sont pas tenus d'accepter le transfert, ni à la sortie, ni à l'entrée, contrairement aux plans individuels. En revanche, les droits acquis dans le cadre des « stakeholders pensions schemes » sont transférables. La transférabilité n'étant pas la norme au Royaume-Uni, la revalorisation des droits à pension est essentielle. A ce titre, sont distingués les régimes à cotisations définies

¹⁴⁵⁵ Ph. MARTIN, Portabilité des retraites et mobilité salariale / Portabilität des betriebsrenten und Mobilität der Arbeitnehmer, in Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé, dir. S. HENNION-MOREAU, O. KAUFMANN, Bruylant 2007, p. 151.

¹⁴⁵⁶ Ph. MARTIN, Portabilité des retraites et mobilité salariale / Portabilität des betriebsrenten und Mobilität der Arbeitnehmer, in Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé, dir. S. HENNION-MOREAU, O. KAUFMANN, Bruylant 2007, p. 150 ; O. KAUFMANN, Protection sociale d'entreprise, JCP E 2004, 1687.

¹⁴⁵⁷ C. NORTHCOTE PARKINSON, Parkinson's Law 1958, p. 122, cité par L. HANNAH, Inventing retirement, The development of occupational pensions in Britain, Cambridge University Press 1986, p. 100.

¹⁴⁵⁸ G. BONOLI, The Politics of Pension Reform, Institutions and Policy Change in Western Europe, Cambridge University Press 2000, p. 65.

et ceux à prestations définies. Les premiers doivent revaloriser les droits acquis en lien avec les retours d'investissement ; les seconds doivent procéder à une réévaluation en lien avec l'inflation¹⁴⁶⁰.

463. Pays-Bas. - Aux Pays-Bas, les droits acquis dans le cadre d'un régime de retraite supplémentaire sont totalement transférables en cas de changement d'employeur. Les droits à pension sont indexés de la même manière que les pensions servies¹⁴⁶¹.

§ 2. La relation avec l'organisme spécialisé

464. L'altération de la relation avec l'organisme spécialisé constitue un bouleversement majeur du régime de protection sociale complémentaire lorsque celui-ci est externalisé (A). Certains mécanismes permettent toutefois d'en atténuer les effets, de telle sorte que « *la fin du contrat d'assurance [...] n'entraîne pas nécessairement la fin des prestations* »¹⁴⁶² (B).

A. L'altération de la relation

465. L'atteinte au régime de protection sociale complémentaire est moindre lorsque la relation avec l'organisme spécialisé est modifiée (1) que lorsqu'elle est résiliée (2)¹⁴⁶³.

¹⁴⁵⁹ S. MICHAS BEGUERIE, Régimes privés de retraites complémentaires. Perspectives comparative et européenne, LGDJ 1998, n° 258, p. 347.

¹⁴⁶⁰ Ph. MARTIN, Portabilité des retraites et mobilité salariale / Portabilität des betriebsrenten und Mobilität der Arbeitnehmer, in Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé, dir. S. HENNION-MOREAU, O. KAUFMANN, Bruylant 2007, p. 151.

¹⁴⁶¹ Les pensions dans les pays de l'OCDE 2009. Panorama des systèmes de retraite, Editions OCDE 2009, p. 269.

¹⁴⁶² J.-F. CESARO, Protection sociale d'entreprise et assurance, Droit social 2006, p. 165.

¹⁴⁶³ Il est à juste titre relevé que, dans la mesure où le contrat collectif couvre de nombreuses personnes, une résiliation est susceptible d'avoir des conséquences importantes, que ce soit pour l'assureur, qui y perd un volume important de cotisations, ou pour les adhérents qui peuvent rencontrer des difficultés à trouver un autre assureur. La modification du contrat est dès lors préférable (J. BIGOT (dir.), Traité des assurances, tome 4 : les assurances de personnes. LGDJ 2007, n° 903, p. 733).

1. La modification

466. Présentes lors de la mise en place et de la mise en œuvre du régime, les obligations d'information jouent également un rôle essentiel en cas de modification du régime. En application de la loi Evin, le souscripteur (c'est-à-dire l'employeur) est tenu d'informer préalablement par écrit les adhérents (les salariés) de toute réduction des garanties contre le risque décès, les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité ainsi que les risques d'incapacité de travail ou d'invalidité¹⁴⁶⁴. En cas de violation de ces dispositions par l'employeur, le préjudice subi par le salarié résulte de la perte de chance d'obtenir une garantie comparable ; il ne peut être indemnisé par des dommages et intérêts équivalents à la garantie prévue par le contrat d'assurance de groupe dont il pensait pouvoir bénéficier¹⁴⁶⁵. Le dispositif précédent s'articule avec les dispositions de l'article L. 141-4 du code des assurances, selon lesquelles l'entreprise est tenue d'informer par écrit les salariés des modifications apportées à leurs droits et obligations, trois mois au minimum avant leur entrée en vigueur. L'adhérent peut en principe dénoncer son adhésion en raison de ces modifications¹⁴⁶⁶. Cette faculté lui est toutefois retirée lorsque le lien qui l'unit au souscripteur rend obligatoire l'adhésion au contrat, ce qui est le cas dans la plupart des régimes de protection sociale complémentaire. Un dispositif similaire est prévu pour les régimes gérés par les institutions de prévoyance¹⁴⁶⁷ ou les mutuelles¹⁴⁶⁸.

2. La résiliation

467. Les règles applicables en France aux trois catégories d'organismes assureurs ont été globalement harmonisées. D'une manière générale, les contrats peuvent être résiliés annuellement par l'une ou l'autre des parties en respectant un

¹⁴⁶⁴ Art. 12, L. n° 89-1009, 31 décembre 1989 : JORF n° 1, 2 janv. 1990, p. 13.

¹⁴⁶⁵ Cass. soc., 18 mai 2011, n° 09-42.741, Bull. civ. V, n° 119 ; Cass. soc., 12 févr. 2014, n° 12-13.762.

¹⁴⁶⁶ Cass. 2^e civ., 13 sept. 2012, n° 11-23.335, Bull. civ. II, n° 142.

¹⁴⁶⁷ Art. L. 932-6 et L. 932-18, CSS.

¹⁴⁶⁸ Art. L. 221-5 et s., C. mut.

préavis de deux mois et en notifiant au cocontractant la décision prise par courrier recommandé avec avis de réception¹⁴⁶⁹. La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014¹⁴⁷⁰ a créé un article L. 113-15-2 du code des assurances disposant que pour les contrats d'assurance couvrant les personnes physiques en dehors de leurs activités professionnelles et relevant de branches définies par voie réglementaire, l'assuré peut, à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la première souscription, résilier sans frais ni pénalité les contrats et adhésions tacitement reconductibles¹⁴⁷¹. Le décret d'application de ce texte n'ayant pas encore été publié, il n'est pas certain que cette faculté de résiliation infra-annuelle s'applique aux dispositifs de protection sociale complémentaire. La loi a modifié dans le même sens l'article L. 221-10 du code de la mutualité ; tel n'a pas été le cas du texte du code de la sécurité sociale applicable aux institutions de prévoyance. Il serait curieux que la faculté de résiliation infra-annuelle ne s'applique qu'aux sociétés d'assurance et aux mutuelles.

468. La Cour de cassation considère que la résiliation régulière du contrat unissant l'assureur et le souscripteur d'une assurance de groupe produit effet de plein droit à l'égard des adhérents au contrat, nonobstant un éventuel défaut d'information de ceux-ci ; aucune obligation n'incombe de ce chef à l'assureur¹⁴⁷². Les salariés peuvent toutefois prétendre à une indemnité si le défaut d'information leur cause un préjudice.

469. Par ailleurs, la loi Evin décide que lorsque des salariés sont garantis collectivement contre le risque décès, les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité ou les risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, le contrat ou la convention doit prévoir : 1) le délai de préavis

¹⁴⁶⁹ Art. 113-12, C. ass. ; art. L. 221-10, C. mut. ; art., L. 932-12 et R. 932-1-6, CSS. De nombreuses raisons peuvent justifier une résiliation : hausse de la « sinistralité », coût trop important, non paiement des cotisations. Dans ce dernier cas, les règles applicables diffèrent en fonction de la nature de l'organisme assureur et selon que le régime est à adhésion obligatoire ou facultative. La résiliation du contrat est généralement envisageable au terme d'une procédure qui implique une mise en demeure de la part de l'organisme assureur.

¹⁴⁷⁰ L. n° 2014-344, 17 mars 2014, relative à la consommation : JORF n° 65, 18 mars 2014, p. 5400.

¹⁴⁷¹ L. LEVENEUR, La résiliation « infra-annuelle » des contrats d'assurance, CCC 2014, n° 5, dossier 8.

applicable à sa résiliation ou à son non-renouvellement ; 2) les modalités et les conditions tarifaires selon lesquelles l'organisme peut maintenir la couverture, sans condition de période probatoire ni d'examen ou de questionnaire médicaux, au profit des salariés concernés, sous réserve qu'ils en fassent la demande avant la fin du délai de préavis¹⁴⁷³. La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013¹⁴⁷⁴ a précisé que le principe précédent est également applicable au titre des anciens salariés bénéficiant de la portabilité en application de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale.

B. Le maintien des prestations

470. Selon l'article 7 de la loi Evin, la résiliation ou le non-renouvellement du contrat ou de la convention est sans effet sur le versement des prestations immédiates ou différées, acquises ou nées durant son exécution, lorsque des assurés ou des adhérents sont garantis collectivement contre les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, le risque décès ou les risques d'incapacité ou d'invalidité. Le versement des prestations se poursuit à un niveau au moins égal à celui de la dernière prestation due ou payée avant la résiliation ou le non-renouvellement, sans préjudice des révisions prévues dans le contrat ou la convention. De telles révisions ne peuvent être prévues en raison de la seule résiliation ou du seul non-renouvellement du contrat. Enfin, l'engagement doit être couvert à tout moment, pour tous les contrats ou conventions souscrits, par des provisions représentées par des actifs équivalents. La prestation immédiate est celle qui est versée immédiatement, peu important que son paiement soit échelonné dans le temps. Il en va ainsi, par exemple, des indemnités journalières versées en cas d'incapacité. La prestation différée est celle qui est versée ultérieurement mais qui doit être née ou acquise avant la date de rupture du contrat. Ce dispositif est applicable tant aux engagements collectifs à

¹⁴⁷² Cass. 2^e civ., 23 sept. 2004, n° 03-10.501 et 03-15.175, Bull. civ. II, n° 411.

¹⁴⁷³ Art. 5, L. n° 89-1009, 31 décembre 1989 : JORF n° 1, 2 janv. 1990, p. 13.

¹⁴⁷⁴ L. n° 2013-504, 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi : JORF n° 138, 16 juin 2013, p. 9958.

caractère obligatoire qu'à ceux à adhésion facultative¹⁴⁷⁵. Cette interprétation, d'origine jurisprudentielle, a posé difficulté, notamment en matière de garantie décès. La Cour de cassation avait, par exemple, considéré que le décès survenu après la résiliation du contrat caractérisait un nouveau sinistre et, par conséquent, ne constituait pas une prestation différée au sens précédemment évoqué¹⁴⁷⁶. Le législateur est intervenu pour contrecarrer les effets de cette jurisprudence. L'article 7-1 de la loi Evin, issu de la loi du 17 juillet 2001¹⁴⁷⁷ précise qu'en matière de protection sociale complémentaire d'entreprise couvrant collectivement les « *risques décès, incapacité de travail et invalidité, la couverture du risque décès doit inclure une clause de maintien de la garantie décès en cas d'incapacité de travail ou d'invalidité. La résiliation ou le non-renouvellement du ou des contrats, conventions ou bulletins d'adhésion à un règlement sont sans effet sur les prestations à naître au titre du maintien de garantie en cas de survenance du décès avant le terme de la période d'incapacité de travail ou d'invalidité telle que définie dans le contrat, la convention ou le bulletin d'adhésion couvrant le risque décès* ». Dès lors, lorsque le salarié placé en incapacité ou invalidité avant la rupture du contrat décède après cette rupture, la garantie décès bénéficie aux ayants droit¹⁴⁷⁸. En revanche, l'article 7 n'est pas applicable en l'absence de prestations dues pendant la durée d'exécution du contrat, « *l'objectif de ces dispositions étant d'empêcher l'arrêt pour les participants des prestations en cours de paiement* »¹⁴⁷⁹.

¹⁴⁷⁵ Cass. 2^e civ., 13 janv. 2011, n° 09-16.275

¹⁴⁷⁶ Cass. 2^e civ., 22 mai 2001, n° 98-17.935, Bull. civ. II, n° 141.

¹⁴⁷⁷ L. n° 2001-624, 17 juil. 2001, portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel : JORF n° 164, 18 juill. 2001, p. 11496.

¹⁴⁷⁸ La Cour de cassation a, par la suite, affiné sa jurisprudence en application de l'article 7 de la loi Evin et considéré que constitue une prestation différée acquise antérieurement au sens de ce texte, par exemple, le service de prestations au titre de l'invalidité dans la mesure où le bénéficiaire avait bénéficié de l'incapacité antérieurement à la rupture du contrat (Cass. 1^{ère} civ., 29 avr. 2003, n° 01-01.978, Bull. civ. I, n° 99). Il en va de même s'agissant du service de prestations au titre de l'incapacité reconnue après la rupture du contrat, dans la mesure où ce sinistre était consécutif à une maladie antérieure et ayant entraîné le versement d'indemnités journalières jusqu'à la déclaration d'incapacité (Cass. soc., 16 janv. 2007, n° 05-43.434, Bull. civ. V, n° 7).

¹⁴⁷⁹ Cass. 2^e civ., 3 mars 2011, n° 09-14.989, Bull. civ. II, n° 55 ; JCP S 2011, 1190, note G. FRANCOIS ; JCP E 2011, 1710, note C. MORIN : « *aussi large que soit la notion de prestation différée retenue par la Cour de cassation, elle suppose nécessairement l'existence d'un risque réalisé au cours de la période de validité du premier contrat, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, l'assurance n'ayant versé pendant cette période aucune prestation d'incapacité aux bénéficiaires de la garantie* ».

Pour les assureurs, les contraintes issues de la loi n° 89-1009 sont lourdes. Il importe donc que « *ce texte reçoive une application harmonisée sur l'ensemble de la place. A défaut, on peut craindre que des entreprises mal averties continuent de reprocher aux organismes les plus vertueux dans leur application de la loi Evin d'être trop chers dans la tarification de leurs garanties* »¹⁴⁸⁰.

471. Conclusion du chapitre. - De l'analyse des bouleversements contractuels et des effets qui s'y attachent, deux conséquences peuvent être tirées. La première est que l'absence de cadre commun fixé par le droit européen se fait cruellement sentir¹⁴⁸¹. Les débats doctrinaux et jurisprudentiels sont totalement centrés sur le droit interne¹⁴⁸². La seconde est que les droits des salariés semblent plus importants en cas de rupture du contrat de travail qu'en cas de résiliation du contrat d'assurance. Cette absence de parallélisme n'est toutefois pas surprenante dès lors que « *dans un cas, il s'agit de ne pas traiter différemment les ex-salariés et les salariés alors que dans l'autre cas il s'agit de déterminer quelles garanties sont maintenues* »¹⁴⁸³.

472. Conclusion du titre. - Les questions soulevées par la mise en œuvre des régimes de protection sociale complémentaire apparaissent comme un défi majeur pour les pouvoirs publics européens. L'exclusion des régimes professionnels des règlements de coordination adoptés depuis le début des années 1970 a largement contribué à renforcer ces difficultés auxquelles les autorités européennes tentent de

¹⁴⁸⁰ L. LAUTRETTE, D. PIAU, Le maintien des obligations d'assurance en prévoyance collective (articles 4, 6, 7 et 7-1 loi Evin), Droit social 2007, p. 853.

¹⁴⁸¹ Certains relèvent que « *logiquement, une dynamique d'extension et d'harmonisation des droits nés dans le cadre de la prévoyance d'entreprise devrait se traduire aussi par l'instauration de protections mettant, autant que possible, ces droits à l'abri de certains événements susceptibles d'affecter le lien d'emploi, la vie même de l'entreprise, ou encore le contrat d'assurance servant de support à la réalisation du régime* » et qu'à cet égard « *le droit français peut constituer une référence, certes perfectible, dans la mesure où cette problématique est précisément au cœur des dispositions des lois de 1989 et de 1994 qui tentent d'instaurer un véritable régime juridique de la protection sociale complémentaire des salariés* » (P. MARTIN, La prévoyance d'entreprise en Europe : fragment ou vecteur de protection sociale ?, Revue internationale de Sécurité Sociale 2005, n° 58, p. 23).

¹⁴⁸² M. BOIXADER, F. VINCENS, De la nécessité de préciser la loi Evin ?, JCP S 2008, 1282 ; J. BARTHELEMY, S. BEAL, M. HALLOPEAU, Portabilité en matière de prévoyance : regards croisés, Les Cahiers du DRH 2010, n° 161, p. 25.

¹⁴⁸³ G. VACHET, Enjeux et mutations en matière de prévoyance : la résiliation du contrat de travail ou du contrat d'assurance, JCP S 2010, 1322.

trouver des solutions. Même si un cadre juridique cohérent émerge, les conséquences de l'absence d'harmonisation fiscale se feront nécessairement sentir.

473. Conclusion de la seconde partie. - L'apport du droit européen à la protection des bénéficiaires des régimes de protection sociale complémentaire varie considérablement selon le domaine investi par le législateur européen. Les intérêts des bénéficiaires sont davantage pris en considération en raison de l'extension du rôle du droit du travail au sein de l'Union que des dispositions adoptées en droit de la protection sociale. Les règles d'élaboration et d'adoption des textes de droit dérivé expliquent en partie le phénomène.

Conclusion

474. A la recherche d'un fil conducteur. - Les apports du droit européen à la protection sociale complémentaire sont, au regard des obstacles rencontrés, considérables. Sous son impulsion, les opérateurs spécialisés sont mieux encadrés, les bénéficiaires, davantage protégés. Le chantier demeure pourtant inachevé.

La protection sociale complémentaire, à l'instar de la protection sociale de base, fuit l'insécurité. Les matériaux existent mais sont rassemblés en des lieux épars. Leur regroupement consoliderait sans nul doute l'édifice en lui apportant davantage de stabilité et de fiabilité. Cette opération est-elle possible ? Une directive de « codification » le permettrait. Est-elle envisageable à court ou moyen terme ? Rien n'est moins sûr. Les pouvoirs publics européens ne se sont pas manifestés en ce sens. Il est cependant permis d'espérer qu'un fil conducteur soit un jour plus clairement adopté par ces derniers.

475. Du côté du marché. - Il pourrait être rétorqué que cette idée directrice existe déjà. La plupart des textes de droit européen abordant directement ou indirectement la question de la protection sociale complémentaire, rappellent l'exigence de réalisation du marché intérieur. L'on en revient à une idée naguère exprimée dans le traité de Rome. Mais, d'une part, la notion de marché est à géométrie variable dans les textes de droit dérivé et les instruments de communication des pouvoirs publics européens. Qu'y a-t-il de commun entre le marché des retraites privées, des fonds de retraite, des retraites complémentaires, des services financiers, des retraites professionnelles, de l'assurance, si tant est que celle-ci ne rassemble pas trois marchés : de l'assurance vie, de l'assurance non-vie et de la réassurance ? Si un tel morcellement se conçoit s'agissant de la

détermination du marché pertinent au sens du droit de la concurrence, tel n'est pas le cas au titre de la mise en œuvre d'une politique intelligible par les autorités européennes. D'autre part, la protection sociale complémentaire présente de telles spécificités qu'elle ne peut s'abandonner totalement aux normes qui régulent le marché. Ce dernier ne peut être le catalyseur qui donnerait un nouvel élan au droit européen en la matière.

476. L'entreprise disparue. - La protection sociale complémentaire semble parfois « oubliée » par les pouvoirs publics européens. Mais des textes existent qui ont largement contribué à modeler le droit applicable au sein des Etats membres. Néanmoins, l'une des parties à cette relation triangulaire est négligée par l'Union : si les organismes spécialisés et les bénéficiaires bénéficient d'attentions, il n'en va pas de même de l'entreprise, ignorée alors qu'elle constitue le socle de la protection sociale complémentaire. Dans les textes européens consacrés à ce domaine, elle semble ne jamais intervenir activement, son rôle se limitant à celui de « contenant » des droits et obligations de l'ensemble des parties. Or, l'entreprise constitue le dénominateur commun des mécanismes qui sous-tendent la protection sociale complémentaire.

477. La cohérence retrouvée ? - « *L'Europe aurait-elle suffisamment confiance en ses entreprises pour leur confier ses préoccupations sociales, les inviter à participer à l'établissement de sa politique sociale commune reposant sur une justice sociale dont elles-mêmes deviennent libres acteurs ?* »¹⁴⁸⁴. Ce changement de paradigme supposerait que les réflexions nourrissant les textes adoptés en matière de protection sociale complémentaire soient davantage tournées vers le lieu où se crée le lien de droit, que vers les flux des droits et obligations qui y circulent. Une unification progressive du corpus des règles applicables, dont la cohérence et l'intelligibilité seraient mieux garanties, pourrait en résulter.

¹⁴⁸⁴ M. HOREHAJOVA et J. MARASOVA, L'Union à la recherche d'un modèle social, RMCUE 2008, p. 388.



Il est en tout cas indispensable d'éviter d'alourdir les contraintes pesant sur les entreprises tant d'un point de vue réglementaire (sauf à ce que les règles adoptées permettent d'améliorer les droits des salariés en situation de mobilité au sein de l'Union) que d'un point de vue financier (les organismes privés pouvant difficilement absorber un transfert trop brutal et sans contrepartie du financement de la protection sociale).

C'est au sein des entreprises, et en Europe, qu'est née la protection sociale complémentaire. Il serait cohérent que, deux siècles plus tard, les pouvoirs publics européens reviennent aux origines de celle-ci pour en déterminer l'avenir.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux (manuels et traités contemporains, dictionnaires)

BEIGNIER B.,

- Droit des assurances, Montchrestien 2011.

BERGE J.-S., ROBIN-OLIVIER S.,

- Droit européen, PUF 2011, 2^e éd.

BIGOT J. (dir.),

- Traité de droit des assurances, tome 1 : entreprises et organismes d'assurance, LGDJ 2011, 3^e éd.
- Traité de droit des assurances, tome 4 : les assurances de personnes, LGDJ 2007.

BLUMANN C., DUBOUIS L.,

- Droit institutionnel de l'Union européenne, LexisNexis 2010, 4^e éd.

CARBONNIER J.,

- Droit civil, Vol. I, PUF 2004.

CORNU G. (dir.),

- Vocabulaire juridique, PUF 2014.

DUBOUIS L., BLUMANN C.,

- Droit matériel de l'Union européenne, Montchrestien 2012, 6^e éd.

GAVALDA C., PARLEANI G.,

- Droit des affaires de l'Union européenne, LexisNexis 2010, 6^e éd.

HENNION S., LE BARBIER-LE BRIS M., DEL SOL. M.,

- Droit social européen et international, PUF 2013, 2^e éd.

LAMBERT-FAIVRE Y., LEVENEUR L.,

- Droit des assurances, Dalloz 2011, 13^e éd.

LE PETIT ROBERT,

- Edition 2015.

LEVIE G.,

- Droit européen des assurances, Bruylant 1992.

LUCAS de LEYSSAC C., PARLEANI G.,

- Droit du marché, PUF 2002.

MALAUURIE Ph., GAUTIER P.-Y., AYNES L.,

- Les contrats spéciaux, Defrénois 2011, 5^e éd.

MALAUURIE-VIGNAL M.,

- Droit de la concurrence interne et européen, Sirey 2011, 5^e éd.

MOLINIER J.,

- Droit du marché intérieur européen, LGDJ 2008, 2^e éd.

MORVAN P.,

- Droit de la protection sociale, LexisNexis 2011, 5^e éd.
- Droit de la protection sociale, LexisNexis 2013, 6^e éd.
- Restructurations en droit social, LexisNexis 2013, 3^e éd.

NOURISSAT C.,

- Droit des affaires de l'Union européenne, Dalloz 2010, 3^e éd.

PEROCHON F.

- Entreprises en difficulté, LGDJ 2012, 9^e éd.

PETIT N.,

- Droit européen de la concurrence, Montchrestien 2013.

RODIERE P.,

- Droit social de l'Union européenne, LGDJ 2008.
- Droit social de l'Union européenne, LGDJ 2014, 2^e éd.

SCHMITT M.,

- Droit du travail de l'Union européenne, Larcier 2012.

SERVAIS J.-M.,

- Droit social de l'Union européenne, Bruylant 2011.

SUPIOT A.,

- L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total, Seuil 2010.
- Critique du droit du travail, PUF 2011, 2^e éd.

TEYSSIE B.,

- Droit européen du travail, LexisNexis 2013, 5^e éd.
- Droit du travail. Relations collectives, LexisNexis 2014, 9^e éd.

VIRALLY M.,

- La pensée juridique, LGDJ 1960.

VOGEL L.,

- Droit européen des affaires, Dalloz 2013, 1^{ère} éd.

II. Ouvrages spéciaux, thèses, monographies

ARCELIN L.,

- L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire, Litec 2003.

ASSAYAG D., GUEDJ F., TOUCAS-TRUYEN P.,

- La santé en Europe, entre marché et solidarité, Les Editions de l'Atelier 2004.
- Engagements et valeurs mutualistes en Europe, Alternatives Economiques 2004.

AYRAL M.,

- Le marché intérieur de l'Union européenne, La Documentation française 1999.

BARNARD C.,

- The substantive Law of European Union - The four Freedoms, Oxford University Press 2010, 3^e éd.

BARON F.,

- Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne, PUAM 1999.

BARSAN I.,

- La société coopérative européenne : entre identité coopérative et efficacité économique, thèse Paris I, 2013.

BARTHELEMY J.,

- Evolution du droit social, Lamy Axe Droit 2011.

BIGOT-GONCALVES M.,

- Les assurances de groupes, PUAM 2009.

BINON J.-M.,

- Les directives européennes en matière d'assurance sociale complémentaire (assurances, banques, institutions de retraite). Analyse comparative de leur champ d'application et de leur régime de libéralisation, Bruylant 1994.

BONOLI G.,

- The Politics of Pension Reform, Institutions and Policy Change in Western Europe, Cambridge University Press 2000.

CALAIS-AULOY J., TEMPLE H.,

- Droit de la consommation, Dalloz 2010, 8^e éd.

CAMAJI L.-E.,

- La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales, Dalloz 2008.

CASTEL R.,

- Les métamorphoses de la question sociale, Une chronique du salariat, coll. folio essais, Gallimard 2012.

CESARO J.-F. (dir.),

- L'égalité en droit social, LexisNexis 2012.

CHARPENTIER F.,

- Les fonds de pension, Economica 1996.
- Les retraites en France et dans le monde. Nouvelles problématiques, Economica 2009.

CHARPENTIER F. (dir.),

- Encyclopédie Protection sociale. Quelle refondation ? Economica / Editions Liaisons 2000.

CHAMPAUD C.,

- Manifeste pour la Doctrine de l'entreprise, Larcier 2011.

CHEROT J.-Y.,

- Les aides d'Etat dans les communautés européennes, Economica 1998.

CHONE A.-S.,

- Les abus de position de domination, Economica 2010.

CIPPE A.,

- La communautarisation du droit et de la protection sociale, thèse Paris II, 2004.

CLAMOUR G.,

- Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché, Dalloz 2006.

COURSIER Ph., SERIZAY B.,

- La protection sociale complémentaire en questions, LexisNexis 2011.

CRIST W., LE DIGOU J.-Ch.,

- Pour & Contre les fonds de pension, Grasset 2002.

CUZACQ N.,

- La difficile introduction des fonds de pension dans le droit positif français, thèse Paris 1, 2000.

D'ALLENDE M.,

- La protection sociale complémentaire d'entreprise, Lamy Axe Droit 2012.

DEHOUSSE R. (dir.),

- La méthode ouverte de coordination, convergence et politiques dans l'UE, L'Harmattan 2003.

DELAHOUSSE L.,

- Les fonds de pension en questions, Gualino 2008.

DENORD F., SCHWARTZ A.,

- L'Europe sociale n'aura pas lieu, Editions raisons d'agir, 2009.

DREYFUS M.,

- Liberté, égalité, mutualité. Mutualité et syndicalisme (1852-1967), Editions de l'Atelier 2001.

DREYFUSS M.-L.,

- Les grands principes de solvabilité 2, L'Argus de l'assurance 2012.

DRIGUEZ L.,

- Droit social et droit de la concurrence, Bruylant 2006.

DRUESNE G.,

- Droit de l'Union européenne et politiques communautaires, PUF 2006, 8^e éd.

DUMONT J.-P.,

- Les systèmes de protection sociale en Europe, Economica 1998, 4^e éd.

DUPIN C.,

- Les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux dans l'Union européenne : aspects de droit social, LexisNexis 2013.

DURAND P.,

- La politique contemporaine de sécurité sociale, Dalloz 1953, p. 601.

ELLIS E.,

- EU Anti-Discrimination Law, Oxford University Press 2005.

EUZEBY Ch., REYSZ J.,

- La dynamique de la protection sociale en Europe, PUG 2011.

FABRE-MAGNAN M.,

- De l'obligation d'information dans les contrats, LGDJ 1992.

FABRIES-LECEA E.,

- Le règlement insolvabilité. Apport à la construction de l'ordre juridique de l'Union européenne, Bruylant 2012.

GAVANOU J.-F., VALIN G.,

- Gouvernance sociale et fonds de pension, Economica 2004.

GILLET J.-L., LORIFERNE D., PRETOT X. (dir.),

- Assurance et protection sociale, Dalloz 2011.

**GLENNGARD A.-H., JJALTE F., SVENSSON M., ANELL. A.,
BANKAUSKAITE V.,**

- Health Systems in Transition: Sweden. Copenhagen, Bureau régional OMS de l'Europe pour le compte de l'Observatoire européen des systèmes et des politiques de santé, 2005.

GROSJEAN Ph.,

- Fonds de pension et marchés financiers internationaux, LGDJ 2006.

HALLOPEAU M. (dir.),

- Epargne, retraite, prévoyance d'entreprise. Manuel juridique, financier, RH, L'Argus de l'assurance 2014, 2^e éd.

HANNAH L.,

- Inventing retirement, The development of occupational pensions in Britain, Cambridge University Press, 1986.

HASSENTEUFEL P., HENNION-MOREAU S. (dir.),

- Concurrence et protection sociale en Europe, PUR 2003.

HECQUET M.,

- Essai sur le dialogue social européen, LGDJ 2007.

HENNION-MOREAU S., KAUFMANN O. (dir.),

- Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé, Bruylant 2007.

JACQUEMIN H.,

- Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible, Larcier 2010.

JEAN-CHARLES G., LAFARGUE G.,

- Les mutuelles face à l'Europe, Editions de Verneuil 1994.

KARPENSCHIFT M., NOURRISSAT C.,

- Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne, PUF 2010.

KAUFMANN O., HENNION S. (dir.),

- Gouvernance des retraites professionnelles en Europe : sécurité garantie ?, Springer 2011.

KAUFMANN O., KESSLER F., KOHLER P.,

- Le droit social en Allemagne, Lamy Europe 1992.

KAVVATHA M.,

- Le droit de la concurrence du secteur de l'assurance, thèse Paris I, 2009.

KESSLER F., LHERNOULD J.-Ph.,

- Code annoté européen de la protection sociale, Groupe Revue Fiduciaire 2010, 4^e éd.

KLEIN P.,

- L'opération de prévoyance, thèse Paris II, 2011.

LABILLOY B.,

- La régulation du marché européen de l'assurance, Economica 2003.

LAGOUTTE Ch.,

- Vieillesse, santé et protection sociale : du local à l'Europe, Colloque, Edition Le Manuscrit 2009.

LHERNOULD J.-Ph.,

- La notion de prestation de sécurité sociale en droit communautaire, thèse Orléans, 1997.

LEIBFRIED S., PIERSONS P. (dir.),

- Politiques sociales européennes. Entre intégration et fragmentation, L'Harmattan 1998.

LENOIR D.,

- Assurance maladie, un difficile dilemme, Les Etudes 2007.

LOUIS J.-V., RODRIGUES S. (dir.),

- Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne, Bruylant 2006.

MAATMAN R.,

- Dutch Pension Funds, Fiduciary duties and investing, Law of Business and Finance, Volume 7, Kluwer Legal Publishers 2004.

MAGNIER V. (ss dir.),

- L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire ?, PUF 2007.

MALAURIE-VIGNAL M.,

- L'abus de position dominante, LGDJ 2003.

MANIGOT V.,

- Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise, LexisNexis 2012.

MANOLESCU C.,

- Le trust en droit anglais, Thèse Paris II, 1997.

MARLY P.-G., RUOL V.,

- Droit des entreprises d'assurance, RB Edition 2011.

MARTIN Ph.,

- La contribution du droit communautaire à la réalisation d'une Europe sociale, thèse Bordeaux 1993.

MARTINI M.,

- Les retraites professionnelles, thèse Paris II, 2011.

MASQUEFA Ch.,

- La restructuration, LGDJ 2000.

MAUROY H.,

- La mutualité en mutation, Les pratiques solidaristes en question, L'Harmattan, 1996.

MAYAUX L.,

- Les grandes questions du droit des assurances, LGDJ 2011.

MAZUYER E.,

- L'harmonisation sociale européenne. Processus et modèle, Bruylant 2007.

MICHAS BEGUERIE S.,

- Régimes privés de retraites complémentaires. Perspectives comparative et européenne, LGDJ 1998.

MOLINIER J., DE GROVE-VALDEYRON N.,

- Droit du marché intérieur européen, LGDJ, 2011, 3^e éd.

MONIN LAFIN I., COUTIN S., GOSSOU S.,

- L'intermédiation en assurance et financière, L'Argus de l'assurance 2012, 3^e éd.

MONTAGNE S.,

- Les fonds de pension - Entre protection sociale et spéculation financière, Odile Jacob 2006.

MUNOZ J., RADRIGAN RUBIO M., REGNARD Y.,

- La gouvernance des entreprises coopératives, PUR 2008.

NICOLAS V.,

- Droit des contrats d'assurance, Economica 2012.

OUAISSI H.,

- Les incidences des restructurations d'entreprise sur la situation collective des salariés, LGDJ 2006.

POLLARD D., MAGOFFIN C.,

- Freshfields on Corporate Pensions Law 2012, Bloomsbury Professional 2012.

QUEZEL-AMBRUNAZ C. (dir.),

- Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats, Université de Savoie 2012.

RAMET S.,

- Famille et droit communautaire, thèse Paris I, 2001.

ROUEIL E.,

- Essai sur le contrat d'assurance collective, thèse Orléans, 1998.

ROULET V.,

- L'opération d'assurance dans la rémunération des salariés, Editions Panthéon Assas 2011.

ROUX M.,

- Les sociétés mutuelles d'assurances. Un statut à l'épreuve du développement, Editions Eska 2009.

SACHS T.,

- La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie, LGDJ 2013.

SARGEANT M.,

- The law on age discrimination in the European Union, Kluwer Law International 2008.

SAVELLI B.,

- L'exercice illicite d'une activité professionnelle, PUAM 1995.

SLOMP H.,

- Les relations professionnelles en Europe, Les Editions de l'Atelier / Les Editions Ouvrières 2000.

TAMBURI G., CHASSARD Y.,

- Fonds de pension. Comment font les autres pays, Economica 2002.

TEYSSIE B. (dir.),

- Les normes sociales européennes, Editions Panthéon Assas 2000.

TOUCAS-TRUYEN P.,

- Histoire de la mutualité et des assurances, La Découverte et Syros 1998.

VALLENS J.-L.,

- L'insolvabilité des entreprises en droit comparé, Joly éditions 2011.

VAN SCHOUBROECK C. (dir.),

- La protection sociale complémentaire dans l'Union européenne, la problématique des pensions et des soins de santé / De Anvullende sociale voorzieningen *in* de europese Unie, pensioenen en gezondheidszorg, Academia-Bruylant 2003.

VINCENT G. (dir.),

- L'avenir de l'Europe sociale. Solidarités, droit et protections sociales, L'Harmattan 2007.

WEIL P.,

- Le droit international en quête de son identité, Cours de l'Académie de droit international, t. 237, 1996.

III. Etudes

ANFRAY O., LETELLIER C., MILLET-URSIN C.,

- Mutualité. Mutuelles et unions pratiquant des opérations d'assurance, JurisClasseur Protection sociale Traité, fasc. 845, 2012.

COURTIEU G.,

- Assurances de groupe - Observations et règles générales, JurisClasseur Responsabilité et Assurances Traité, fasc. 518, 2014.

CRESCENZO-D'AURIAC M.-B.,

- Devoir d'information et de conseil en matière d'assurance, JurisClasseur responsabilité civile et assurances Traité, fasc. 506, 2005.

DE CALBIAC J., WISMER F.,

- Régimes de retraite et de prévoyance d'entreprise - Contrat d'assurance, JurisClasseur Protection sociale Traité, fasc. 845, 2014.

HUGLO J.-G.,

- Droit d'établissement et libre prestation de services, JurisClasseur Europe Traité, fasc. 710, 2011.

LETELLIER C., NOWACZYCK J.-L., MILLET-URSIN C.,

- Mutualité. Mutuelles et unions pratiquant des opérations d'assurance, JurisClasseur Protection sociale Traité, fasc. 840, 2012.

LHERNOULD J-Ph.

- Droit communautaire et protection sociale - Généralités, JurisClasseur Protection sociale Traité, fasc. 212, 2013.

RODRIGUEZ K.,

- Société coopérative européenne, JurisClasseur Sociétés Traité, fasc. 168-20, 2008.

SAINT-ALARY R., LE BERRE P.,

- Sociétés coopératives - Généralités, JurisClasseur Sociétés Traité, fasc. 168-10, 2010.

WISMER F., CHAPERON P.,

- Protection sociale complémentaire des salariés. Historique et cadre général, JurisClasseur Protection sociale Traité, fasc. 810, 2014.

WOOLFSON Ph.,

- Droit européen des assurances, JurisClasseur Europe Traité, fasc. 1010, 2011.

IV. Articles

ABECASSIS Ph., COUTINET N., DOMIN J.-P.,

- Les principes mutualistes confrontés aux modalités de regroupement des organismes complémentaires d'assurance maladie, RECMA 2014, n° 331, p. 60.

ABRAMOVICI G.,

- La protection sociale dans l'Union européenne, Liaisons sociales Europe 2006, n° 146, p. 5.

ACEDO S.,

- La mutuelle européenne sort (enfin) de l'impasse, L'Argus de l'assurance 2014, n° 7345, p. 22.
- Plaidoyer pour une Europe moins régulatrice, L'Argus de l'assurance 2014, n° 7367, p. 19.

AKANDJI-KOMBE J.-F.,

- Négociation collective et marché intérieur. La CJUE franchit-elle un cap ? : SSL 2010, n° 1463, p. 5.
- Clauses de désignation et de migration en matière de prévoyance et de retraite, droit de négociation collective et liberté économique, Droit social 2013, p. 880.

AKLEA,

- Tableau comparatif des huit formes de Fondations, JCP A 2014, 1095.

ALFANDARI E.,

- La concurrence dans les services sociaux. Quelle concurrence pour quels services sociaux ?, RDSS 2006, p. 779.

ALGAVA E., PLANE M.,

- Vieillesse et protection sociale en Europe, *in* Ch. LAGOUTTE, Vieillesse, santé et protection sociale : du local à l'Europe, Colloque, Edition Le Manuscrit 2009, p. 45.

ANDRE A.,

- Propos recueillis par LIMOGE F. *in* VIEL L., Les tarifs santé font le grand écart, L'Argus de l'assurance 2013, n° 7342, p. 17.

APROBERTS L.,

- La solidarité associée aux différentes formes de protection sociale, *in* La protection sociale complémentaire dans l'Union européenne, la problématique des pensions et des soins de santé / De Anvullende sociale voorzieningen in de Europese Unie, pensioenen en gezondheidszorg, dir. VAN SCHOU BROECK C., Academia-Bruylant 2003, p 38.
- Les logiques des systèmes de retraite en Europe, Retraite et société 2007, n° 50, p. 9.

AQUILINA D.,

- La retraite communautaire et les expériences en cours, PA 2008, n° 42, p. 26.

ASSAYAG D., GUEDJ F., TOUCAS-TRUYEN P. (dir.),

- La santé en Europe, entre marché et solidarité, Les Editions de l'Atelier 2004, p. 84.

AUBIN C.,

- A la recherche du modèle social européen, Droit social 2008, p. 484.

AUSTRY S., GUTMANN D.,

- Libertés communautaires et fonds de pension : suite, FR 15/09.

BADEL M., DAUGAREILH I., LABORDE J.-P., LAFORE R.,

- Régimes de retraite complémentaires et supplémentaires (ou professionnels). Egalité hommes/femmes, RDSS 1995, p. 426.

BAILLY P., LHERNOULD J.-Ph.,

- Discrimination en raison de l'âge : sources européennes et mise en œuvre interne, *Droit social* 2012, p. 223.

BARBIER J.-C.,

- Les systèmes de protection sociale. Quel avenir pour l'Europe sociale *in* Les cahiers français, La protection sociale : quels débats ? Quelles réformes ?, 2010, n° 358, p. 20.

BARRAGAN M.,

- La protección de las minorias sexuales en la Union europea, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2009, p. 151.

BARREU C.-Th.,

- Le rôle de la concurrence en droit communautaire, *in* Concurrence et protection sociale en Europe, dir. HASSENTEUFEL P. et HENNION-MOREAU S., *PUR* 2003, p. 15.

BARNIER J.-C., COLOMB F.,

- Protection sociale et droits sociaux entre menaces et opportunités : le droit européen comme dieu Janus, *Revue française des affaires sociales* 2012, n° 1, p. 16.

BARON P.,

- Egalité de traitement et protection sociale complémentaire, *SSL* 2013, n° 1579, p. 5.

BARON P., PIGNAUD X.,

- Généralisation de la couverture « frais de santé » et de la portabilité, *JCP S* 2013, 1269.

BARON P., PIGNAUD X., RIGAUD D.,

- Les modalités de transformation des IRS en IGRS, *JCP S* 2008, 1228.

BARRIERE F.,

- La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence, *JCP E* 2007, 2053.

BARTHELEMY J.,

- Le monopole des « L4 » en question, *Droit social* 1989, p. 389.



- Essai sur l'ingénierie juridique des fonds de pension, *Droit social* 1995, p. 525.
- La restructuration des régimes complémentaires de retraite, *JCP E* 1998, 1590.
- Sécurité sociale et concurrence : les limites de la compatibilité, *in* *Mélanges C. MOULY*, Litec 2000, p. 15.
- Epargne-retraite ou épargne et retraite, *Droit social* 2002, p. 728.
- La nature juridique des accords de retraite complémentaire : *Droit social* 2003, p. 513.
- Solidarité et accords de protection sociale complémentaire, *in* *Analyse juridique et valeurs en droit social*, études offertes à J. PELISSIER, Dalloz 2004, p. 27.
- Garanties collectives de prévoyance et principe de faveur, *TPS* 2005, étude 7.
- Protection sociale complémentaire : de la conception institutionnelle à la conception assurantielle, *JCP S* 2006, 1810.
- Accord de mensualisation et garanties collectives de prévoyance, *Droit social* 2007, p. 472.
- Quand les entreprises n'ont pas le choix de leur organisme de prévoyance, *Les cahiers du DRH* 2007, n° 136, p. 39.
- La portabilité des garanties collectives de prévoyance, *Droit social* 2008, p. 325.
- Le nécessaire objectif de solidarité dans les accords assortis d'une clause de désignation, *Liaisons sociales Europe* 2010, n° 266, p. 2.
- Impact de la réforme des retraites sur la protection sociale non légale, *Droit social* 2011, p. 319.
- Egalité de traitement et sort social des cotisations de prévoyance. A propos de l'article 17 de la LFSS du 20 décembre 2010 et du décret y afférent du 9 janvier 2012, *Droit social* 2012, p. 510.
- Pourquoi la prévoyance collective échappe-t-elle partiellement aux règles de libre concurrence ?, *Les Cahiers du DRH* 2012, n° 190, p. 40.



- Régime professionnel de prévoyance et libre prestation de services, SSL 2012, n° 1553, p. 5.
- Le concept de garantie sociale confronté à l'article L. 1 du code du travail et la décision des sages du 13 juin 2013, Droit social 2013, p. 673.
- Prévoyance collective et égalité de traitement, Les Cahiers du DRH 2013, n° 198, p. 45.
- Invalidation des clauses de désignation : une décision à haut risque. Garantie sociale et couverture santé, Les Cahiers du DRH 2013, n° 201, p. 45.
- Invalidation des clauses de désignation : une décision à haut risque. Critique de la décision des sages, Les Cahiers du DRH 2013, n° 202, p. 41.
- Invalidation des clauses de désignation : une décision à haut risque. Recours contre la décision des sages, Les Cahiers du DRH 2013, n° 203, p. 20.
- Choix du régime de prévoyance : nouvelle règle et stratégies des branches, Les Cahiers du DRH 2014, n° 205-206, p. 70.

BARTHELEMY J., BEAL S., HALLOPEAU M.,

- Portabilité en matière de prévoyance : regards croisés, Les Cahiers du DRH 2010, n° 161, p. 25.

BARTHELEMY J., WISMER F.,

- Regards croisés sur les clauses de désignation et de migration, Les Cahiers du DRH 2012, n° 185, p. 24.

BAYO E.,

- La société coopérative européenne ou les enjeux multiples d'une nouvelle forme de groupement, JSS 2007, n° 49, p. 50.

BEAL S., HALLOPEAU M., FERREIRA A.,

- Maintien de la prévoyance pour les anciens salariés, Les Cahiers du DRH 2009, n° 155 p. 45.

BEAL S., HALLOPEAU M., KLEIN P.,

- Validité et exercice des clauses de désignation avec obligation de migration des accords collectifs de prévoyance, JCP S 2011, 1146.

BERAUD J.-M.,

- Propos recueillis par CHAMPEAUX F. et MARCON A., L'égalité conduit à une impasse, SSL 2013, n° 1576, p. 11.

BERCUSSON B.,

- Qu'attendre de la promotion de la Charte des droits fondamentaux par le Traité de Lisbonne, RDT 2008, p. 74.

BERDOT F.,

- L'assurance de groupe après les réformes législatives du 31 déc. 1989, RGAT 1990, 775.

BERNABE B.,

- La coopérative, instrument juridique de la nécessité, RD. rur. 2011, p. 12.

BERNARD E.,

- L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation, Revue internationale de droit économique 2009, p. 353.

BERNIER C.,

- Information et intermédiation, RGDA 2007, p. 457.

BERTHOU K., MASSELOT A.,

- La CJCE et les couples homosexuels, Droit social 1998, p. 1034.

BERTRAND Ch., LETELLIER C.,

- Qu'est-ce qu'un conjoint ? Le principe de non-discrimination s'invite au cœur des familles, JSL 2010, n° 289 p. 4.

BICHOT J.,

- Faut-il une cinquième branche pour un cinquième risque ?, RDSS 2008, p. 940.

BIGOT J.,

- La loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen, JCP G 1990, 3437.
- Les difficultés de la libre prestation de services en assurance, *in* Etudes offertes à GROUDEL H., Litec 2006, p. 51.

BINON J.-M., CLAASSENS H.,

- La protection sociale complémentaire en droit européen : cadre général, acquis et questions pendantes, *in* La protection sociale complémentaire dans l'Union européenne, la problématique des pensions et des soins de santé / De Anvullende sociale voorzieningen *in* de Europese Unie, pensioenen en gezondheidszorg, dir. VAN SCHOUBROECK C., Academia-Bruylant 2003, p. 39.

BLIN-FRANCHOMME M.-P.,

- L'entreprise de l'économie sociale et solidaire : un nouveau sujet de droit naissant, RLDA 2013, suppl. n° 88, p. 11.

BLUMANN C.,

- La politique sociale de l'Union Européenne : Fondements, compétences et procédures, *in* Gouvernance des retraites professionnelles en Europe : sécurité garantie ?, dir. O. KAUFMANN et HENNION S., Springer 2011, p. 353.

BOISARD P.,

- La cohésion sociale à l'ère de la mondialisation, Droit social 2008, p. 1225.

BOIXADER M., VINCENS F.,

- De la nécessité de préciser la loi Evin ?, JCP S 2008, 1282.

BONAN E., BRIENS G.,

- Aspect juridique des clauses de transférabilité dans les contrats de retraite supplémentaire, SSL 2001, n° 1022.

BONED O.,

- Est-il légitime de parler d'identité mutualiste en Europe. Une réponse fondée sur quelques mutuelles santé, RECMA 2006, n° 299, p. 9.

BONNAUD J.-J., FOMBARON N., GEOFFRON P., JELEVA M., PICARD P., PHILIPPE J.,

- Les concentrations dans l'assurance, Risques 1999, n° 37.

BONOLI G.,

- The Politics of Pension Reform, Institutions and Policy Change in Western Europe, Cambridge University Press 2000.

BORGETTO M.,

- Le sanitaire et le social à l'épreuve de l'Europe, RDSS 2010, p. 991.

BORGETTO M., KESSLER F.,

- Mutualité et protection sociale, RDSS 2009, p. 395.

BOUDIAS L., BOUDIAS Ph.,

- Le dilemme de la prévoyance obligatoire, SSL 2006, n° 1261, p. 9.

BOUJEKA A.,

- Le principe communautaire de non-discrimination et la définition du handicap, D. 2006, 2801.

BRIBOSA E., BOMBOIS Th.,

- Interdiction de la discrimination en raison de l'âge : du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations, RTD eur. 2011, p. 41.

BRIENS G.,

- La négociation des accords collectifs d'entreprise en matière de retraite et de prévoyance, JCP E 1987, act. 16724 ;
- Analyse critique de l'article 14 de l'Ani du 11 janvier 2008, SSL 2009, n° 1409, p. 9.
- Un marathon dans un champ de mines ?, SSL 2012, n° 1530, p. 4.
- Clauses de désignation : quelques réflexions « post-traumatiques », JCP S 2013, 1308.
- La nouvelle portabilité des garanties de protection sociale complémentaire, Droit social 2013, p. 895.
- Un bien curieux amendement, SSL 2013, n° 1610, p. 4.
- Les nouvelles désorientations de la négociation de la protection sociale complémentaire, RDSS 2014, p. 610.

BROSSET E.,

- Les « coordonnées » de l'influence du droit de l'Union européenne en matière de soins de santé, RDSS 2013, p. 105.

BURGOS-LARSEN L.,

- Quand la CJUE prend au sérieux la charte des droits fondamentaux, le droit de l'Union est déclaré invalide, AJDA 2011, p. 967.

CABINET BARTHELEMY ET ASSOCIES et IEEIT,

- Cahier de droit social. La protection sociale complémentaire et le droit communautaire, JCP E 1997, 689.

CALVES G.,

- Deux décennies mouvementées pour les politiques françaises de discrimination positive en faveur des femmes (1988-2009), RDSS 2009, p. 991.

CAMAJI L.,

- La personne : une figure juridique émergente dans le droit de la protection sociale, RDT 2010, p. 211.

CAPOTOSTI R.,

- Les accords sur les calculs de primes, *in* La politique européenne de concurrence en matière d'assurance / Het europees concurrentiebeleid in de verzekeringssector, dir. LEVIE G., COUSY H., Academia-Bruylant 1994, p. 43.

CARBY HALL J.,

- Les modes de retraite d'entreprise dans le système britannique, Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé, dir. HENNION-MOREAU S. et KAUFMANN O., Bruylant 2007, p. 227.

CASSON Ph.,

- Protection sociale d'entreprise, JCP E 2005, 1550.

CASTILLO S.,

- Mutualité et santé dans l'Espagne contemporaine, 1832-2002, *in* La santé en Europe, entre marché et solidarité, dir. ASSAYAG D., GUEDJ F., TOUCAS-TRUYEN P., Les Editions de l'Atelier 2004, p. 29.

CATHIARD C.,

- La société coopérative européenne, JCP E 2009, 1012.

CATHIARD C., LECOURT A.,

- Les structures européennes : principales caractéristiques et intérêts pour les entreprises, Droit des sociétés 2011, n° 11, p. 5.

CAVALLINI J.,

- Les bénéficiaires du droit de la circulation et de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille : JCP S 2006, act. 139.
- Couple de même sexe et pensions de retraite complémentaire, JCP S 2011, 1375.

CESARO J.-F.,

- Protection sociale d'entreprise et assurance, Droit social 2006, p. 165.
- La « flexicurité » sociale complémentaire, SSL 2008, suppl. n° 1348, p. 73.

CHABAUD L.,

- La directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur. Les exclusions explicites : article 2, *in* la directive services, En principe et en pratique, dir. C. FERRARI-BREEUR, Bruylant 2011, p. 21.

CHAGNY M.,

- La fiscalité applicable aux couvertures complémentaires et la distorsion de concurrence, *in* Assurance et protection sociale, dir. GILLET J.-L., LORIFERNE D. et PRETOT X., Dalloz 2011, p. 17.

CHAMPEAUX F.,

- Egalité de traitement : le tournant, SSL 2011, n° 1517, p. 2.

CHASSARD Y., VENTURINI P.,

- La dimension européenne de la protection sociale, Droit social 1995, p. 772.

CHAUCHARD J.-P.,

- Brèves réflexions sur les retraites d'entreprise en France, *in* Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé, dir. HENNION-MOREAU S. et KAUFMANN O., Bruylant 2007, p. 373.
- Les nécessaires mutations de l'Etat Providence : du risque social à l'émergence d'un droit-besoin, Droit social 2012, p. 135.
- La prévoyance complémentaire selon le Conseil constitutionnel, RDSS 2014, p. 601.

CHAUCHARD J.-P., FRIOT B.,

- Faut-il couper le cordon entre travail et protection sociale, RDT 2011 ?, p. 677.

CHENILLET Ph., KESSLER F.,

- Du nouveau sur les fonds de pension... à la française, RDSS 1994, p. 165

CLOTUCHE G.,

- Protection sociale, coordination ou convergence ? *in* Encyclopédie Protection Sociale. Quelle refondation ? dir. CHARPENTIER F., Economica / Editions Liaisons 2000, p. 402.

COIN P.,

- La mise en conformité des régimes de protection sociale complémentaire au regard de l'égalité de traitement, JCP S 2012, 1442.

CORNILLEAU G., STERDYNIAK H., MATH A.,

- La méthode ouverte de coordination appliquée aux retraites, une analyse critique, Retraite et société 2007, n° 50, p. 224.

CORON G.,

- Retraite par capitalisation et Union européenne : retour sur la directive institutions de retraite professionnelle, Revue de l'IRES, n° 43, 2003, p. 5.
- Le prisme communautaire en matière de retraites : la diffusion à travers le droit européen de la théorie des piliers, Retraite et société 2007, n° 50, p. 250.

COURSIER Ph.,

- La réforme française des retraites et l'Union européenne, Droit social 2003, p. 983.
- Quelle généralisation pour quelle couverture complémentaire santé ?, JCP S 2013, 1268.
- De la sécurisation de l'emploi par la généralisation de la couverture complémentaire santé, Gaz. Pal. 2013, n° 295, p. 5.
- Protection sociale et droit de la concurrence : une problématique faussement simple, Gaz. Pal. 2014, n° 235, p. 5

COURSIER Ph., JOURDAN D., PLATEL B., SERIZAY B.,

- La protection sociale complémentaire, JCP E 1996, 568.

COURTIEU G.,

- Prévoyance complémentaire : domaine d'application de l'article L. 932-9 du code de la sécurité sociale, Responsabilité civile et assurance, 2010, comm. 24.

COUZY H.,

- Vers un droit européen du contrat d'assurances ?, *in* Mélanges Jean BIGOT, LGDJ 2010, p. 93.

COZIEN A.-M., JONIN D.,

- Les regroupements de mutuelles : l'expérience des mutuelles de fonctionnaires, RDSS 2009, p. 422.

CUZAQ N.,

- L'épargne salariale à long terme est-elle un support adapté au financement de la retraite ?, JCP E 2002, 1163.

DABAT Ph.,

- Recomposition annoncée dans la collective, propos repris par GERMAIN S., *in* Dossier prévoyance collective, L'Argus de l'assurance 2014, n° 7363, p. 50.

DARMON M., HUGLO J.-G.,

- L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes et la jurisprudence de la CJCE : un univers en expansion, RDT eur. 1992, p. 1.

DEDEYAN S.,

- Propos repris par GERMAIN S., L'ANI, pas à l'importe quel prix, L'Argus de l'assurance 2014, n° 7355, p. 16.

DEGREMONT A.,

- Dialogue social et démocratie sociale dans l'Union européenne, *in* L'avenir de l'Europe sociale. Solidarités, droit et protections sociales, dir. VINCENT G., L'Harmattan 2007, p. 185.

DELLEECK H.,

- Le rôle de la protection sociale complémentaire par rapport aux régimes de base : concurrence ou partenariat ? (résumé), *in* La protection sociale complémentaire dans l'Union européenne, la problématique des pensions et

des soins de santé / De Anvullende sociale voorzieningen in de europese Unie, pensioenen en gezondheidszorg, dir. VAN SCHOUBROECK C., Academia-Bruylant 2003, p 31.

DEL SOL M.,

- L'entreprise mutualiste d'assurance : un acteur banalisé sur le marché de la protection sociale complémentaire ?, JCP E 2002, 413.
- Les effets de la transposition des directives assurance sur le droit de la mutualité, *in* Concurrence et protection sociale en Europe, dir. HASSENTEUFEL P. et HENNION-MOREAU S., PUR 2003, p. 71
- Les faux-semblants des retraites d'entreprise, RDSS 2008, p. 43.
- Europe et mutualité : une influence à sens unique ?, RDSS 2009, p. 410.
- L'euro-compatibilité des clauses conventionnelles d'affiliation obligatoire à un organisme d'assurance, Lexbase hebdo édition sociale 2011, n° 433, n° Lexbase : N7561BRH.
- La construction juridique du marché de l'assurance santé en Europe, RDSS 2011, p. 197.
- Les systèmes de retraite au révélateur de la crise financière : quels enseignements pour les retraites d'entreprise en France ? Die Situation des Rentensysteme angesichts der Finanzkrise, *in* Gouvernance des retraites professionnelles en Europe : sécurité garantie ?, dir. KAUFMANN O. et HENNION S., Springer 2011, p. 271.
- De quelques faces cachées de l'accès à une assurance maladie complémentaire individuelle, Droit social 2012, p. 732.
- Généralisation de la couverture complémentaire des salariés : éléments de controverse, Droit social 2014, p. 165.
- Chronique de protection sociale complémentaire, Droit social 2014, p. 464.
- Retraites supplémentaires professionnelles : l'influence diffuse de l'Union européenne, Droit social 2014, p. 627.

DEL SOL M., FERRION J.,

- Les modes d'épargne-retraite en France, *in* Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé, dir. HENNION-MOREAU S. et KAUFMANN O., Bruylant 2007, p. 373.

DEL SOL M., HENNION-MOREAU S., KAUFMANN O., PIERRE Ph.,

- Protection sociale d'entreprise, JCP E 2004, 1687.

DERUE A.,

- Contributions des entreprises à la résorption des déficits, Les Cahiers du DRH 2012, n° 184, p. 35.
- Caractère collectif et obligatoire des garanties de protection sociale complémentaire, Les Cahiers du DRH 2012, n° 186, p. 46.

DESTOURS S.,

- Pas d'abus automatique de position dominante... faute d'automaticité, Revue Lamy de la concurrence 2005, n° 46.

DOM J.-Ph.,

- La société de groupe d'assurance mutuelle. Du groupe de sociétés à la société de groupe, Revue des sociétés 2009, p. 281

DREYFUS J.-D.,

- L'appel à concurrence en matière de subvention aux mutuelles. Décret n° 2007-1373 du 19 septembre 2007 relatif à la participation de l'Etat et de ses établissements publics au financement de la protection sociale complémentaire de leurs personnels, AJDA 2007, p. 2083.

DRIGUEZ L.,

- Les institutions de protection sociale face au droit de la concurrence : confirmations ou inflexions ?, RDSS 2010, p. 1048.

DUBUISSON B.,

- L'intérêt général en droit communautaire de l'assurance : la réaction thermidorienne, RGAT 1995, p. 809.

DUBRULLE A.,

- Le modèle social européen en balance ?, SSL 2006, suppl. n° 1266, p. 5.

DUFOURCQ N.,

- Sécurité sociale : le mythe de l'assurance, *Droit social* 1994, p. 291.

DUMAS T.,

- Le développement européen des sociétés d'assurance mutuelle françaises, *RECMA* 2012, n° 325, p. 111.

DUNEUFGERMAN C.,

- La finance comportementale : un enjeu pour les fonds de pension, *in* The « Visible Hand », *European and Global Perspectives on Financial Market Regulation and Economic Governance / La « main visible », perspectives européennes et globales sur la régulation des marchés financiers et la gouvernance économique*, dir. SNYDER F., SONNTAG A., SHEN W., Bruylant 2012, p. 482.

DUPEYROUX J.-J.,

- Les exigences de la solidarité. Observations sur la désignation d'une institution déterminée pour la gestion d'un régime complémentaire de prévoyance, *Droit social* 1990, p. 741.
- L'article 11 de la loi Evin et la théorie générale des accords collectifs de prévoyance : *Droit social* 1996, p. 163.
- Le temps qui reste, *Droit social* 2011, p. 239.

DUPRAT F.,

- Clause de désignation et droit communautaire : une validation sous contrôle, *JSL* 1997, n° 47.

DUPUIS J.-M., EL MOUDDEN C.,

- Les dimensions économiques des retraites en Europe / Die wirtschaftlichen Auswirkungen der betrieblichen Altersversorgungssysteme, *in* Les retraites professionnelles en Europe, dir. HENNION-MOREAU S. et KAUFMANN O., Bruylant 2007 p. 37.

DURAND H.,

- L'association comme entreprise de l'économie sociale et solidaire, *RLDA* 2013, suppl. n° 88, p. 37.

DUTHEIL DE LA ROCHERE J.,

- Concurrence et activités d'intérêt général dans l'Union européenne, *in* Mélanges C. LARROUMET, LGDJ 2010, p. 111.

ECKERT G.,

- Quelle place pour la libre concurrence ?, *Revue juridique de l'économie publique* 2014, comm. 18.

EDELMAN B.,

- Valeurs non marchandes et ordre concurrentiel, *in* Mélanges PIROVANO, FRISON-ROCHE 2003, p. 223 et s.

EKINDI R.,

- L'impact de la crise sur les retraites au Royaume-Uni, *in* Conseil d'orientation des retraites, *Le système de retraite face à la crise en France et à l'étranger*, 2010, 46.

EUZEBY A.,

- L'inclusion sociale, objectif majeur pour l'Union européenne, *RMCUE* 2004, n° 478, p. 306.
- Modèle social européen : des défis à relever !, *RMCUE* 2005, n° 488, p. 289.
- Le financement de la protection sociale dans l'Union européenne. Quelques réflexions pour l'avenir, *RMCUE* 2007, n° 506, p. 178.
- Pour une approche éthique de la protection sociale dans l'Union européenne, *RMCUE* 2009, n° 530, p. 428.

EUZEBY A., MARQUES R.-M.,

- Mondialisation de l'économie et concurrence fiscale : des menaces pour le modèle social européen, *RMCUE* 2003, n° 468, p. 310.

EUZEBY Ch.,

- Pour une redéfinition des droits à la protection sociale en Europe, *RMCUE* 2005, n° 491, p. 505.

FERREIRA A., HALLOPEAU M.,

- Clauses de désignation et de migration : le débat est-il clos ?, *JCP S* 2013, 1107.

GADBIN D.,

- L'association des partenaires économiques et sociaux organisés aux procédures de décision en droit communautaire, *RTD eur.* 2000, p. 1.
- Les fonds de pension obligatoire face au droit communautaire de la concurrence : des positions dominantes à préserver dans le futur marché intérieur des services financiers, *Droit social* 2001, p. 178.

GAUDU F.,

- La loi n° 97-277 du 25 mars 1997 créant les plans d'épargne retraite : aspects sociaux, *LPA* 1997, n° 124, 11.

GELI I., BURGUES J.,

- Pour un projet de statut européen de la mutualité, *in* ASSAYAG D., GUEDJ F., TOUCAS-TRUYEN P., *La santé en Europe, entre marché et solidarité*, Les Editions de l'Atelier 2004, p. 163.

GERMAIN S.,

- Recomposition annoncée dans la collective, *in* Dossier prévoyance collective, *L'Argus de l'assurance* 2014, n° 7363, p. 46.

GHUELDRE R.,

- Le nouveau cadre réglementaire et prudentiel de la réassurance française : entre évolution et révolution, *in* Mélanges J. BIGOT, *LGDJ* 2010, p. 137.

GHUELDRE R., FRENEAU A.,

- La France parachève la transposition de la directive européenne sur la réassurance, *Lamy Assurances, Bull. Act.*, févr. 2009, p. 1 et s.

GHUELDRE R., VANNESSON F.,

- La Directive Solvency II, *RGDA* 2010, p. 611 et s.

GILLIAUX P.,

- Les entraves à la libre circulation des personnes, *Cahiers de droit européen* 2008, 407.

GINON A., NELLY J.-M., WISMER F.,

- Protection sociale complémentaire : quelle généralisation ?, *RDT* 2013, p. 303.

GIRARD DE BARROS F.,

- Liberté de circulation des capitaux et fonds de pension étrangers : toute résistance est-elle bien utile?, Lexbase hebdo édition Sociale 2009, n° 341.

GIRON P.,

- Protection sociale complémentaire par capitalisation : droit et fiscalité, LGDJ 1993.

GOLDIE-GENICON C.,

- L'assurance de groupe à l'épreuve de la législation sur les clauses abusives, D. 2008, p. 2447.

GRANDVUILLEMIN S.,

- L'avènement du statut de coopérative européenne, le règlement du 22 juillet 2003 : JCP E 2003, 1663.

GRASS E.,

- Discriminations en fonction du sexe dans les assurances : les contre-pieds de l'arrêt Test-Achats, Droit social 2011 p.689.

GRIDEL P.,

- Remarques de principe sur l'art. 35 de la loi du 10 janv. 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives, D. 1984, 158.

GROUDEL H.,

- La remise de la notice de l'adhérent d'une assurance de groupe, Responsabilité civile et assurances 1993, 16.
- L'information et le conseil, RGDA 1998, p. 583 et s.

HALLOPEAU M., KLEIN P.,

- Les particularités de l'égalité de traitement en matière de protection sociale complémentaire, JCP S 2013, 1145.

HANNAH L.,

- Inventing retirement, The development of occupational pensions in Britain, Cambridge University Press 1986, p. 100.

HAQUET A.,

- L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes, RTD eur. 2001, p. 305.

HASSENTEUFEL P., HENNION-MOREAU S.,

- Présentation. Une perspective pluridisciplinaire, *in* Concurrence et protection sociale en Europe, dir. HASSENTEUFEL P. et HENNION-MOREAU S., PUR 2003, p. 9.

HELARY-OLIVIER Ch., JEAN-PIERRE D.,

- Préserver la solidarité de la protection sociale complémentaire des fonctionnaires d'Etat par la réforme du dispositif du référencement, JCP A 2014, act. 570.

HEMARD J.,

- La protection des consommateurs contre les clauses abusives, RTD com. 1978, p. 161.

HENNION (ou HENNION-MOREAU) S.,

- La notion d'entreprise en droit social communautaire, Droit social 2001, p. 957.
- L'influence du droit social communautaire sur le droit interne, Droit social 2006, p. 736.
- L'impact du droit communautaire sur les retraites professionnelles d'entreprise, *in* Les retraites professionnelles en Europe, dir. HENNION-MOREAU S. et KAUFMANN O., Bruylant 2007, p. 28.
- Les aspects sociaux de la directive n° 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JCP E, 2007, 1430.
- Les retraites professionnelles dans le système juridique de l'Union européenne, RDSS 2008, p. 5.
- La force normative du droit social européen, JCP S 2009, 1091.
- Services d'intérêt général, santé, et droit de l'Union européenne, RDSS 2010, p. 993.
- Retraites professionnelles d'entreprise et libertés économiques / Occupational Company Pensions and Economic Freedom, *in* Gouvernance des retraites professionnelles en Europe : sécurité garantie ?, dir. KAUFMANN O. et HENNION S., Springer 2011 p. 52 et 53.
- Chronique de protection sociale complémentaire, Droit social 2014, p. 464.

HENNION S., DEL SOL M.,

- Chronique de protection sociale d'entreprise. Seconde partie, SSL 2013, n° 1602, p 6.

HENRY J., CHAUVIERE M.,

- Quel statut pour les services sociaux dans l'Union européenne ? Arguments pour des services sociaux non économiques d'intérêt général, RDSS 2011, p. 1043.

HERITIER P.,

- Les politiques sociales, résultantes ou composantes de l'économie, *in* Encyclopédie Protection sociale. Quelle refondation ? dir. CHARPENTIER F., Economica / Editions Liaisons, 2000, p. 415.

HESS Ph.-J.,

- Permanence des grands principes mutualistes depuis le XIX^e siècle, *in* ASSAYAG D., GUEDJ F. et TOUCAS-TRUYEN P., Engagements et valeurs mutualistes en Europe, Alternatives Economiques 2004, p. 47.

HIEZ D.,

- Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix, Revue des sociétés 2012, p. 671.
- Le cadre juridique de l'entreprise non capitaliste, clef de distinction entre l'entreprise sociale et l'entreprise d'économie sociale et solidaire, RECMA 2013, n° 327, p. 95.

HOHNERLEIN E.-M.,

- Die Gleichstellung von Männern und Frauen in der betrieblichen Altersversorgung: Rechtliche Entwicklungen in Deutschland und europäische Vorgaben (L'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les retraites professionnelles d'entreprise ; évolutions en droits allemand et communautaire), *in* Les retraites professionnelles en Europe, dir. HENNION-MOREAU S. et KAUFMANN O., Bruylant 2007, p. 41.

HOREHAJOVA M., MARASOVA J.,

- L'Union à la recherche d'un modèle social, RMCUE 2008, p. 388.

HUTEAU G.,

- Protection sociale et droit de la concurrence - Vers quel pacte de responsabilité pour l'assuré social ?, Gaz. Pal. 2014, n° 235, p. 21.

IDOT L.,

- Droit social et droit de la concurrence : confrontation ou cohabitation ?, Europe 1999, chron. 11.

JACQUE J.-P.,

- La subsidiarité dans l'Union européenne, *in* L'avenir de l'Europe sociale. Solidarités, droit et protections sociales, dir. VINCENT G., L'Harmattan 2007, p. 167.

JAZOTTES G.,

- L'entreprise de l'économie sociale et solidaire dans le jeu de la concurrence, RLDA 2013, suppl. au n° 88, p. 42.

JEAN-PIERRE D.,

- La participation des collectivités territoriales à la protection sociale complémentaire de leurs agents, JCP A 2012, 2173.

JEANSEN E., PAGNERRE Y.,

- Les avantages catégoriels contenus dans les accords collectifs, une espèce en voie d'extinction, JCP S 2012, 1338.

JONIN D., KESSLER F.,

- Le détachement à l'étranger et le droit de la protection sociale, SSL 2005, n° 1207, p. 5.
- Protection sociale d'entreprise, JCP E 2007, 1768.

KAUFMANN O.,

- La réforme des retraites en Allemagne, SSL 2001, n° 1029.
- La concurrence dans l'assurance maladie allemande, *in* Concurrence et protection sociale en Europe, dir. P. HASSENTEUFEL et S. HENNION-MOREAU, PUR 2003, p. 245.
- Protection sociale d'entreprise, JCP E 2004, 1687.
- Protection sociale d'entreprise, JCP E 2005, 1550.
- Protection sociale d'entreprise, JCP E 2006, 2648.



- Protection sociale d'entreprise, JCP E 2007, 2530.
- La protection sociale dans l'espace communautaire - Droits communautaire et droits nationaux, La subsidiarité dans l'Union européenne, *in* L'avenir de l'Europe sociale. Solidarités, droit et protections sociales, dir. VINCENT G., L'Harmattan, 2007, p. 205 et s.
- La place des retraites professionnelles d'entreprise dans la protection vieillesse / Der Platz der betrieblichen Altersversorgung im Alterssicherungssystem, *in* Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé, dir. HENNION-MOREAU S. et KAUFMANN O., Bruylant 2007, p. 15.
- Protection sociale d'entreprise, JCP E 2008, 1984.
- Les retraites professionnelles d'entreprise dans la crise, remarques comparatives, *in* Gouvernance des retraites professionnelles en Europe : sécurité garantie ?, dir. KAUFMANN O. et HENNION S., Springer 2011, p. 11.
- Les retraites professionnelles d'entreprise en Allemagne : un aperçu, *in* Gouvernance des retraites professionnelles en Europe : sécurité garantie ?, dir. KAUFMANN O. et HENNION S., Springer 2011, p. 191.

KERLEAU M.,

- Le nouveau cadre institutionnel de la protection sociale complémentaire d'entreprise : quels enjeux pour les mutuelles santé ?, RECMA 2009, n° 312, p. 15.

KERSCHEN N.,

- La dépendance saisie par le droit social, RDSS 1992, p. 438.

KESSLER D., TRIBOUILLOIS S.,

- Assurance marché et concurrence. Quelques éléments pour débattre, *in* La politique européenne de concurrence en matière d'assurance / Het europees concurrentiebeleid in de verzekeringssector, LEVIE G. et COUSY H., Academia-Bruylant 1994, p. 136.

KESSLER F.,

- Quelques observations à partir de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, RDSS 1997, p. 902.
- Une année de sécurité sociale en Europe, Liaisons sociales Europe 2000, n° 10, p. 5.
- Les fonds de pension seront gérés en « bon père de famille ». Liaisons sociales Europe 2003, n° 81, p. 2,
- Le droit de la concurrence appliqué aux institutions de la protection sociale : un aperçu de l'œuvre de la jurisprudence nationale du Conseil de la concurrence, *in* Mélanges PIROVANO, FRISON-ROCHE 2003, p. 401 et s.
- Les mutuelles ont-elles une place en Europe ? Un point de vue de juriste, *in* Engagements et valeurs mutualistes en Europe, dir. ASSAYAG D., GUEDJ F. et TOUCAS-TRUYEN P., Alternatives Economiques, 2004, p. 135.
- Les fonds de pension pan-européens et l'épargne retraite française - premier commentaire de la directive 2003/41 du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle, RDSS 2004, p. 192.
- Protection sociale d'entreprise, JCP E 2005, 1550.
- Les réformes de l'assurance santé aux Pays-Bas : tentative de bilan, RDSS 2006, p. 455.
- Quand les entreprises n'ont pas le choix de leur organisme de prévoyance, Les Cahiers du DRH 2007, n° 136, p. 39.
- L'Europe sociale oubliée : l'activité du Conseil de l'Europe dans le domaine de la protection sociale, RDSS 2007, p. 197.
- La difficile transformation des institutions de retraite supplémentaire, RDSS 2008, p. 53.
- Source et nature des engagements d'un organisme assureur désigné par une convention collective pour gérer les garanties collectives de prévoyance dans la branche, Droit social 2010, p. 1203 et s.

- The Governance of Supplementary Pension Schemes and the Role of Employee Representatives : A story of Paradoxes / Les pouvoirs de la représentation des salariés dans la gestion des fonds de pension, *in* Gouvernance des retraites professionnelles en Europe : sécurité garantie ?, dir. KAUFMANN O. et HENNION S., Springer 2011 p. 293.
- Clauses de désignation et droit de la concurrence, *Droit social* 2011, p. 853 et s.
- La libre concurrence à l'épreuve de la solidarité, *Les Cahiers du DRH*, 2012 n° 185, p. 24.
- Egalité et protection sociale complémentaire, *RDSS* 2013, p. 392.
- La loi de sécurisation de l'emploi et la prévoyance complémentaire conventionnelle des salariés, *Cahiers sociaux* 2013, n° 254, p. 288.

KORNER M.,

- Errichtung zusätzlicher altersversorgung das beispiel Deutschland (promotion des retraites complémentaires facultatives en Allemagne) *in* HENNION-MOREAU S. et KAUFMANN O., *Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé*, Bruylant 2007, p. 165 et s.

KULLMANN J.,

- Clauses abusives et contrat d'assurance, *RGAT* 1996, p. 11.

LAGARDE X.,

- Prévoyance : questions pratiques sur la mise en œuvre de la portabilité, *JCP S* 2009, 1400.

LAGOUTTE Ch.,

- Financement des retraites par capitalisation et équilibre des systèmes financiers : le cas du Royaume-Uni *in* *Les systèmes de retraite face à la crise en France et à l'étranger. Colloque organisé par le Conseil d'orientation des retraites le 3 décembre 2009*, La documentation française 2010, p. 165.

LAIGRE Ph.,

- Les institutions de retraite complémentaire et leurs fédérations après la loi du 8 août 1994, *Droit social* 1995, p. 306.



- La retraite collective d'entreprise après la loi du 8 août 1994, *Droit social* 1995, p. 411.
- Les plans d'épargne retraite : la main visible du marché, *Droit social* 1997, p. 482.

LAIGRE Ph., BARTHELEMY J.,

- La loi prévoyance, *JCP G* 1990, 3445.

LANGÉ D.,

- Le devoir de conseil de l'intermédiaire en assurance après la loi du 15 déc. 2005, *in* Mélanges Jean BIGOT, LGDJ 2010, p. 243 et s.

LANGLOIS Ph.,

- Europe sociale et principe de subsidiarité, *Droit social* 1993, p. 203.
- Les accords de prévoyance, *in* Etudes offertes à J. BARTHELEMY, *La Semaine Juridique* 1994, Hors série, p. 55.
- Le renouveau communautaire en matière de retraites professionnelles, *PA* 2008, n° 42, p. 24.

LANQUETIN M.-Th.,

- La preuve de la discrimination, l'apport du droit communautaire, *Droit social* 1995, p. 435.
- L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail (à propos de la directive « refonte » du 5 juillet 2006), *Droit social* 2007, p. 861.

LAROQUE M.,

- L'impact du droit communautaire sur les concepts de la protection sociale française, *Droit social* 1997, p. 961.

LAULOM S.,

- L'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, *SSL* 2012, suppl. n° 1531, p. 39.
- Egalité des sexes et primes d'assurance, *SSL* 2012, suppl. n° 1531, p. 44.
- Mobilité du travailleur et retraite complémentaire, *SSL* 2012, suppl. n° 1531, p. 55.

LAUTRETTE L.,

- Clause de désignation et appel d'offres, les enseignements de l'arrêt de la CJUE du 15 juillet 2010, *Droit social* 2010, p. 1241.
- Protection sociale complémentaire - la CJUE : un juge libéral ?, *Cahiers de droit de l'entreprise* 2011, dossier 6.

LAUTRETTE L., PIAU D.,

- Le maintien des obligations d'assurance en prévoyance collective (articles 4, 6, 7 et 7-1 loi Evin), *Droit social* 2007, p. 853.

LAUX C., MUERMANN A.,

- Financing risk transfer under governance problems: Mutual versus stock insurers, *in Journal of Financial Intermediation* 2010, 333.

LAVILLE J.-L.,

- L'économie solidaire, un projet de société démocratique, *in Engagements et valeurs mutualistes en Europe : quel rôle dans la construction d'une Europe sociale ?* dir. ASSAYAG D., GUEDJ F., TOUCAS-TRUYEN P., *Alternatives Economiques* 2004, p. 129.

LAXALT J.-M.,

- Les valeurs de solidarité et de démocratie au cœur d'un statut européen de la mutualité, *in Engagements et valeurs mutualistes en Europe : quel rôle dans la construction d'une Europe sociale ?*, dir. ASSAYAG D., GUEDJ F., TOUCAS-TRUYEN P., *Alternatives Economiques* 2004, p. 151.

LE BARBIER-LE BRIS M.,

- Protection sociale d'entreprise, *JCP E* 2007, 2568.
- L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans les régimes professionnels de retraite. La perspective communautaire / Gleichbehandlung der Geschlechter in der betrieblichen Altersversorgung. Europäische Perspektiven *in Les retraites professionnelles en Europe*, dir. HENNION-MOREAU S. et KAUFMANN O., Bruylant 2007, p. 73.
- Protection sociale d'entreprise, *JCP E* 2008, 1984.
- Chronique de protection sociale d'entreprise, *SSL* 2011, n° 1498, p. 7.

LECHANTRE C.,

- La notion de groupe en question, L'Argus de l'assurance 2014, n° 7366, p. 43.

LECOURT B.,

- Vers un statut européen pour les fondations, Revue des sociétés 2012, p. 326.
- La société coopérative européenne (SEC) : entreprise sociale, solidaire et compétitive !, RLDA 2013, suppl. n° 88, p. 26.

LENOIR D.,

- Protection complémentaire : les dangers du développement concurrentiel, Droit social 1995, p. 753.
- L'Europe se fera-t-elle contre les dispositifs de protection sociale, *in* Encyclopédie Protection Sociale. Quelle refondation ? dir. CHARPENTIER F., Economica / Editions Liaisons 2000, p. 427.
- La mutualité face à ses enjeux, RDSS 2009, p. 397.

LEPPIK L.,

- Co-ordination of pensions in the European Union: the case of mandatory defined-contribution schemes in the Central and Eastern European Countries, EJSS 2006, 47.

LESTIENNE-SAUVE V.,

- La directive européenne de 2011 sur les droits des consommateurs et le droit européen des contrats, JCP E 2012, 1072.

LEVENEUR L.,

- La résiliation « infra-annuelle » des contrats d'assurance, CCC 2014, n° 5, dossier 8.

LEWALLE H.,

- Regards sur l'assurance maladie privée dans l'Union européenne, Revue française des affaires sociales 2006, n° 2-3, p. 141.

LHERNOULD J.-Ph.

- Le périmètre de la famille en droit social communautaire, Droit de la famille 2005, étude 26.



- Les entreprises face à la coordination européenne des régimes nationaux de sécurité sociale : l'autre côté du miroir, *Droit social* 2007, p. 227.
- La négociation collective communautaire. Petit manuel de la diversité, *Droit social* 2008, p. 34.
- Les droits sociaux des couples, *Droit social* 2008.
- La coordination hors des règlements 1408 et 883/2004 : constat de faiblesse ou tremplin pour de nouvelles ambitions ?, *JCP S* 2009, 1449.
- Discrimination en raison de l'âge : la Cour de justice dans le rôle du funambule, *RJS* 2010, 257.
- La CJUE est-elle antisociale ? Droits sociaux et libertés économiques : quelques perspectives, *RJS* 2010, 507.
- Nouvelles règles de coordination pour les soins de santé : « Tout va très bien, Madame la Marquise... », *RDSS* 2010, p. 9.
- Le monopole des régimes de protection sociale à l'épreuve de la jurisprudence de la CJUE, *Droit social* 2011, p. 1265.
- La Cour de justice valide une clause de désignation, *Liaisons sociales Europe*, 2011, n° 273, p. 1.
- Les régimes de pension complémentaires ne doivent pas défavoriser les migrations intra-entreprises, *RJS* 2011, p. 448.
- La Cour de cassation réalise une moisson d'arrêts appliquant le droit européen, *Liaisons sociales Europe* 2012, n° 309, p. 2.
- Des différentes techniques pour écarter leur droit à un traitement sans discrimination par rapport aux salariés à temps plein, *RJS* 2012, p. 525.
- Sauvées par le droit européen, les clauses de désignation trépassent, *Liaisons sociales Europe* 2013, n° 332, p. 1.

LIMOGE F.,

- L'onde de choc du Conseil constitutionnel, *L'Argus de l'assurance* 2013, n° 7318, p. 24.

LOGEAIS Y.-E.,

- Protection sociale d'entreprise, *JCP E* 2009, 2076.

LOGEAIS Y.-E., DELTEIL M., LAUTRETTE L.,

- L'obligation d'information en matière de retraite (1^{ère} partie), PA 2000, n° 85, p. 4.

LOURDELLE H.,

- Quel rôle pour les syndicats européens dans la protection sociale ?, in Encyclopédie Protection Sociale. Quelle refondation ? dir. CHARPENTIER F., Economica / Editions Liaisons 2000, p. 474.
- Le développement des régimes de pensions complémentaires européens : frein à la mobilité des travailleurs ou risque pour le développement des régimes de pension de sécurité sociale ?, RDSS 2008, p. 29.

LOWE Ph.,

- Le contrôle des concentrations d'entreprises dans le secteur des assurances, *in* La politique européenne de concurrence en matière d'assurance / Het europees concurrentiebeleid in de verzekeringssector, dir. LEVIE G., COUSY H., Academia-Bruylant 1994, p. 121 et s.

LYON-CAEN A.,

- Droit social et droit de la concurrence. Observations sur une rencontre, *in* Les orientations sociales du Droit contemporain, Ecrits en l'honneur de SAVATIER J., PUF 1992, p. 331.
- Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire, Droit social 1997, p. 68.
- Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services, Quelques observations, Droit social 2005, p. 503.

LYON-CAEN G.,

- La deuxième jeunesse de la prévoyance sociale, Droit social 2002, p. 728.

MAILLARD S.,

- L'émergence de la citoyenneté sociale européenne, Droit social 2009, p. 88.

MALEVILLE M.-H.,

- Critères communs d'une structure méconnue : les mutuelles, JCP E 1992, 182.

MARIE R.,

- Vers un changement de paradigme pour la couverture des risques maladie et vieillesse, JCP S 2011, 1039.
- Vers un basculement du système français de sécurité sociale dans le modèle beveridgien ?, RDSS 2011, p. 727.

MARINI Ph.,

- La fiducie, enfin !, JCP E 2007, 2050.
- Fiducie : intérêts et enjeux du nouveau dispositif, Bilan et perspectives d'évolution, RLDC 2007, n° 40, p. 71.

MARTIN D.,

- Approche comparative du droit de la non-discrimination, RDT 2008, p. 760.

MARTIN D.-R.

- La stipulation de contrat pour autrui, D. 2004, 145.

MARTIN Ph.,

- Le droit social communautaire : droit commun des Etats membres de la Communauté européenne en matière sociale, RTD eur. 1994, p. 609.
- L'harmonisation sociale en débat. CJCE 12 novembre 1996, Royaume-Uni de GB c/ Conseil de l'Union européenne, Droit social 1997, p. 303.
- Epargne salariale et retraite : les avatars de la protection sociale d'entreprise en Europe, Droit social 2003, p. 202.
- La prévoyance d'entreprise en Europe : fragment ou vecteur de protection sociale ?, Revue internationale de Sécurité Sociale 2005, n° 58, p. 23.
- Portabilité des retraites et mobilité salariale / Portabilität des betriebsrenten und Mobilität der Arbeitnehmer, *in* Les retraites professionnelles en Europe. Droits européen et comparé, dir. HENNION-MOREAU S. et KAUFMANN O., Bruylant 2007, p. 148.
- L'assurance privée et la santé en Espagne : pertinence d'une couverture « en doublon », RDSS 2011, p. 247.

MARTINON A.,

- L'impact du droit européen sur le droit de la consommation. Brefs regards sur une actualité, Revue de Droit bancaire et financier 2011, dossier 26.

MARTUCCI F.,

- L'actualité des aides d'Etat en 2011, CCC 2012, dossier 6.

MARVIDIS P.,

- Régimes complémentaires : droit de la concurrence ou droit social communautaire ?, Droit social 1998, p. 239.
- Une libéralisation des soins de santé ?, Droit social 1999.

MASSON A.,

- Assurance sociale et assurance privée face à la crise de l'Etat-providence, Risques 1995, n° 24, p. 135.

MARZO C.,

- Vers une citoyenneté sociale européenne ?, Droit social 2007, p. 218.

MAZUYER E.,

- Les instruments juridiques du dialogue social européen : état des lieux et tentative de clarification, Droit social 2007, p. 476.

MELIN F.,

- Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, Bruylant 2008.

MERCAT-BRUNS M.,

- La discrimination fondée sur l'âge : un exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires ?, RDT 2007, p. 360.
- Approche comparative du droit de la non-discrimination (deuxième partie), RDT 2009, p. 58.

MICHAS BEGUERIE S.,

- Régimes privés de retraites complémentaires. Essai de comparaison des systèmes allemand, anglais et français dans une perspective communautaire, Droit social 1996, p. 519.

MICHEA F.,

- Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l'âge. Retour sur la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne, Droit social 2010, p. 1060.

MILANO S.,

- L'assurance dépendance en Allemagne et la réforme en cours, RDSS 2008, p. 469.

MILLET S.,

- Clause du contrat de travail relative à la protection sociale, JCP S 2007, 1977.
- La protection sociale complémentaire, entre caractère collectif, égalité et équité, JCP S 2009, 1303.

MILLET S., BAILLY E.,

- Adaptation des régimes de protection sociale complémentaire à la loi Fillon, suite... et fin ?, Les Cahiers du DRH 2009, n° 154, p. 44.

MILLET-URSIN C., ANFRAY O.,

- Loi de sécurisation de l'emploi, protection sociale complémentaire des salariés et droit des procédures collectives : quelques questions, Lettre d'actualité des procédures collectives civiles et commerciales 2013, repère 177.

MONEGER F.,

- Droit social et droit civil de la famille : lequel fait avancer l'autre ?, RDSS 2008, p. 656.

MONTET C.,

- Marché pertinent, pouvoir de marché : quelles définitions retenir ?, RLDA 2000, chron. 1427.

MOREAU J.-P.,

- Les monopoles sociaux, les directives européennes et le droit de la concurrence, Risques 1996, n° 25, p. 189.

MOREAU M.-A.,

- Les restructurations dans les groupes multinationaux, Droit social 2010, p. 1052.

MORVAN P.,

- L'épargne retraite dans tous ses états, Droit social 2006, p. 179.

- Protection sociale d'entreprise : droit acquis ou éventuels dans la tourmente de la restructuration, Droit social 2006, p. 279.

MOTTET S.,

- La démutualisation, Revue d'économie financière 2002, n° 67, p. 111 et s.

MOUSSERON J.-M.,

- La reconnaissance (prolongée) du phénomène contractuel, Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles 1998, p. 679.

MOUSSERON P.,

- La nouvelle jeunesse des coopératives, JSS 2008, n° 55, p. 37.

MULLER F.,

- Les plans d'épargne retraite ou la difficile conciliation entre droit et liberté, RDSS 1997, p. 431.
- Retraites complémentaires des salariés : la consécration de la négociation collective au plan communautaire et national, RDSS 2000, p. 212.
- Droit de la concurrence, aides d'Etat et égalité de traitement des mutuelles, JCP E 2006, 2648.
- Les mutuelles dans la tourmente de la concurrence, RDSS 2006, p. 828.
- Quelle sécurité pour l'épargne retraite professionnelle ? L'exemple des régimes professionnels britanniques à prestations définies, RDSS 2008, p. 15.

MÜLLER-GRAFF P.-Ch.,

- Protection sociale et droit de la concurrence - Le concept d'économie sociale de marché issu du droit primaire de l'Union, Gaz. Pal. 2014, n° 235, p. 11.

NIJHENHUIS A.,

- The Application of EC Competition Law to Supplementary Pension Funds, Euredia 2000/3, p. 340.

OUAISSI H.,

- Le devenir des régimes de retraite supplémentaire et de prévoyance lors de fusions d'entreprises, JCP S 2006, 1858.

OSTNER I., LEWIS J.,

- L'égalité des chances entre hommes et femmes et les politiques sociales européennes, *in* Politiques sociales européennes. Entre intégration et fragmentation, dir. LEIBFRIED S. et PIERSONS P., L'Harmattan 1998, p. 214.

PARIENTE-MERCIER I.,

- Conventions collectives de branche instituant des régimes de prévoyance et clauses de désignation, *in* Assurance et protection sociale, dir. GILLET J.-L., LORIFERNE D. et PRETOT X., Dalloz 2011, p. 217.

PARLEANI G.,

- Le règlement relatif à la société coopérative européenne, et la subtile articulation du droit communautaire et des droits nationaux, *Revue des sociétés* 2004, p. 74.
- La société coopérative européenne « française » après la loi du 3 juillet 2008, *Revue des sociétés* 2008, p. 531.

PELICIER-LOEVENBRUCK S.,

- L'avantage de retraite : une catégorie sui generis ?, *SSL* 2006, suppl. n° 1254, p. 19.

PELLET R.,

- L'Europe et « la privatisation des Etats-providence », *Droit social* 2011, p. 203.
- L'avenir des services sociaux non marchands en Europe, *in* Assurance et protection sociale, dir. GILLET J.-L., LORIFERNE D. et PRETOT X., Dalloz 2011, p. 57.
- Les exigences constitutionnelles en matière d'assurance maladie à la lumière du droit de l'Union européenne, *RDSS* 2013, p. 85.

PENNINGS F.,

- Les pensions professionnelles aux Pays-Bas, *RDSS* 2008, p. 1053.

PETIT B.,

- Un regard juridique sur la dynamique du modèle social européen, *Droit social* 2010, p. 213.

PICHARLES A.,

- La prévoyance à l'épreuve du droit communautaire de la concurrence. La protection sociale complémentaire est-elle un produit/service comme un autre ?, *Les Cahiers du DRH* 2004, n° 105, p. 45.

PICOT J.,

- Le modèle social européen est-il pérenne ?, in *Encyclopédie Protection Sociale. Quelle refondation ?* dir. CHARPENTIER F., Economica / Editions Liaisons 2000, p. 393.

PIERRE Ph.,

- Protection sociale d'entreprise, *JCP E* 2002, 1554.

PIERRE Ph., HALLOPEAU M.,

- Chronique de protection sociale complémentaire, *Droit social* 2014, p. 464.

PIGNARRE L.-F.,

- Le très spécial avant le général : l'impossible droit commun, in *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, dir. QUEZEL-AMBRUNAZ C., Université de Savoie 2012, p. 167.

PLATEL B., SERIZAY B.,

- L'obligation de négocier dans le domaine de la protection sociale, *JCP E* 2001, 70.

POIGET Ph.,

- Les disparités fiscales dans le secteur de la prévoyance complémentaire : une régularisation progressive, in *Assurance et protection sociale*, dir. GILLET J.-L., LORIFERNE D. et PRETOT X., Dalloz 2011, p. 17.

POULALION G.,

- Le vieillissement démographique en Europe au début du XXI^e siècle : l'exemple de la France, in LAGOUTTE Ch., *Vieillesse, santé et protection sociale : du local à l'Europe*, Colloque, Edition Le Manuscrit 2009, p. 3.

PRETOT X.,

- La Cour de justice des Communautés européennes et les fonds de pension néerlandais, *Ad augusta per angusta...*, *Droit social* 2000, p. 106.

- Le droit européen et la protection sociale, le rôle de la jurisprudence, Regards 2003, n° 24, p. 27.

PUJOLAR O.,

- Retraites professionnelles supplémentaires : la fixation d'un cadre prudentiel pour les institutions et leurs activités transfrontalières, Lexbase hebdo édition sociale 2006, n° 211.

QUEMENT Ch.,

- Les fonds de pension, RDSS 1996, p. 158.

RADE Ch.,

- De la prétendue intangibilité des avantages de retraite, Lexbase hebdo édition sociale 2009, n° 353.
- Inégalités de traitement dans l'entreprise : l'employeur n'est pas responsable des choix opérés par les pouvoirs publics, Lexbase hebdo édition sociale 2012, n° 470.

RAKOTOVAHINY M.-A.,

- Mutuelle et procédures collectives, RTD com. 2006, p. 25.

REINHARD H.-J.,

- Planes de Pensiones and other Forms of Occupational Pension Schemes in Spain, *in*, Gouvernance des retraites professionnelles en Europe : sécurité garantie ?, dir. KAUFMANN O. et HENNION S., Springer 2011 p.191 et s.

RETIF S.,

- Premières observations sur la fiducie « à la française », Responsabilité civile et Assurance 2007, alerte 13.

RIGAUD D.,

- Etendue et mise en œuvre de la portabilité en matière de prévoyance, JCP S 2008, 1547.
- L'autonomie du raisonnement en protection sociale complémentaire ?, *in* L'égalité en droit social, dir. CESARO J.-F., LexisNexis 2012, p. 73.
- Généralisation de la couverture santé : après l'ANI du 11 janvier 2013 et avant la loi, JCP S 2013, act. 88.

RIGAUX M.,

- Pour un modèle social (réellement) européen. Un libre propos, SSL 2006, suppl. n° 1266, p. 51.

RIOT C.,

- Le risque social face aux lois du marché, Gaz Pal. 2005, n° 181, p. 3.

ROBIN-OLIVIER S.,

- La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam, Droit social 1999, p. 609.

ROCARD M.,

- Mutualité et droit communautaire, rapport au Premier ministre, 1999.

RODIERE P.,

- Droit social : famille et égalité de traitement : RTD eur. 1989, p. 297.
- Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice : RTD eur. 2006, p. 164.
- L'influence du droit communautaire et du droit international, Droit social 2008, p. 895.

RODRIGUEZ K.,

- La société coopérative européenne : tenants et aboutissants, D. 2004, p. 1219.

ROULET V.,

- La portabilité des droits de prévoyance au vu de la sécurisation de l'emploi, Droit social 2013, p. 901.
- Grande et petite histoire d'une niche sociale : les régimes de protection sociale complémentaire, Cahiers sociaux 2014, n° 262, p. 258.

ROUSSEAU D., RIGAUD D.,

- La décision du Conseil constitutionnel est limpide, propos recueillis par LIMOGES F., L'Argus de l'assurance 2013 n° 7327, p. 42.
- Généralisation de la prévoyance complémentaire, Loi et Constitution, Droit social 2013, p. 680.

ROUX M.,

- Les sociétés mutuelles d'assurances, Un statut à l'épreuve du développement, Editions Eska 2009, p. 65.

RUCHAT E.,

- Retraites complémentaires et fonds de pension (L'arrêt Danner à la lumière des propositions de la Commission européenne), PA 2003, n° 35, p. 9.

RUELLAN R.,

- l'avènement laborieux de l'épargne retraite en France, RDSS 2004, p. 533.

RUMEAU-MAILLOT H.,

- Le cadre juridique et réglementaire des services financiers dans l'Union européenne : l'étendue réelle de l'intégration financière européenne, *in* The « Visible Hand », European and Global Perspectives on Financial Market Regulation and Economic Governance / La « main visible », perspectives européennes et globales sur la régulation des marchés financiers et la gouvernance économique, dir. SNYDER F., SONNTAG A., SHEN W., Bruylant 2012, p. 145.

RUOL V.,

- Le financement de la dépendance par l'assurance privée. Un éclairage technique, Droit social 2011, p. 844.

SABATAKAKIS E.,

- De nouvelles voies pour l'Europe sociale. Réflexions autour des services sociaux d'intérêt général, RMCUE 2010, n° 536, p. 197.

SAINT-JOURS Y.,

- La protection sociale complémentaire d'entreprise, Droit social 192, p. 141.
- Les retraites par capitalisation : côté pile et côté face, Droit social 1996, p. 627.
- Les aspects juridiques de l'épargne retraite d'entreprise instituée par la loi n° 97-277 du 25 mars 1997, JCP 1997, 207.
- Le code de la mutualité à l'épreuve de la transposition des directives « assurances », D. 2001, p. 3218.

- L'éthique mutualiste minée par les directives assurances de l'Union européenne, *in* La santé en Europe, entre marché et solidarité, dir. ASSAYAG D., GUEDJ F. et TOUCAS-TRUYEN P., Les Editions de l'Atelier 2004, p. 84.

SAINTOURENS B.,

- Sociétés coopératives et sociétés de droit commun, *Revue de sociétés* 1996, p. 1.

SALOMAKI A.,

- Les effets de la crise sur les systèmes de retraite et sur les finances publiques en Europe, *in* Les systèmes de retraite face à la crise en France et à l'étranger. Colloque organisé par le Conseil d'orientation des retraites le 3 décembre 2009, La documentation française 2010, p. 27.

SAUPHANOR-BROUILLAUD N.,

- Quel consommateur ? Pour quel rôle ?, *in* L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire ?, dir. MAGNIER V., PUF 2007, p. 33.

SAUVIAT C.,

- Etats-Unis, la réforme du système complémentaire de retraite en capitalisation : un compromis boiteux, *Chronique Internationale de l'IRES* 2006, n° 102, p. 21.

SCHILLER S.,

- L'entreprise : un nouveau sujet de droit, *in* L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire ?, dir. MAGNIER V., PUF 2007, p. 19.

SCHMITT M.,

- La dimension sociale du traité de Lisbonne, *Droit social* 2010, p. 682.
- L'influence du droit de l'Union européenne sur les réformes françaises du marché du travail et de l'emploi, *RDSS* 2014, p. 454.

SCHOCKWEILER F.,

- La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire, *RTD eur.* 1992, p. 27.

SCHULZ P.,

- Occupational pension schemes in Germany, changes in the German landscape of old-age plans, cta model, Hamburg, Diplomica Verlag GmbH, 2008.

SERIZAY B.,

- Droit du travail et protection sociale complémentaire, Droit social 1998, p. 1023.
- Négociation et révision du contrat collectif de prévoyance, Les Cahiers du DRH 2004, suppl. n° 105.
- Les régimes de protection sociale complémentaire menacés, SSL 2010, n° 1464, p. 2.
- Enjeux et mutations en matière de retraites extra-légales, JCP S 2010, 1323.
- Les régimes catégoriels de protection sociale, JCP E 2013, 1209.
- Protection sociale complémentaire : l'espoir !, JCP E 2013, 1395.
- Vive la protection sociale libre, JCP S 2014, 1002.
- La retraite supplémentaire, avatar de la non-réforme des retraites, JCP S 2014, 1040.

SERIZAY B., COURSIER Ph.

- Protection sociale complémentaire : trop c'est trop !, JCP S 2014, 1413.

SERLOOTEN C.,

- Coopérative et entreprise sociale et solidaire, RLDA 2013, suppl. n° 88, p. 29.

SOUSSAN G.,

- Les accords sur la couverture en commun de certains types de risques, in La politique européenne de concurrence en matière d'assurance / Het europees concurrentiebeleid in de verzekeringssector, dir. LEVIE G., COUSY H., Academia-Bruylant 1994, p. 55.

STAPF-FINE H.,

- Les retraites professionnelles d'entreprise en Allemagne - Le rôle des partenaires sociaux / Die Betriebliche Altersversorgung in Deutschland -

Die Rolle der Sozialpartner, *in* Les retraites professionnelles en Europe, dir. HENNION-MOREAU S., KAUFMANN O., Bruylant 2007, p. 373.

STEINMEYER H-D.,

- Des processus de décision, *in* Les retraites dans l'Union européenne. Adaptation aux évolutions économiques et sociales, dir. REYNAUD E., L'Harmattan 1998, p. 202.
- Involvement of workers, *in* La protection sociale complémentaire dans l'Union européenne, la problématique des pensions et des soins de santé / De Anvullende sociale voorzieningen in de Europese Unie, pensioenen en gezondheidszorg, dir. VAN SCHOUBROECK C., Academia-Bruylant 2003, p. 200.

STUYCK J.,

- Libre circulation et concurrence : les deux piliers du marché commun, *in* Mélanges en hommage à M. WAELBROECK, Bruylant 1999, vol. II, p. 1477 et s.

SUPIOT A.,

- Justice sociale et libéralisation du commerce international, Droit social 2009, p. 131.

SYMON D.,

- La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire, AJDA 1996, p. 489.

SWEENEY J.-M.,

- Revue française des affaires sociales 2012, n° 1, p. 43.

TABUTEAU D.,

- La métamorphose silencieuse des assurances maladie, Droit social 2010, p. 85.

TAURAN Th.,

- L'Union européenne et les retraites, les enseignements du droit comparé et les apports du droit communautaire, RRJ 2004, p. 1137.
- Les institutions de retraite et le droit de l'Union européenne, JCP S 2006, 1153.

- Est-il possible de définir la notion de « régime » de sécurité sociale ?, RDSS 2009, p. 1111.

TESTU F.-X., THIRE V.,

- Concentration et entreprises d'assurance : l'exemple des fusions et partenariats impliquant des mutuelles santé, JCP E 2007, 16.

TEYSSIE B.,

- La négociation collective et la norme communautaire après l'entrée en vigueur de l'accord européen sur la politique sociale, JCP E 1994, 352.

THEVENIN L.,

- La course à la taille se poursuit dans les réseaux de soins, Les Echos, Lundi 8 avril 2013, p. 31.
- pourquoi la recomposition s'accélère, Les Echos, jeudi 15 mai 2014, p. 11.

THIESSET R.,

- La portabilité de la prévoyance : un droit difficile à porter ?, Gaz Pal. 2009, n° 132, p. 9.

THOUET N.,

- Chute libre pour l' « article 39 », l'Argus de l'assurance 2014, n° 7363, p. 18.

THOUVENIN D.,

- La loi du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, ou comment transformer les mutualistes en assurés, RDSS 1990, p. 370.
- La prise en charge des personnes âgées dépendantes par les organismes privés, RDSS 1992, p. 512.

TISSANDIER H.,

- Retraites complémentaires et insolvabilité de l'employeur : une responsabilité de l'Etat ?, Liaisons sociales Europe 2013, n° 329, p. 3.

TOUATI J.-J.,

- Mise en place des plans d'épargne retraite de la loi n° 97-277 du 25 mars 1997, TPS 1998, n° 1, chron. p. 4.

TRIPODI J.-F.,

- cité in Dossier Optique et réseaux, L'Argus de l'assurance 2014, n° 7373, p. 41.

VACARIE I.,

- L'assurance maladie complémentaire : élément du statut social de la personne, RDSS 2014, p. 625.

VACHET G.,

- Enjeux et mutations en matière de prévoyance : la résiliation du contrat de travail ou du contrat d'assurance, JCP S 2010, 1322.

VANDAMME F.,

- Souveraineté nationale et Europe sociale : quels sont les enjeux réels de l'intervention européenne ?, SSL 2006, suppl. n° 1266, p. 37.

VAN RAEPENBUSCH S.,

- La jurisprudence de la CJCE en matière d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, RJS 1994, 3.
- La libre circulation des personnes, RJS 1995, 75.
- Tendances récentes de la jurisprudence sociale de la Cour de justice des Communautés européennes (1998-2003), Droit social 2003, p. 751.
- Développements récents de la jurisprudence sociale de la Cour de justice des Communautés européennes (août 1998 - février 2000), JSL 2003, n° 63.
- La jurisprudence sociale récente de la Cour de justice des Communautés européennes (Mars 2000 - Février 2003), JSL 2003, n° 129.
- Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économique et le social, SSL 2006, suppl. n° 1266, p. 15.

VASQUEZ F.,

- La dimension européenne des restructurations, Droit social 2006, p. 260.

VATEL M.,

- Les mutuelles défendent leur modèle à Bruxelles, L'Argus de l'assurance, n° 7273, 29 juin 2012.

VERNIMMEN G.,

- Le règlement d'exception du 21 décembre 1992, historique, contexte, analyse et procédure, *in* La politique européenne de concurrence en matière d'assurance / Het europees concurrentiebeleid in de verzekeringssector, dir. LEVIE G. et COUSY H. Academia-Bruylant 1994, p. 29.

VERSCHUEREN H.,

- Le droit des pensions d'invalidité et de vieillesse dans le règlement n° 883/2004, RDSS 2010, p. 38.

VIAL G.,

- Le calibrage obtenu pour le risque santé dans Solvabilité 2 est correct, L'Argus de l'assurance 2014, n° 7354, p. 23.

VIAL G., LECHANTRE C.,

- Les défis de la transposition, L'Argus de l'assurance 2014, n° 7365, p. 22.

VIEL L.,

- Umanens donne un nouveau sens à l'union mutualiste, L'Argus de l'assurance 2014, n° 7354, p. 19.

VIGNEAU Ch.,

- L'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée, Droit social 1999, p. 928.
- De la soustraction des accords collectifs aux règles communautaires de concurrence, JCP E 2001, 1032.
- Etude sur l'autonomie au niveau communautaire, RDT eur. 2002, p. 653.

VINCENS F., LAFFONT G.-B.,

- Maintien de la couverture « frais de santé » aux anciens salariés : les contraintes de l'article 4 de la Loi Evin, JSL 2000, n° 249, p. 4.

VINCENT H.,

- La mutualité française dans l'Union européenne : nouveau contexte, nouveaux défis, RECMA 2006, n° 300, p.70.

VOGEL L.,

- Y a-t-il encore un droit français des affaires, Droit européen des affaires : du mythe à la réalité, *in* Mélanges CATALA P., Litec 2001, p. 919 et s.

VON FÜRSTENWERTH F.,

- European Competition Rules in the Insurance Sector *in* La politique européenne de concurrence en matière d'assurance / Het europees concurrentiebeleid in de verzekeringssector, dir. LEVIE G., COUSY H., Academia-Bruylant 1994, p. 65.

WHITESIDE N.,

- L'Angleterre : la naissance d'une logique assurantielle, La santé en Europe, entre marché et solidarité, dir. ASSAYAG D., GUEDJ F. et TOUCAS-TRUYEN P., Les Editions de l'Atelier 2004, p. 43.

WIERINK M.,

- Contrats collectifs et contrats d'entreprise dans l'assurance santé aux Pays-Bas, RDSS 2011, p. 237.

WISMER F.,

- Retraite, prévoyance, critères objectifs et caractère obligatoire, SSL 2012, n° 1521, p. 2.
- Un « toilettage » décapant. - D. n° 2014-786, 8 juill. 2014, JCP S 2014, act. 282.

WISMER F., DE CALBIAC J.,

- Prévoyance d'entreprise, convention collective et droit communautaire. Clause de désignation d'organisme assureur et droit communautaire, SSL 2011, n° 1483, p. 11.

YERMO J., PAYET S.,

- Les effets de la crise sur l'épargne des fonds de pension et des fonds de réserve, *in* Les systèmes de retraite face à la crise en France et à l'étranger, Colloque organisé par le Conseil d'orientation des retraites le 3 décembre 2009, La documentation française 2010, p. 15 et s.

ZIMMERMANN R.,

- Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé, RTD civ. 2007, p. 451.

V. Notes, observations, conclusions

ASQUINAZI-BAILLEUX D.,

- Note, Cass. soc., 21 nov. 2012, JCP E 2013, 1164.

BARTHELEMY J.,

- Obs., Cass. soc., 17 janv. 1996, Droit social 1996, p. 643.
- Obs., Cass. soc., 4 janv. 2000, Droit social. 2000, p. 454.
- Obs., Cass. soc., 6 juin 2007, Droit social 2007, p. 1192.
- Obs., Cass. soc., 10 oct. 2007, Droit social 2007, p. 1332.
- Obs., Cass. soc., 24 avr. 2013, Droit social 2013, p. 569.

BELORGEY J.-M., GERVASONI S., LAMBERT C.,

- Obs. CJCE, 16 mars 2004, AJDA 2004, p. 1076.

BERR J. et GROUDEL H.,

- Chron., CJCE, 4 déc. 1986, RTD eur. 1987, p. 83.

BOSCO D.,

- Obs., Aut. conc., 31 janv. 2013, CCC août 2013, 3.

BOUJEKA A.,

- Note, CJCE, 11 juill. 2006, RDSS 2007, p. 75.
- Note, CJUE 15 janv. 2014, D. 2014, p. 705.

BOUSEZ F.,

- Note, CJCE, 13 sept. 2007, JCP S 2008, 1285.

BOUTARD LABARDE M.-C.,

- Note, CJCE, 28 avr. 1998, JCP G. 1998, 189.

BROUSSY E., DONNAT F., LAMBERT C.,

- Obs., CJCE, 23 sept. 2008, AJDA 2008, 2317.

CASSIA P., SAULNIER E.,

- Comm., CE., 16 juin 2004, Europe 2004, 370.

CAVALLINI J.,

- Note, CJCE 1^{er} avril 2008, JCP S 2008, 1416.

CONTE Ph.,

- Note, Cass. Crim., 12 févr. 1990, JCP G 1990, 21582.

COURSIER Ph.,

- Note, CJCE, 13 déc. 2001, JCP E, 2002, 1203.
- Obs., Cass. soc., 28 mai 2002, Droit Social 2002, p. 874.
- Note, Cass. soc., 17 mai 2005, JCP S 2005, 1162.
- Note, CJCE, 10 sept. 2009, JCP S 2009, 1527.
- Note, Cass. soc., 13 mars 2013, JCP S 2013, 1144.

DAMMANN R., ALBERTINI A.,

- Note, Cass. com. 13 sept. 2011, JCP E 2011, n° 1803.

DEL SOL M.,

- Note, Cass. civ. 2^e, 22 oct. 2009, Lexbase hebdo édition sociale 2009, n° 373.

DELUMEAU M.,

- Note, CEDH, 2 févr. 2010, JCP E 2010, 1597.

DESTOURS S.,

- Note, CJUE, 3 mars 2011, AG2R Prévoyance, Revue Lamy de la Concurrence, 2011 n° 28, p. 37.

DIEU F.,

- Note, CE., 19 févr. 2009, Lexbase hebdo édition sociale 2009, n° 341.

DRIGUEZ L.

- Comm., CJCE 1^{er} avr. 2008, Europe 2008, 150.
- Comm., CJCE 15 avr. 2008, Europe 2008, 190.
- Comm., CJCE, 10 sept. 2009, Europe 2009, 150.
- Comm., CJUE, 14 janv. 2010, Europe 2010, 118.
- Comm., CJUE, 10 mars 2011, Europe 2011, 163.
- Comm., CJUE, 10 mai 2011, Europe 2011, 265.
- Comm., CJUE, 1^{er} mars 2012, Europe 2012, 214.
- Comm., CJUE, 25 avr. 2013, Europe 2013, 276.

DUCHANGE G.

- Note, Cons. const., déc. 13 juin 2013, JCP E 2013, 839.

FRANCOIS G.,

- Note, Cass. 2^e civ., 3 mars 2011, JCP S 2011, 1190.

GAZIN F.,

- Comm., CJUE, 21 déc. 2011, Europe 2012, 82.

GRANDVUILLEMIN S.

- Note, CE., 16 juin 2004, JCP E 2005, 277.

GYSELEN L.,

- Comm., CJCE, 21 sept. 1999, Common Market Law Review 2000, p. 425.

HADOUX-VALLIER I., KLEIN P.,

- Note, Cass. soc., 20 mai 2014, JCP E 2014, 1393.

IDOT L.

- Comm., CJCE, 3 oct. 2002, Europe 2002, 418.
- Comm., CJCE, 15 mai 2003, Europe 2003, 242.
- Comm., CJCE 1^{er} déc. 2005, Europe 2006, 49.
- Comm., CJCE, 13 sept. 2007, Europe 2007, 300.
- Comm., CJCE 11 juin 2009, Europe 2009, 317.

IDOT L., BLAISE J.-B.,

- Chron., CJCE, 21 sept. 1999, Brentjens, RTD eur., 2000, p. 768.
- Comm., CJCE, 17 mai 2001, Europe 2001.

JEANSEN E.,

- Note, Cass. soc. 17 mai 2011, JCP S 2011, 1378.

KARPENSCHIFT M., NOURRISSAT C.,

- Note, CJCE, 23 avril 1991, *in* Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne, PUF 2010, n° 38, p. 148.
- Note, CJCE, 22 mai 2003, *in* Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne, PUF 2010, n° 42, p. 161.

KAUFMANN O.,

- Note, CJCE, 10 sept. 2009, JCP E 2010, 1597.

KESSLER F.,

- Obs., CJCE, 6 févr. 1992, RDSS 1993, p. 88.
- Note, CJCE, 3 oct. 2002, JCP E 2003, 1553.
- Obs., Cass. com., 28 juin 2011, Bulletin Joly Sociétés 2012, p. 1001.
- Obs., Cass. 2^e civ., 13 sept. 2012, RDSS 2012, p. 1150.



- Obs., Cass. soc., 26 juin 2013, RDSS 2013, p. 1145.

KESSLER F., LOGEAIS Y.-E.,

- Note, Cass. 2^e civ., 7 fév. 2008, JCP S 2008, n° 1227.

LAIGRE Ph.,

- Obs., CJCE, 16 novembre 1995, Droit social 1996, p. 82.
- Obs., CJCE, 26 mars 1996, Droit social 1996, p. 705.

LANGLOIS Ph.

- Note, Cass. soc., 10 mars 1994, D. 1994, p. 302.

LANQUETIN M.-Th.,

- Obs., CJCE, 17 oct. 1995, Droit social 1996, p. 494.

LAUTRETTE L., PIAU D.,

- Note, Cass. 2^e civ., 7 fév. 2008, JCP E 2008, 611.

LE BARBIER-LE BRIS M.,

- Note, CJCE, 22 janv. 2002, JCP E 2002, 1554.
- Note, CJCE, 5 juill. 2007, JCP E 2007, 2568.

LEONNET J.,

- Obs., Cass. soc., 10 mars 1994, Droit social 1994, p. 600.

LHERNOULD J.-Ph.,

- Obs., CJCE 28 avril 1998, RDSS 1998, p. 616.
- Obs., CJCE 12 sept. 2000, Droit social 2000, p. 1114.
- Obs., CJCE, 5 mars 2009, RJS 2009, 613.
- Obs., CJUE, 3 mars 2011, Droit social 2011, p. 1265.
- Obs., CJUE, 10 mars 2011, RJS 6/2011, p. 4.
- Comm., Cass. soc., 20 mai 2014, JSL 2014, n° 370, p. 17.

LOGEAIS Y.-E.,

- Note, Cass. soc., 10 oct. 2007, JCP E 2008, n° 1985.

MALAURIE-VIGNAL M.,

- Comm., CE., 16 juin 2004, CCC 2004, 155.

MARTINON A.,

- Note, Cass. soc., 14 mai 2008, JCP S 2008, 1556.

MAYAUX L.,

- Note, Cass. 2^e civ, 8 juill. 2010, RGDA 2010, p. 1087.

MENGOZZI P.,

- Concl., CJUE, 3 mars 2011, Revue Lamy de la Concurrence, 2011, n° 26.

MORIN C.,

- Note, Cass. 2^e civ., 3 mars 2011, JCP E 2011, 1710.

MULLER F.,

- Obs., CJCE 12 sept. 2000, RDSS 2011, p. 393.
- Obs., CJCE, 25 janv. 2007, RDSS 2008, p. 15.

NELLY J.-M., DE CALBIAC J.,

- Note, Cass. soc., 11 janv. 2012, JCP S 2012, 1156.

PICOD F.,

- Note, CJUE, 1^{er} mars 2011, aff. C-236/09, JCP E 2011.

PIERRE Ph., HALLOPEAU M.,

- Obs., CJUE, 1^{er} mars 2011, Droit social 2014, p. 473.

POILLOT-PERUZZETTO S.

- Obs., CJCE, 21 sept. 1999, CCC 2000, 11.
- Obs. CJCE, 23 mai 2000, CCC 2000.

PRETOT X.,

- Obs., CJCE, 21 sept. 1999, Droit social, 2000, p. 106.

RADE Ch.,

- Obs., Cass. soc., 8 janv. 2002, Droit social 2002, p. 371.
- Obs., Cass. soc., 25 janv. 2005, Droit social 2005, p.478.

RICHARD L.,

- Note, Cass. soc. 23 janv. 2013, JCP S 2013, 1256.

RIGAUD A.,

- Comm., CJUE, 1^{er} mars 2011, Europe 2011, 40.

RONET-YAGUE D.,

- Note, Cass. com., 28 juin 2011, JCP E 2012, 1191.

ROULET V.,

- Obs., Cass. soc. 23 janv. 2013, Droit social 2013, p. 379.

- Obs., Cass. soc., 20 mai 2014, Droit social 2014, p. 685.

ROUSSEAU M.,

- Note, Cass. soc., 28 mai 2002, JCP E 2003, 1553.

RUCHAT E.

- Note, CJCE, 3 oct. 2002, PA 2003, n° 35, p. 9.
- Note, CJCE 26 juin 2003, PA 2003, n° 145, p. 11.

SAINT-JOURS Y.,

- Note, Cass. soc., 4 janv. 1996, JCP E 1996, 885.

THOUVENIN D.,

- Note, CA Paris, 6 nov. 1989, D. 1990, 564.
- Obs., CA Paris, 5 déc. 1990, RDSS 1991, p. 465.

TISSANDIER H.,

- Obs., CJCE, 22 nov. 2005, RJS 2006, p. 257.

TRAVERSA E.,

- Chron., CJCE, 17 mai 1990, RTD eur. 1991 p. 425.

TRICOIT J.-Ph.,

- Note, Cass. soc., 3 juill. 2012, JCP S 2012, 1490.

VACHET G.,

- Obs., Cass. soc., 4 janv. 1996, RDSS 1996, p. 574.
- Note, Cass. 2^e civ, 8 juill. 2004, JCP E 2005, 758.
- Note, Cass. soc., 18 mars 2009, JCP S 2009, 1408.
- Note, Cass. soc., 12 mai 2009, JCP S 2009, 1409

VERKINDT P.-Y.,

- Obs., CJCE, 22 janv. 2002, RDSS 2002, p. 533.

VOGEL L.,

- Obs., Cass. com., 6 avril 1993, six arrêts, CCC 1993, 151.

WACHSMANN A., BERROD F.,

- Chron., CJCE, 19 mai 1993, RTD eur. 1994, p. 39.

WISMER F.,

- Comm., CA Chambéry, ch. civ. 1^{ère} sect., 7 janv. 2014, JSL 2014, n° 366, p. 26.

VI. Rapports, études et documents

AISAM,

- Comparaison des statuts de droit des sociétés UE, 2006.

AISAM-ACME-AIM,

- Proposal for a Regulation on the Statute of the European Mutual Society (EMS), 28 nov. 2007.

AMICE

- Facts and figures, Mutual and cooperative insurance in Europe, 2012.

AMICE-ICMIF,

- 2012 Market Insight Europe, La part du marché européen de l'assurance détenue par les assureurs mutuels et coopératifs, 2014.

ANTOLIN P., PAYET S., YERMO J.,

- Coverage of private Pension Systems : Evidence and Policy Options, Document de travail de l'OCDE sur les finances, l'assurance et les pensions privées, n° 20, Editions OCDE 2012.

CENTRE D'ANALYSE STRATEGIQUE,

- Choisir une couverture complémentaire santé : comment font les pays de l'OCDE ?, juillet 2009.

CENTRE D'ANALYSE STRATEGIQUE / CAPGEMINI CONSULTING,

- Couverture maladie dans les pays de l'OCDE : champ d'intervention et rôle des assurances complémentaires et supplémentaires, choix des particuliers et couverture des risques. Rapport final - Fiches pays, 2009.

CHAMBRE REGIONALE DE L'ECONOMIE SOCIALE ET SOLIDAIRE DE MIDE-PYRENEES,

- Regards sur l'Economie Sociale et Solidaire et France, RLDA 2013, suppl. n° 88.

CMS,

- International Guide to Pensions, January 2011.

COMITE EUROPEEN DES ASSURANCES,

- 12^e colloque juridique international des 4-7 octobre 1991, L'application du droit du contrat d'assurance dans le marché unique européen, droit applicable, dispositions d'ordre public, conventions internationales, LGDJ 1992.

CONSEIL SUPERIEUR DE LA COOPERATION,

- Rapport 2007, Le mouvement coopératif en France.

DREES,

- Les retraités et les Retraites, 2014.
- Les contrats les plus souscrits auprès des organismes complémentaires santé en 2010, 2014.
- La protection sociale en France et en Europe, 2014.

EUROPEAN FEDERATION FOR RETIREMENT PROVISION,

- European Institution for Occupational Retirement Provision (EIORP) - A Single License to enable Multi-Nationals to pool their pension liabilities and assets on a tax neutral basis (Institution européenne de fourniture de retraites professionnelles - Agrément unique visant à permettre aux sociétés multinationales de regrouper leurs engagements et leurs actifs liés aux pensions sur une base fiscale neutre), juill. 2000.

IRDES,

- Questions d'économie de la santé n° 181, nov. 2012.

FACTS & FIGURES

- Benchmark 2007, Croissance x Rentabilité des groupes d'assurance en France, 2007.

FREHAUT P., KLEIN T., LAFFON Ph.,

- Comparaison internationale sur les choix effectués en matière de couverture complémentaire santé, rapport N° RM2009-083P, IGAS 2009.

HCAAM,

- Avis et rapport, 18 juill. 2013.

JOUHAUD Y.,

- La loyauté dans les contrats d'assurance, Rapport C. cass. 1985 : La documentation française, 1986.
- Conseil de la concurrence, Rapport thématique 2008 : Droit de la concurrence et santé, La Documentation française 2009.

LIENEMANN M.,

- Rapport d'information sur l'économie sociale et solidaire, Sénat, 25 juill. 2012.

MEME C.,

- Protection sociale complémentaire et marché intérieur européen, rapport au ministre de la Solidarité, de la Santé et de la Protection sociale, La Documentation française 1989.

OBSERVATOIRE DU DROIT EUROPEEN, SERVICE DES ETUDES ET DE LA DOCUMENTATION DE LA COUR DE CASSATION,

- Le droit communautaire et européen et la prohibition des discriminations en matière d'emploi, 2009.

OCDE,

- Les pensions dans les pays de l'OCDE 2009. Panorama des systèmes de retraite, Editions OCDE 2009.
- Principes de l'OCDE sur la réglementation des pensions professionnelles - Méthodologie pour l'évaluation et la mise en œuvre, 2011.
- Pension Markets in Focus, September 2012, issue 9.
- Panorama des pensions 2013. Les indicateurs de l'OCDE et du G20, Editions OCDE 2013.

PANTEIA,

- Study on the current situation and prospects of mutuals in Europe 2012.

PRECEPTA (XERFI),

- Les stratégies dans l'assurance santé : constitution de pôles fédérateurs et politiques de différenciation, 2008.

ROBINET A.,

- Rapport d'information déposé par la commission des affaires sociales en conclusion des travaux de la mission sur le financement des retraites dans les Etats européens, A.N., 2 juin 2010.

ROCARD M.,

- Mission mutualité et droit communautaire, Rapport de fin de mission, La Documentation française 1989.

ROSSO-DEBORD V.,

- Rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes sur les systèmes de retraite en Europe et leur évolution, A. N., 6 juill. 2010.

SOCIAL PROTECTION COMMITTEE,

- Privately managed funded pension provision and their contribution to adequate and sustainable pensions, 2008.

VII. Textes de droit de l'Union européenne

1. Communications, résolutions, avis, rapports, études, réponses

- Etude de la Commission, Les régimes complémentaires de sécurité sociale dans les pays de la CEE, série politique sociale n° 15, 1966.
- CESE, avis de la Commission au Conseil, Les entreprises de l'économie sociale et la réalisation du marché européen sans frontière, 1989.
- Communication de la Commission, L'achèvement du marché intérieur dans le domaine des retraites privées, 9 oct. 1990, (15/224/90).
- Communication de la Commission, Les régimes complémentaires de sécurité sociale : la place des régimes complémentaires de retraite dans la protection sociale des travailleurs, 21 juill. 1991 (SEC(91) 1332 final).
- Recommandation du Conseil n° 92/442/CEE du 27 juillet 1992 relative à la convergence des objectifs et politiques de protection sociale : JO n° L 245, 26 août 1992, p. 49.

- Communication de la Commission, L'avenir de la protection sociale dans le cadre du débat européen, 31 oct. 1995, COM(1995) 466.
- Communication de la Commission, Moderniser et améliorer la protection sociale dans l'Union européenne, 12 mars 1997, COM(1997) 102.
- Livre vert, Les retraites complémentaires dans le Marché unique, 10 juin 1997, COM(97) 283.
- Résolution du Parlement européen sur la communication de la Commission, Moderniser et améliorer la protection sociale dans l'Union européenne, 6 nov. 1997, COM(97) 0102 C4-0143/97 COS0538.
- Communication de la Commission, Définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 9 déc. 1997 : JOCE n° C 372, 9 déc. 1997.
- Résumé des réponses au livre vert sur les retraites complémentaires dans le marché unique, 6 avr. 1998, COM(97) 283.
- Communication de la Commission, Vers un marché unique pour les retraites complémentaires, 11 mai 1999, COM(1999) 134 final.
- Communication de la Commission, Mise en œuvre du cadre d'action pour les services financiers : Plan d'action, 11 mai 1999, COM(1999) 232 final.
- Communication de la Commission, La stratégie concertée pour moderniser la protection sociale, 14 juill. 1999, COM(1999) 347 final.
- Communication interprétative de la Commission, Liberté de prestation de services et intérêt général dans le secteur des assurances, 16 févr. 2000 : JOCE n° C 43, 16 févr. 2000, p. 5.
- Communication de la Commission, L'évolution à venir de la protection sociale dans une perspective à long terme : des pensions sûres et viables, 11 oct. 2000, COM(2000) 622 final.
- Résolution du Parlement européen sur l'assurance maladie complémentaire, 16 nov. 2000 : JOCE, 8 août 2001, n° C 223, p. 339.
- Communication de la Commission, Les services d'intérêt général en Europe, 19 janv. 2001 : JOCE n° C 17, 19 janv. 2001.

- Communication de la Commission, Elimination des entraves fiscales à la fourniture transfrontalière des retraites professionnelles, 19 avr. 2001, COM(2001) 214 final.
- Communication de la Commission, Première phase de consultation des partenaires sociaux sur la portabilité des droits à pension complémentaire, 12 juin 2002, SEC(2002) 597.
- Communication de la Commission, La responsabilité sociale des entreprises : une contribution des entreprises au développement durable, 2 juill. 2002, COM(2002) 347 final.
- Rapport conjoint de la Commission et du Conseil sur des pensions viables et adéquates, 10 mars 2003, 7165/03.
- Livre vert, Les services d'intérêt général, 21 mai 2003, COM(2003) 270).
- Communication de la Commission, Renforcement de la dimension sociale de la stratégie de Lisbonne : rationalisation de la coordination ouverte dans le domaine de la protection sociale, 27 mai 2003, COM(2003) 261 final.
- Document de consultation de la Commission, Les Mutuelles dans une Europe élargie, 3 oct. 2003.
- La Mutualité Française, réponse au document de consultation de la Commission européenne « Les Mutuelles dans une Europe élargie », 30 janv. 2004.
- Communication de la Commission, La promotion des sociétés coopératives en Europe, 23 févr. 2004, COM(2004) 18 final.
- Confcoopérative (confédération des coopératives italiennes), réponse au document de consultation de la Commission européenne « Les Mutuelles dans une Europe élargie », 2004.
- Communication de la Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81 § 3, du traité, 27 avr. 2004 : JOUE n° C 101, 27 avr. 2004, p. 97.
- Livre blanc, Les services d'intérêt général, 12 mai 2004, COM(2004) 374 final.
- Communication de la Commission sur le résultat de l'examen des propositions législatives en instance devant le législateur, 27 sept. 2005, COM(2005) 462.
- Résolution du Parlement européen relative au programme législatif et de travail de la Commission pour 2006, 15 déc. 2005, P6_TA(2005)0524.

- Communication de la Commission, Un nouveau cadre pour la coordination ouverte des politiques de protection sociale et d'inclusion sociale dans l'Union européenne, 22 déc. 2005, COM(2005) 706 final.
- Document de travail des services de la commission. Annexe au rapport de synthèse sur des pensions adéquates et viables, 27 févr. 2006, SEC(2006) 304, p. 3.
- Communication de la Commission, Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne - les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne, 26 avr. 2006, COM(2006) 177 final.
- Résolution du Parlement européen relative au « Résultat de l'examen des propositions législatives en instance devant le législateur », 16 mai 2006, 2005/2214 (INI).
- Résolution du Parlement européen sur la poursuite de la consolidation dans le secteur des services financiers, 4 juill. 2006, P6_TA(2006)0294.
- Résolution du Parlement européen relative à un modèle social européen pour l'avenir, 6 sept. 2006, 2005/2248 (INI) - P6-TA(2006)0340.
- Résolution du Parlement européen relative au programme législatif et de travail de la Commission pour 2007, 16 déc. 2006, P6_TA-PROV(2006)0565.
- Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, 10 juill. 2007 (2008/C/95/01).
- Résolution du Parlement européen du 4 septembre 2007, Mieux légiférer dans l'Union européenne, 4 sept. 2007, 2007/2095 (INI) - P6_TA-PROV(2007)0363.
- The Social Protection Committee Privately managed funded pension provision and their contribution to adequate and sustainable pensions, 2008.
- Rapport conjoint de la Commission et du Conseil sur la protection sociale et l'inclusion sociale, 25 févr. 2008.
- Commission staff working document - on implementation of article 8 and related provisions of Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980 on the approximation of the laws of the member states relating to the protection of employees in the event of the insolvency of their employer, concerning

supplementary company or inter-company pension schemes outside the national statutory social security schemes, 11 avr. 2008, SEC(2008) 475.

- Résolution du Parlement européen sur l'économie sociale, 19 févr. 2009, 2008/2250 (INI).
- Communication de la Commission, Gérer l'incidence d'une population vieillissante dans l'UE (Rapport 2009 sur le vieillissement), 29 avr. 2009, COM(2009) 180 final.
- Communication de la Commission, Europe 2020. Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive, 3 mars 2010, COM(2010) 2020.
- Livre vert, Vers des systèmes de retraite adéquats, viables et sûrs en Europe, 7 juill. 2010, COM(2010) 365.
- Communication de la Commission, Vers un acte pour le marché unique - Pour une économie sociale de marché hautement compétitive - 50 propositions pour mieux travailler, entreprendre et échanger ensemble, 27 oct. 2010 - COM(2010) 608 final.
- Parlement européen, déclaration écrite sur l'autorisation de statuts européens pour les mutuelles, les associations et les fondations, 11 févr. 2011, WD 84/2010.
- Document portant sur « Le rôle des sociétés mutuelles au XXI^e siècle » réalisé par la direction générale des politiques internes à la demande de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, juill. 2011.
- Communication de la Commission, Initiative pour l'entrepreneuriat social. Construire un écosystème pour promouvoir les entreprises sociales au cœur de l'économie et de l'innovation sociales, 25 oct. 2011, COM(2011) 682 final.
- Lignes directrices sur l'application de la directive 2004/113/CE du Conseil dans le secteur des assurances, à la lumière de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire C-236/09 (Test-Achats), 22 déc. 2011, COM(2011) 9497 final.
- Livre blanc, Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables, 16 févr. 2012, COM(2012) 55 final.
- Rapport de la Commission, Application du règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la coopérative européenne (SCE), 23 févr. 2012, COM(2012)72 final.

- CESE, avis, Initiative pour l'entrepreneuriat social, 23 mai 2012, INT/606.
- Rapport élaboré conjointement par la direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'inclusion de la Commission européenne et le Comité de la protection sociale, L'adéquation des retraites dans l'Union européenne 2010-2050, 31 mai 2012, 10488/12.
- Recommandation du Parlement européen contenant des recommandations à la Commission sur le statut de la mutualité européenne, 14 mars 2013, 2012/2039 (INI).
- Résolution du Parlement européen sur une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables, 21 mai 2013, 2012/2234 (INI).
- Résolution du Parlement européen sur la proposition de règlement du Conseil relatif au statut de la fondation européenne (FE), 2 juill. 2013, P7_TA(2013)0293.

2. Traités, Chartes, règlements, directives, projets, propositions

a. Traités

- Traité instituant la Communauté économique européenne, 25 mars 1957.
- Acte unique européen, 17 févr. et 28 févr. 1986 : JOCE n° L 169, 29 juin 1987, p. 1.
- Traité sur l'Union européenne, 7 fév. 1992 : JOCE n° C 191, 29 juill. 1992, p. 1.
- Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, 2 oct. 1997 : JOCE n° C 340/01, 10 nov. 1997, p. 1.
- Traité de Nice modifiant le Traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes, 26 fév. 2001 : JOCE n° C 80/1, 10 mars 2001, p. 1.
- Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, 13 déc. 2007 : JOUE, n° C 306, 17 déc. 2007, p. 1.
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 13 déc. 2007 : JOUE n° C 115/47, 9 mai 2008.

b. Règlements

- Règlement n° 3/58/CEE du 25 septembre 1958, concernant la libre circulation des travailleurs migrants : JOCE n° B 30, 16 déc. 1958, p. 561.
- Règlement n° 1408/71/CEE du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté : JOCE n° L 149, 5 juill. 1971, p. 2.
- Règlement n° 574/72/CEE du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté : JOCE n° L 74, 23 mars 1972, p. 1.
- Règlement n° 2137/85/CEE du 25 juillet 1985, relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique : JOCE n° L 199, 31 juill. 1985, p. 1.
- Règlement n° 4064/89/CEE du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises : JOCE n° L 395, 30 déc. 1989, p. 1.
- Règlement n° 1534/91/CEE du 31 mai 1991, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances : JOCE n° L 143, 7 juin 1991, p. 1.
- Règlement n° 3932/92/CEE du 21 décembre 1992, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances : JOCE n° L 398, 31 déc. 1992, p. 7.
- Règlement n° 1310/97/CE du 30 juin 1997, modifiant le règlement (CEE) n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises : JOCE n° L 180, 9 juil. 1997, p. 1.
- Règlement n° 2000/1346/CE du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité : JOCE n° L 160, 30 juin 2000, p. 1.

- Règlement n° 2157/2001/CE du 8 octobre 2001, relatif au statut de la société européenne (SE) : JOCE n° L 294, 10 nov. 2001, p. 1.
- Règl. n° 358/2003/CE du 27 février 2003, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances : JOCE n° L 53, 28 févr. 2003, p. 8
- Règlement n° 1435/2003/CE du 22 juillet 2003, relatif au statut de la coopérative européenne : JOCE n° L 207, 18 août 2003, p. 1.
- Règlement n° 139/2004/CE du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprise : JOCE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 1.
- Règlement n° 883/2004/CE du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale : JOUE n° L 166, 30 avril. 2004, p. 1.
- Règlement n° 593/2008/CE du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) : JOUE n° L 177/6, 4 juill. 2008, p. 6.
- Règlement n° 1033/2008/CE du 20 octobre 2008, modifiant le règlement (CE) n° 802/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises : JOUE n° L 279, 22 oct. 2008, p. 3.
- Règlement n° 267/2010/UE du 24 mars 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances : JOUE n° L 83, 30 mars 2010, p. 1.

c. Directives

- Directive n° 73/239/CEE du 23 juillet 1973, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice : JOCE n° L 228, 16 août 1973.
- Directive n° 77/92/CEE du 13 décembre 1976, relative à des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services pour les activités d'agent et de courtier d'assurance (ex groupe 630 CITI)

et comportant notamment des mesures transitoires pour ces activités : JOCE n° L 26, 31 janv. 1977, p. 14.

- Directive n° 78/473/CEE du 30 mai 1978, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives en matière de coassurance communautaire : JOCE n° L 151, 7 juin 1978, p. 25.
- Directive n° 79/7/CEE du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale : JOCE L 6, 10 janv. 1979, p. 24.
- Directive n° 79/267/CEE du 5 mars 1979, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe sur la vie, et son exercice : JOCE, n° L 63, 13 mars 1979, p. 1.
- Dir. n° 80/987/CEE du 20 octobre 1980, relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur : JOCE n° L 283, 28 oct. 1980, p. 23.
- Directive n° 84/450/CEE du 10 septembre 1984, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse : JOCE n° L 250, 19 sept. 1984, p. 17.
- Directive n° 85/577/CEE du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux : JOCE n° L 372, 31 déc. 1985, p. 31.
- Directive n° 86/378/CEE du 24 juillet 1986, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale : JOCE, n° L 241, 12 août 1986, p. 40.
- Directive n° 87/344/CEE du 22 juin 1987, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance-protection juridique : JOCE n° L 185, 4 juill. 1987, p. 77.
- Directive n° 88/357/CEE du 22 juin 1988, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services : JOCE n° L 172, 4 juill. 1988, p. 1.

- Directive n° 90/435/CEE du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents : JOCE n° L 225, 20 août 1990, p. 6.
- Directive n° 90/619 CEE du 8 nov. 1990, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 79/267/CEE : JOCE n° L 330, 29 nov. 1990, p. 50.
- Directive n° 92/49/CEE du 18 juin 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie : JOCE n° L 228, 11 août 1992, p. 1.
- Directive n° 92/96/CEE du 10 novembre 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE (troisième directive «assurance non-vie») : JOCE n° 228, 11 août 1992, p. 1.
- Directive n° 93/13/CEE du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives : JOCE n° L 95, 21 avr. 1993, p. 29.
- Directive n° 96/97/CE du 20 décembre 1996, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale : JOCE n° 46, 17 févr. 1997, p. 20.
- Directive n° 97/7/CE du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance : JOCE n° L 144, 4 juin 1997, p. 19.
- Directive n° 97/55/CE du 6 oct. 1997, modifiant la directive 88/450 sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative : JOCE n° L 290, 23 oct. 1997, p. 18.
- Directive n° 97/80/CE du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe : JOCE L n° 14, 20 janv. 1998, p. 6.
- Directive n° 97/81/CE du 15 décembre 1997, concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNI CE, le CEEP et la CES : JO n° L 14, 20 janv. 1998, p. 9.

- Directive n° 98/78/CE du 27 octobre 1998, sur la surveillance complémentaire des entreprises d'assurance faisant partie d'un groupe d'assurance : JOCE n° L 330, 5 déc. 1998, p. 1.
- Directive n° 1999/70/CE du 28 juin 1999, concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée : JOCE n° L 175, 10 juill. 1999, p. 43.
- Directive n° 2000/43/CE du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique : JO n° L 180, 19 juill. 2000, p. 22.
- Directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail : JO n° L 303, 2 déc. 2000, p. 16.
- Directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements : JOCE n° L 82, 22 mars 2001, p. 16.
- Directive n° 2001/17/CE du 19 mars 2001, concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance : JOCE n° L. 110, 20 avr. 2001, p. 28.
- Directive n° 2002/65/CE du 23 septembre 2002, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs et modifiant les directives 90/619/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE du Conseil : JOCE n° L. 271/16, 9 oct. 2002, p. 16.
- Directive n° 2002/83/CE du 5 novembre 2002, concernant l'assurance directe sur la vie : JOCE n° L 345, 19 déc. 2002, p. 1.
- Directive n° 2002/92/CE du 9 décembre 2002, sur les intermédiaires en assurance : JOCE n° L. 9, 15 janv. 2003, p. 3.
- Directive n° 2002/87/CE du 16 décembre 2002, relative à la surveillance complémentaire des entreprises financières appartenant à un conglomérat financier : JOCE n° L 35, 11 févr. 2003, p. 1.
- Directive n° 2003/41/CE du 23 juin 2003, concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle : JOUE n° L 235, 23 sept. 2003, p. 10.

- Directive n° 2003/82/CE du 11 septembre 2003, complétant le statut de la société coopérative européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs : JOCE n° L 207, 18 août 2003, p. 25.
- Directive n° 2004/113/CE du 13 décembre 2004, mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services : JOUE n° L 373, 21 déc. 2004, p. 37.
- Directive n° 2005/19/CE du 17 février 2005, modifiant la directive 90/434/CEE concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents : JOUE n° L 58, 4 mars 2005 p. 19.
- Directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (directive sur les pratiques commerciales déloyales) : JOCE n° L 149, 11 juin 2005, p. 22.
- Directive n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005, sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux : JOUE n° L 310, 25 nov. 2005, p. 1.
- Directive n° 2005/68/CE du 16 novembre 2005, relative à la réassurance : JOUE n° L 323, 9 déc. 2005, p. 1.
- Directive n° 2006/54/CE du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) : JOUE n° L. 204, 26 juill. 2006, p. 23.
- Directive n° 2006/111/CE du 16 novembre 2006, relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises : JOUE n° L 318, p. 17
- Directive n° 2006/98/CE du 20 novembre 2006, portant adaptation de certaines directives dans le domaine de la fiscalité, en raison de l'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie, modifiant cette directive : JOUE, n° L 363, 20 déc. 2006, p. 129.
- Directive n° 2006/114/CE du 12 décembre 2006, en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative : JOUE n° L 376, 27 oct. 2006, p. 21.

- Directive n° 2006/123/CE du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur : JOUE n° L 376, 27 déc. 2006, p. 36.
- Directive n° 2007/64/CE du 13 novembre 2007, concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE : JOUE n° L 319, 5 déc. 2007, p. 1.
- Directive n° 2008/87/CE du 11 mars 2008, relative à la surveillance complémentaire des établissements de crédit, des entreprises d'assurance et des entreprises d'investissement appartenant à un conglomérat financier, en ce qui concerne les compétences d'exécution conférées à la Commission : JOUE n° L 81, 20 mars 2008, p. 40.
- Directive n° 2008/37/CE du 11 mars 2008, modifiant la directive 2005/68/CE relative à la réassurance, en ce qui concerne les compétences d'exécution conférées à la Commission : JOUE n° L 81, 20 mars 2008, p. 71.
- Directive n° 2008/94/CE du 22 octobre 2008, relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur : JOUE, L. 283/36, 28 oct. 2008.
- Directive n° 2009/138/CE du 25 novembre 2009, sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (Solvabilité II) : JOUE n° L 335, 17 déc. 2009, p. 1.
- Directive n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil : JOUE L 304, 22 nov. 2011, p. 64.
- Directive n° 2011/89/UE du 16 novembre 2011, modifiant les directives 98/78/CE, 2002/87/CE, 2006/48/CE et 2009/138/CE en ce qui concerne la surveillance complémentaire des entités financières des conglomérats financiers : JOUE, 8 déc. 2011, n° L 326, p. 113.
- Directive n° 2012/23/UE du 12 septembre 2012, modifiant la directive n° 2009/138/CE (solvabilité II), en ce qui concerne ses dates de transposition et d'entrée en

application et la date d'abrogation de certaines directives : JOUE 14 sept. 2012, n° L 249, p. 1

- Directive n° 2014/50/UE, 15 avril 2014, relative aux prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs entre les Etats membres en améliorant l'acquisition et la préservation des droits à pension complémentaire : JOUE n° L 128, 30 avr. 2014, p. 1.
- Directive n° 2014/51/UE du 16 avril 2014, modifiant les directives 2003/71/CE et 2009/138/CE et les règlements (CE) n° 1060/2009, (UE) n° 1094/2010 et (UE) n° 1095/2010 en ce qui concerne les compétences de l'Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles) et de l'Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers) : JOUE n° L 153, 22 mai 2014.

d. Propositions

- Proposition de directive du Conseil visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant le contrat d'assurance, 10 juill. 1979, COM(79) 355.
- Proposition modifiée de directive du Conseil visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant le contrat d'assurance, 30 déc. 1980, COM(80) 854.
- Proposition de directive du Parlement et du Conseil concernant la liberté de gestion et d'investissement des fonds collectés par les institutions de retraite, 1991, COM(91) 301 final.
- Proposition de règlement du Conseil concernant le statut de la mutuelle européenne, 5 mars 1992, COM(91) 273 final,
- Proposition de directive relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non salariés qui se déplacent à l'intérieur de l'Union européenne, 8 oct. 1997, COM(1997) 486 final.

- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'amélioration de la portabilité des droits à pension complémentaire, 20 juin 2005, COM(2005) 507 final.
- Retrait de propositions de la Commission suite à l'examen de leur pertinence générale, de leur impact sur la compétitivité et d'autres aspects publiés au Journal officiel de l'Union européenne du 17 mars 2006, 2006/C 64/03.
- Proposition de directive du Parlement et du Conseil sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice, 10 juillet 2007, COM(2012)0360.
- Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil, relative aux prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs en améliorant l'acquisition et la préservation des droits à pension complémentaire, 9 oct. 2007, COM(2007) 603 final.
- Proposition de règlement du Parlement et du Conseil établissant un programme de l'Union européenne pour le changement social et l'innovation sociale, 6 oct. 2011, COM(2011) 609 final.
- Proposition de règlement du Conseil relatif au statut de fondation européenne (FE), 8 févr. 2012, COM(2012) 35 final.
- Proposition de directive du Parlement et du Conseil concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (refonte), 27 mars 2014, COM(2014) 167 final.

Index

Les chiffres renvoient au(x) numéro(s) des paragraphes

A

Acte unique européen : 7, 16, 208

Agirc / Arrco : 39, 297, 328

Allemagne : 18, 32, 37, 48, 51, 68, 84, 87, 88, 131, 132, 139, 155, 183, 203, 231, 233, 257, 293, 295, 303, 315, 327, 328, 335, 337, 341, 346, 371, 399, 408, 413, 419, 421, 441, 442, 449, 446, 461

Associations : 42, 59, 62, 64, 73, 108, 127, 151, 154, 211, 224, 243

- Association européenne : 75, 107

Assurance

- assurance de groupe : 222 et s., 342, 347, 354, 360, 365, 366, 367, 402, 458, 466, 468
- contrat : v. Contrat
- sociétés : v. Société d'assurance

Avantages de retraite : 459

B

Belgique : 85, 88, 98, 107, 166, 218, 228, 229, 303, 337, 392, 448

Bénéficiaires : 36 et s., 41 et s., 284 et s.

- antisélection : 347
- conjoint : 36
- détermination : 320 et s.

- droits : 351 et s.
- information : v. Information
- selection : 343 et s.
 - par l'assureur : 347 et s.
 - par l'entreprise : 344 et s.

C

Charte

- communautaire des droits sociaux fondamentaux : 8, 284
- des droits fondamentaux : 9, 273, 335, 375
- sociale européenne : 12

Concurrence : v. Droit de la concurrence

Conjoint : 36, 272, 313, 323, 328, 359

Conseil de l'Europe : 6, 12, 335

Contrat

- assurance (d') : 217 et s., 360
 - o modification : 466.
 - o rupture : 467 et s.
- information : v. Information
- loi applicable : 225
- relation triangulaire : 47, 327, 476
- solidaire et responsable : 102, 108, 300, 354
- travail (de) : 310, 451 et s.
 - o rupture : 455 et s.



Contrôle : v. Liberté

Convention EDH : 335

Convention ou accord collectif

- articulation : 311
- atypique : 310
- avantages individuels acquis : 453
- branche : 25, 257, 301 et s.
- dénonciation : 453
- entreprise : 304 et s., 453
- interprofessionnel : 25, 297
- référendaire : 307 et s.
- révision : 453
- transfert : v. Transfert d'entreprise

Coopératives : 45, 64, 65 et s.

- cadre juridique : 68, 69
- caractéristiques : 67, 70 et s.
- coopérative européenne : 74 et s., 118
 - o définitions : 76
 - o principes : 77 et s.

Coordination : 46, 225, 289, 377 et s.

Cotisations définies : 27

Cour EDH : 459

D

Décision unilatérale : 309, 453

Dialogue social : 287

- affirmation : 289
- nuances : 290 et s.

Discriminations : 11, 335 et s.

- dialogue social : 342
- jurisprudence : 339 et s.
- preuve : 338

Droit de la concurrence : 11, 26, 170, 233 et s.

- abus de position dominante : 254 et s., 272
- activité économique : 243 et s.
- aides d'Etat : 278 et s.
- clauses de désignation : 257 et s.
- clauses de migration : 262
- clauses de recommandation : 261.
- concentrations : 119, 267 et s.
- droits spéciaux ou exclusifs : 271 et s.
- ententes : 252 et s.
- entreprise : 242 et s.
- marché : 236 et s.
- réseaux : 265 et s.
- services d'intérêt économique général : 273 et s.
- services sociaux d'intérêt général : 275 et s.

Droit de la consommation : 100, 352 et s.

- clauses abusives : 353 et s.
- et droit des assurances : 354
- et droit du travail : 354
- extension : 356
- limites : 357
- rétractation : 355

Droit de la sécurité sociale : 45

Droit du travail : 45, 287, 359

E

Economie sociale : 57, 58 et s.

- contrôle financier : 198 et s.
- définitions : 58, et s.
- droit de la concurrence : 244 et s.
- insolvabilité : v. Insolvabilité
- valeurs : 63

Egalité : 321 et s.

- entre les sexes : 5, 322, et s.
 - o Cour de justice : 324 et s.
 - o primes d'assurance : 331 et s.
- objectif élargi : 334
- de traitement (principe) : 345

Entreprise : 476 et s.

Epargne retraite : 312

Espagne : 32, 61, 85, 87, 88, 131, 154, 158, 220, 228, 244, 303, 314, 335, 338, 349, 443, 448, 450

Etats-Unis : 23, 24, 27, 131, 139, 141 et s., 156, 163, 222, 233, 268, 422, 444, 454

F

Fiducie : 163

Filiale : 126

Fiscalité : 26, 45, 98 et s., 226 et s., 280, 385

Fondations : 151 et s.

Fonds de pension : 26, 28, 132, 141 et s., 154, 155, 158 et s., 329

Frais de santé : 38

France : 18, 24, 29, 39, 51, 62, 64, 68, 76, 81, 84, 85, 87, 88, 95, 97, 98, 102 et s., 131, 153, 157, 193, 196, 199, 203, 220, 221, 228, 245, 269, 297 et s., 302, 306, 313, 332, 335, 337, 345, 353, 362, 404, 421, 428, 432, 439, 447, 453 et s., 456, 464 et s.

G

GEIE : 117

Généralisation : 300, 350

Gouvernance d'entreprise : 184

« *Guichet unique* » : 175 et s.

H

Harmonisation : 46, 51 et s., 218, 430

I

IGRS : 159

Information : 358 et s.

- assurance de groupe : 366
- langue : 370
- obligation des opérateurs : 360
- obligation des employeurs : 359
- obligation des bénéficiaires : 365
- mobilité : v. Mobilité
- précontractuelle : 363
- questionnaires : 365
- situations exceptionnelles : 369

Insolvabilité : 140

- Cour de justice : 437
- directive n° 2008/94/CE du 22 octobre 2008 : 436, 439
- économie sociale : 450
- organisme spécialisé (de 1^o) : 449 et s.
- protection des créances externalisées : 445 et s.
- protection des créances internalisées : 435 et s.
- mauvaise transposition : 437



M

Institutions de prévoyance : 42, 52, 64, 275

Institutions de retraite professionnelle : 44, 135 et s.

- contrôle : 178 et s.
- définition : 136
- régime : 137 et s.

Intermédiaires : 364

Italie : 64, , 69, 88, 139, 220, 231, 280, 335, 337, 431

L

Liberté

- capitaux : 216
- circulation : 212
- contrôle : 171 et s.
 - administratif : 173 et s.
 - accès : 174 et s.
 - exercice : 185 et s.
 - financier : 188 et s.
- établissement : 211 et s., 215
- libertés économiques : 11, 170, 208 et s.
- services : 213 et s.
- spécialisation : 181 et s.

Loi Evin

- article 2 : 223, 347
- article 3 : 223, 347
- article 4 : 456
- article 5 : 469
- article 7 : 470
- article 7-1 : 470
- article 8 : 223
- article 11 : 428, 453
- article 12 : 466
- article 15 : 368

Majorité : 16, 17

Marché intérieur : 3, 47, 54, 134, 174, 185, 475

Mobilité : 375 et s.

- absence de coordination : 377 et s.
- âge : 414
- directive n° 98/49/CE : 401 et s.
- directive n° 2014/50 : 410 et s.
- droits dormants : 416
- droits sauvegardés : 396 et s.
- information : 417
- juge : 418
- partenaires sociaux : 420
- périodes de transition : 413
- portabilité des droits à pension : 382 et s.
- régimes paneuropéens : 393 et s.
- remboursement : 415

MOC : 18

Modèle social européen : 19

Mutuelles : 41, 51 et s., 64, 82 et s., 275

- contrôle financier : 199
- mutuelle européenne : 105 et s., 128
- spécificité : 83 et s.
- transformation : 127
- valeurs : 101 et s.

O

OCDE : 455

Opérateurs : 41, 46, 47



Organismes de retraite : 57, 129 et s.

- contrôle financier : 200 et s.
- diversité : 139 et s.

- bismarckiens : 32
- gérés en interne : 140, 434, 435
- gérés en externe : 140, 202, 434, 445

P

Partenaires sociaux : 304 et s.

Participations qualifiées : 185

Pays-Bas : 32, 64, 88, 97, 131, 141, 151, 156, 201, 204, 220, 231, 245, 257, 268, 303, 314, 335, 338, 371, 421, 433, 443, 448, 454, 463

Perco : 165, 224, 312

Politique sociale : 1, 3, 5, 11

Portabilité : 299, 457

Portefeuille (cession) : 186

Prévoyance : 38

- décès : 38
- invalidité : 38

Principes de subsidiarité et proportionnalité : 13 et s.

Protection sociale

- de base : 2, 6, 28, 31
- complémentaire : 21, 234, 240
 - o définitions : 33 et 35

Q

Questionnaire : v. Information

R

Régimes

- beveridgiens : 32

Représentants du personnel : 317

République tchèque : 52, 87, 167, 220

Réseaux de soins : 263

Retraite

- cotisations définies : 40, 313, 421
- par capitalisation : 28
- par répartition : 28, 29
- prestations définies : 40, 313, 368, 421

Risque(s) : 38, 43

Royaume-Uni : 18, 32, 49, 84, 88, 131, 141, 143 et s., 156, 204, 220, 268, 303, 314, 338, 346, 371, 421, 429, 433, 437, 442, 462

S

SGAM : 122

Société d'assurance : 47, 50, 51, 88, 90 et s., 126

« Solvabilité II » : 190 et s.

- adaptations : 197 et s.

T

Traité

- Amsterdam 8
- Lisbonne : 10, 17
- Maastricht : 8, 16
- Nice : 9



Transfert d'entreprise : 424 et s.

- accord collectif : 428
- engagement unilatéral : 428
- exclusion : 425.
- inégalités : 430
- option : 426
- sauvegarde des droits : 431 et s.

Transparence : v. Information

Trusts : 45, 142 et s.

- convention de La Haye : 150
- égalité : 326

U

UGM : 124

UMG : 123

Unanimité : 16, 17

Usage : 310, 453

Table des matières

<i>Introduction</i>	1
I. Une voix effacée.....	1
A. La façade des textes fondamentaux	1
1. Une considération secondaire	2
2. Une préoccupation récente	3
a. Le réveil tardif de la Communauté européenne.....	3
b. Le rôle précurseur du Conseil de l'Europe	7
B. Les rouages législatifs grippés.....	7
1. Les limites liées aux principes de subsidiarité et de proportionnalité	8
2. Les limites liées au processus d'adoption de la norme sociale	9
II. Une voie à tracer ?.....	15
A. Au croisement de l'économique et du social	15
1. Des objectifs sociaux, des moyens économiques.....	15
2. Des difficultés économiques et sociales	16
B. Au croisement des droits.....	25
1. Les concepts juridiques	25
2. Les disciplines juridiques	34
<i>Première partie - L'encadrement des opérateurs</i>	37
Titre 1 - L'inachèvement de la convergence structurelle	41
Chapitre 1 - Le particularisme des organismes de l'économie sociale.....	49
Section 1 - Les coopératives	53
§ 1. Une notion à géographie variable	53
A. De réelles divergences structurelles.....	54
B. La différenciation avec les mutuelles.....	56
§ 2. Un statut européen de compromis.....	57
A. La longueur du processus d'élaboration.....	57
B. L'aménagement des principes coopératifs.....	59
Section 2 - Les mutuelles.....	63
§ 1. Une spécificité menacée	64
A. Une forte originalité	64
B. Un risque de banalisation.....	71
1. L'influence des sociétés d'assurance sur les mutuelles.....	71

2. L'influence des mutuelles sur les sociétés d'assurance.....	79
§ 2. Un statut envisagé	83
A. Un statut en discussion	84
1. Les hésitations des pouvoirs publics européens	85
2. L'action des acteurs de la mutualité	89
B. Des solutions alternatives	92
1. Les structures de croissance.....	93
2. Les structures de transformation	96
Chapitre 2 - Le particularisme des organismes de retraite complémentaire	103
Section 1 - Une volonté d'harmonisation limitée.....	103
§ 1. Une importance nationale variable	103
§ 2. Une initiative européenne récente.....	104
Section 2 - Des conceptions nationales diversifiées.....	109
§ 1. Les fonds de pension	110
A. Le trust, structure privilégiée de développement	111
B. Les structures de développement hors trust	117
§ 2. Les alternatives	122
A. Les « fonds de pension à la française ».....	123
1. Un modèle dominé par les organismes assureurs	124
2. L'échec de l'implantation des fonds de pension.....	126
B. L'opposition aux institutions de retraite professionnelle.....	131
Titre 2 - Le renforcement de la convergence opérationnelle.....	135
Chapitre 1 - La liberté des organismes.....	137
Section 1 - Le contrôle de la liberté.....	137
§ 1. Le contrôle administratif.....	137
A. Le contrôle de l'accès au marché intérieur.....	137
B. Le contrôle de l'exercice sur le marché intérieur	149
§ 2. Le contrôle financier	152
A. Principe	152
B. Adaptations.....	159
1. Les organismes issus de l'économie sociale	160
2. Les organismes de retraite complémentaire	163
Section 2 - L'exercice de la liberté.....	170
§ 1. Les moteurs de l'exercice de la liberté.....	172
A. L'établissement.....	172
B. La circulation.....	173
1. La libre circulation des services.....	174

2. La circulation des capitaux	176
§ 2. Les freins à l'exercice de la liberté	177
A. L'absence de cadre contractuel	177
B. La survivance de barrières fiscales	186
Chapitre 2 - La concurrence entre les organismes.....	193
Section 1 - La définition d'un cadre concurrentiel.....	195
§ 1. Le marché	195
§ 2. L'entreprise.....	199
Section 2 - La régulation des pratiques anticoncurrentielles	206
§ 1. Les entreprises	206
A. Le contrôle des comportements	207
1. Une réglementation à faibles particularités.....	207
a. Les ententes anticoncurrentielles	207
b. Les abus de position dominante	209
2. Les situations particulières	211
a. Les branches professionnelles.....	211
b. Les réseaux de soins	220
B. Le contrôle des structures	224
§ 2. Les Etats	228
A. L'attribution de monopoles	228
1. L'octroi de droits spéciaux ou exclusifs	228
2. Les services d'intérêt économique général	230
B. L'attribution d'aides	235
<i>Seconde partie - La protection des bénéficiaires.....</i>	243
Titre 1 - La protection des bénéficiaires lors de la mise en place de la garantie..	245
Chapitre 1 - Le fondement du régime	247
Section 1 - Une impulsion de principe.....	248
§ 1. Une volonté affirmée	248
§ 2. Une volonté nuancée.....	249
A. La nuance jurisprudentielle	249
B. La nuance textuelle.....	251
Section 2 - Une impulsion sans traduction	252
§ 1. La source externe à l'entreprise.....	253
A. L'engagement au niveau interprofessionnel	253
B. L'engagement au niveau professionnel	256
§ 2. La source interne à l'entreprise	258
A. Le rôle des partenaires sociaux	258

1. Un rôle essentiel	258
2. Un rôle limité	264
B. Le rôle des représentants du personnel.....	266
Chapitre 2 - Les bénéficiaires du régime.....	269
Section 1 - La détermination des bénéficiaires.....	269
§ 1. La recherche de l'égalité.....	269
A. L'objectif d'égalité entre les sexes	270
1. Une volonté immédiatement affirmée.....	270
2. Une volonté régulièrement confirmée	277
B. L'objectif élargi d'égalité	283
1. Des textes récents	283
2. Un volontarisme extra-législatif ancien.....	289
§ 2. La sélection des bénéficiaires.....	294
A. La sélection par l'entreprise.....	294
B. La sélection par l'organisme spécialisé.....	299
Section 2 - Les droits des bénéficiaires.....	305
§ 1. Le consumérisme.....	305
A. Conception et principes	305
B. Extension et limites	312
§ 2. La transparence	313
A. Une action claire	313
B. Des effets disparates.....	317
Titre 2 - La protection des bénéficiaires lors de la mise en œuvre de la garantie 329	
Chapitre 1 - La mobilité entravée	331
Section 1 - Des obstacles.....	331
§ 1. La non-coordination sociale	332
A. Un débat ancien.....	332
B. Un blocage persistant.....	335
§ 2. Les distorsions fiscales	338
A. Les données du problème.....	338
1. Le constat.....	338
2. Les conséquences.....	339
B. Les solutions envisageables	339
1. La concertation fiscale	340
2. Les régimes paneuropéens	341
Section 2 - Des progrès.....	343
§ 1. La limitation des droits sauvegardés.....	343

A. Un compromis recherché	344
1. De timides réflexions	344
2. Des blocages identifiés.....	345
B. Une portée limitée	346
1. Des solutions	346
2. Des limites	349
§ 2. La limitation de la portabilité.....	350
A. Les propositions écartées	351
1. La proposition initiale	351
2. La proposition ajustée	352
B. La directive adoptée	352
1. Les lacunes relevées.....	353
2. Les solutions proposées.....	360
Chapitre 2 - Les bouleversements négligés	365
Section 1 - Le bouleversement de l'entreprise.....	365
§ 1. L'entreprise transférée	366
A. L'exclusion de principe	366
1. Un transfert sur option	367
2. Une démarche volontaire.....	368
B. La sauvegarde des droits.....	371
§ 2. L'entreprise insolvable	373
A. L'insuffisante protection des créances internalisées	374
1. Les carences de la réglementation européenne	374
2. L'hétérogénéité des réglementations internes	381
B. L'opportune protection des créances externalisées	384
1. La protection contre l'insolvabilité de l'employeur.....	384
2. La protection contre l'insolvabilité de l'organisme spécialisé.....	388
Section 2 - Le bouleversement contractuel.....	390
§ 1. La relation de travail	391
A. Les aspects collectifs de la relation de travail	391
B. Les aspects individuels de la relation de travail.....	395
§ 2. La relation avec l'organisme spécialisé.....	402
A. L'altération de la relation	402
1. La modification	403
2. La résiliation	403
B. Le maintien des prestations	405
Conclusion	409



<i>Bibliographie</i>	413
<i>Index</i>	495
<i>Table des matières</i>	501

Vu : Le Président du Jury

M.

Vu : Les membres du jury

M.

M.

M.

M.

**Vu et permis d'imprimer : Le Président de l'Université Panthéon Assas (Paris II), Droit -
Economie - Sciences sociale**

Monsieur Guillaume Leyte

Résumé : La contribution du droit européen au droit de la protection sociale complémentaire

Aucun cap clair n'a été fixé par les pouvoirs publics européens s'agissant du droit de la protection sociale complémentaire. La contribution du droit européen en la matière est toutefois majeure. Les opérateurs spécialisés chargés de la gestion des régimes institués ont fait l'objet de nombreux textes, quoique non axés spécifiquement sur le droit de la protection sociale complémentaire et ne tenant pas toujours compte de l'originalité du modèle économique et social de certains d'entre eux. Les intérêts des bénéficiaires des dispositifs établis ont été pris en considération davantage en raison de l'extension du rôle du droit du travail au sein de l'Union européenne que des dispositions adoptées en droit de la protection sociale. Située au croisement de plusieurs domaines du droit, de l'économie et de la politique sociale, la protection sociale complémentaire cherche toujours, dans le concert du droit européen, à faire entendre une voix qui lui soit propre. Il est cependant permis d'espérer qu'un fil conducteur soit un jour plus clairement adopté, plaçant l'entreprise, qui constitue le socle du droit de protection sociale complémentaire, au cœur des réflexions et des réformes. C'est en effet au sein des entreprises, et en Europe, qu'est née la protection sociale complémentaire. Il serait cohérent que, deux siècles plus tard, les pouvoirs publics européens reviennent aux origines de celle-ci pour en déterminer l'avenir.

Descripteurs : protection sociale ; protection sociale complémentaire ; droit européen ; droit de l'Union européenne ; prévoyance ; retraite ; assurances ; organisme assureur ; coopérative ; mutuelle ; institution de retraite professionnelle ; libertés économiques ; concurrence ; égalité de traitement ; mobilité ; préservation des droits à pension complémentaire ; transfert d'entreprise ; insolvabilité.

Abstract : The contribution of European law to complementary social protection law

No clear direction has been set by the European authorities regarding complementary social protection law. However, European law still makes a major contribution on the subject. The specialized operators in charge of administrating complementary schemes have been the subject of numerous laws, but not specifically focused on complementary social protection law and not always taking into account the originality of the economic and social model of some of them. The interests of the beneficiaries were more taken into consideration because of the employment law growing position within the European Union than because of the measures adopted on social protection law. Complementary social protection happens to be right at the crossroads of several areas of law, economics and social policy. It is therefore still trying to have its own voice heard in the concert of European law. However, we can hope that a common connecting thread will be more clearly adopted, which will put the company, as the foundation of complementary social protection law, at the heart of debates and reforms. It is indeed within companies, and in Europe, that complementary social protection was born. It would make sense that, two centuries later, European authorities return to the roots of the latter to set a course for the future.

Keywords: social protection; complementary social protection schemes; European law; European Union law; welfare; retirement; insurance; insurance undertaking; cooperative; mutual; institutions for occupational retirement provision; economic freedoms; competition; equal treatment; mobility; preservation of supplementary pension rights; transfer of undertakings; insolvency.