



Paris, le 17 décembre 2015

Décision du Défenseur des droits MLD-2015-283

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu le code pénal ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Vu la loi n°89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques ;

Vu la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi ;

Saisi par de petites entreprises concernant les difficultés qu'elles ont rencontrées avec leurs assureurs dans le cadre de leurs couvertures prévoyance ;

Soulignant que le recours aux clauses de recommandations est un moyen d'instaurer une solidarité professionnelle en matière de protection sociale complémentaire ;

Rappelant néanmoins que toutes les entreprises, et particulièrement les petites et moyennes entreprises, ne bénéficient pas d'une solidarité professionnelle, le Défenseur des droits décide de recommander à la ministre du Travail, à la ministre de la Santé et au ministre de l'Économie, de mettre en place un dispositif de suivi de l'accès des entreprises aux couvertures de prévoyance collective obligatoire ;

Si des difficultés d'accès à l'assurance étaient constatées dans le cadre de ce suivi, le Défenseur des droits considère qu'une réforme devra être envisagée visant à étendre le champ de compétence du bureau central de tarification aux couvertures de prévoyance collective obligatoire ;

Le Défenseur des droits demande à la ministre du Travail, à la ministre de la Santé et au ministre de l'Économie de rendre compte des suites données aux recommandations ci-dessus dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Jacques TOUBON

Recommandations

1. Le Défenseur des droits a été saisi des difficultés rencontrées par des associations comptant moins de dix salariés en matière d'assurance en prévoyance collective obligatoire alors qu'elles embauchaient un travailleur handicapé.
2. Le Défenseur des droits a sollicité les syndicats, le Groupement des Entreprises Mutuelles d'Assurance (GEMA), la Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA) et la Mutualité française afin de recueillir leurs observations sur les difficultés d'accès aux assurances prévoyance.
3. Les garanties de prévoyance dont bénéficient les salariés relèvent de la protection sociale complémentaire, c'est-à-dire qu'elles interviennent en complément des garanties de la sécurité sociale.
4. L'article L. 911-2 du code de la sécurité sociale précise que ces garanties collectives « 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 ».
5. Concrètement, elles permettent de faciliter l'accès aux soins médicaux en apportant des remboursements qui viennent compléter les prestations de la Sécurité sociale en cas de maladie, de maternité ou d'accident, d'assurer le maintien d'un niveau de salaire le plus élevé possible en cas d'arrêt de travail ou d'invalidité, de prévoir un complément financier en cas de dépendance et de garantir un capital et des rentes à la famille de l'assuré en cas de décès de ce dernier.
6. Elles sont principalement déterminées par voie de conventions collectives ou d'accords de branche et s'imposent ainsi à toutes les entreprises relevant de la branche professionnelle. En l'absence d'arrêté d'extension pris par l'État¹, seules les entreprises syndiquées à une organisation patronale signataire de l'accord ont obligation de l'appliquer.
7. Un employeur peut de sa propre initiative décider de la mise en place d'un régime de prévoyance : soit en faisant une application volontaire d'une convention collective soit par décision unilatérale ou référendum. La prévoyance peut également être mise en place par un accord d'entreprise, dont l'initiative appartient aussi bien aux salariés qu'à l'employeur.
8. La loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi (dite loi ANI) prévoit en outre la généralisation dans toutes les entreprises, à compter du 1^{er} janvier 2016 au plus tard, de la couverture complémentaire santé obligatoire. Toutes les entreprises françaises sont tenues de mettre en place cette couverture.
9. L'objectif de la loi est de permettre aux salariés qui ne bénéficiaient pas d'une couverture collective à adhésion obligatoire en matière de remboursements complémentaires de frais de santé au niveau de leur branche ou de leur entreprise, d'accéder à cette couverture.

¹ La majorité des conventions collectives sont étendues par le ministère du Travail et leur application est dès lors obligatoire pour les entreprises.

Sur les difficultés susceptibles d'être rencontrées par les petites entreprises

10. Une des associations réclamantes avait mis en place par voie de décision unilatérale un régime de prévoyance au bénéfice de ses salariés et donc souscrit un contrat de prévoyance auprès d'un organisme assureur.
11. Elle a souhaité en faire bénéficier son nouvel employé, lequel a rempli un questionnaire médical à l'attention du médecin conseil de l'assureur. Ce dernier, constatant que ce recrutement entraînait une aggravation du risque présenté par le nouvel effectif, a décidé de résilier le contrat de prévoyance.
12. Plutôt que de renoncer au bénéfice de son assurance et craignant de ne pas trouver d'autres assureurs qui accepteraient de le garantir, l'employeur n'a pas renouvelé le contrat de son salarié handicapé.
13. Cette réclamation illustre la situation de choix impossible dans laquelle peut se retrouver un employeur lorsqu'il souhaite recruter un travailleur handicapé ou lorsqu'il s'avère qu'il présente un risque de santé aggravé.
14. En effet, si à l'occasion de ce recrutement l'assureur de l'entreprise constate une aggravation des risques de l'effectif des salariés, il peut décider de résilier le contrat. La difficulté sera alors pour l'employeur, s'il ne retrouve pas d'assureur, d'assumer financièrement la mise en œuvre des garanties prévues par le régime de prévoyance.
15. Face à la possibilité de voir son contrat prévoyance résilié ou lorsque l'assureur augmente considérablement la prime, l'employeur pourra préférer renoncer à l'embauche du travailleur handicapé ou présentant un risque de santé aggravé afin de maintenir le contrat. La décision de ne pas embaucher la personne se fondant alors sur des considérations liées à l'état de santé ou au handicap d'une personne, l'employeur devient alors l'auteur d'une discrimination.
16. Ces situations sont susceptibles de nuire au recrutement par les plus petites entreprises de travailleurs handicapés ou présentant un risque de santé aggravé. En effet, les assureurs évalueront plus particulièrement à l'aide de questionnaires médicaux les risques présentés par les petits effectifs, dans la mesure où la mutualisation des risques y est plus restreinte.
17. De même, la taille de l'entreprise conditionne son pouvoir de négociation avec les assureurs. Ainsi, l'accès à l'assurance est plus facile pour une moyenne ou grande entreprise qui pourra faire jouer la concurrence entre les assureurs et négocier avantageusement ses primes.

Sur les règles applicables en matière de prévoyance collective obligatoire

18. Les garanties de prévoyance collectives instituées par l'entreprise bénéficient de façon générale à l'ensemble du personnel salarié ou à une ou des catégories objectives de salariés. Elles sont obligatoires en ce sens que les salariés sont obligatoirement affiliés au régime de prévoyance (y-compris lorsqu'elles sont issues d'une décision unilatérale de l'employeur ou d'un référendum). Ce caractère obligatoire des garanties de prévoyance pourrait être en contradiction avec le principe de sélection des risques en assurance.
19. C'est la raison pour laquelle la loi n°89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques (dite loi Évin) limite les possibilités offertes aux assureurs de sélectionner les risques qu'ils souhaitent prendre en charge.
20. En matière de contrat de prévoyance collective à adhésion obligatoire, l'article 2 de la loi Évin oblige l'assureur à prendre en charge les conséquences des maladies antérieures à

la souscription du contrat. Il en résulte l'interdiction pour l'assureur de procéder à une sélection médicale en refusant d'assurer une ou plusieurs personnes du groupe ou de prendre en charge des risques dont la réalisation trouverait son origine dans l'état de santé antérieur de l'assuré (principe de non-sélection individuelle).

21. Ainsi, dans une assurance de prévoyance collective à adhésion obligatoire, la sélection des risques est globale et l'assureur a le choix entre assurer le groupe ou ne pas contracter. S'il accepte d'assurer le groupe, il demeure libre d'adapter la tarification collective aux risques présentés par l'ensemble du groupe.
22. Il en résulte qu'il est permis aux organismes assureurs de demander aux salariés de remplir des questionnaires médicaux pour décider d'assurer ou non le groupe dans son ensemble et, le cas échéant, de déterminer les conditions tarifaires du contrat. Le recours aux questionnaires médicaux concerne essentiellement les plus petites entreprises.
23. En conséquence, les refus de souscription ou les résiliations opposées par des assureurs pris en considération des risques présentés par le groupe assuré ne contreviennent pas aux dispositions de la loi Évin.
24. De même, ces décisions ne caractérisent pas des discriminations en raison de l'état de santé, l'article 225-3-1° du code pénal autorisant les « discriminations fondées sur l'état de santé lorsqu'elles consistent en des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ».
25. Sur le point particulier des couvertures complémentaires santé, la Mutualité française appelait l'attention du Défenseur des droits sur l'impossibilité pour les mutuelles de procéder à l'étude de l'état de santé préalablement à la souscription du contrat.
26. En effet, l'article L. 112-1 du code de la mutualité interdit aux mutuelles et unions exerçant une activité d'assurance de recueillir des informations médicales auprès de leurs membres ou de personnes souhaitant bénéficier d'une couverture santé et de fixer les cotisations en fonction de l'état de santé.
27. Si cet article ne s'applique qu'aux opérations individuelles et collectives à adhésion facultative, ce principe s'est généralisé à tous les organismes assureurs par le biais de l'incitation fiscale aux contrats d'assurance maladie dits responsables et solidaires.
28. L'article 1001 2° bis du code général des impôts fixe à 7 % le tarif de la taxe spéciale sur les contrats d'assurances pour les contrats de complémentaire santé relatifs à des opérations collectives à adhésions obligatoires à la condition que ne soient pas recueillies d'informations médicales auprès de l'assuré, que les cotisations ou les primes ne soient pas fixées en fonction de l'état de santé de l'assuré et que ces garanties respectent les conditions mentionnées à l'article L. 871-1 du code de la sécurité sociale.
29. En 2013, le Haut conseil pour l'avenir de l'assurance maladie constatait la « quasi-disparition des questionnaires médicaux »² en matière d'assurance maladie.

Protection sociale complémentaire et solidarité professionnelle

30. Les partenaires d'une branche professionnelle, lorsqu'ils souhaitent instaurer une solidarité professionnelle en matière de protection sociale complémentaire et donc mutualiser les risques à l'échelle de la branche, négocient des accords qui contiennent une définition précise des prestations de prévoyance et du montant des cotisations. Cette mutualisation limite ainsi la sélection des risques entre les entreprises de la branche.

² La généralisation de la couverture complémentaire en santé, Rapport, 18 juillet 2013.

31. Afin d'assurer un régime de mutualisation des risques en matière de complémentaire santé, l'article 1^{er} de la loi ANI renvoie aux accords professionnels et interprofessionnels le soin d'organiser la couverture de ces risques.
32. L'article 1^{er} I. A impose aux « organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels » d'engager, « avant le 1er juin 2013, [...] 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 mentionnée au II de l'article L. 911-7 du code de la sécurité sociale, au niveau de leur branche ou de leur entreprise, d'accéder à une telle couverture avant le 1er janvier 2016.

La négociation porte notamment sur :

1° La définition du contenu et du niveau des garanties ainsi que la répartition de la charge des cotisations entre employeur et salariés ;

2° Les modalités de choix de l'assureur. La négociation examine en particulier les conditions, notamment tarifaires, dans lesquelles les entreprises peuvent retenir le ou les organismes assureurs de leur choix, sans méconnaître les objectifs de couverture effective de l'ensemble des salariés des entreprises de la branche et d'accès universel à la santé ; (...). »

33. Dans le cadre d'un régime de prévoyance de branche, les partenaires d'une branche pouvaient prévoir une clause portant désignation d'organismes assureurs auprès desquels les entreprises de la branche devaient assurer leurs salariés (clause de désignation anciennement prévue à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale).
34. Le recours à la désignation permettait la prise en charge par les organismes assureurs d'un ensemble de salariés d'une branche, dans les conditions définies par la convention ou l'accord collectif. Au sein d'une branche professionnelle, l'organisme assureur se voyait ainsi confier la couverture des garanties de protection complémentaire applicables aux entreprises de la branche concernée.
35. Cette solution permettait à toutes les entreprises de la branche d'avoir accès à l'assurance prévoyance dans les mêmes conditions et aux mêmes tarifs, quelle que soit leur taille ou quelle que soit la gravité des risques qu'elles présentaient³. Il s'agissait d'un contrat unique et d'une mutualisation complète à l'échelle de la branche.
36. Il n'est cependant plus possible pour les partenaires sociaux de désigner un assureur unique pour l'ensemble d'une branche. Dans sa décision n°2013-672 DC du 13 juin 2013, le Conseil constitutionnel estimait en effet que « si le législateur peut 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

³ Dans son avis n° 13-A-11 du 29 mars 2013 relatif aux effets sur la concurrence de la généralisation de la couverture complémentaire collective du salarié en matière de prévoyance, l'Autorité de la concurrence soulignait que « d'un point de vue économique, la mutualisation des risques au sein de la branche, lorsqu'elle est opérée par un contrat unique obligatoire, devrait permettre aux entreprises qui n'ont pas la taille critique nécessaire pour pouvoir négocier des contrats sur mesure à des tarifs avantageux, d'accéder à une telle garantie dans des conditions plus favorables que celles qu'elles auraient pu obtenir elles-mêmes. La mutualisation est également à même de permettre, aux entreprises comptant des salariés qui peuvent être perçus comme constituant « du mauvais risque » d'un point de vue de la prévoyance – telles que les salariés âgés ou ceux qui connaissent un risque de pathologies particulières liées à l'activité (risque d'anti sélection) – de bénéficier d'un contrat à un taux de cotisation unique négocié par la branche, qui doit être appliqué quelle que soit l'entreprise concernée. »

niveau de la branche plusieurs organismes de prévoyance proposant au moins de tels contrats de référence, il ne saurait porter à ces libertés une atteinte d'une nature telle que l'entreprise soit liée avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini; que, par suite, les dispositions de ce premier alinéa méconnaissent la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre ».

37. En conséquence, le Conseil constitutionnel déclarait contraire à la Constitution l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale.
38. L'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale modifié par la loi n°2013-1203 du 23 décembre 2013 permet désormais « l'institution de garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité », pour lesquelles les accords professionnels peuvent organiser la couverture des risques en recommandant un ou plusieurs organismes complémentaires. Si les clauses de recommandations n'ont aucun caractère obligatoire, elles permettent une mutualisation partielle entre les entreprises de la branche.
39. En application de l'article L. 912-1 II du code de la sécurité sociale, les organismes assureurs ainsi recommandés ne pourront refuser l'adhésion d'une entreprise relevant du champ d'application de l'accord. Ils sont tenus d'appliquer un tarif unique et d'offrir des garanties identiques pour toutes les entreprises et pour tous les salariés concernés.
40. Les clauses de recommandations substituées aux clauses de désignation ne remettent pas en question l'accès des entreprises de la branche aux couvertures prévoyance, à terme, le dispositif pourrait toutefois conduire à un risque d'anti-sélection. En effet, si toutes les entreprises présentant des risques aggravés ou une forte sinistralité ont intérêt à recourir aux organismes recommandés, celles présentant un risque faible à modéré n'auront-elles pas plus intérêt à chercher auprès d'un organisme assureur concurrent des tarifs plus avantageux que ceux négociés au sein de la branche ? Cette faculté pourrait avoir pour conséquence d'entraîner une augmentation du tarif de la branche.
41. Enfin, la FFSA indiquait au Défenseur des droits avoir pris l'engagement de « ne pas effectuer une sélection reposant sur l'état de santé pour les contrats collectifs obligatoires santé ou prévoyance dès lors que les garanties correspondent à celles définies dans l'accord de branche. À ce titre, [les assureurs adhérents] s'engagent, pour une couverture correspondant aux seules garanties de l'accord de branche, à ne pas demander aux adhérents de remplir un questionnaire de santé ou d'établir une déclaration de bonne santé »⁴. Cet engagement doit permettre de faciliter l'accès aux entreprises dont la convention collective n'a pas prévu de clauses de recommandations.

⁴ *Engagement relatif aux contrats collectifs obligatoires santé et prévoyance*, novembre 2013, publié sur le site internet de la FFSA.

La protection sociale complémentaire hors solidarité professionnelle

42. Si les entreprises françaises bénéficient d'une très large couverture conventionnelle⁵, toutes ne sont pas couvertes par une convention collective ou un accord de branche ou bien sont couvertes mais leur convention n'a pas prévu de régime de prévoyance.
43. Les entreprises peuvent décider par voie de décision unilatérale, d'accord d'entreprise ou de référendum de mettre en place un régime de prévoyance, la couverture complémentaire santé étant en revanche obligatoire.
44. L'article L. 911-7 nouvellement codifié par la loi ANI prévoit en effet que « les entreprises dont les salariés 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 (...) sont tenues de faire bénéficier leurs salariés de cette couverture minimale par décision unilatérale de l'employeur, dans le respect de l'article 11 de la loi n°89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques. »
45. Or, les conditions de négociations avec les organismes assureurs ne sont pas comparables entre les partenaires d'une branche qui instaurent une solidarité professionnelle et les entreprises qui négocient pour leurs seuls salariés.
46. Si leur groupe est considéré comme présentant des risques aggravés (effectifs âgés, travailleurs handicapés ou présentant un risque de santé aggravé) et si, de ce fait, elles rencontraient des difficultés d'accès à l'assurance, les entreprises pourraient être découragées et renoncer à la mise en place de leur régime de prévoyance voire renoncer à embaucher des salariés présentant des risques de santé.
47. En matière de complémentaire santé, la loi pose une obligation d'assurance qui ne pèse que sur l'employeur et pas sur les organismes assureurs, sans qu'aucun mécanisme n'ait été mis en place pour faciliter l'accès à l'assurance des entreprises qui rencontreraient des difficultés à trouver un assureur.
48. Ce type de mécanisme d'aide à l'assurance existe déjà dans le cadre des assurances obligatoires pour lesquelles le bureau central de tarification (BCT) intervient en matière de refus d'assurance, auquel cas, toute personne assujettie à une obligation d'assurance peut saisir le BCT, dont le rôle est de fixer la prime moyennant laquelle l'entreprise d'assurance choisie par l'assuré sera tenue de garantir le risque qui lui a été proposé.
49. À ce jour, le BCT est compétent en matière de responsabilité civile automobile, d'assurance construction, d'assurance des catastrophes naturelles et de responsabilité civile médicale.
50. Sur ce point précis, la Mutualité française indiquait au Défenseur des droits que les organismes d'assurance ayant développé des offres orientées vers les petites entreprises, la mutualisation s'effectue sur un périmètre plus large que celui de chaque entreprise prise séparément. Elle estime ainsi que la mise en place d'un mécanisme d'aide à l'accès à l'assurance ne s'avérerait pas utile.
51. La création d'un mécanisme d'aide à l'accès à l'assurance n'en demeure pas moins légitime concernant l'ensemble des couvertures de prévoyance collective obligatoire mises en place en dehors de toute solidarité professionnelle et pour lesquelles l'engagement pris par la FFSA en novembre 2013 n'a pas vocation à s'appliquer.

⁵ Fin 2011, 15,4 millions de salariés sont couvertes par une convention collective de branche (hors branches agricoles), soit 720 conventions collectives de branche, se regroupant en 496 conventions collectives agrégées. (DARES, Analyses, juin 2014, n°046).

52. Le Défenseur des droits souligne que le recours aux clauses de recommandations dans les accords de branche est un moyen d'instaurer une solidarité professionnelle en matière de protection sociale complémentaire.
53. Toutefois, toutes les petites et moyennes entreprises ne bénéficient pas d'une telle solidarité professionnelle c'est pourquoi le Défenseur des droits décide de recommander à la ministre du Travail, à la ministre de la Santé et au ministre de l'Économie de mettre en place un dispositif de suivi de l'accès des entreprises aux couvertures de prévoyance collective obligatoire.
54. Si des difficultés d'accès à l'assurance étaient constatées dans le cadre de ce suivi, le Défenseur des droits considère qu'une réforme devra être envisagée visant à étendre le champ de compétence du bureau central de tarification aux couvertures de prévoyance collective obligatoire.