

Code de la mutualité - ACPR - Groupe prudentiel

# Substitution entre mutuelles, un régime toujours plus exorbitant ?

■ Le décret du 31 janvier 2018 est venu préciser les modalités d'application de la réforme de la substitution entre mutuelles. Mais ce dispositif suscite encore des interrogations.

Une des modifications majeures qui a résulté de la réforme par ordonnance du code de la mutualité a porté sur le régime de « substitution » entre mutuelles selon lequel, aux termes d'une convention de substitution, une mutuelle ou une union de mutuelles (la « substituée ») peut faire garantir ses engagements par une autre mutuelle ou union de mutuelles (la « substituante »). Cette réforme de la substitution (la « réforme »), qui s'appliquera à l'ensemble des conventions de substitution au plus tard le 31 décembre 2018, soulève un certain nombre de questions.

## Une réforme inspirée de Solvabilité 2

L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) a jugé nécessaire d'affirmer dans une présentation du nouveau dispositif de substitution que « la substituante et la substituée ne constituent pas un "groupe prudentiel" ». La question se posait-elle ? Pour mémoire, un groupe mutualiste « prudentiel » au sens de

François Hollande au congrès de la Mutualité française le 12 juin 2015 à Nantes. C'est à cette occasion que le président de la République avait annoncé le lancement d'une réforme de la mutualité.

Solvabilité 2 est un ensemble d'entreprises répondant à trois critères :  
- l'existence par voie contractuelle ou sous une autre forme de relations financières fortes et durables entre ces entreprises ;  
- l'établissement et la suppression des relations sont soumis à l'approbation préalable de l'ACPR ;  
- une de ces entreprises exerce effectivement, au moyen d'une coordination centralisée, une influence dominante sur les décisions des autres entreprises faisant partie du groupe.

Avant la réforme, le dispositif de substitution répondait déjà au premier comme au deuxième de ces critères, mais la satisfaction du troisième susvisé aurait pu être contestable. Après la réforme, le doute ne semblait plus permis car elle est venue renforcer les pouvoirs de la substituante sur la substituée : non seulement en élargissant le périmètre des décisions relevant de la convention de substitution, mais surtout en imposant que la substituante exerce une influence dominante sur la substituée, selon le même schéma que dans un groupe prudentiel, voire bien au-delà.

La substituante se voit désormais conférer un « pouvoir de contrôle », y compris sur la gestion, à l'égard de la substituée. À ce titre, une autorisation préalable du conseil d'administration ou de l'assemblée générale de la substituante est maintenant obligatoire sur les déci-

sions de la substituée portant, *a minima*, sur :  
- la fixation des prestations et des cotisations ;  
- la désignation du dirigeant opérationnel si la substituée relève du régime de Solvabilité 2 ;  
- la politique salariale et de recrutement ;  
- les plans de sauvegarde de l'emploi ;  
- la conclusion de contrats d'externalisation de prestations ;  
- la conclusion par la substituée d'opérations d'acquisition ou de cession d'immeubles par nature, d'acquisition ou de cession totale ou partielle d'actifs ou de participations, de constitution de sûretés et d'octroi de cautions, avals ou garanties.

Par ailleurs, comme dans un groupe prudentiel :

- de même qu'un affilié est tenu à une solidarité financière avec les autres affiliés du groupe, la substituante devient désormais la caution solidaire de l'ensemble des engagements financiers de la substituée, y compris non assurantiels ;
- la substituante est tenue de produire des comptes combinés incluant ceux de la substituée ;
- la substituée doit intégrer dans ses statuts les dispositions organisant les pouvoirs de contrôle de la substituante.

## Un dispositif encore plus exorbitant du droit commun

Compte tenu de ce qui précède, il est donc permis de s'interroger sur l'affirmation de l'ACPR selon laquelle le nouveau régime de substitution ne satisfait pas à la définition d'un groupe prudentiel. Cependant, en pratique, dans la plupart des cas la substituée n'étant pas soumise aux règles prudentielles de Solvabilité 2,

force est de constater que l'application du régime des groupes prudentiels aux substituées aurait eu peu de cohérence.

Ajoutons que deux règles se distinguent de celles applicables aux groupes prudentiels. L'ordonnance n'a pas remis en cause la règle selon laquelle les engagements d'assurance liés à la substitution sont considérés comme des engagements directs de la substituante ; au contraire, dans un groupe prudentiel les engagements des affiliés demeurent uniquement à leur bilan. La solidarité financière entre les parties à la convention de substitution bénéficie directement aux membres participants comme aux tiers, alors que dans un groupe prudentiel cette solidarité est organisée strictement intra-groupe et non directement à l'égard des tiers.

Bien que la réforme du dispositif de substitution soit largement inspirée des principes issus de Solvabilité 2, l'ACPR considère que ce dispositif doit demeurer *in fine* un régime exorbitant du droit commun, comme à son origine en 2001.

Un cap symbolique a même été franchi puisque la réforme s'affranchit également des principes généraux du droit : il est prévu qu'en cas de carence de la substituée dans la prise de décisions relevant du champ de la convention de substitution, la substituante aura le pouvoir de prendre ces décisions en lieu et place des instances de la substituée. Une telle disposition est certes d'une redoutable efficacité et guidée par les impératifs prudentiels pesant sur la substituante, mais la fin justifiait-elle les moyens ?

Le législateur n'aurait-il pas poussé trop loin le sens du compromis ?

## À NOTER

■ Toutes les conventions en vigueur au jour de la publication du décret doivent être mises en conformité avec le nouveau dispositif avant le 31 décembre 2018.

## À RETENIR

■ Le décret d'application du 31 janvier 2018 précise les mentions légales devant figurer dans les conventions, mais également dans les bulletins d'adhésion, les notices et les contrats collectifs des mutuelles et unions substituées. Il prévoit également les informations qui doivent être communiquées aux membres concernés par l'opération de substitution.

D'un côté, il a accepté (contre son gré ?) de prolonger encore la vie du dispositif de substitution ; initialement il avait été mis au monde en 2001 à titre provisoire et finalement il aura, en 2019, 18 ans d'âge, à la satisfaction des acteurs mutualistes, qui trouvent beaucoup de vertus à la substitution. Mais, en contrepartie, le législateur a encadré sensiblement plus le dispositif, fut-ce en s'affranchissant des principes généraux du droit régissant la personnalité juridique, dont la substituée est pourtant toujours censée être dotée. En filant la métaphore, la réforme de la substitution n'aboutit-elle pas à mettre le jeune adulte sous tutelle, la veille même de sa majorité ?

Notons enfin que la substitution soulèvera également des questions au regard de l'application de la directive sur la distribution d'assurances (DDA) et du règlement général sur la protection des données (RGPD). Il n'est certes pas concevable que les mutuelles substituées, dont la principale activité est la distribution d'assurance, soient affranchies des règles de la DDA. Pour autant, la substituée n'étant ni intermédiaire d'assurance ni un assureur de plein exercice, quelques aménagements ou interprétations pourraient s'avérer nécessaires. Pour la même raison, la mise en œuvre du RGPD nécessitera aussi des précautions pour la substituante et la substituée. ■



THIERRY BERNARD, avocat associé du cabinet Corus

PAGES COORDONNÉES PAR ANNA DARCEL