

Document de travail du HCAAM

La place de la complémentaire santé et prévoyance en France

Ce document de travail du HCAAM sur la place de la complémentaire santé et prévoyance en France constitue un état des lieux juridique, statistique et économique identifiant les questions qui se posent dans le secteur. Il s'agit de la première étape d'un travail qui débouchera sur un avis et un rapport du HCAAM à l'été 2021.

Janvier 2021

Introduction

Il y a trente ans, la loi Evin du 31 décembre 1989 fixait le cadre juridique d'exercice de l'activité de protection sociale complémentaire, notamment en santé et en prévoyance¹, cadre d'ailleurs commun aux trois familles d'organismes autorisés à s'y livrer (sociétés d'assurances, institutions de prévoyance et mutuelles). Si celui-ci demeure en grande partie en vigueur, les conditions d'intervention et de gestion des organismes complémentaires ont été bouleversées à plusieurs égards. Les exigences prudentielles ont été renforcées, notamment sous l'influence de l'Union européenne. Le nombre d'acteurs s'est considérablement réduit sous l'effet d'un mouvement continu de concentration, conduisant en bien des cas à la constitution de groupes transversaux aux trois familles initiales. Dans un contexte marqué par l'exigence de maîtrise des dépenses de l'assurance-maladie obligatoire, les pouvoirs publics et les partenaires sociaux se sont efforcés de généraliser la couverture complémentaire de la population et d'en encadrer le contenu, du moins en ce qui concerne la couverture des frais de soins, un peu comme si la protection sociale complémentaire suivait avec retard le chemin de l'assurance-maladie de base vers l'universalité.

Face à cette multitude d'évolutions dont le rythme s'est accéléré au cours de la dernière décennie, le premier objectif de ce travail est tout simplement de comprendre et de donner à comprendre. Une mise en perspective s'impose car si chaque réforme a sa logique propre, la somme des évolutions auxquelles elles conduisent est rarement évaluée. Ce travail implique une approche pluridisciplinaire, mobilisant à la fois l'économie, la statistique et le droit, et au sein du droit, les différentes branches que sont le droit de la sécurité sociale, le droit des assurances, le droit du travail, le droit fiscal et le droit de l'Union européenne. La compréhension de ce dernier revêt une importance toute particulière : la protection sociale complémentaire est, pour l'essentiel, une activité économique soumise au droit de la concurrence. Ce droit qui s'impose au législateur ménage une place plus grande qu'on ne le croit souvent à la prise en compte de l'intérêt général, mais encore faut-il en maîtriser les subtilités pour garantir la sécurité juridique des réformes.

Ce travail d'état des lieux n'aurait toutefois qu'un intérêt doctrinal s'il ne s'inscrivait dans la mission du HCAAM, qui est de préparer l'avenir. Comment qualifier la situation à laquelle nous sommes parvenus ? Elle est d'abord placée sous le signe d'un paradoxe qui n'est qu'apparent : ouverture des marchés de l'assurance complémentaire et réglementation de l'activité sont allés de pair. Jamais la concurrence entre les organismes n'a été si intense et jamais le contenu des garanties qu'ils peuvent proposer n'a été aussi encadré. De ce double constat naît une forte incitation à trouver de nouveaux terrains de différenciation, comme le développement de la télésanté, de services de prévention et d'accompagnement, de réseaux de soins ou encore l'utilisation innovante des données personnelles. Les contours et l'effectivité de ces "nouveaux terrains" de la protection sociale complémentaire sont cependant encore mal connus.

Du point de vue des pouvoirs publics, l'objectif de généralisation apparaît quasiment atteint, avec plus de 95 % de la population couverte par une assurance maladie complémentaire. Mais cette généralisation s'est opérée de manière segmentée, qui a pris la forme d'un *patchwork*, avec une forte

¹ On distinguera ici et dans l'ensemble de ce document les couvertures complémentaires santé, qui couvrent les frais de soins, et les couvertures complémentaires prévoyance, parfois qualifiées de « prévoyance lourde », qui versent des revenus de remplacement en cas de maladie, d'invalidité et de décès. Bien que les développements qui suivent traitent plus souvent de la santé que de la prévoyance, en raison d'une plus grande abondance des données disponibles et d'une fréquence bien plus rapide des réformes en matière de santé, du point de vue des politiques publiques, la prévoyance est d'importance égale, c'est pourquoi l'avis examine les deux sujets conjointement.

dépendance de la couverture au statut d'activité professionnelle (salariés du secteur privé, avec de fortes différences selon le secteur et la stabilité de l'emploi ; fonctionnaires ; travailleurs indépendants ; chômeurs ; retraités). Il en résulte des disparités qui n'ont pas forcément été voulues (entre contrats collectifs et individuels, entre santé et prévoyance, entre salariés des fonctions publiques et du privé). Le taux d'effort reste très élevé pour les ménages pauvres, en dépit de la création de la complémentaire santé solidaire, comme pour les personnes âgées.

Ce document ouvre ainsi de multiples questions afin d'orienter la suite des travaux. Faut-il privilégier la résorption des inégalités de couverture complémentaire, en particulier en faveur des catégories les moins bien couvertes ou supportant les plus lourdes charges ? Faut-il maintenir le degré actuel d'encadrement des garanties, le renforcer voire pour certaines les intégrer à la couverture de base ou donner de nouvelles marges de manœuvre aux acteurs et, si oui lesquelles ? Les modalités de participation des organismes complémentaires à la gouvernance du système de santé sont-elles satisfaisantes ? Faut-il accorder une plus grande attention à la diffusion des garanties en matière de prévoyance ? L'exploration des "nouveaux terrains" nécessite-t-elle de lever certains verrous, et que faut-il en attendre ?

Toutes ces questions nous ramènent finalement à une question fondamentale : qu'attend la Nation des couvertures complémentaires ? Question qui devra nécessairement être posée et clarifiée à l'heure où le choc causé par la Covid-19 nous conduit à une réflexion d'ensemble sur l'avenir du système de santé français, dans un contexte économique et financier inédit.

1. Une activité d'abord peu concurrentielle et peu réglementée

La notion même de protection sociale complémentaire telle qu'elle existe en France est indissociable de la manière dont la sécurité sociale a été instituée à la suite du plan de 1945. Dans l'état du droit antérieur, issu des lois du 5 avril 1928 et du 30 avril 1930, protections sociale de base et complémentaire n'étaient pas clairement distinguées, les mutuelles assurant fréquemment la gestion de l'assurance obligatoire ou intervenant au premier euro pour les personnes qui en étaient exclues. L'article 18 de l'ordonnance du 4 octobre 1945 restreint désormais l'intervention de l'assurance privée à l'octroi d'avantages « *s'ajoutant à ceux qui résultent de l'organisation de la sécurité sociale* ». La *summa divisio* entre protections sociales de base et complémentaire est ensuite renforcée par la loi du 19 mars 1947 qui met fin, de manière réciproque, à la possibilité pour les organismes de sécurité sociale d'instituer des prestations complémentaires.

Le même article 18 de l'ordonnance du 4 octobre 1945, devenu ensuite l'article L. 4 du code de la sécurité sociale, réserve la protection sociale complémentaire à deux catégories d'organismes : les mutuelles, dont la création demeure libre conformément à la loi du 1^{er} avril 1898 dite « charte de la mutualité », remplacée en 1955 par le code de la mutualité ; les institutions de prévoyance, dont la création doit être autorisée par les ministres du travail et de la sécurité sociale.

Il en résulte un fonctionnement segmenté et peu concurrentiel :

- La protection sociale complémentaire en entreprise est dominée par les institutions de prévoyance. Leur essor en matière de santé et de prévoyance est la conséquence d'évolutions extérieures à ce champ. La première est le développement de la retraite complémentaire. La convention collective des cadres du 14 mars 1947, qui met en place la retraite complémentaire des cadres (Association générale des institutions de retraite complémentaire des cadres (AGIRC)) prévoit aussi une cotisation de 1,5 % qui peut être affectée à la couverture décès et à d'autres prestations complémentaires. La généralisation de la retraite complémentaire, opérée par l'accord interprofessionnel du 8 décembre 1961 pour les non-cadres (Association pour le régime de retraite complémentaire des salariés (ARRCO)) et par la loi du 29 décembre 1972 qui la rend obligatoire, permet la couverture de l'ensemble des entreprises par des institutions de prévoyance qui offrent des prestations en santé et en prévoyance en complément de leur rôle en matière de retraite. La seconde évolution est la mensualisation du salaire, opérée par un accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977 repris par une loi du 19 janvier 1978. Outre la mensualisation *stricto sensu*, c'est-à-dire le paiement du salaire au mois afin de neutraliser les conséquences de la répartition inégale des jours entre les douze mois de l'année, l'accord interprofessionnel et la loi imposent aux entreprises un maintien de rémunération en cas de maladie, en complément des indemnités journalières de la sécurité sociale. Le fait que la protection sociale complémentaire en entreprise soit devenue un objet de négociation collective lié au salaire (cf. encadré 3) participe aussi de leur essor².

- S'il existe des mutuelles d'entreprise, elles sont minoritaires tant au sein du mouvement mutualiste que dans la couverture des salariés. Les mutuelles dominent en revanche deux autres segments. Dans la fonction publique, elles jouissent d'une position privilégiée en vertu d'une loi du 27 avril 1946 réservant le subventionnement par l'Etat de la couverture sociale des fonctionnaires aux sociétés mutualistes constituées entre ces agents. Elles sont par ailleurs en situation de monopole pour la gestion du régime de base des fonctionnaires, en vertu de la loi du 9 avril 1947, dite « loi Morice ». En dehors de la fonction publique, la protection sociale complémentaire individuelle est juridiquement

² L'extension de la notion de salaire à différents avantages salariaux va progressivement conduire à étendre l'objet des négociations collectives.

réservée aux mutuelles, puisqu'elle ne correspond pas à l'objet des institutions de prévoyance et que les sociétés d'assurance ne sont pas encore autorisées à intervenir dans ce champ. A la différence des institutions de prévoyance, les mutuelles interviennent surtout en matière de santé, malgré quelques initiatives en matière de prévoyance comme la création par la Fédération nationale de la Mutualité Française (FNMF) du service Mutex (Mutualité Expansion) en 1972.

- En dépit de l'article L. 4, les sociétés d'assurance interviennent sur le marché de la protection sociale d'entreprise pour le compte des institutions de prévoyance, pour lesquelles elles assurent des fonctions de prospection et de gestion des cotisations et des prestations. Un avis du Conseil d'Etat du 28 octobre 1980 reconnaît la légalité de cette intervention, dont la possibilité était expressément prévue par le décret du 8 juin 1946 d'application de l'ordonnance du 4 octobre 1945. De fait, de tels liens entre une institution de prévoyance et une société d'assurances gestionnaire sont répandus. Mais l'intervention des sociétés d'assurance se développe aussi en lien direct avec le souscripteur et donc en dehors de ce cadre initial.

La segmentation ainsi opérée, qui confère aux deux premières familles une domination naturelle sur leur champ, est confortée par l'exonération de taxe sur les conventions d'assurances dont bénéficient alors les institutions de prévoyance et les mutuelles. Le législateur fiscal raisonne comme s'il existait une différence de nature entre la protection sociale complémentaire, réservée aux institutions de prévoyance et aux mutuelles et assimilée aux assurances sociales, et l'activité économique d'assurance.

Limités dans leur domaine d'intervention, les organismes de protection sociale complémentaire ne font l'objet au sein de ce domaine d'aucune réglementation quant au contenu des garanties à proposer. La protection sociale complémentaire est envisagée comme un espace de liberté pour les acteurs concernés. La législation est statutaire : elle définit l'organisation des institutions de prévoyance et des mutuelles sans empiéter sur les pouvoirs de décision de leurs instances. Elle vise notamment à assurer une gouvernance conforme aux principes régissant ces institutions, paritaire pour les institutions de prévoyance et démocratique (au sens où le pouvoir de décision appartient en premier lieu à l'assemblée générale émanant des sociétaires) pour les mutuelles ; selon le Professeur Dupeyroux, l'idée force, qui régit aussi à la même époque l'organisation de la sécurité sociale, est que « *la gestion du social doit être confiée aux intéressés eux-mêmes* »³. De même, les avantages fiscaux et sociaux (exonérations de taxe d'assurance, de cotisations sociales, d'impôt sur le revenu) sont fondés sur le statut de l'organisme complémentaire ou sont attribués dans la limite d'un plafond, sans aucune condition liée au contenu des garanties.

Il faut enfin souligner qu'au cours de cette période, la santé n'est jamais envisagée comme un champ spécifique appelant une réglementation particulière au sein de la protection sociale complémentaire. L'appellation « prévoyance », employée par l'ordonnance du 4 octobre 1945 puis par le code de la sécurité sociale, couvre ainsi tout avantage s'ajoutant aux prestations de la sécurité sociale, ce qui inclut notamment les retraites complémentaires, qu'on peut qualifier de « prévoyance lourde » (maintien de salaire en cas d'arrêt maladie, invalidité, décès) et les frais de soin. En termes quantitatifs, la couverture complémentaire santé prend cependant une importance grandissante, en raison de la croissance des dépenses de santé et des plans de limitation des dépenses de l'assurance-maladie obligatoire mis en place à partir des années 1960, en raison également du développement des négociations portant sur la mise en place d'avantages non salariaux (cf. encadré 3).

³ « La protection sociale complémentaire », *Droit social*, n° 4, avril 1986.

2. La place croissante du marché à partir des années 1980

A partir des années 1980, les évolutions législatives vont constamment dans le sens d'un renforcement du rôle du marché⁴, c'est-à-dire de la possibilité pour le souscripteur, qu'il s'agisse d'une entreprise ou d'un particulier, de choisir librement entre les offres proposées par les organismes complémentaires. Le droit communautaire est un moteur important de ces évolutions même s'il n'est pas le seul.

Préparée par le rapport du groupe de travail présidé par Pierre Gisserot en 1985, ayant donné lieu à plusieurs tentatives avortées, la réforme finalement opérée par la loi du 31 décembre 1989, dite « loi Evin », opère une unification du champ de la prévoyance et introduit un certain nombre de règles tendant à renforcer la protection des assurés en sécurisant notamment les engagements des organismes. L'article 1^{er} de la loi définit ce champ comme les « *opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ou du risque chômage* ». Les sociétés d'assurance, les institutions de prévoyance et les mutuelles sont les seuls organismes habilités à mettre en œuvre les opérations de couverture. L'exclusion des sociétés d'assurance, déjà largement affaiblie dans les faits, est abolie en droit. Les trois familles d'organismes sont soumises à des règles communes (cf. 3°).

De manière congruente, le droit communautaire appréhende les trois familles d'organismes comme des intervenants sur un même marché. Les troisièmes directives « assurance vie » et « assurance non vie » du 18 juin 1992 prévoient que pour la France, peuvent seules faire l'objet d'un agrément pour l'exercice de l'activité d'assurance les trois mêmes familles que celles retenues par la loi Evin. Les directives sont transposées pour les institutions de prévoyance par une loi du 8 août 1994 : elles sont désormais distinguées par leur objet des institutions de retraite complémentaire et supplémentaire. La transposition est plus laborieuse pour les mutuelles : la France étant menacée par une action en manquement de la Commission européenne, un rapport est confié à l'ancien Premier ministre Michel Rocard, dont les recommandations sont reprises dans une ordonnance du 19 avril 2001⁵. Pour tirer les conséquences du principe de spécialité des entreprises d'assurance, l'ordonnance impose notamment la séparation entre les mutuelles dites du « livre II », qui pratiquent les opérations d'assurance, et les mutuelles dites du « livre III », qui gèrent les œuvres et l'action sociale.

Le droit communautaire conduit également à la remise en cause de plusieurs avantages réservés aux institutions de prévoyance ou aux mutuelles. La Commission européenne considère que l'exonération de taxe d'assurance ou la réservation aux mutuelles de fonctionnaires des subventions des employeurs publics à la protection sociale de leurs agents sont constitutives d'aides d'Etat incompatibles avec le marché commun. S'agissant de l'exonération de la taxe d'assurance, la loi de finances rectificative pour 2001 la remplace par une exonération réservée aux contrats, dits « solidaires », qui ne recueillent pas d'informations médicales auprès de l'assuré, quel que soit le statut de l'organisme complémentaire. Quant à la protection sociale complémentaires des agents publics, une loi du 2 février 2007 et des décrets du 19 septembre 2007 et du 8 novembre 2011 mettent en place des systèmes de référencement, de conventionnement ou de labellisation, ouverts à tout type d'organisme complémentaire et faisant appel pour les deux premiers d'entre eux à des procédures de mise en concurrence. Les deux démarches de réforme sont similaires : auparavant attribués selon une logique statutaire, les avantages sont désormais soumis à des conditions de fond communes à tous les

⁴ Voir l'annexe 1 sur les attendus et les écueils du développement de la concurrence sur les marchés d'assurances santé.

⁵ M. Rocard, Mission Mutualité et droit communautaire, mai 1999.

opérateurs, consistant dans des restrictions à la sélection des risques ou dans le degré de solidarité imposé pour la fixation des cotisations.

Le mouvement d'égalisation des conditions de concurrence se manifeste également par la mise en place d'une régulation commune aux trois familles d'organismes (création de l'Autorité de contrôle des assurances et mutuelles⁶ par une loi du 1^{er} août 2003) et par la soumission progressive des mutuelles « livre II » et des institutions de prévoyance aux mêmes impôts commerciaux que les sociétés d'assurances (impôt sur les sociétés et contribution économique territoriale) à compter de la loi de finances rectificative pour 2011.

Pour la couverture des salariés du secteur privé, le jeu de la concurrence restait cependant limité par le recours répandu aux clauses de désignation, par lequel des accords de branche imposaient aux entreprises de souscrire au contrat proposé par l'organisme complémentaire qu'ils avaient choisi. La loi du 8 août 1994, qui avait consacré l'existence de ces clauses, imposait seulement leur réexamen tous les cinq ans. De fait, les clauses de désignation bénéficiaient fréquemment aux institutions de prévoyance. L'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013, en prévoyant la généralisation de la couverture complémentaire des frais de santé, relance le débat sur les clauses de désignation. L'existence de telles clauses étaient d'ailleurs considérées comme licite par le droit communautaire⁷. La décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013 sur la loi opérant la transposition législative de l'ANI les censure, en les jugeant contraires à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle. La Loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2014 les remplace par des clauses de recommandation, qui ne présentent pas de caractère contraignant pour les entreprises. Le droit issu de la décision du Conseil constitutionnel fait ainsi une part accrue à la concurrence, tant « par le marché » (les entreprises sont désormais libres de retenir l'organisme complémentaire de leur choix, dès lors que le contrat proposé est conforme aux garanties définies le cas échéant par l'accord de branche) que « pour le marché » (lorsque les partenaires sociaux au sein de la branche décident de recommander un ou plusieurs organismes, la recommandation doit être précédée d'une procédure de mise en concurrence)⁸. L'organisme recommandé est dès lors obligé d'accepter de couvrir toutes les entreprises qui en font la demande au sein de la branche.

Dernière évolution en date, la liberté de choix des souscripteurs de contrats individuels et collectifs est accrue par une loi du 14 juillet 2019. Alors que le souscripteur ne pouvait auparavant résilier le contrat qu'à son échéance annuelle, la loi lui permet désormais de le faire à tout moment passé un délai d'un an. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2020.

Les exigences réglementaires, notamment en matière de solvabilité, comme la « mise en concurrence » ont contraint les organismes à se restructurer pour atteindre une taille critique. Fusions et absorptions ont donc entraîné un vaste mouvement de concentration, toujours à l'œuvre. Le nombre d'organismes a ainsi été divisé par 4 entre les années 2000 et aujourd'hui, passant de 1 702 organismes en 2001 à 455 en 2018⁹. Parallèlement, la concentration du marché s'est poursuivie : en

⁶ Devenue ensuite l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), à la suite d'une fusion avec le régulateur bancaire.

⁷ Sous réserve du respect du principe général de transparence qui implique l'organisation d'une mise en concurrence.

⁸ La concurrence « pour le marché » se retrouve également dans d'autres dispositifs impliquant un cofinancement de la complémentaire par une personne autre que l'assuré : des mises en concurrence sont prévues pour le référencement ou le conventionnement des complémentaires des fonctionnaires et pour l'aide à l'acquisition d'une complémentaire santé (ACS) entre 2015 et 2019.

⁹ Se répartissant comme suit : 326 mutuelles, 103 sociétés d'assurance et 26 institutions de prévoyance (Source : Fonds CMU). Entre 2001 et 2017, le nombre de mutuelles a été divisé par quatre et le nombre d'institutions de prévoyance par deux. Le nombre de sociétés d'assurances exerçant une activité de complémentaire santé a

2018, les vingt plus grands organismes concentrent, à eux seuls, un peu plus de la moitié du marché en matière de cotisations collectées et les cent plus grands (soit plus d'un cinquième des organismes) en détiennent 90 %. Les vingt plus grands organismes ont gagné 8 points de parts de marché depuis 2011. De nombreuses mutuelles de petite taille subsistent néanmoins. Par rapport à nos voisins européens, la France se caractérise par un nombre d'organismes exerçant une activité d'assurance santé qui reste très élevé. Aux Pays-Bas ou au Royaume-Uni par exemple, une trentaine d'organismes seulement exercent ce type d'activité¹⁰.

La généralisation de la couverture complémentaire santé d'entreprise en 2016 ne semble pas à ce jour avoir eu d'effet important en matière de restructuration du marché de l'assurance santé (voir annexe 3). Même si les mutuelles et, dans une moindre mesure, les institutions de prévoyance ont perdu des parts de marché depuis 2001 au profit des sociétés d'assurances et des bancassureurs¹¹, les mutuelles restent apparemment les principaux acteurs du marché de la complémentaire santé (51 % du marché en termes de cotisation en 2017). Toutefois, en rattachant les parts de marché d'un organisme donné non pas à sa famille mais à la famille de la tête de groupe auquel il appartient¹², on obtient une photographie des parts de marché différente : les mutuelles et les groupes dont la tête de groupe est une mutuelle ne représentent plus que 39 % du marché¹³.

Sur le marché de l'assurance complémentaire collective, les entreprises (en particulier les moyennes et les grandes entreprises) ont fréquemment recours au service d'un courtier. Le courtier apporte en général un triple service : un service de conseil pour aider l'entreprise à déterminer ses besoins et souscrire l'offre la plus adaptée compte tenu de sa disposition à payer¹⁴, un service d'intermédiation et de négociation pour la souscription du contrat et la redéfinition éventuelle des garanties (à la hausse comme à la baisse)¹⁵ ; enfin, il liquide souvent les prestations pour le compte de l'organisme complémentaire, *via* une délégation de gestion.

Encadré 1 : Les formes juridiques des groupes

Les évolutions du droit ont accompagné et rendu possible la structuration des organismes complémentaires en groupes composés d'entités appartenant à différentes familles, non sans une certaine complexité.

La principale difficulté tenait à l'absence de capital des mutuelles et des institutions de prévoyance, rendant impossible la constitution de groupes au moyen de liens capitalistiques. Le législateur a donc dû recourir à d'autres notions pour caractériser l'existence d'un groupe : "relations financières fortes et durables qui ne résultent pas de participations", qui se matérialisent par des conventions d'affiliation, et "exercice effectif d'une influence dominante au moyen d'une coordination centralisée sur les décisions des entreprises affiliées".

Au sein de chacun des 3 codes, il existe une forme de groupe qui peut accueillir des entités des autres familles :

reculé également pendant cette période, mais dans des proportions moindres. (Source : Drees, rapport sur la situation financière des organismes complémentaires, édition 2019).

¹⁰ Audrey Lafon et Alexis Montaut : « La place de l'assurance maladie privée dans six pays européens », Les dossiers de la Drees, N°19, JUIN 2017 (DREES)

¹¹ Les parts de marchés des sociétés d'assurance sont passées de 19 % en 2001 à 31 % du marché en 2017.

¹² Ces dernières années ont vu se constituer des groupes permettant à leurs membres de nouer des solidarités financières et de coordonner leurs stratégies. On en compte aujourd'hui une cinquantaine regroupant un tiers des organismes et représentant 84 % des cotisations collectées.

¹³ Les assureurs et les groupes dont la tête de groupe est un assureur : 34 % ; les institutions de prévoyance et les groupes dont la tête de groupe est une institution de prévoyance : 26 % (Source : Drees, rapport sur la situation financière des organismes complémentaires, édition 2019).

¹⁴ Ce rôle de conseil est conforté par la réglementation croissante à laquelle sont soumis les contrats et l'activité d'assurance complémentaire santé.

¹⁵ A ce titre, le courtage permet d'aiguiser la concurrence sur le marché de l'assurance collective.

sociétés de groupe d'assurances mutuelles (SGAM) dans le code des assurances, sociétés de groupe assurantiel de protection sociale (SGAPS) dans le code de la sécurité sociale, unions mutualistes de groupe (UMG) dans le code de la mutualité.

Initialement, le degré d'intégration des groupes était laissé à la discrétion des entités concernées qui le définissaient dans les statuts de l'entité du groupe. Toutefois, la transposition de la directive "Solvabilité II" a conduit à recentrer la notion de groupe sur les entités les plus intégrées, la surveillance prudentielle s'effectuant alors au niveau du groupe. L'ordonnance de transposition du 2 avril 2015 a en conséquence distingué trois autres types de structure juridique, pour les groupes moins intégrés, la surveillance prudentielle s'effectuant alors toujours sur chaque entité : le groupe d'assurance mutualiste (GAM), le groupe assurantiel de protection sociale (GAPS) et l'union mutualiste de groupe (UMG).

Enfin, il faut signaler l'accord interprofessionnel du 8 juillet 2009 sur la gouvernance des groupes paritaires de protection sociale. Celui-ci concerne les groupes constitués initialement autour des institutions de retraite complémentaire. Il prévoit la constitution d'une "association sommitale" dirigée paritairement, qui n'exerce aucune tâche de gestion et est uniquement en charge du pilotage du groupe. La mise en œuvre de cet accord, qui ne traite que de la gouvernance et ne peut régir la structure juridique des personnes morales concernées, se superpose donc à l'application des statuts présentés ci-dessus.

3. De la protection des assurés à une hyper-réglementation de la couverture complémentaire santé associée à sa généralisation

En trente ans, le droit applicable aux opérations de couverture complémentaire a été profondément modifié. Dès 1989, a été adoptée une première série de dispositions législatives communes pour l'exercice des activités d'assurance en matière de prévoyance, avec pour finalité principale la protection de l'assuré et la sécurisation des garanties offertes (3.1). Des finalités de nature différente ont été au fil du temps ajoutées modifiant de façon substantielle les relations entre l'assurance maladie obligatoire (AMO) et les couvertures complémentaires. Les objectifs de généralisation de l'accès aux soins (3.2) et de normalisation des garanties (3.3) conduisent à une hyper réglementation de la couverture santé dans son ensemble.

3.1. Une première famille d'obligations à des fins de protection des assurés

Dès 1989, la loi Evin pose des limites à l'exercice par les organismes complémentaires de leur liberté contractuelle, limites qui conditionnent l'acceptabilité du choix du marché. Sont ainsi énoncées des dispositions d'ordre public qui ont explicitement le souci d'organiser un régime protecteur pour les assurés, notamment pour garantir le maintien des prestations et des garanties et éviter des exclusions liées à l'état de santé. Elles interdisent la sélection médicale qui pourrait conduire à refuser la prise en charge des états pathologiques antérieurs, prohibent certaines clauses et énoncent des obligations de maintien de prestations en cours dans l'hypothèse d'une résiliation du contrat d'assurance.

Ce souci de sécurisation des prestations en cours dans les hypothèses de résiliation du contrat d'assurance va également conduire le législateur à imposer aux assureurs le provisionnement de cet engagement (art. 7 et 7.1 de la loi Evin). A partir de 1994, la transposition des directives assurance renforce ces obligations prudentielles. Il en va ainsi tout particulièrement des dispositions visant à sécuriser les engagements pris par les assureurs, telles celles relatives aux principes de séparation dans la gestion des garanties et de provisionnement.

Par ailleurs, la protection du consommateur de produits d'assurance trouve également sa source dans le droit général de la consommation et dans la transposition de directives européennes sectorielles. Il en va notamment ainsi des obligations d'information et de conseil qui sont mises à la charge des professionnels de l'assurance.

Enfin, les règles faisant obstacle à la résiliation unilatérale du contrat par l'assureur, et dans le cadre des contrats collectifs, l'obligation de proposer au salarié partant à la retraite un maintien de couverture, tendent à conférer un caractère en partie viager aux garanties offertes.

Cette première famille d'obligations crée un socle de protection en soumettant à des règles communes l'ensemble des organismes assureurs qui distribuent des contrats de prévoyance incluant la couverture santé. Au sein du droit des assurances, émerge ainsi un corps de règles spécifiques applicable aux seules opérations de prévoyance et de santé.

3.2. Une deuxième famille d'obligations à des fins de généralisation de la couverture complémentaire santé

On observe depuis de nombreuses années un phénomène de polarisation des remboursements de l'assurance maladie publique en faveur des assurés ayant les dépenses les plus élevées, sous les effets conjugués :

- Du progrès technique, qui permet d'améliorer le traitement des maladies au prix de médicaments très onéreux pris en charge à 100 % par l'assurance maladie publique et d'une augmentation des dépenses hospitalières dans le champ non seulement de la chirurgie mais aussi de la médecine ;
- Du vieillissement de la population, de la chronicisation de maladies autrefois associées à une espérance de vie plus réduite, en lien avec le progrès médical et de l'évolution des modes de vie qui conduisent au développement de pathologies chroniques prises en charge au titre des Affections de Longue Durée (ALD) ;
- De la contrainte financière sur les finances publiques, qui a conduit à autoriser des tarifs libres et à laisser dériver l'écart entre les tarifs réels et les bases de remboursement publiques (optique, dentaire...).

Aujourd'hui, pour les soins courants (les soins hors hospitalisation ou maladie chronique exonérante), soit pour les trois quarts des assurés sociaux, l'assurance maladie publique ne rembourse en moyenne que la moitié de la dépense même si, en valeur absolue, les restes à charges correspondants restent beaucoup plus faibles que ceux auxquels sont soumis les malades chroniques. Cela permet d'offrir à ceux qui ont les besoins les plus élevés un excellent niveau de couverture publique, sans pour autant, dans certains cas (ticket modérateur hospitalier, cumul de dépassements d'honoraires...) les mettre à l'abri de copaiements élevés.

Aujourd'hui l'augmentation en valeur des restes à charge qui peuvent être particulièrement importants, soit du fait de dépassements d'honoraires ou de prestations à tarifs libres, soit de dépenses hospitalières dans le champ de la médecine, conduit à un développement des assurances complémentaires sur ces segments.

Dès lors, dans le secteur de la santé, le marché de la couverture complémentaire acquiert, sous l'impulsion de l'État, un statut juridique particulier : le droit lui assigne, au fil du temps, la fonction de complément nécessaire de la couverture légale du risque maladie.

Le besoin accru de bénéficier d'une couverture complémentaire conduit à la multiplication de mesures visant au déploiement le plus large possible de cette couverture (incitation, lissage des tarifs, maintien de couverture, solvabilisation des plus précaires...). Pour une large part, ces mesures cherchent à répartir équitablement la charge ou l'effort de s'assurer.

Deux voies sont principalement utilisées :

- Celle qui tend à ne pas laisser le marché créer trop d'exclus, particulièrement dans les populations à faibles revenus et/ou en périphérie de l'emploi salarié. A cet effet, plusieurs dispositifs juridiques existent. Ils diffèrent selon les publics cibles : Couverture maladie universelle complémentaire (CMUc) et Aide au paiement d'une complémentaire santé (ACS) aujourd'hui remplacées par la Couverture santé solidaire (C2S) à destination des personnes ayant les plus bas revenus, contrat Madelin pour les travailleurs non-salariés, dispositif dit de "sortie de groupe" de la loi Evin en faveur des anciens salariés et des chômeurs indemnisés, portabilité des droits en cas de rupture du contrat de travail entraînant une période de chômage indemnisé.

**Encadré 2 : La portabilité de la complémentaire santé et prévoyance
en cas de cessation et le devenir des garanties en cas de transfert du contrat de travail**

En cas de cessation du contrat de travail non consécutive à une faute lourde, le salarié couvert par un contrat collectif a droit à son maintien à titre gratuit pendant une durée égale à la période d'indemnisation du chômage, dans la limite de 12 mois (article L. 911-8 du code de la sécurité sociale, issu de la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi). Le financement de cette gratuité est entièrement mutualisé, c'est-à-dire qu'il est assuré par les cotisations perçues au titre des salariés restant dans l'entreprise (article 2 de l'ANI du 11 janvier 2013).

En cas de transfert du contrat de travail consécutif à une modification dans la situation juridique de l'employeur (vente, fusion, etc.), les règles applicables dépendent de la nature de l'acte ayant instauré les garanties collectives complémentaires :

- S'il s'agit d'un accord collectif, les règles applicables sont celles du code du travail (articles L. 2261-14 à L. 2261-14-4) : mise en cause de l'accord collectif en raison de la modification de la situation juridique de l'employeur ; maintien des garanties jusqu'à l'entrée en vigueur de l'accord de substitution ou, à défaut, pendant une durée d'un an ; à défaut d'accord de substitution et à l'issue du délai d'un an, les salariés transférés bénéficient d'une garantie de maintien de leur rémunération, notion qui n'inclut pas la couverture complémentaire ; ils sont en revanche couverts par l'accord collectif applicable dans la nouvelle entreprise.

- S'il s'agit d'une décision unilatérale de l'employeur, celle-ci est transmise au nouvel employeur qui doit l'honorer et ne peut y mettre fin qu'en suivant une procédure de dénonciation ou en concluant un accord collectif de substitution.
- S'il s'agit d'un accord ratifié à la majorité des salariés, le décret d'application de l'article L. 911-5 du code de la sécurité sociale (CSS) définissant les conditions dans lesquelles il est modifié ou mis en cause en raison d'une scission ou d'une fusion n'a jamais été pris. Faute de jurisprudence, la question reste donc ouverte.

A l'horizon des prochains mois et des prochaines années, la forte hausse du chômage va solliciter de manière inédite la portabilité des couvertures complémentaires santé et prévoyance dans les entreprises¹⁶.

- Celle qui fait de l'entreprise un espace pertinent de généralisation de la couverture complémentaire santé (v. infra 3.4). L'obligation annuelle de négocier en entreprise sur la mise en place d'un « régime de prévoyance maladie » (loi du 27 juillet 1999) se transforme, sous l'effet de la loi du 14 juin 2013, en une obligation mise à la charge des employeurs de souscrire au profit de tous les salariés un contrat de couverture santé minimale dont ils doivent assurer au moins la moitié du financement. L'inadaptation de cette couverture collective aux salariés en contrat de courte durée ou à temps très partiel conduit en outre le législateur, dans le cadre de la LFSS pour 2016, à mettre en place un dispositif qui se veut équivalent : le « versement santé ». Ce dernier dispositif vise à solvabiliser l'acquisition d'un contrat individuel d'assurance par ces salariés particulièrement précaires.

¹⁶ L'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale prévoit la gratuité de la couverture complémentaire durant la période de portabilité. Aucune cotisation n'est due ni par l'employeur ni par l'ancien salarié. Si le coût de la portabilité est intégré dans le calcul de la cotisation, sa forte augmentation dans un contexte de suppressions d'emploi importantes peut impliquer au moins de manière transitoire un surcroît de charges non financées.

Encadré 3 : Une préférence donnée à la couverture collective de certaines catégories d'actifs

Il existe schématiquement deux modes d'accès à l'assurance santé complémentaire : d'une part, la souscription individuelle d'un contrat avec un organisme assureur et, d'autre part, la souscription au bénéfice d'un groupe de personnes ayant un lien de même nature avec le souscripteur, situation communément présentée comme un contrat d'assurance de groupe.

Le mode d'accès ne conditionne pas le contenu de la couverture ; ainsi, le cahier des charges des contrats solidaires et responsables est identique dans l'un et l'autre cas (v. *infra* 3.3). En revanche, l'environnement juridique qui s'est construit au fil du temps traduit incontestablement une forme de préférence de la part des pouvoirs publics en faveur des couvertures collectives, spécialement celles bénéficiant aux salariés du secteur privé. Ce primat, parfois implicite, s'explique très largement par l'histoire de la construction de garanties sociales adossées à l'emploi. En effet, la protection sociale complémentaire est un objet historique de négociation collective lié au salaire ; en ce sens, cela fonde la légitimité des partenaires sociaux à intervenir dans ce champ. Que les couvertures collectives bénéficient d'une plus grande attention des pouvoirs publics procède dès lors d'une certaine logique puisqu'elles permettent en principe au dialogue social de s'exprimer afin de construire des dispositifs adaptés aux besoins des salariés. Elles présentent également d'autres potentiels avantages tenant à l'existence d'un groupe assurable prédéfini (poids du groupe dans la négociation, notamment tarifaire, avec l'assureur et effet de mutualisation entre les membres du groupe).

Ainsi, dès la loi Evin de 1989, des règles protectrices spécifiques pour les contrats collectifs sont mises à la charge des assureurs (obligation de prise en charge des suites des états pathologiques, obligation de non-sélection au sein du groupe, obligation de non-sélection des risques couverts par l'AMO, obligation de maintien de la couverture pour les anciens salariés). On doit également relever l'encouragement à la souscription de couvertures collectives par les employeurs matérialisé, en 1999, par l'instauration d'une obligation de négocier dans l'entreprise la mise en place d'un régime de prévoyance maladie lorsqu'il n'en existe pas un au niveau de la branche. Une marche supplémentaire en faveur du déploiement des couvertures collectives est franchie par la loi du 14 juin 2013 avec l'obligation faite désormais aux employeurs du secteur privé de fournir et cofinancer une couverture santé à leurs salariés. Enfin, les couvertures collectives bénéficient, selon des modalités diverses, d'aides publiques : pour les couvertures collectives souscrites par les employeurs, l'aide est plurielle et concerne tant le souscripteur (déduction du financement patronal de l'assiette des cotisations de sécurité sociale mais aussi de l'impôt sur les bénéfices) que les salariés bénéficiaires (déductibilité de leur quote-part de financement de leurs revenus imposables) sous réserve, depuis la loi du 21 août 2003, que la couverture présente un caractère obligatoire et collectif ; pour les couvertures souscrites au bénéfice des travailleurs non-salariés (TNS) non agricoles par une association *ad hoc* (contrats dits Madelin), les primes d'assurance sont déductibles dans une certaine limite du bénéfice imposable du bénéficiaire de la couverture.

Cette préférence induit des distorsions au détriment des populations qui ne peuvent accéder à la couverture santé que par la voie individuelle (notamment des personnes en périphérie de l'emploi et une large part des retraités). Elle masque également d'importantes disparités de situations en matière de couvertures dites collectives. En effet, la couverture collective des salariés du secteur privé est incontestablement celle qui concentre le plus d'avantages (financement patronal représentant au moins 50% de la cotisation, pression sur les prix, avantages fisco-sociaux). Qui plus est, elle est désormais obligatoire. En revanche, les couvertures collectives des agents relevant d'employeurs publics (instaurées *via* le référencement d'un assureur dans la fonction publique d'Etat ou la conclusion d'une convention de participation dans la fonction publique territoriale) sont en quelque sorte dans une situation "d'entre-deux", entre couverture collective et couverture individuelle : d'une part, le paramétrage de la couverture présente une incontestable dimension collective (avec, notamment, un cahier de charges présentant des éléments de solidarité) mais, d'autre part, l'adhésion se fait par un contrat individuel et elle est facultative pour l'agent, qui ne bénéficie pas nécessairement d'un cofinancement de la part de son employeur et ne peut prétendre à un avantage fiscal pour sa propre quote-part (V. *infra* 5.2 sur les disparités de situation).

Cette généralisation de la couverture santé complémentaire est décisive dans le choix des pouvoirs publics de s'intéresser au contenu des garanties offertes. Progressivement, un panier de soins "raisonnable" est configuré contribuant ainsi à une certaine forme de normalisation de la couverture.

3.3. Une troisième famille d'obligations à des fins de paramétrage du contenu de la couverture complémentaire santé

On trouve dans les réformes les plus récentes une volonté de paramétrer plus précisément le panier de soins. Initialement, si la création de la CMUc a été la première réforme accompagnée de la définition complète d'un panier de soins, c'est la loi portant réforme de l'assurance maladie du 13 août 2004 qui marque un tournant majeur quant aux objectifs assignés aux contrats d'assurance santé complémentaire. On peut dire qu'à cette époque s'opère un renversement de la conception de l'articulation entre assurance maladie obligatoires et assurance maladie complémentaire, à tel point d'ailleurs, qu'on oppose depuis cette date « l'AMO » et « l'AMC », expression quelque que peu abusive suggérant qu'il s'agit de deux niveaux de couverture de nature identique voire interchangeable.

L'introduction dans les contrats solidaires d'une dimension « *responsable* » conduit à définir des obligations, exclusions et limitations de prise en charge avec l'idée que les contrats de couverture complémentaire doivent contribuer au respect du parcours de soins coordonné et ne peuvent « contrecarrer » les efforts de maîtrise des dépenses réalisées au sein de l'AMO. A leur création, les contrats responsables ne sont donc pas un outil de régulation du marché de l'assurance complémentaire mais un moyen de garantir que la responsabilisation financière des assurés reste opérante pour favoriser le respect du parcours de soins coordonnés.

Cette rupture se fait plus nette avec la loi sur la sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 et la LFSS pour 2014. Désormais, l'attention des pouvoirs publics se porte sur l'ensemble des paramètres de la couverture : panier minimal de soins, planchers et plafonds de prise en charge sur certains postes de dépenses (notamment dépassements d'honoraires). Une étape supplémentaire de régulation est franchie en 2019 avec la réforme dite du "100 % santé" qui crée des obligations de prise en charge "renforcée", associées à un prix limite de vente (PLV) pour un panier de biens et de prestations dans les secteurs des prothèses dentaires, de l'optique et des audioprothèses.

Cette dernière réforme traduit l'idée que désormais, pour une partie du panier de soins, pour atteindre l'objectif de protection de la santé, l'assurance maladie publique et les assurances maladie complémentaires doivent agir de concert. Les contrats responsables qui, à leur création, permettaient surtout de responsabiliser financièrement les assurés, sont désormais un outil qui poursuit principalement un objectif de solvabilisation des populations pour éviter les renoncements aux soins.

On assiste dès lors à une normalisation des contenus des contrats d'assurance santé qui est particulièrement forte sur certaines garanties. L'uniformisation des règles qui en découle restreint la liberté contractuelle des opérateurs. La régulation du contrat d'assurance traduit une nouvelle conception des relations entre l'AMO et les couvertures complémentaires qui servent aujourd'hui un objectif commun : assurer globalement une couverture à tous des soins nécessaires (couverture "raisonnable"). La façon dont est conçu le reste à charge de l'assuré est révélateur de cette évolution puisqu'il résulte désormais de l'addition des deux segments de la couverture.

Pour autant, le caractère obligatoire de cette troisième famille de règles doit être nuancé. Sur un plan strictement juridique, il est toujours possible de souscrire des contrats d'assurance "non responsables". Mais l'exercice de cette liberté a une conséquence économique puisque ces contrats ne sont pas éligibles aux mesures fiscalo-sociales de faveur (par ex. majoration du taux de la taxe de solidarité additionnelle, non-déductibilité de l'assiette des cotisations sociales et du revenu imposable...). Cette liberté a donc un prix.

Cette juxtaposition de réformes multiples aux finalités diverses conduit aujourd'hui à une situation contrastée au regard de ces objectifs (*cf.* partie 5), la large couverture de la population s'accompagnant notamment de fortes disparités selon l'âge, le revenu ou le statut professionnel. En outre, ces réformes ont été conduites pour la plupart sans lien explicite avec les catégories du droit de l'Union européenne, qui s'avèrent pourtant structurantes pour appréhender la nature des activités exercées (*cf.* partie 4).

4. Le point de vue du droit de l'Union européenne : un service d'intérêt économique général (SIEG) qui ne dit pas son nom ?

4.1. Les espaces juridiques définis par le droit de l'UE : activités non économiques, activités économiques d'intérêt général, autres activités économiques

Ce sont les États membres qui décident des caractéristiques de leur système de protection sociale. Au regard de la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres, les choix nationaux ne sont donc pas contraints par l'Union européenne. La question de leur « euro-compatibilité » doit en revanche être posée. Dans le champ de la protection sociale, c'est essentiellement la question de la compatibilité avec le droit économique européen qui se pose. Trois espaces juridiques peuvent être mobilisés qui dessinent le champ des possibles pour l'organisation des activités de protection sociale puisque l'Union européenne ne prédétermine pas ce qui doit être « dans le marché » et ce qui doit être « hors du marché ».

Identification des espaces juridiques. Les règles européennes de concurrence sont définies aux articles 101 à 113 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et regroupées en deux sections : la première précise les « règles applicables aux entreprises » (art. 101 à 106) alors que la seconde aborde les « aides accordées par les États » (art. 107 à 113). Elles visent à organiser une concurrence loyale et non faussée entre les entreprises intervenant ou désireuses d'intervenir sur un même marché. À cet effet, sont « mises sous surveillance » les ententes entre entreprises, les positions dominantes et les aides étatiques qui sont susceptibles d'altérer le jeu de la concurrence. Quel que soit le secteur d'activité concerné, cet environnement normatif crée en réalité trois espaces juridiques dont rend compte la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) :

- **Un espace marchand de libre concurrence** pour les activités qui sont fournies par des entreprises au sens du droit européen de la concurrence. Cet espace se situe donc dans le champ d'application des articles 101 à 113 du TFUE, c'est-à-dire qu'il est soumis au droit européen de la concurrence, ainsi que des articles 49 et 56 sur la liberté d'établissement et de prestation de services. D'une certaine façon, c'est l'espace juridique de principe dans le cadre duquel les activités ont vocation à se déployer puisque l'Union européenne promeut l'économie de marché et entend réaliser un vaste marché intérieur.
- **Un espace marchand dans lequel la concurrence fait l'objet d'aménagements (régulation).** Les articles 106 et 107 du TFUE prévoient des exceptions, voire exemptions, aux règles de concurrence. Ainsi, l'article 106§2 TFUE permet, à certaines conditions, l'instauration de restrictions à ces règles pour les « *entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général* » (ci-après SIEG). Il s'agit de mécanismes offrant des possibilités d'aménagement des règles de concurrence à des fins sociales (octroi d'avantages sélectifs tels qu'un droit exclusif de gestion, aides d'État...).
- **Un espace « hors marché »** (non marchand) pour les activités qui ne sont pas fournies par des entreprises au sens du droit européen de la concurrence. Cet espace se situe donc en-dehors du champ d'application des articles 101 à 113 du TFUE, c'est-à-dire qu'il n'est pas soumis au droit européen de la concurrence. C'est dans cet espace, qui se définit en quelque sorte en creux par rapport à l'espace marchand, que la latitude d'action des États est la plus complète.

Tableau 1 : Les différents espaces juridiques identifiés par le droit européen

	Droit de la concurrence		Hors droit de la concurrence
Principes généraux applicables	Libre concurrence	Aménagement de la concurrence (monopole, avantages sélectifs...)	Activités organisées par les Etats membres selon d'autres principes que le droit de la concurrence.
Types d'entreprise ou d'organisme concernés	Entreprise exerçant une activité économique	Entreprise exerçant une activité économique <u>et</u> chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général	Activités exclusivement sociales
Types d'assurance santé	Assurance santé sans considération de solidarité	Assurance santé ayant une finalité sociale, imprégnée de considérations de solidarité justifiant d'aménager le jeu de la libre concurrence sur le marché	Régimes légaux de sécurité sociale structurellement solidaires et soumis au contrôle de l'État

Frontières entre les espaces juridiques en matière d'activité de protection sociale : une question d'intensité de la solidarité.

À l'examen de la jurisprudence, on s'aperçoit que ce n'est pas tant la nature de l'organisme ou son mode de gouvernance que le paramétrage des activités de protection sociale (souvent des régimes d'assurance) et le degré de contrôle exercé par l'État qui déterminent soit la soustraction de l'activité au droit européen de la concurrence, soit la compatibilité des droits exclusifs qui sont conférés au gestionnaire avec ce droit de la concurrence.

Si le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des États membres qui peuvent aménager leur système de sécurité sociale, il autorise le juge à apprécier globalement le régime d'assurance créé et ainsi mesurer l'intensité des aménagements « sociaux » proposés par rapport à une opération d'assurance classique. La CJUE évalue ainsi les modalités de gestion des régimes sociaux d'assurance à deux moments-clés d'application potentielle du droit communautaire :

- Pour exclure purement et simplement l'application du droit de la concurrence en qualifiant les activités exercées par les organismes « d'activités exclusivement sociales » ;
- Pour décider de la compatibilité de l'octroi de droits exclusifs avec le droit de la concurrence si la qualification d'exercice d'une activité économique a été retenue et que l'on entend mobiliser la notion de SIEG.

Cette évaluation porte en premier lieu sur les éléments de solidarité qui régissent le fonctionnement global de l'activité de protection sociale. La caractérisation du principe de solidarité se trouve au cœur du processus permettant de déterminer dans quel espace il convient de faire entrer ladite activité (élément substantiel). À cela s'ajoute la dimension « procédurale » qui conduit à vérifier l'existence d'un contrôle de l'État sur l'activité de protection sociale. Le caractère obligatoire ne constitue pas quant à lui un critère *stricto sensu* nécessaire à la qualification juridique ; en revanche, il représente une condition nécessaire (ou un moyen) pour la mise en œuvre du principe de solidarité.

Critères de délimitation des espaces marchand et non-marchand

Le droit européen de la concurrence est applicable aux activités développées par les entreprises. La caractérisation d'une entreprise est donc déterminante pour situer une activité dans l'espace du marché. Elle résulte de la jurisprudence de la CJUE qui recourt à un critère fonctionnel (et non organique) : « *la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique* », c'est-à-dire « *offrant des biens ou des services sur un marché donné* ». Ce qui détermine la qualification d'entreprise est le fait que l'activité en question soit exercée ou, simplement, soit susceptible de l'être par un acteur privé à but lucratif. Il convient donc en principe de vérifier si l'activité en cause est comparable (ou pourrait l'être) à l'activité d'une entreprise privée à but lucratif ou susceptible d'être exercée par une telle entité.

Mais, dans le champ de la protection sociale, la Cour de justice recourt souvent à une sorte de qualification d'entreprise par défaut : si une activité ne peut être qualifiée d'activité exclusivement sociale – ce qui permet de l'inscrire dans l'espace non marchand –, il s'en déduira par défaut que l'activité est de nature économique et constitue une entreprise.

Pour caractériser une activité exclusivement sociale, plusieurs éléments cumulatifs doivent être présents :

- Une finalité sociale (ce que poursuit par nature tout dispositif de protection sociale) ;
- La mise en œuvre du principe de solidarité (taux de cotisations non proportionnel au risque assuré, d'où solidarité entre bons et mauvais risques) ;
- Une compensation entre caisses avec système de péréquation des coûts et des risques ;
- Des prestations de prévention et de rééducation indépendantes de la rémunération ;
- La non proportionnalité totale entre cotisations et prestations, d'où solidarité entre classes de revenus...) ;
- Un contrôle de l'Etat (par exemple, encadrement légal très strict de l'activité laissant très peu de marge de manœuvre aux entités gestionnaires de l'activité).

Critères et conditions de régulation des services d'intérêt économique général (SIEG)

Dans le champ des activités économiques (*cf. supra*), les règles de concurrence peuvent être aménagées afin de permettre le déploiement de SIEG. En d'autres termes, le TFUE rend possible, à certaines conditions, la régulation de l'espace marchand. La Commission européenne a précisé que les SIEG sont des activités économiques remplissant des missions d'intérêt général qui ne seraient pas exécutées (ou qui seraient exécutées à des conditions différentes en termes de qualité, de sécurité, d'accessibilité, d'égalité de traitement ou d'accès universel) par le marché en l'absence d'une intervention de l'État. Les autorités publiques des États membres disposent d'une grande marge de manœuvre quant à la définition de ce qu'elles considèrent comme des SIEG.

Le contentieux européen relatif aux SIEG dans le champ de la protection sociale montre que la justification réside quasi exclusivement dans les éléments de solidarité qui sont imposés aux opérateurs gestionnaires des régimes institués dans le cadre d'un mandatement qui appartient soit à l'Etat soit aux partenaires sociaux. En effet, il est le plus souvent avancé que, lorsque le régime se caractérise par un degré de solidarité imposant des obligations fortes à l'opérateur gestionnaire, le service fourni par celui-ci ne peut l'être au même prix que celui d'autres opérateurs ne supportant pas les mêmes contraintes. En d'autres termes, l'opérateur est moins compétitif car la solidarité a un coût.

Une notion de SIEG qui diffère de la notion de service public en droit français

La notion de SIEG présente des affinités avec celle du service public en droit français. Dans les deux cas, le régime juridique est structuré par la poursuite de l'intérêt général, qui justifie le fait que l'activité soit soumise à des règles particulières. Ces finalités d'intérêt général sont définies par la puissance publique : dans le régime des SIEG, l'intervention de celle-ci se manifeste par un acte dénommé « mandat », qui définit les obligations de la personne chargée du SIEG et lui confie cette mission ; en droit français, même lorsque le service public est confié à une personne privée, celle-ci exerce son activité sous le contrôle de l'administration.

Les deux notions n'ont en revanche pas la même fonction. Les articles 14 et 106 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne reconnaissent la notion de SIEG dans un but principalement dérogatoire : il s'agit de veiller à ce que l'application du droit de l'Union n'entrave pas le bon fonctionnement de ces services et de permettre, dans cette mesure uniquement, des dérogations, notamment aux règles de concurrence. La notion française de service public a une portée plus large : elle est depuis le XIXe siècle l'un des principaux fondements de l'application du droit public et de la compétence de la juridiction administrative¹⁷ et implique le respect des principes de continuité, d'adaptabilité et d'égalité (« les lois de Rolland »)¹⁸.

La notion de SIEG est plus analytique : elle implique d'identifier précisément les obligations d'intérêt général et d'apprécier la proportionnalité des dérogations au regard de ces obligations. La notion de service public est englobante : lorsqu'une activité est ainsi qualifiée, elle est régie dans son ensemble par les principes propres au service public.

¹⁷ Le degré d'application du droit public dépend cependant de la question de savoir s'il s'agit d'un service public administratif (SPA) ou d'un service public industriel et commercial (SPIC). Les SPIC, qui s'apparentent aux entreprises privées par l'objet du service, l'origine de leurs ressources et leurs modalités d'organisation et de fonctionnement, sont en grande partie régis par le droit privé pour leurs relations avec leurs agents, leurs usagers et les tiers.

¹⁸ Principes issus de la jurisprudence du Conseil d'Etat et qui s'appliquent à l'ensemble des services publics, qu'ils soient des SPA ou des SPIC. Le principe de continuité implique qu'une fois le service public créé, l'administration doit assurer son fonctionnement régulier, ce qui peut justifier certaines limites au droit de grève. Le principe d'adaptabilité ou de mutabilité permet de faire évoluer le service public pour mieux répondre aux besoins des usagers. Le principe d'égalité implique l'égal traitement des usagers du service public.

4.2. Quelle qualification des complémentaires santé et prévoyance au regard du droit de l'Union européenne ?

Seule la complémentaire santé solidaire peut être qualifiée d'activité non économique

Au vu de la jurisprudence de la CJUE, il n'est pas douteux que l'activité de complémentaire santé telle qu'elle est organisée en France présente les caractères d'une activité économique. S'il existe aujourd'hui une obligation d'adhésion pour les salariés du secteur privé et un certain encadrement des prestations, les organismes complémentaires bénéficient encore de possibilités importantes de différenciation des cotisations et des prestations et peuvent constituer et distribuer des bénéfices lorsque leur statut le leur permet. En outre, il existe toujours pour l'assurance complémentaire une corrélation entre le niveau des cotisations et celui des prestations. Les obligations prudentielles auxquelles sont soumis tous les organismes complémentaires leur imposent d'évaluer le risque pour déterminer la cotisation et calculer les provisions correspondant à leurs engagements.

La seule exception paraît être la complémentaire santé solidaire. Bien que l'adhésion à ce dispositif soit facultative, il est soumis à une condition de ressources, les cotisations sont nulles ou déterminées en fonction des revenus, les organismes n'ont aucune marge de manœuvre quant au niveau des cotisations et des prestations et leurs coûts sont intégralement remboursés par le Fonds de la complémentaire santé solidaire. Les trois conditions de finalité sociale, de mise en œuvre du principe de solidarité et de contrôle de l'Etat sont donc remplies.

Les contrats solidaires et responsables présentent certaines caractéristiques des SIEG mais la condition de mandat n'apparaît pas remplie.

Le fait que l'ensemble des organismes complémentaires soient soumis aux obligations définies par la directive Solvabilité II et par la loi Evin ne suffit pas à caractériser l'existence d'un SIEG. En effet, selon la jurisprudence européenne, « *le seul fait que le législateur national impose, dans l'intérêt général au sens large, certaines règles d'autorisation, de fonctionnement ou de contrôle à l'ensemble des opérateurs d'un secteur n'est, en principe, pas constitutif d'une mission SIEG* ».

En revanche, les règles imposées dans le cadre des contrats solidaires et responsables vont plus loin car elles limitent la capacité des organismes complémentaires à différencier les cotisations selon le risque ou contraignent le contenu des garanties. Elles tendent à assurer la réalisation d'objectifs d'intérêt général tels que l'accès aux soins et la limitation des dépenses de santé. Le fait que l'ensemble des organismes complémentaires puissent proposer ces garanties ne permet pas d'écarter la qualification de SIEG : en effet, « *la reconnaissance d'une mission SIEG ne suppose pas nécessairement que l'opérateur chargé de cette mission se voie accorder un droit exclusif ou spécial pour l'accomplir* »¹⁹.

Toutefois, la condition tenant à l'existence d'un mandat, d'une mission obligatoire dont l'entreprise est chargée par l'autorité publique fait défaut. Un mandat n'est pas une simple autorisation : il implique une obligation faite à l'opérateur de remplir les missions d'intérêt général qu'il définit. En matière d'assurance en santé ou en prévoyance, un mandat impliquerait l'obligation d'assurer toute personne en faisant la demande. Selon le Tribunal de l'Union européenne, « *le caractère obligatoire du service en cause constitue en effet une condition essentielle de l'existence d'une mission SIEG au sens du droit communautaire* »²⁰. Or, le cahier des charges des contrats solidaires et responsables n'interdit pas aux organismes complémentaires de sélectionner les personnes assurées, soit en

¹⁹ BUPA, § 179.

²⁰ BUPA, § 188.

sélectionnant directement les individus pour les contrats individuels, soit en sélectionnant les entreprises pour les contrats collectifs.

Un SIEG peut être identifié pour les organismes sélectionnés dans le cadre de clauses de recommandation ou des procédures de conventionnement de la fonction publique.

En revanche, des arguments solides existent en faveur de l'existence d'un SIEG pour deux dispositifs : les clauses de recommandation et les procédures de conventionnement ou de référencement dans la fonction publique de l'Etat et la fonction publique territoriale.

La CJUE a déjà admis l'existence d'un SIEG pour les clauses de désignation (3 mars 2011, *AG2R Prévoyance c/ Beaudout Père et Fils*, C-437/09). Bien que l'adhésion des entreprises à l'organisme recommandé par la branche ne soit pas obligatoire, la même analyse peut être conduite pour les clauses de recommandation. Un mandat est caractérisé car l'arrêté d'extension de l'accord de branche constitue un acte de la puissance publique et les organismes recommandés sont tenus d'accepter l'adhésion de toute entreprise de la branche. Les obligations d'intérêt général sont renforcées par rapport à celles applicables aux contrats solidaires et responsables, les garanties collectives devant respecter un « *degré élevé de solidarité* » (par exemple en prévoyant le financement d'actions de prévention ou d'action sociale).

Dans la fonction publique, une convention est conclue par l'Etat ou par la collectivité territoriale avec l'organisme complémentaire, qui constitue le mandat définissant ses obligations. Les décrets du 19 septembre 2007 et du 8 novembre 2011 imposent des obligations fortes de solidarité, notamment l'absence d'âge maximal d'adhésion le ratio maximal d'un à trois entre la cotisation la plus faible et la cotisation la plus élevée.

L'existence d'un SIEG permet, sur le fondement de l'article 106§2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, d'autoriser des dérogations aux règles de concurrence lorsqu'elles sont indispensables pour accomplir la mission impartie par le mandat.

5. Les questions soulevées par le modèle actuel

5.1. Les questions d'équité

Des disparités importantes persistent dans la couverture complémentaire santé de la population française. Elles sont de plusieurs ordres : inégalités d'accès à la couverture, les personnes non couvertes appartenant plus fréquemment à des catégories fragiles ; inégalités de coût, qui désavantagent notamment les personnes à revenus modestes et les personnes âgées ; inégalités liées à la généralisation par statut professionnel, les salariés du secteur privé étant en moyenne dans une situation plus favorable que les autres catégories. Poser le constat d'une inégalité n'implique pas nécessairement que celle-ci doive être éliminée, mais appelle à un débat sur les principes d'équité qui devraient régir la protection complémentaire santé.

La question des populations non couvertes, souvent en situation sociale fragile

Si le taux de couverture par une couverture complémentaire santé des résidents est de 95 %, il n'est que de 88 % chez les 20 % de ménages les plus modestes. La moitié des personnes non couvertes ont des revenus inférieurs à 970 euros par unité de consommation et sont donc en situation de pauvreté. La création de la CMUc puis de l'ACS, remplacées depuis le 1^{er} novembre 2019 par la complémentaire santé solidaire (CSS), n'a donc pas suffi à supprimer les problèmes d'accès à la couverture complémentaire des ménages modestes. Ceci s'explique notamment par un non-recours important à ces dispositifs (le taux de non-recours à la CMUc étant ainsi estimé à 40 % et le non-recours à l'ACS à 50 %²¹) et il conviendra d'évaluer si la CSS permettra de réduire ce taux de non-recours, et dans quelle mesure.

Au sein des salariés du secteur privé, si le taux de couverture est très élevé (97 %), la proportion de salariés à qui l'entreprise n'a pas proposé de contrat est bien plus importante dans les secteurs d'activité recourant de manière importante aux contrats précaires, et parmi les bas salaires ou les ouvriers non qualifiés²². Cette moindre couverture des salariés précaires ou à bas revenus se retrouve en matière de prévoyance²³. Au sein des travailleurs indépendants, le taux de non-couverture (6 %) est légèrement plus élevé que dans l'ensemble de la population, mais on peut supposer que cette moyenne recouvre de fortes inégalités, les micro-entrepreneurs ne pouvant bénéficier des avantages fiscaux du contrat Madelin²⁴.

En revanche, le taux de couverture est très élevé pour l'ensemble des retraités (97 %), en dépit du niveau des primes qu'ils supportent, ce qui traduit leur choix d'accepter un effort important pour être mieux protégés.

Compte tenu de la crise économique engendrée par la crise sanitaire de la Covid19, les entreprises et les ménages pourraient dans les mois à venir réduire, voire renoncer à leur couverture, avec des implications différentes pour la couverture du risque santé et la couverture prévoyance : pour la couverture santé, la résiliation d'un contrat réduit simultanément pour l'organisme complémentaire les ressources et les charges ; pour la prévoyance, en revanche, l'article 7 de la loi Evin implique de maintenir après la résiliation les prestations nées durant l'exécution du contrat, y compris lorsque la

²¹ Rapport d'activité du Fonds CMU, 2018.

²² M. Perronnin : « L'enquête Protection sociale complémentaire d'entreprise 2017 », *Les rapports de l'IRDES*, novembre 2019, p. 119.

²³ *Ibid.*, p. 152.

²⁴ La déduction d'impôt est en effet réservée aux travailleurs indépendants imposés d'après leur bénéfice réel, ce qui n'est pas le cas des micro-entrepreneurs.

résiliation est consécutive à une faillite de l'entreprise (Civ. 2^e, 23 octobre 2008, n° 07-19382). Si les organismes complémentaires sont tenus de provisionner ce risque, ils pourraient être contraints de renforcer leurs provisions pour faire face à une vague de résiliations et de faillites d'ampleur inhabituelle.

La question de la soutenabilité des dépenses de santé à la charge des ménages, notamment des plus âgés et des plus modestes

Par ailleurs, tout transfert financier vers les couvertures complémentaires s'accompagne d'augmentations de primes. Outre le fait que les logiques des assurances maladie privées ne sont pas les mêmes que l'AMO (sauf exception, pas de progressivité des primes en fonction du revenu), la progression du champ couvert par les complémentaires santé soulève la question de la soutenabilité des primes et plus généralement des dépenses de santé à la charge des ménages, notamment des plus âgés et des plus modestes.

⇒ *Un effort croissant avec l'âge*

Si les contrats solidaires et responsables ne peuvent différencier les primes d'après l'état de santé et si la loi interdit une telle différenciation aux mutuelles, la différenciation d'après l'âge est autorisée et permet aux organismes complémentaires de se fonder sur une approximation de l'état de santé de la personne, la dépense de santé étant en moyenne croissante avec l'âge. Les primes annuelles sont de 830 euros en moyenne pour les 25-45 ans et de 1490 euros pour les 66-75 ans, âge à partir duquel on observe une stabilisation (la prime est de 1 475 euros pour les plus de 75 ans). Il en résulte un taux d'effort élevé pour les personnes âgées de l'ordre de 7 % du revenu.

La différenciation des primes selon l'âge s'est d'ailleurs accrue au fil du temps. Les pratiques des différentes familles d'organismes complémentaires se sont inévitablement considérablement rapprochées : alors qu'en 2006, encore 36 % des mutuelles appliquaient des tarifs indépendants de l'âge, elles ne sont plus que 3 % en 2016. Les écarts entre les tarifs des personnes jeunes et ceux des personnes âgées demeurent néanmoins plus faibles pour les mutuelles que pour les sociétés d'assurances²⁵.

La part des dépenses de santé à la charge des ménages (reste à charge (RAC) après AMO et AMC et primes) rapportée au revenu disponible du ménage, est, elle aussi, fortement croissante avec l'âge. Ainsi, en 2012, cette part en moyenne de 3,8 % pour l'ensemble des ménages était de 3 % environ pour les ménages dont l'individu le plus âgé a moins de 45 ans de 4,5 % pour ceux dont l'individu le plus âgé a entre 60 et 69 ans, de 6,1 % pour ceux dont l'individu le plus âgé a entre 70 et 79 ans et de 6,6 % pour ceux dont l'individu le plus âgé a plus de 80 ans.

Il faut souligner à cet égard la spécificité des contrats proposés aux agents de l'Etat et des collectivités territoriales dans le cadre des décrets du 19 septembre 2007 et du 8 novembre 2011. Pour être référencées (dans la fonction publique de l'Etat) ou conventionnées ou labellisées (dans la fonction publique territoriale), les garanties proposées doivent respecter pour les agents de plus de 30 ans un rapport maximal de 1 à 3 entre la cotisation la plus basse et la cotisation la plus élevée. L'absence d'obligation d'adhésion à ces garanties fragilise toutefois l'application d'un tel ratio, les agents les plus jeunes pouvant avoir intérêt à opter pour des contrats pratiquant une différenciation selon l'âge plus accentuée en dehors du cadre défini par les décrets.

Les bouleversements économiques provoqués par la crise sanitaire de la Covid-19 seront *a priori* d'une telle ampleur qu'ils rendent peu opérant tout exercice de projection fondé sur le prolongement des

²⁵ *Ibid.*

tendances à l'œuvre avant la crise²⁶. L'exercice reste toutefois instructif pour questionner la soutenabilité du système. Le poids des dépenses de santé dans le revenu disponible des ménages aujourd'hui *a priori* voisin de 4 % en moyenne aurait augmenté à 4,8 % en 2030 et à 5,8 % en 2040. Pour les 20 % de ménages de retraités les plus pauvres, le taux d'effort serait passé de 11 % aujourd'hui à 13,3 % en 2030 et 16 % en 2040²⁷. On le voit donc, la question de la soutenabilité du modèle, notamment pour les personnes âgées se posait déjà en l'absence de crise sanitaire. La tendance à l'accroissement des primes pose à terme la question d'un risque de désaffiliation de certains assurés.

⇒ *Un effort décroissant avec les revenus*

On observe une certaine homogénéité des primes payées quel que soit le niveau de revenu : la prime payée serait en moyenne de 950 euros par an pour les ménages du premier décile et de 1 095 euros pour les ménages du dernier décile²⁸. De ce fait, ces primes présentent un profil dégressif, le taux d'effort étant d'autant plus important que les ménages sont pauvres. Il s'agit d'une différence majeure avec le financement de l'AMO, majoritairement assuré par la CSG et par des cotisations sociales proportionnelles aux revenus (l'augmentation du financement par la TVA, impôt dégressif, qui représente aujourd'hui près de 20 % des ressources du régime général d'assurance-maladie, conduisant néanmoins à atténuer quelque peu cette différence).

L'existence de la complémentaire santé solidaire ne suffit pas à corriger cette dégressivité pour les plus pauvres : le taux d'effort (primes + reste-à-charge) est de 10 % des revenus pour les ménages du premier décile, soit le taux le plus élevé. Deux hypothèses peuvent être avancées pour expliquer ce résultat : le non-recours à ces dispositifs ; le fait que certains ménages du premier décile soient au-dessus du seuil de gratuité de la CSS (ex-seuil de la CMUC). On peut noter que 25 % des contrats complémentaires appliquent une différenciation des tarifs selon le revenu afin de corriger cette dégressivité²⁹ ; il s'agit probablement pour l'essentiel des couvertures complémentaires des fonctionnaires.

⇒ *Des effets amplifiés par le régime de taxation*

La taxation des contrats d'assurance complémentaire pesant sur les primes qui ne dépendent pas du revenu (voir encadré 5), elle revêt un caractère dégressif. Par ailleurs, sous réserve des politiques tarifaires propres à chaque OCAM, l'effet de la taxation est en théorie moindre pour les salariés couverts par un contrat collectif que pour les souscripteurs individuels puisqu'au moins la moitié de la cotisation est financée par l'employeur. Parmi les souscripteurs individuels, l'effet de la taxation (en valeur absolue) porte *a priori* davantage sur ceux qui se trouvent dans le haut des grilles tarifaires. Or,

²⁶ Tout exercice de prévision en l'absence de crise type coronavirus ou plus généralement de toute autre perturbation majeure (crise économique, crise sanitaire, guerre...), est déjà hautement périlleux tellement les facteurs impactant la dynamique des dépenses de santé sont multiples : évolution de la morbidité, évolution du coût des traitements (apparition de nouveaux traitements onéreux, gains de productivité du secteur de la santé permis par de nouvelles modalités organisationnelles, de nouvelles formes de prise en charge...), croissance économique, consentement de la Nation pour le financement de la santé...

²⁷ Les hypothèses sous-jacentes sont les suivantes : augmentation des dépenses de santé de 2,4 % par an, structure de financement des dépenses de santé identique à ce qu'elle est aujourd'hui (79 % pour la Sécurité Sociale, l'Etat et la CMUC, 13 % pour les organismes complémentaires santé et 7 % pour les ménages), si bien que les dépenses de santé actuellement à la charge des ménages 50 Milliards d'euros (voir analyse Cour des Comptes) auraient augmenté de 27 % d'ici 2030 et de 60 % d'ici 2040. Dans le même temps, une croissance économique de 1,2 % par an permettant une hausse des salaires de 0,5% par an, soit une progression en euros courants par rapport à leur niveau actuel de 5 % à horizon 2030, et de 10 % à horizon 2040.

²⁸ « Le poids des dépenses de santé dans les revenus des ménages », La complémentaire santé, édition 2019, DREES.

²⁹ « Les différents modes de tarification des organismes de complémentaire santé », La complémentaire santé, édition 2019, DREES.

ces tranches tarifaires correspondent le plus souvent à des personnes âgées qui ont de forts besoins de couverture. *In fine*, la taxation participe elle aussi à la question de la soutenabilité à la charge des ménages les plus modestes (qui se trouvent souvent en périphérie de l'emploi et donc dans la catégorie des souscripteurs individuels) et des plus âgés.

Encadré 4 : l'évolution des primes d'assurance complémentaire dans les dernières années

Il n'existe malheureusement pas de statistique publique permettant d'observer finement l'évolution des prix des contrats complémentaires d'assurance santé, alors même que cela est devenu un enjeu de politique publique avec la généralisation de la couverture complémentaire santé d'entreprise, puis la montée en charge de la réforme du 100 % santé. En dehors du champ de la statistique publique, l'UFC-Que choisir réalise régulièrement des études à partir d'un échantillon de contrats transmis par les consommateurs.

Cependant, des perspectives à court terme existent grâce à l'obligation faite aux OCAM depuis fin 2019 de déclarer les effectifs couverts en regard des primes dans le cadre du paiement de la taxe de solidarité additionnelle sur tous les contrats d'assurance maladie complémentaire. Introduite sous l'impulsion du Fonds de la Complémentaire santé solidaire, cette obligation permet de disposer de données sur les prix des contrats par personne et leur évolution, par catégorie de contrats (contrats responsables, contrats non responsables, contrats IJ...).

En attendant, plusieurs éléments permettent de faire l'hypothèse raisonnable que les prix ont augmenté significativement sur le marché de l'assurance individuelle ces dernières années. Tout d'abord, le transfert des salariés auparavant couverts par des contrats individuels vers des contrats collectifs a modifié la pyramide des âges des personnes couvertes sur le marché de l'assurance individuelle. Cela a accéléré la convergence des pratiques tarifaires des différentes familles d'organisme, en généralisant une tarification actuarielle en fonction de l'âge, au détriment des plus âgés. Par ailleurs, le résultat technique des contrats individuels en santé s'est significativement amélioré entre 2015 et 2018, tant pour les sociétés d'assurance (6 % à 9 %) que pour les mutuelles (2 % à 4 %) sans que cela puisse s'expliquer par une réduction des frais de gestion ou des prestations versées.

Encadré 5 : Éléments historiques sur les taxes des contrats d'assurance complémentaire

Depuis 2002, l'ensemble des OCAM – qu'ils soient à but lucratif ou non – supportent une taxe sur les contrats d'assurance maladie assise sur les primes (ou cotisations). Le régime de cette taxe (taux et conditions d'exonération) a depuis lors connu de nombreuses évolutions. Dans un premier temps, en ont été exonérés les contrats « solidaires et responsables » afin d'inciter les opérateurs à proposer massivement de tels contrats. Sans totalement disparaître, cette logique incitative a toutefois reculé lorsque le législateur a soumis les contrats « solidaires et responsables » à la taxe mais à un taux réduit (fixé initialement à 3,5 %) par rapport aux autres contrats proposés sur le marché (loi de finances pour 2011). La logique incitative se matérialise désormais par le différentiel de taux. Mais le choix d'assujettir les contrats « solidaires et responsables » a fait de cette taxe un véritable prélèvement obligatoire pesant sur toute l'activité d'assurance santé complémentaire. Très rapidement, cette activité a été soumise à une augmentation significative du taux applicable qui a été doublé dès 2002 pour les contrats « solidaires et responsables » (7 %). À cette taxe sur les conventions d'assurance s'est ajoutée la taxation visant à financer le fonds CMU dont le taux initial de 1,75 % a été porté en 2012 à 6,27 %. Depuis 2016, le paysage a été simplifié puisque les contrats d'assurance maladie sont désormais exonérés de la taxe spéciale sur les conventions d'assurance (CGI, art. 995, 18°) et assujettis à une seule taxe (TSA - taxe de solidarité additionnelle) qui est en réalité la fusion des deux taxations préexistantes. En application de l'article L. 862-4 CSS, les contrats « solidaires et responsables » supportent une TSA au taux de 13,27 % contre un taux de 20,27 % pour les autres contrats d'assurance maladie.

La question des disparités de financement et d'aides publiques selon le statut professionnel

L'instauration de la Protection universelle maladie (PUMA) par la LFSS pour 2016 a parachevé le mouvement d'universalisation concernant les prestations en nature de l'assurance maladie obligatoire dont la prise en charge ne dépend plus de la catégorie professionnelle de l'assuré. Par contraste, le champ de la couverture complémentaire santé est quant à lui très segmenté. Si l'on peut affirmer que la couverture complémentaire est quasi généralisée, il faut immédiatement ajouter que cette généralisation n'est pas une universalisation. Les couvertures complémentaires se sont construites en silo, par segment de population, en lien principalement avec la situation professionnelle. Cette généralisation est le résultat d'une segmentation réglementaire instituant des outils propres à chaque statut professionnel pour le développement de la couverture complémentaire santé. Il en résulte des disparités dans les modalités d'accès à la couverture, notamment en termes de financement (donc de coût d'acquisition), mais également en termes de construction des couvertures.

L'une des principales disparités est celle qui existe entre les couvertures individuelles et les couvertures collectives ou à dimension collective souscrites dans ou à partir du cadre professionnel. En effet, la souscription d'une assurance individuelle ne bénéficie d'aucune aide, directe ou indirecte. Les aides sont concentrées sur les couvertures collectives qui ne concernent que les personnes en situation d'emploi³⁰. Cela peut particulièrement pénaliser les retraités en raison des pratiques généralisées de tarification à l'âge, sans pouvoir bénéficier par ailleurs d'avantage fiscal lors de la souscription. Cette iniquité est renforcée par le fait que les contrats individuels sont excédentaires tandis que les contrats collectifs sont déficitaires³¹.

Les couvertures collectives bénéficient d'aides prenant des formes diverses. Pour autant, il convient de souligner la très grande diversité des situations relevant des couvertures collectives, diversité qui est créatrice de disparités marquées. Ces difficultés s'accroissent au fur et à mesure que se renforce l'éclatement du marché du travail et que se développe le travail indépendant. Le statut d'emploi s'avère déterminant, les aides liées à la souscription étant largement concentrées sur la population concernée par la « généralisation » de la couverture complémentaire santé, à savoir les salariés du secteur privé. Ce ciblage préférentiel induit implicitement des disparités, parfois fortement marquées, entre les actifs selon leur catégorie professionnelle de rattachement, ce dont rend compte de façon synthétique le tableau ci-dessous. Il est particulièrement intéressant de souligner les différences en matière de financement et d'aides à l'acquisition (colonnes 2 et 3).

³⁰ En raison très certainement du lien historique fort qui existe entre politique salariale et prévoyance, entre rémunération directe et rémunération indirecte pour le salarié de droit privé.

³¹ D'après le rapport de la Drees de 2019 sur la situation financière des organismes complémentaires, en 2018 les contrats individuels étaient excédentaires avec un résultat technique moyen de +5,3 % des cotisations collectées (hors taxes), tandis que les contrats collectifs, déficitaires depuis 2011, présentaient en 2018 un résultat technique moyen de -3,4 % des cotisations collectées (hors taxes).

Tableau comparatif des conditions d'accès à une assurance complémentaire santé³² en fonction de la situation et du statut d'emploi

	Situation de souscription	Financement	Avantages fiscaux et sociaux relatifs au financement
Salariés du secteur privé	Adhésion obligatoire au contrat souscrit par l'employeur (<i>contrat d'assurance de groupe</i>)	Participation de l'employeur ≥ 50%	<i>Employeur</i> – charge déductible de l'impôt sur les bénéfices + déductibilité de l'assiette des cotisations de sécurité sociale <i>Salarié</i> – part salariale déductible des revenus imposables (IRPP)
Agents de la fonction publique d'Etat	Adhésion facultative auprès de l'assureur référencé par l'employeur public	Pas d'obligation de participation de l'employeur Si participation, variable selon les ministères, limitée aux transferts de solidarité et versée à l'OCAM sous forme de somme globale	Aucun avantage
Agent de la fonction publique territoriale	Souscription facultative d'un contrat labellisé ou adhésion facultative auprès de l'assureur avec lequel l'employeur a souscrit une convention de participation	Pas d'obligation de participation de l'employeur Si participation, variable selon les collectivités et versée sous forme d'aide à la personne	Aucun avantage
Agent de la fonction publique hospitalière	Aucun dispositif à dimension collective spécifique → possible couverture individuelle	Sans objet*	Aucun avantage mais, en principe, gratuité des frais médicaux et pharmaceutiques dans l'établissement employeur
Travailleur non salarié non agricole	Souscription facultative à une association ad hoc emportant bénéfice du <i>contrat d'assurance de groupe</i> souscrit par l'association	Pas de tiers financement*	Déductibilité (plafonnée) du bénéfice imposable
Travailleur non salarié agricole	Souscription facultative	Pas de tiers financement*	Aucun avantage direct (mais taux réduit de TSA sur le contrat d'assurance)
Demandeur d'emploi	Soit bénéfice de la portabilité (maintien du contrat collectif) Soit souscription individuelle facultative	Si portabilité, gratuité (financement <i>a priori</i>) Si souscription individuelle, pas de tiers financement*	Si portabilité, avantage fiscal et social pour le financement patronal Si souscription individuelle, aucun avantage
Autres situations (dont retraités)	Souscription individuelle facultative	Pas de tiers financement*	Aucun avantage

³² Le tableau ne concerne que la couverture santé par voie assurantielle. Il convient de ne pas oublier dans ce panorama la couverture complémentaire non marchande, relevant aujourd'hui du dispositif de la CSS (Complémentaire Santé Solidaire), pour les personnes disposant de faibles ressources.

**Hors bénéfice du chèque santé ACS qui ne dépend pas du statut d'emploi mais du niveau de ressources du foyer - dispositif ACS abrogé au 1^{er} novembre 2020*

Ces disparités de conditions d'accès et de financement constituent sans nul doute un des facteurs explicatifs des disparités importantes des niveaux de couverture entre les individus, surtout entre les bénéficiaires de contrats collectifs et de contrats individuels. Les premiers bénéficient de meilleures garanties que les seconds : 72 % des bénéficiaires de contrats collectifs sont couverts par un contrat de classe 3 contre 11 % des bénéficiaires de contrats individuels³³. Il est également à noter que les disparités en termes de niveaux de couverture sont moins prononcées en collectif, puisque près trois quarts des bénéficiaires bénéficient d'un contrat de classe 3.

5.2 La question de la latitude de choix et d'adaptation aux besoins

Une latitude de plus en plus restreinte

La question des latitudes de choix en matière de couverture complémentaires s'est transformée au fil du temps. Dans un modèle où la couverture des besoins essentiels est assurée par l'AMO, les organismes complémentaires interviennent pour répondre à des besoins particuliers ou différenciés. Plusieurs niveaux de solidarité se superposent : la solidarité collective assurée au niveau national et des espaces de solidarité choisis dans des cadres divers, qui peuvent être professionnels, locaux, associatifs (au titre d'une pathologie par ex.).

Mais le modèle qui s'est progressivement mis en place du fait de l'intervention des organismes complémentaires comme élément indispensable à la couverture des besoins essentiels a conduit inévitablement à établir une sorte d'équivalence entre leur intervention et celle de l'AMO. C'est cette évolution qui conduit à la nécessité de rendre obligatoire et de généraliser la couverture par les organismes complémentaires et à normaliser les contrats dans une logique de réglementation proche de celle de la sécurité sociale.

Cependant on peut se demander si le niveau et le contenu des garanties auquel les différentes réformes ont abouti correspond réellement à ce que les individus (dans le cas des contrats individuels) ou les partenaires sociaux et les employeurs (dans le cas des contrats collectifs) auraient choisi dans un univers moins contraint, compte tenu de leur besoins de couverture, de leurs préférences, de leur capacité à payer³⁴.

Par ailleurs, à trop contraindre la couverture du risque santé, n'obère-t-on pas les marges de manœuvre pour la couverture du risque prévoyance, risque dont les modalités et les contenus de couverture ne sont pas réglementés, alors que la survenue d'un évènement lié à la prévoyance laisse

³³ La Drees a réalisé une typologie des contrats d'assurance complémentaire santé comportant 3 classes. Les disparités entre les trois classes de contrats sont fortes. Ainsi, le remboursement d'un contrat de classe 3 est en moyenne 2 à 3 fois supérieur selon les postes de soins à celui d'un contrat de classe 1, celui d'un contrat de classe 2, de 10 % à 110 % supérieur.

³⁴ La demande d'assurance complémentaire santé a au contraire toutes les chances de varier d'un individu à un autre, reflet d'une hétérogénéité des préférences : de niveaux différents d'aversion au risque, de préférence pour le présent, de richesse... De même, les différentes théories de choix de couverture collective par l'employeur et les partenaires sociaux laissent augurer une certaine hétérogénéité des préférences en termes de choix de couverture (voir annexe 6).

des montants restant à couvrir après l'intervention de la sécurité sociale très conséquents en comparaison aux frais de soins³⁵, risque qui en outre est moins bien couvert que le risque santé³⁶ ?

Encadré 6 : Contrats responsables : un socle de garanties identiques pour tous en dépit de l'hétérogénéité des besoins

L'élaboration de cahiers des charges pour la souscription de « contrats responsables » a conduit à créer un socle de garanties identiques à destination de tous, qu'ils soient salariés de droit privé, indépendants, agents de la fonction publique ou souscripteurs individuels. A ainsi émergé un socle commun de garanties en matière de couverture des frais de santé.

Outre les obligations et les exclusions de prise en charge, les cahiers des charges des contrats responsables procèdent à une sélection des prestations devant donner lieu à couverture complémentaire par rapport au panier de soins remboursable issu de l'AMO. Ce sont principalement le forfait journalier hospitalier, le ticket modérateur applicable dans les soins de ville, les dépassements d'honoraires ainsi que les trois secteurs dans lesquels l'AMO assure un remboursement minoritaire qui ont intégré le socle commun de garanties du contrat responsable (dentaire, optique, audioprothèse).

Cette sélection de garanties n'obéit pas à une logique explicite. Tout au plus, peut-on constater que les frais de santé relevant de ce socle commun sont le plus souvent des dépenses « individuelles », non liées à la réalisation de risques professionnels, et qui ne trouvent pas de spécificité particulière liée à la personne, en raison par exemple de sa profession, de son statut d'emploi ou encore de son revenu, de son âge et de ses vulnérabilités.

La sélection des frais à couvrir ne repose donc ni sur des types de pathologie, ni sur des spécificités liées à la réalisation des actes médicaux (technicité, durée, installations...), ni même sur des particularités géographiques ou des vulnérabilités sociales de la personne. On sait pourtant que les dépenses de santé de la population ne sont pas homogènes et varient fortement en fonction de l'âge, de l'état de santé qui lui-même dépend des situations sociales et des revenus comme du lieu de vie³⁷. De manière générale, on sait aussi que les membres des classes populaires présentent un moins bon état de santé global et des comorbidités plus importantes dont les inégalités sociales d'espérance de vie sans incapacité témoignent. Enfin, on sait qu'à l'intérieur des plus grandes villes, des phénomènes de ségrégation socio-spatiale s'observent et s'accompagnent d'importantes variations sanitaires.

Le contenu standardisé des contrats responsables s'applique donc de façon uniforme. Sa puissante diffusion détermine ainsi le jeu des complémentarités entre l'AMO et les assurances maladie complémentaires.

Les espaces de liberté résident essentiellement dans les offres additionnelles de renfort (*supplémentaire*) et/ou alternatives (*surcomplémentaire*) par rapport au socle commun permettant de

³⁵ Ainsi, une personne qui pour des raisons de santé est obligée de cesser son activité professionnelle et bascule en invalidité connaît une perte de revenus considérable, puisque la pension d'invalidité est calculée sur la base de la moitié du salaire moyen des dix dernières années. Le risque de perte de revenus à couvrir court de l'entrée en invalidité (environ 50 ans en moyenne) jusqu'à la retraite. Il s'agit donc d'un risque d'intensité très élevée, mais de probabilité très faible (le flux annuel d'entrée en invalidité est estimé à 3,7/1000 en 2006), contrairement au risque de frais de soins, qui est d'une intensité faible et d'une probabilité de survenue élevée. Par rapport au risque santé, le risque prévoyance est donc *a priori* beaucoup plus intéressant à assurer pour des individus avertis au risque pour réduire le risque financier auquel les aléas de santé les soumettent.

³⁶ La diffusion des assurances complémentaires prévoyance (incapacité, invalidité, décès...) est inférieure à celle de la complémentaire santé : 77 % des établissements représentant 91 % des salariés offrent une couverture prévoyance à leurs salariés, même si cette diffusion s'est accélérée grâce à la généralisation de la complémentaire santé d'entreprise (source : enquête PSCE 2017). La couverture du risque prévoyance reste à ce jour mal connue : par exemple, si l'on sait que 84% des salariés sont couverts pour le risque d'invalidité, le détail des garanties n'est pas connu, or, les conditions et les modalités de la couverture du risque peuvent être très variables entre les contrats.

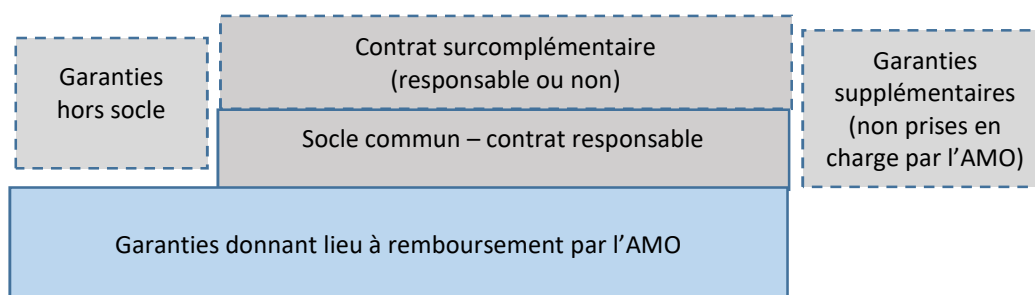
³⁷ On sait par exemple que les cancers représentent en effet la cause principale des différences de mortalité entre les groupes sociaux, entre les hommes et les femmes et entre les régions, en France.

répondre à des besoins et/ou des aspirations que le socle commun ne couvre pas (cf. encadré 7), mais force est de constater que leur champ est restreint à une portion congrue.

Par ailleurs, ces offres aboutissent à des contenus de couverture à géométrie variable, et soulèvent de fait la question du financement de ces couvertures « enrichies ». En effet, ces contrats étant à adhésion facultative, seule une contribution individuelle permet d'assumer ce type de contrat, ce qui suppose donc d'avoir une capacité contributive suffisante et ce d'autant qu'elle s'ajoute au financement du contrat socle³⁸. Se couvrir selon ses besoins et/ou aspirations se heurte à des obstacles financiers.

Encadré 7 : Les espaces de liberté des assurances maladie complémentaires en termes de garanties

Au sein d'un même contrat d'assurance, des garanties complémentaires relevant du socle commun peuvent cohabiter avec des garanties *supplémentaires*, c'est-à-dire des garanties qui ne donnent pas lieu à une prise en charge par l'AMO et qui ne sont donc présentes que dans le champ des AMC (par ex. prise en charge de la chambre individuelle, forfait « bien-être », ostéopathie, certains actes de prévention). Par ailleurs, des contrats peuvent proposer des garanties *surcomplémentaires* qui, pour des garanties donnant lieu à prise en charge par l'AMO, peuvent s'émanciper de la « norme » des contrats responsables (par ex. absence de plafonnement du remboursement des dépassements d'honoraires).



La question de l'identité des garanties dans les couvertures collectives

Une question spécifique aux couvertures collectives mises en place dans les entreprises du secteur privé se pose. Le bénéfice de l'exemption d'assiette pour l'employeur suppose que les garanties soient identiques pour tous les salariés relevant d'une même catégorie (CSS, art. R. 242-1-3). Cette condition constitue sans nul doute un frein à l'utilisation des espaces de liberté en matière de garanties supplémentaires. Cependant, un aménagement au caractère collectif reste possible sous réserve que les garanties différentes prévues au bénéfice de certains salariés soient fonction des conditions d'exercice de leur activité. Mais cela suppose, selon une circulaire de la Direction de la sécurité sociale (DSS), de « justifier le caractère particulier de l'activité des salariés auxquels ces garanties sont réservées et la nature des garanties en cause »³⁹. La mise en œuvre s'avère par conséquent juridiquement compliquée ; elle suppose par ailleurs, pour le modèle économique d'ensemble, d'identifier des sous-groupes suffisamment importants.

Cette tension entre l'objectif d'assurer une couverture suffisante et celui de laisser de la marge de manœuvre pour permettre le choix d'une couverture adaptée aux besoins en santé et aux préférences des assurés s'incarne à l'extrême pour les personnes en situation de précarité. Au regard de l'état de santé plus dégradé de ces populations, le risque d'une trop faible couverture a conduit l'Etat à encadrer très tôt leurs garanties, avec, pour la CMU-C, la définition de paniers de soins précisément circonscrits dès sa mise en place. Cependant, les évolutions de l'ACS depuis sa création en 2004 rendent compte d'hésitations entre les deux objectifs. Initialement, l'option retenue consistait à laisser aux

³⁸ La question du financement est tout aussi essentielle en matière de contrat surcomplémentaire s'il s'écarte du caractère responsable et perd par voie de conséquence le bénéfice des avantages fiscaux et sociaux et donc également, sauf exception, le financement de l'employeur.

³⁹ Circ. DSS/SD5B/2013/344 du 25 septembre 2013, p. 10. La circulaire considère ainsi qu'un employeur peut prévoir, dans le cadre d'un régime frais de santé ouvert à tous les salariés, des garanties renforcées au titre d'un risque de santé auquel certains salariés sont davantage exposés de par leur activité.

bénéficiaires de l'aide la possibilité de souscrire au contrat de complémentaire santé de leur choix sur le marché. A partir de 2015, l'Etat a encadré les garanties des contrats éligibles à l'aide avec la définition de trois contrats types. Plus récemment c'est le choix d'un degré de liberté qui a été fait dans le cadre de la réforme de la Complémentaire santé solidaire (CSS), avec la possibilité donnée aux OCAM de compléter le contrat de Complémentaire santé solidaire de garanties facultatives, sans restriction donnée par le législateur sur le contenu de ces garanties, qui peuvent ainsi relever soit de l'assurance surcomplémentaire soit de l'assurance supplémentaire.

Du côté de l'offre, la normalisation a restreint fortement la gamme des produits susceptibles d'être offerts par les organismes complémentaires. Plus la standardisation des garanties s'est renforcée, plus les possibilités de différenciation des contrats par les garanties se sont réduites, les services susceptibles d'être offerts dans le cadre des contrats devenant de plus en plus la seule marge de différenciation des contrats possible (voir encadré 8).

Encadré 8 : Les services offerts aux assurés par les organismes complémentaires

De nombreux organismes complémentaires ont recours à des plateformes de gestion. Apparues au début des années 2000, elles offrent aux assurés plusieurs types de services :

- Des services de conseil : service d'information hospitalière, analyse des devis, aide à l'automédication, conseils médicaux par téléphone... ;

- Des programmes spécifiques de gestion du risque⁴⁰ ;

- Mais surtout, des conventionnements avec des fournisseurs de soins dans le cadre de réseaux de soins offrant la possibilité de bénéficier du tiers payant et s'accompagnant souvent d'un accès à des tarifs négociés occasionnant des restes à charge plus faibles⁴¹.

Les réseaux de soins ont connu ces dernières années un essor important : 45 millions de Français étaient couverts en 2016 et leur impact sur le RAC est non négligeable⁴² mais la réforme du 100 % santé réinterroge leur rôle, puisque leur avantage principal, la négociation de tarifs préférentiels, est caduque sur le panier de soins directement concerné par la réforme.

En matière d'actions de prévention, des initiatives existent mais elles sont mal connues faute d'informations exhaustives sur leur ampleur (nombre, montants financiers en jeu). Leur intérêt est *a priori* plus grand en milieu professionnel que dans le cadre des contrats individuels. La question de l'incitation financière se pose car l'essentiel des gains associés à la prévention est fait par l'AMO (cf. encadré 9).

Utilisation des données personnelles : la capacité des OC à utiliser ces données est en réalité davantage limitée par les règles de droit fiscal (les contrats solidaires interdisent la différenciation des primes) que par le Règlement général sur la protection des données (RGPD), qui autorise le traitement des données de santé avec le consentement explicite de l'intéressé, et par la loi du 6 janvier 1978, qui prévoit une dispense des procédures d'autorisation spécifiques propres aux données de santé pour les traitements mis en œuvre par les AMC (article 65-3°). Tout traitement qui utiliserait des données de santé à des fins par exemple de ciblage de services d'accompagnement et de prévention devrait sans doute faire l'objet d'une analyse d'impact préalable (article 35 du RGPD) en raison de la sensibilité des données traitées.

Un défaut de lisibilité des contrats qui ne facilite pas les choix

Dans le champ de l'assurance complémentaire, qu'il s'agisse des garanties prévoyance ou des garanties « frais de santé », le choix a été fait d'inscrire les opérations d'assurance dans une logique de marché dans lequel le consommateur-assuré doit disposer d'outils suffisants pour opérer des choix éclairés.

⁴⁰ Le cas échéant, ces programmes soulèvent la question de leur articulation avec ceux mis en œuvre par les autres acteurs des territoires, notamment ceux mis en œuvre par les caisses primaires.

⁴¹ Dominique Crié (2011) : « Le marketing des complémentaires santé », Presses de Sciences Po | « Les Tribunes de la santé », 2011/2 n°31 | pages 73 à 83.

⁴² Moins 45 % en optique, moins 20 % en audio d'après le rapport IGAS 2016.

L'opération d'assurance dans le secteur de la santé est devenue complexe à plusieurs égards.

En effet, les opérations de souscription exigent un certain niveau d'information, également des connaissances sur les prix et les produits pour permettre aux assurés de bénéficier d'une concurrence accentuée. En outre, la structuration des remboursements des dépenses de soins a gagné en complexité ces dernières années (tarifs et forfaits conventionnels, OPTAM, OPTAM-CO, dépassements d'honoraires, planchers, plafonds, etc.) ; cela rend difficile l'expression, la lisibilité et la compréhension des niveaux de remboursement et des options proposés par les organismes complémentaires.

À cet effet, les obligations d'information et de conseil en faveur de l'assuré ont été renforcées et une faculté de résiliation des contrats d'assurance complémentaire santé à tout moment après la première année de souscription a été créée très récemment (loi du 14 juillet 2019). De même, la lisibilité et la comparabilité des offres sont progressivement devenues un sujet de préoccupation pour les pouvoirs publics.

Les représentants des organismes complémentaires ont également signé, en janvier 2019, un engagement sur la lisibilité des contrats de complémentaire santé, prévoyant notamment une présentation normalisée des tableaux de garanties et des exemples de remboursement indiquant la part prise en charge par le régime obligatoire de base, par le régime complémentaire ainsi que le reste à charge pour l'assuré⁴³. Des bonnes pratiques ont été adoptées tant sur la rédaction des garanties, que sur l'accessibilité des adhérents à des « *prospects exemples* », qui même s'ils n'ont pas de valeur contractuelle, doivent permettre aux adhérents et aux assurés, d'estimer, pour une situation et un tarif donnés, les remboursements de l'AMO, ceux de l'AMC et les restes à charge. Pour les contrats collectifs, un travail a été engagé avec les branches professionnelles pour promouvoir l'utilisation d'une terminologie commune dans l'expression des garanties, notamment dans les actes fondateurs des régimes.

A également été vivement encouragé le déploiement de programmes d'amélioration des services numériques pour simplifier l'accès aux droits et aux garanties des souscripteurs de contrats d'assurance santé. Et comme ces opérations complexes de souscription le sont encore plus pour les personnes les plus vulnérables et/ou les plus précaires, le législateur a également procédé à une simplification des dispositifs en faveur de l'acquisition aidée d'un contrat de couverture complémentaire santé (fusion ACS/CMU-C).

Pour autant, les choix n'en sont pas moins de plus en plus complexes pour les assurés. Ils doivent s'exercer entre différents produits qui sont commercialisés par une diversité d'opérateurs, être formulés entre différentes gammes, et exigent même l'expression de choix très fins sur différentes options relatives au contenu des garanties à souscrire mais aussi sur les bénéficiaires (ayants droit avec ou sans dispense d'adhésion, enfants à charge ou en formation professionnelle, etc.).

La sophistication des contrats (en termes de contenu des garanties mais aussi de niveau de prise en charge) est telle – notamment en raison de l'hyper-réglementation et de la structure complexe des remboursements – qu'elle a créé des « *zones d'opacité* » pour le consommateur, sans compter les éléments de différenciation qui se multiplient en périphérie du « *socle commun contrat responsable* » et qui rendent quasi illusoire toute comparaison des couvertures et, par ricochet, des tarifs. Des inquiétudes, et même dans certains cas, des mouvements de défiance vis-à-vis des politiques de tarification des assureurs sont même advenues pour discuter les taux de redistribution des contrats ou l'imprévisibilité des hausses de primes ou de cotisations⁴⁴.

⁴³ UNOCAM, *Engagement pour la lisibilité des garanties complémentaires santé*, janvier 2019.

⁴⁴ Pour estimer les hausses de cotisations potentielles pour 2020, une association nationale de consommateurs a lancé un appel à témoignages pour recueillir des avis d'échéance 2019 et 2020 sur près de 500 contrats

La place du dialogue social dans la définition des couvertures complémentaires

Issue du dialogue social interprofessionnel dans le cadre de l'ANI du 11 janvier 2013, la généralisation de la couverture complémentaire santé des salariés du secteur privé a conduit à une redéfinition de la place du dialogue social d'entreprise⁴⁵ et de branche, avec globalement une réduction de ce rôle en ce qui concerne la définition des garanties. D'une part, le panier minimal issu de la loi du 14 juin 2013 et la réforme du cahier des charges des contrats solidaires et responsables ont encadré de manière étroite les garanties à couvrir, limitant les marges de manœuvre des partenaires sociaux au niveau de la branche et de l'entreprise en ce qui concerne la santé ; la liberté demeure entière en revanche en ce qui concerne la prévoyance. D'autre part, la remise en cause des clauses de désignation ne permet plus à la branche d'imposer aux entreprises le choix de l'organisme complémentaire et limite la mutualisation à l'échelle de la branche, pour la santé comme pour la prévoyance. La primauté de l'accord de branche est maintenue pour la définition des garanties⁴⁶.

Cette centralisation plus grande de la norme sociale est à rebours de la tendance des dernières années, consistant à développer la place du dialogue social dans la branche et dans l'entreprise. La question peut donc se poser de l'octroi de nouvelles marges de manœuvre aux partenaires sociaux et du niveau auquel celles-ci devraient être exercées.

Dans le secteur public, les décrets du 19 septembre 2007 et du 8 novembre 2011 relatifs à la protection sociale complémentaire dans les fonctions publiques d'Etat et territoriale ne confèrent aucun rôle au dialogue social, le choix des organismes conventionnés ou référencés étant opéré de manière unilatérale par l'employeur public. Depuis une loi du 5 juillet 2010, il est prévu que les organisations syndicales de fonctionnaires peuvent participer à des négociations relatives à divers sujets dont la protection sociale complémentaire, mais les accords qui en sont issus n'ont pas de portée contraignante. L'ordonnance sur la négociation collective prévue par l'article 14 de la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique pourrait être l'occasion de donner une place accrue au dialogue social dans la définition des garanties pour les agents publics⁴⁷.

émanant de 86 organismes complémentaires différents (publication du 12 fév. 2020, *UFC Que Choisir*). Voir également, l'étude publiée le 30 novembre 2020 par l'UFC Que Choisir sur l'opacité de certains contrats de couverture complémentaire santé.

⁴⁵ Dont l'intensité est variable selon la taille des entreprises.

⁴⁶ L'article L. 2253-1 du code du travail prévoyant cette primauté pour les conventions de branche relatives aux « *garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale* », la loi actuelle comporte une ambiguïté : cette primauté est-elle réservée aux accords de branche comportant un degré élevé de solidarité et une clause de recommandation (qui sont ceux que désigne l'article L. 912-1 du CSS depuis sa modification par la LFSS 2014) ou vaut-elle pour tous les accords de branche en matière de protection sociale complémentaire ?

⁴⁷ Afin de préparer cette ordonnance, une mission a été confiée en novembre 2019 à Mme Marie-Odile Esch, M. Christian Vigouroux et M. Jean-Louis Rouquette.

Encadré 9 : La question du rôle des organismes complémentaires en matière de prévention en santé

S'agissant des contrats collectifs, la réalisation d'actions de prévention en matière de santé des salariés de l'entreprise apparaît aux yeux de nombre d'organismes complémentaires comme un axe de développement.

Les actions de prévention réalisées par les OC dans les entreprises sont intéressantes, compte tenu de l'importance des conditions de travail sur la santé et de la capacité des employeurs à mettre en œuvre avec les organismes complémentaires des programmes de prévention adaptés aux besoins et aux particularités de leurs salariés (en termes d'état de santé, de facteurs de risques...) tout en veillant à une articulation avec ce qui est de la responsabilité de la médecine du travail.

L'enjeu économique pour les organismes complémentaires est double : d'une part, conquérir ou conserver des contrats en proposant une offre plus adaptée aux besoins de l'employeur et qui se différencie de la concurrence ; d'autre part, réaliser des économies sur les prestations de santé et de prévoyance en réduisant la sinistralité.

Le rôle des organismes complémentaires en la matière est reconnu dans une certaine mesure par les pouvoirs publics :

- Dans le cadre des accords de branche comportant une clause de recommandation et mettant en œuvre un degré élevé de solidarité, le fonds mutualisé d'au moins 2 % des cotisations peut notamment financer des « *actions de prévention concernant les risques professionnels ou d'autres objectifs de la politique de santé, relatifs notamment aux comportements en matière de consommation médicale* » (article R. 912-2 du code de la sécurité sociale) ;
- Le plan santé au travail 2016-2020 (dit « PST 3 ») prévoit d'établir « *un cadre d'action partagé pour la mobilisation des organismes de protection sociale complémentaire en faveur de la prévention des risques professionnels* » (action 2.10), l'idée étant de les faire intervenir en complémentarité avec les autres acteurs responsables de la santé au travail (acteurs publics du réseau Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (ANACT) et des Caisses d'Assurance Retraite et de la Santé au Travail (CARSAT), services de santé au travail), notamment concernant les risques multifactoriels, tels que les risques cardio-vasculaires et les conduites addictives.

Dans le cadre des travaux en cours sur la réforme de la santé au travail, la place des organismes complémentaires a pu être évoquée. Le rapport Lecocq-Dupuis-Forest⁴⁸ souligne que les organismes complémentaires ont intérêt à agir tant sur les comportements individuels que sur les risques professionnels de leurs assurés et qu'elles présentent l'intérêt de couvrir les TPE, souvent difficiles d'accès par d'autres canaux. Il met toutefois en garde contre le manque d'articulation avec les « préventeurs institutionnels » (CNAM, ANACT, Institut national de recherche et de sécurité (INRS), Organisme Professionnel de Prévention du Bâtiment et des Travaux Publics (OPPBTP)). Dans le cadre de la concertation sur l'indemnisation des arrêts de travail des salariés du secteur privé⁴⁹, la piste consistant à développer l'intervention des organismes complémentaires sur la prévention de la désinsertion professionnelle a été évoquée. Toutefois, le document d'orientation transmis en juillet 2020 aux partenaires sociaux pour ouvrir la négociation interprofessionnelle sur l'amélioration de la santé au travail est muet sur le rôle des organismes complémentaires.

Les questions suivantes sont à approfondir sur le rôle que pourraient jouer les OC en la matière :

- Il serait souhaitable de disposer d'une vision plus complète des actions entreprises en la matière, qui dépasse la compilation de quelques exemples ou « bonnes pratiques ».
- Le « modèle économique » du financement des actions de prévention est-il viable, dès lors que les OC ne bénéficient que de manière partielle de la réduction de la sinistralité qu'entraîneraient leurs actions (les économies étant réalisées pour partie par l'AMO et celles réalisées sur la part AMC pouvant être engrangées par un autre organisme si l'entreprise décide d'en changer) ?

⁴⁸ C. Lecocq, B. Dupuis et H. Forest, *Santé au travail : vers un système simplifié pour une prévention renforcée*, août 2018.

⁴⁹ J.-L. Bérard, S. Oustric et S. Seiller, *Plus de prévention, d'efficacité, d'équité et de maîtrise des arrêts de travail. Neuf constats, vingt propositions*, janvier 2019.

- Quelle articulation avec des services de santé au travail appelés à faire eux-mêmes l'objet d'une réforme, ainsi qu'avec les préventeurs institutionnels ?
- Dans le secteur public, le constat fait par une mission récente⁵⁰ est que la protection sociale complémentaire est « *peu articulée* » avec les objectifs que peuvent poursuivre par ailleurs les DRH en matière de santé au travail. Comment renforcer cette articulation ?

5.3 Les questions de soutenabilité soulevées par le modèle actuel

La question de la soutenabilité du point de vue du pilotage des dépenses de santé et d'un modèle combinant au cas par cas l'AMO et les AMC pour permettre la solvabilisation globale

On observe depuis de nombreuses années un phénomène de polarisation des remboursements de l'assurance maladie publique en faveur des assurés ayant les dépenses les plus élevées, sous les effets conjugués :

- Du progrès technique, qui permet d'améliorer le traitement des maladies au prix de médicaments très onéreux pris en charge à 100 % par l'assurance maladie publique ;
- Du vieillissement de la population et de l'évolution des modes de vie, qui conduisent au développement de pathologies chroniques prises en charge au titre des Affections de Longue Durée (ALD).

Encadré 10 : AMO, AMC et reste-à-charge des ménages : les tendances

Au sein de la consommation de soins et de biens médicaux (CSBM), la part prise en charge par l'AMO a diminué entre 2004 et 2012 (de 78,3 % à 77,6 %), avant de remonter progressivement depuis cette date (79,5 %). La part des AMC, qui avait corrélativement augmenté entre 2004 et 2012 (de 12,6 % à 13,7 %), est depuis lors restée assez stable (13,4 % en 2018). En conséquence, la part du reste-à-charge des ménages est restée assez stable entre 2004 et 2012 (de 9 % à 8,7 %), avant de diminuer fortement (7 % en 2018).

La part financée par l'AMO est notamment déterminée par la progression des ALD. Le nombre de personnes en ALD au régime général est passé de 6,7 millions en 2004 à 9,5 millions en 2012 (+ 4,5 % par an en 2004-2012) et 10,7 millions en 2017 (+ 2,4 % par an en 2012-2017). En 2017, les patients en ALD ont concentré 59 % des dépenses présentées au remboursement. Ils ont bénéficié d'un taux de prise en charge par l'AMO de 91 % en moyenne contre 67 % pour les non ALD⁵¹. Il existe ainsi une hausse tendancielle de la part prise en charge par l'AMO, qui a été compensée par des mesures de transfert vers les AMC et les ménages entre 2004 et 2012 alors que cet instrument a été beaucoup moins mobilisé depuis cette date.

D'autres déterminants de la progression relative de l'AMO sont la place croissante des médicaments pris en charge à 100 % (dont la part de marché en officine est passée de 9,1 % en 2007 à 22,5 % en 2018⁵²) et la progression des rémunérations forfaitaires des médecins de ville, prises en charge à 100 % par l'assurance-maladie à la différence de la rémunération par acte (cette tendance étant cependant bien plus nette pour les médecins généralistes, la part des rémunérations forfaitaires étant passée de 6 % en 2009 à 12 % en 2018, que pour les médecins spécialistes, pour lesquels elle demeure inférieure à 1 %⁵³).

⁵⁰ IGF-IGA-IGAS, *Protection sociale complémentaire des agents publics*, juin 2019.

⁵¹ Source : DCIRS 2017, PMSI 2017, calculs Drees.

Champ : tous régimes, champ complet ville et hôpital (dépenses individualisables présentées au remboursement), hors médico-social.

⁵² DREES, Les dépenses de santé en 2018, « La structure des ventes de médicaments d'officine ». Il s'agit notamment des anticancéreux par voie orale et des médicaments contre l'hépatite C.

⁵³ DREES, Les dépenses de santé en 2018, « Les soins de médecins généralistes » et « Les soins de médecins spécialistes ».

L'existence des AMC permet à l'AMO dont les charges s'alourdissent tendanciellement de plusieurs centaines de millions par an de stabiliser sa part dans le financement total des dépenses de santé sans affecter le reste-à-charge des ménages grâce à l'intervention des organismes complémentaires. Elle permet enfin de s'appuyer sur un secteur contraint contrairement à l'AMO à l'équilibre financier⁵⁴ mais reposant sur des logiques de solidarité différentes⁵⁵.

Cet ajustement est réalisé sans qu'une stratégie claire de positionnement à long terme des différents niveaux de couverture ne soit définie. La prise de relais par les AMC est d'autant plus efficace que depuis 2014, le cahier des charges des contrats solidaires et responsables impose la couverture intégrale de la plupart des postes du ticket modérateur⁵⁶.

Les ajustements permettant de contenir la progression des dépenses de l'AMO résultent selon les années de décisions de diminution du remboursement prises par le gouvernement ou l'UNCAM, ou simplement d'un « laisser-faire » vis-à-vis de l'augmentation de tarifs non encadrés par les pouvoirs publics⁵⁷. L'existence des AMC facilite ce désengagement implicite. On constate cependant une certaine modération des dépassements au cours de la dernière décennie, avec un repli pour les généralistes (la part des dépassements dans leur revenu est passée de 4,5 % en 2009 à 2,5 % en 2018) et une stabilisation pour les spécialistes (stable à 17,7 % depuis 2014)⁵⁸.

Certains choix de transfert de l'AMO vers les AMC peuvent être justifiés par des raisons de politique publique. Cependant, le système actuel procède le plus souvent à des transferts explicites ou implicites selon une logique paramétrique, sous la contrainte d'assurer la régulation budgétaire de l'AMO, l'augmentation des primes d'assurance qui en résulte étant plus diffuse et moins visible que ne le serait une hausse de cotisations sociales et n'entrant pas dans les prélèvements obligatoires (même si, au-delà des conventions comptables, les primes des contrats collectifs peuvent être assimilées à des quasi prélèvements obligatoires du fait de leur caractère quasi obligatoire).

Cette évolution prive les organismes complémentaires d'une visibilité sur l'évolution de leur positionnement ainsi que des charges et engagements futurs en résultant. Cette stratégie prive aussi la collectivité d'une stratégie claire s'agissant du pilotage global des dépenses de santé. Elle conduit enfin à un alourdissement des dépenses de santé à la charge des ménages dont on peut se demander si le poids dans le revenu à terme sera acceptable *a fortiori* à la suite de l'actuelle crise sanitaire.

Le brouillage du modèle de financement des dépenses de santé

Au total, cette construction brouille la lisibilité du système et le rendre peu intelligible.

La multiplicité des opérateurs présents dans le champ de l'AMC constitue une cause bien identifiée de « brouillage ». Plus précisément, la diversité de nature juridique, de statut et de positionnement dans

⁵⁴ D'après le rapport annuel de la Drees sur la situation économique des organismes complémentaires, l'activité des organismes complémentaires est globalement excédentaire avec un résultat technique de 436 millions d'euros en 2018 correspondant à 1,2 % des cotisations collectées hors taxes.

⁵⁵ De ce point de vue, privilégier l'une ou l'autre source de financement peut aussi s'analyser comme le choix entre d'un côté un système plus solidaire mais s'accompagnant dans le contexte actuel de forts déficits des comptes sociaux d'un report de dettes sur les générations futures ou de l'autre côté, un système moins solidaire mais sans report sur les générations futures.

⁵⁶ Sauf pour les médicaments à service médical rendu modéré ou faible, l'homéopathie et les soins thermaux.

⁵⁷ Dynamisme des dépassements d'honoraires depuis la création du secteur à honoraires libres ; dérive de l'écart entre les tarifs réels et les bases de remboursement publiques (dentaire, optique, audioprothèses...) ; croissance des tarifs journaliers de prestations à l'hôpital qui servent de base au calcul des tickets modérateurs hospitaliers.

⁵⁸ DREES, *op. cit.*

le système de santé est un trait caractéristique de la situation française. Ainsi, à côté de sociétés d'assurances à but lucratif, on trouve des institutions paritaires de prévoyance très présentes sur le segment de l'assurance collective et des mutuelles ancrées sur le segment des couvertures individuelles et qui sont également, pour certaines d'entre elles, des acteurs de soins.

Sur le segment de la couverture collective des salariés, l'enchevêtrement juridique, le caractère multi-niveaux de la mise en place des dispositifs de couverture, et la difficulté d'interprétation des textes rendent l'intelligibilité plus malaisée encore (voir encadré 11).

À ce paysage institutionnel déjà complexe⁵⁹, on doit ajouter le rôle que les Caisses primaires d'assurance maladie (CPAM), organismes de Sécurité sociale dont la mission est de servir les prestations de l'assurance maladie obligatoire, se voit confier dans le dispositif de la Complémentaire santé solidaire (et, antérieurement, dans celui de la CMU-c) ; en effet, les CPAM peuvent être choisies en tant qu'organisme gestionnaire de la C2S et se voir ainsi confier un rôle d'opérateur en matière de couverture complémentaire, alors même que tous les OCAM ne sont pas, par choix, habilités à gérer la C2S.

Cependant, la multiplicité des opérateurs présents dans le champ de l'AMC peut stimuler l'innovation notamment en matière de services (cf. encadré 8), l'assurance maladie obligatoire ayant en la matière des capacités plus limitées car se situant par construction d'emblée dans une optique de généralisation.

⁵⁹ Complexité renforcée par le phénomène de regroupement des opérateurs. Ce phénomène est protéiforme et conduit à la création de groupes, parfois inter-familles, instituant ou non des liens financiers entre leurs membres : groupe paritaire de protection (GPS), union de groupe mutualiste (UGM), groupement assurantiel de protection sociale (GAPS), société de groupe d'assurance (SGA), société de groupe d'assurance mutuelle (SGAM), union mutualiste de groupe (UMG), société de groupe assurantiel de protection sociale (SGAPS).

Encadré 11 : La lisibilité sur le segment de la couverture collective des salariés

Sur le seul segment de la couverture collective des salariés, l'intelligibilité systémique est encore plus fortement altérée par un véritable enchevêtrement juridique.

Ainsi, l'opération de protection sociale au bénéfice des salariés met des obligations tant à la charge de l'employeur que de l'assureur auprès duquel le contrat collectif est souscrit⁶⁰. En d'autres termes, ce type d'opération emporte – notamment à des fins de protection des salariés – une dualité de débiteurs d'obligations qui se trouvent dans des espaces juridiques différents mais « reliés » par l'effet de l'opération.

Par ailleurs, le caractère multi-niveaux de la mise en place des dispositifs de couverture des salariés contribue de plus en plus au brouillage. En effet, depuis les ordonnances de septembre 2017 réformant le droit de la négociation collective, différentes configurations juridiques sont envisageables entre les niveaux selon le choix éventuellement opéré par les négociateurs de branche :

- Liberté laissée aux autres niveaux (entreprise, groupe) ;
- Ou, au contraire, caractère impératif de l'accord de branche ou encore caractère supplétif de l'accord de branche sous réserve du respect, par le niveau de l'entreprise ou du groupe, d'un principe d'équivalence des garanties par rapport à celles prévues par l'accord de branche.

Dans cette dernière hypothèse, de délicates questions d'articulation entre le niveau de la branche et celui de l'entreprise (ou du groupe) sont soulevées en raison, notamment, de la difficulté d'interprétation des textes⁶¹. À la complexité s'ajoute donc une dose d'incertitude sur le sens et la portée à donner à certains textes⁶².

Par ailleurs, la complexité du système s'est accentuée consécutivement à l'invalidation, en 2013, des clauses de désignation des organismes assureurs par le Conseil constitutionnel. En effet, cette décision emporte une mise en concurrence plus ouverte entre les OCAM, le juge constitutionnel ayant fait de la liberté contractuelle de l'entreprise un principe ; en conséquence, même lorsqu'un accord de branche recommande un ou plusieurs organismes assureurs, les entreprises ont désormais le choix de leur assureur. Dès lors, la concurrence entre les assureurs s'en trouve accrue puisque, potentiellement, tous peuvent proposer leurs contrats. Dans cet environnement, le rôle (peu visible) des courtiers se trouve renforcé.

L'articulation avec les offreurs de soins

Certaines analyses théoriques mettent en avant l'existence d'une pluralité d'assureurs pour améliorer les capacités de régulation de l'offre de santé. Logiquement en effet, le droit impose à l'assureur en situation de monopole des contraintes protégeant les professionnels et établissements de santé qu'il solvabilise d'interventions aux conséquences lourdes (puisque'un déconventionnement équivaut à une quasi impossibilité d'exercer son activité dans ce cas). Dans cette analyse, ce cadre limite la capacité de l'intervention de l'assureur en situation de monopole et peut être en faveur d'une pluralité d'assureurs.

⁶⁰ Comme par exemple l'obligation de maintien des prestations, immédiates ou différées, nées avant la résiliation du contrat d'assurance (voir art. 7 de la loi Évin).

⁶¹ Voir spécialement art. L. 2253-1 du Code du travail et son renvoi à l'art. L. 921-1 du Code de la sécurité sociale.

⁶² Comme l'illustre également l'insécurité juridique relative à l'application du droit à portabilité au bénéfice du salarié licencié en cas de liquidation judiciaire de l'entreprise et le revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation en novembre 2020 à ce sujet. Face à l'absence de précision de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale, la Cour de cassation avait dans un premier temps (nov. 2017) jugé que le droit à portabilité était conditionné à la non-résiliation du contrat d'assurance. Puis, quelques mois plus tard (janv. 2018), elle a considéré qu'en cas de résiliation de ce contrat, le droit à portabilité pouvait être revendiqué en présence d'un dispositif de financement assurant le financement du maintien des couvertures santé et prévoyance lorsqu'une entreprise est en situation de liquidation judiciaire. Enfin, en novembre 2020 (Cass. civ. 2, 5 nov. 2020, n° 19-17164), elle reconnaît un droit inconditionnel à la portabilité au bénéfice des salariés licenciés par une entreprise mise en liquidation judiciaire car il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas.

Cependant ces analyses ont une portée limitée quand les assureurs interviennent en complément de l'assureur de base et peuvent même alors dans certains cas être démenties par les faits. Le cas français soulève à cet égard diverses questions.

Les charges de gestion administrative induites par la multiplicité des organismes

La coexistence de deux payeurs n'alourdit pas uniquement les démarches pour l'assuré. Pour les professionnels de santé qui pratiquent le tiers payant, au premier rang desquels les pharmaciens et les établissements de santé, la coexistence de l'assurance maladie obligatoire et d'un nombre important d'organismes complémentaires augmente aussi leurs charges de gestion administrative : vérification des droits de l'assuré, mise à jour des droits dans les systèmes d'information, enregistrement des organismes complémentaires dans les systèmes d'information, et dans le cas des établissements de santé, démarches chronophages des services de facturation auprès des organismes complémentaires et des patients pour le recouvrement des frais de séjour. S'agissant de la prise en charge des dépenses en établissement de santé, l'iniquité des restes à charge après AMO entre les patients selon le type de séjour, la nature des actes réalisés et l'établissement dans lequel s'est déroulé le séjour et la difficulté voire l'impossibilité à invoquer l'effet modérateur des participations des patients à la dépense s'agissant de soins lourds et sur lequel le patient n'a que peu d'emprise, conduisent plus fondamentalement à interroger le bienfondé des règles actuelles de participation des patients à la dépense hospitalière après intervention de l'AMO.

La solvabilisation de dépenses faiblement couvertes par la sécurité sociale

Qu'il s'agisse des secteurs de l'optique, du dentaire, des audioprothèses ou des dépassements d'honoraires, l'intervention des organismes complémentaires sur ces segments permet la solvabilisation de dépenses faiblement voire non prises en charge par la sécurité sociale. Tant est si bien que les organismes complémentaires jouent à l'évidence un rôle crucial dans l'accès financier à ces soins.

Mais la solvabilisation des dépenses peut être néfaste quand elle conforte voire pousse à l'inflation des pratiques tarifaires pouvant être jugées comme excessives. Ainsi l'augmentation des garanties des contrats d'assurance complémentaire santé en optique à l'œuvre ces 10 dernières années, a pu -même si ce n'est pas l'unique facteur en cause- jouer un certain rôle inflationniste sur le prix des lunettes.

Le rôle des assurances maladie complémentaire dans l'orientation des patients

Via leurs services d'informations sur les tarifs ou la qualité des soins s'agissant des établissements de santé ou ceux des plateformes auxquelles ils sont adhérents, les organismes complémentaires peuvent le cas échéant peser dans l'orientation des patients dans le système de soins. Ce rôle est encore accentué dans le cas des réseaux de soins (voir section suivante). Ces services d'information soulèvent en creux la question des critères mis en œuvre. Plus généralement se pose la question de la légitimité des organismes complémentaires à peser sur une dépense dont ils ne sont pas les financeurs principaux.

Les relations des professionnels de santé avec les réseaux de soins et les plateformes de gestion⁶³

Comme l'indique l'IGAS⁶⁴, les réseaux de soins ont par essence une influence importante sur l'offre de soins et les pratiques des professionnels dans les secteurs de l'optique, des audioprothèses et plus marginalement des soins dentaires dans lesquels ils exercent leurs actions⁶⁵.

Le référencement, la tarification des produits et des soins et l'orientation des patients vers des professionnels de santé sélectionnés leur confèrent un pouvoir de marché significatif qui impacte significativement la structure de marché, qu'il s'agisse de la gamme de l'offre proposée ou des tarifs pratiqués.

Les investigations réalisées par la mission IGAS font état d'écarts de prix en faveur des réseaux de soins, même si ces écarts sont à interpréter avec précaution⁶⁶. Pour autant, faute de statistique publique ou à défaut de données consolidées sur les comportements de consommation des assurés, à ce jour il n'est pas possible d'apprécier l'impact des réseaux de soins sur les régimes complémentaires et les dépenses globales de santé⁶⁷.

Alors que les réseaux opèrent une véritable régulation des parcours de santé et qu'ils interviennent dans la délivrance d'actes médicaux ou paramédicaux qui comportent, pour certains, des risques sanitaires, leur cadre juridique se limite au droit de la concurrence et n'est pas contrebalancé par des dispositions sanitaires particulières⁶⁸.

Enfin, il apparaît que le cadre juridique qui s'applique aux obligations et contraintes imposées par les réseaux aux professionnels de santé⁶⁹ est très largement perfectible. A cet égard, il serait nécessaire de procéder à une évaluation juridique approfondie du dispositif conventionnel sur lequel reposent les réseaux de soins comme le recommande le rapport de l'IGAS.

⁶³ Voir l'annexe 5 consacrée aux réseaux de soins.

⁶⁴ Rapport de l'IGAS de juin 2017 sur les réseaux de soins.

⁶⁵ De ce point de vue, par rapport à la situation d'un assureur en situation de monopole, l'existence de plusieurs assureurs autorise des latitudes plus fortes : si un professionnel de santé n'accepte pas les conditions requises par un assureur ou le réseau de soins auquel il est adhérent, libre à lui de les refuser et de conventionner avec un autre assureur ou un autre réseau.

⁶⁶ Les investigations menées par la mission IGAS sur quelques références font état de prix plus faibles dans les réseaux avec une ampleur toutefois variable selon les secteurs. Dans le secteur de l'optique, d'environ 20 % pour des verres adultes, 10 % pour des montures, et jusqu'à 37 % pour certaines références de verres. Dans le secteur des aides auditives, l'écart se situe autour de 10 %. En dentaire, les différences de prix sont plus incertaines car elles varient fortement selon les réseaux. Pour autant, les prix moyens plus faibles enregistrés dans les réseaux ne doivent pas être nécessairement interprétés comme la capacité des réseaux à faire baisser les prix. Car d'une part, il est difficile de raisonner à qualité donnée tant la qualité est difficile à observer, dès lors des prix moindres peuvent s'accompagner d'une moindre qualité ; d'autre part des phénomènes de sélection ne sont pas à exclure (soit que les réseaux sélectionnent des professionnels de santé moins chers, soit que les professionnels de santé plus compétitifs demandent à y adhérer).

⁶⁷ En particulier, l'effet baissier des réseaux sur les prix pourrait être compensé par l'effet sur les volumes (recours aux soins plus important du fait de prix plus faibles, taux de renouvellement plus importants) ou sur la structure des achats (montée en gamme du fait de reste à charge plus faibles) dans des proportions qu'il n'est pas possible d'appréhender. Voir rapport IGAS (*op. cit.*) p.64, 65 et 66.

⁶⁸ Voir rapport IGAS (*op. cit.*) p. 34. Toutefois, l'IGAS relève que « Ce désengagement des autorités sanitaires n'étant cependant pas propre aux réseaux mais concerne les secteurs optique, auditif et dentaire de façon générale » (voir rapport IGAS (*op. cit.*) p.4).

⁶⁹ Cahier des charges parfois très contraignant à respecter, grilles tarifaires complexes et changeantes, obligations parfois de proposer des produits spécifiques au réseau dans le secteur de l'optique...

6. Quel rôle pour les couvertures complémentaires santé et prévoyance dans l'avenir ?

La prise en charge des soins en France peut être qualifiée d'hybride : elle combine un système d'assurance obligatoire relevant de la sécurité sociale et un système d'assurance complémentaire relevant du marché. Au fil du temps, l'assurance complémentaire est elle-même devenue de plus en plus hybride, avec une intervention croissante des pouvoirs publics pour favoriser sa généralisation et encadrer son contenu. L'hybridation peut être une force si elle permet de bénéficier des vertus de chaque système : l'universalité et la solidarité pour l'assurance obligatoire, l'adaptation aux besoins et la stimulation par la concurrence pour l'assurance complémentaire. Mais elle peut aussi induire la confusion des rôles, la redondance et la duplication des frais de gestion qu'elle occasionne par des interventions portant sur les mêmes périmètres et l'incapacité à atteindre les objectifs poursuivis.

Force est de constater que la concurrence entre organismes complémentaires s'éloigne de multiples égards d'un modèle théorique de concurrence pure et parfaite (cf. l'annexe 4 sur ces modèles théoriques), malgré l'intensification du recours au marché depuis plusieurs décennies. Le marché de l'assurance complémentaire est fragmenté, les segments concernant les salariés du privé, les fonctionnaires, les travailleurs indépendants et les inactifs étant soumis à des réglementations et bénéficiant d'aides publiques et de niveaux de prise en charge par des tiers variés. Les marges de différenciation par les garanties proposées se sont considérablement réduites. Les organismes demeurent pour l'essentiel libres de leurs décisions en matière de cotisations, mais subissent néanmoins les conséquences des décisions prises par la puissance publique quant au panier de soins pris en charge par l'AMO et au cahier des charges des contrats solidaires et responsables. Le développement de nouveaux services ou de nouvelles prises en charge hors panier de soins de l'AMO est susceptible d'ouvrir d'autres espaces de différenciation, mais son ampleur et son importance effective aux yeux des assurés sont incertaines. Au total, la principale vertu théorique de la concurrence apparaît fortement obérée dans le cadre actuel.

En matière de prévoyance, l'encadrement juridique est moindre et les marges de manœuvre, exercées notamment au niveau des branches professionnelles, sont plus importantes. Toutefois, on constate également une fragmentation du marché selon le statut d'activité du bénéficiaire.

Les modalités de coordination des interventions de l'AMO et des couvertures complémentaires apparaissent perfectibles. L'assurance-maladie et les organismes complémentaires s'efforcent chacun de développer leur intervention dans la régulation de l'offre de soins, mais selon des modalités tout à fait différentes (négociations avec les professionnels de santé libéraux pour l'AMO, réseaux de soins pour les OC) et qui ne sont pas articulées. En matière de prévention, chaque acteur de l'AMO ou des assurances maladie complémentaires définit sa propre politique. La gouvernance mise en place depuis la loi du 13 août 2004 relative à l'assurance-maladie (rôle consultatif de l'UNOCAM sur le PLFSS et les décisions de l'UNCAM sur le panier de soins, participation aux négociations conventionnelles notamment pour les professions prises en charge à moins de 50 % par l'AMO) ne suffit pas à garantir une articulation satisfaisante. En particulier, la portée de la participation de l'UNOCAM aux négociations conventionnelles est en réalité limitée par son incapacité juridique à engager les organismes qu'elle représente, à la différence des syndicats représentatifs de professionnels de santé.

Les constats exposés ci-dessus montrent les failles et les limites du système actuel, ainsi que les interrogations que l'on peut nourrir sur sa soutenabilité dans l'avenir. -Il conviendra d'étayer ce

diagnostic en poursuivant l'analyse des effets des dernières réformes au regard des objectifs assignés. Par ailleurs, des initiatives récentes de couvertures développées sur une base territoriale doivent être intégrées dans cette évaluation.

Plusieurs démarches d'évolution sont possibles, sachant que la santé et la prévoyance n'appellent pas nécessairement les mêmes réponses.

La première consiste à tenter de corriger ces défauts en maintenant pour l'essentiel la structure actuelle : intervention des organismes privés en complément de la sécurité sociale sur le panier de soins et de prestations qu'elle définit, libre choix de l'organisme d'adhésion par les particuliers et les entreprises, libre jeu de la concurrence dans le cadre défini par les pouvoirs publics, solvabilisation par les pouvoirs publics pour certaines catégories vulnérables. Dans cette perspective, différentes mesures pourraient être envisagées notamment pour atteindre les catégories les moins bien couvertes par exemple en prenant en compte dans les conditions d'éligibilité à la C2S un critère d'âge ou de taux d'effort, corriger les inégalités les moins acceptables ou limiter les reste-à-charge les plus élevés. Ce scénario est certainement envisageable et présenterait l'avantage de ne pas bouleverser un système qui a déjà connu beaucoup d'évolutions ces dernières années et dont les acteurs sont familiers. Il présente néanmoins ses propres risques, notamment ceux d'accroître encore la complexité juridique par l'ajout de nouveaux correctifs, au point que l'on pourrait s'interroger sur un problème de « soutenabilité réglementaire », et sur la capacité à parvenir au but recherché. Le précédent des « contrats senior » peut servir à cet égard d'avertissement⁷⁰.

La seconde démarche prend acte du caractère instable de la situation actuelle, qui est une situation d'entre-deux. Conçue au départ comme un espace de liberté, les couvertures complémentaires se sont trouvées prises en matière de santé dans une dynamique de généralisation et d'hyper-réglementation : compte tenu de leur rôle croissant dans l'accès aux soins, y compris les plus essentiels, les pouvoirs publics et les partenaires sociaux ont estimé nécessaire de permettre à chacun d'y avoir accès et, partant, de définir le contenu de ce qui devait être garanti. La réforme du « 100 % santé » est emblématique de ce choix : les pouvoirs publics ont défini le panier de soins qui devait être accessible à chacun sans frais en matière de soins dentaires, de prestations d'optique et d'audioprothèses et ont organisé le partage de sa prise en charge entre AMO et les couvertures complémentaires. La prévoyance n'a en revanche pas connu ces évolutions, s'agissant de la généralisation comme de la réglementation du contenu des garanties.

Trois types d'options sont possibles. Une première option peut conduire à aller au bout de la normalisation des couvertures complémentaires en les instituant en un deuxième niveau encore plus encadré qu'aujourd'hui, cet encadrement pouvant s'étendre le cas échéant à la prévoyance. Une deuxième option consiste à aller encore plus loin dans cette logique et à intégrer tout ou partie des garanties offertes par les complémentaires actuelles dans la couverture de base en matière de santé comme en matière de prévoyance. Une troisième et dernière option consisterait à rouvrir une liberté plus grande de définition des niveaux et contenus des garanties proposées par les assurances complémentaires.

⁷⁰ La LFSS 2016 avait créé un dispositif de labellisation de contrats dédiés aux personnes âgées de plus de 65 ans, associant un crédit d'impôt égal à 1 % du montant des primes en contrepartie du respect de règles relatives au niveau des garanties et des prix. Le décret d'application devant fixer ces planchers et ces plafonds n'ayant pas été pris, le dispositif n'est jamais entré en vigueur et il a finalement été abrogé par la LFSS 2019.

Les travaux du HCAAM permettant d'alimenter l'avis qui sera rendu au cours du premier semestre 2021 exploreront ces diverses options en les évaluant au regard des objectifs d'équité⁷¹, d'accès aux soins, de soutenabilité, d'efficacité, de capacité d'innovation et de résilience en cas de crise. Dans chacune de ces options, la question des paniers d'intervention respectifs de l'AMO et des assurances maladie complémentaires devra être étudiée. Les enseignements des expériences étrangères pourront aussi nourrir utilement la réflexion.

* * *

⁷¹ Et s'agissant de la prévoyance, en intégrant la problématique de l'équité entre cadres et non cadres.