



HAL
open science

Les marchés de l'assurance maladie complémentaire Logiques économiques et dispositifs juridiques

Philippe Batifoulier, Anne-Sophie Ginon

► **To cite this version:**

Philippe Batifoulier, Anne-Sophie Ginon. Les marchés de l'assurance maladie complémentaire Logiques économiques et dispositifs juridiques. RDSS. Revue de droit sanitaire et social, 2019. hal-02424727

HAL Id: hal-02424727

<https://sorbonne-paris-nord.hal.science/hal-02424727>

Submitted on 28 Dec 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les marchés de l'assurance maladie complémentaire

Logiques économiques et dispositifs juridiques¹

Philippe Batifoulier, Professeur d'économie à l'Université Paris 13 (CEPN)
et Anne Sophie Ginon, Maître de conférences HDR en droit privé à
l'Université Paris Nanterre (IRERP)

Les Organismes complémentaires d'assurance maladie (OCAM) sont les opérateurs historiques de la couverture « frais de santé » en France, dont le poids ne cesse d'augmenter. Leur chiffre d'affaires a connu une croissance de 117 % en 15 ans (37 milliards d'euros en 2017 contre 17 en 2001). Leur domaine d'intervention est constitué par la prise en charge des sommes qui restent à la charge de l'assuré social (après le remboursement de l'assurance maladie obligatoire, appelé aussi « RAC ») et il est particulièrement important pour les soins courants pour lesquels l'AMO² s'est progressivement désengagée, et à l'hôpital lieu de prise en charge dans lequel le montant du « RAC » pesant sur le patient peut être « catastrophique ».

Fort de ce besoin économique de couverture, les OCAM ont au fil du temps obtenu des droits institutionnels, des « pouvoirs » de gestion du risque lui-même, participant dorénavant à la régulation de la couverture santé dans son ensemble, notamment au travers de la création de l'UNOCAM. De nouveaux pouvoirs juridiques de négociation et de signature ont en effet été conférés à l'UNOCAM, tout particulièrement pour négocier le tarif des soins pour lesquels la part remboursée par l'AMO est minoritaire³. Frais d'optique, soins dentaires et prestations d'audioprothèse obéissent désormais à un régime juridique spécifique de fixation du prix.

Dispositifs juridiques et logiques économiques sont ainsi très souvent entremêlés. Le poids économique acquis par les OCAM induit la mise en place de dispositifs juridiques qui leur permet de participer à la « gestion » de la couverture « frais de santé » de façon à ce qu'ils ne soient des « *payeurs aveugles* ». Les dispositifs juridiques configurent donc le marché de l'AMC.⁴ Dit autrement, ils participent à sa construction en le mettant en forme en procurant les outils et techniques juridiques nécessaires à la réalisation de l'activité économique d'assurance maladie complémentaire.

Ce travail cherche à identifier la façon dont le marché de l'AMC est co-construit par les dispositifs juridiques et les logiques économiques, dans un contexte de concurrence entre trois opérateurs : mutuelles, sociétés d'assurance et institutions de prévoyance. La place du marché sera ici entendue dans un double sens comme visant l'emplacement mais aussi l'importance du marché⁵.

I – Les marchés de l'AMC

Le marché de l'AMC présente à la fois des traits communs avec d'autres marchés de biens et de services et des spécificités qui en font un objet d'étude original.

¹ Cet article s'inscrit dans le cadre de l'ANR MARISA ANR-17-CE26-0018.

² On utilise dans ce texte les abréviations AMO/AMC pour désigner l'Assurance Maladie Obligatoire et l'Assurance Maladie Complémentaire.

³ A.-S. Ginon et M. Trépreau, « *La participation de l'UNOCAM aux négociations conventionnelles* », RDSS 2011. 105.

⁴ M. Del Sol, « *La construction juridique du marché de l'assurance en Europe* », RDSS 2011. 147.

⁵ O. Favereau, « *La place du marché* », in Hatchuel, A. Favereau O. et Aggeri F., eds., *L'activité marchande sans le marché?*, Colloque de Cerisy, Presses des Mines, Coll. Economie et gestion, Paris, 2010, p.111 à 131.

La première spécificité est que sur son terrain de la couverture santé, il n'est pas hégémonique. Les OCAM doivent composer avec la Sécurité sociale. Le monde de la couverture santé est un « monde avec marché », et non un monde marchand. Une deuxième spécificité est que l'espace couvert par le marché de l'AMC dépend de l'AMO qui, en quelque sorte, dirige le marché ou à vocation à le faire. Ce sont les espaces laissés vacants par l'AMO qui constituent le périmètre du marché de l'AMC. Mais l'AMC ne fait pas qu'investir les espaces laissés vacants par l'AMO et l'assurance « complémentaire » n'est pas uniquement un complément de l'AMO. L'AMC ne veut pas de certains espaces et les assureurs préfèrent les bien portants aux très malades, très âgés ou trop pauvres. Si la place du marché de l'AMC est fonction des prérogatives de l'AMO, elle est aussi liée aux stratégies commerciales des OCAM.

Enfin, le marché des AMC n'est pas forcément marchand. Il peut s'appuyer sur des valeurs qui ne sont pas celles du marché. Il peut même prospérer en s'emparant d'un langage qui n'est pas celui du marché. Ainsi les OCAM peuvent prendre en charge des risques dont la balance coût avantage est défavorable. Certains opérateurs (les mutuelles) peuvent appeler à la limitation de la concurrence et à la réduction de l'espace du marché. Tous plaident pour l'absence d'unification des prix qui est, dans un espace véritablement marchand, le produit de la concurrence. Le développement actuel du marché de l'AMC s'appuie sur des principes solidaristes (dispositifs préférentiels pour les plus pauvres, contrats solidaires, etc.) et/ou sur des principes industriels (santé connectée, etc.) et domestiques ou de proximité (réseaux de soins, etc.). Ces valeurs servent de levier au marché mais ne sont pas marchandes (Batifoulier, 2014).

Ces spécificités du marché de l'AMC font qu'il est difficile d'identifier une place (espace et importance) bien délimitée. Il y a une diversité des places du marché dont on peut tenter de dresser un panorama à partir de la table d'orientation suivante.

Table d'orientation : Les marchés de l'AMC
Uniformisation des offres d'assurance

<p><i>Marché résiduel</i> →</p> <p>La prévoyance libre</p>	<p><i>Marché éduqué</i> →</p> <p>La prévoyance responsable</p>
<p>Mutualisation commerciale</p>	
<p><i>Marché autonome</i> →</p> <p>La prévoyance supplément</p>	<p><i>Marché polarisé</i> →</p> <p>La prévoyance dissociée</p>
<p>Différenciation des offres d'assurance</p>	
<p>Mutualisation solidaire</p>	

La cartographie est organisée autour de deux dimensions. La première concerne le type de mutualisation à l'œuvre dans les produits d'assurance proposés par l'AMC. La seconde tient au contenu des contrats d'assurance dans un univers concurrentiel où se confrontent deux

tendances contradictoires : la tendance à l'uniformisation des contrats et celle liée à la différenciation des offres.

L'axe horizontal distingue l'offre privée d'assurance santé selon le type de mutualisation pratiquée⁶. La mutualisation peut être comprise dans le sens conventionnel des techniques d'assurance avec lesquelles on transforme l'incertitude face à l'avenir en risque probabilisable et maîtrisable. Le calcul de probabilité est consubstantiel à cette conception commerciale de l'assurance où pèse la logique de la contributivité et de l'équivalence entre le reçu et le rendu dont veut rendre compte le principe de neutralité actuarielle. A l'inverse, la mutualisation est solidaire quand les assurés paient pour leur propre couverture santé, mais aussi pour celles des autres. Quand elle a un objectif de réduction des inégalités, cette mutualisation solidaire a une fonction éthique et politique. En couvrant les accidents individuels et les aléas sanitaires, l'assurance santé a ici pour méta objectif de protéger et de consolider la sécurité collective⁷.

L'axe vertical porte sur le contenu des contrats d'assurance « frais de santé ». Le portefeuille de contrats offerts par les trois opérateurs tend à l'uniformisation. Ils proposent des produits qui sont semblables sans pour autant être totalement standardisés. La standardisation brute n'existe pas dans le domaine de l'assurance santé où la différence est un argument de vente des produits de l'AMC. Cependant cette différence peut être canalisée, voire « normalisée » par la mise en vente de produits de même style⁸, dans lesquels les variations introduites se font dans le cadre d'un groupe homogène de produits d'assurance s'adressant à un même type de clients. A l'inverse, la différenciation repose sur des produits d'assurances hétérogènes à destination de publics différents. Les stratégies qui visent à sauvegarder la recherche et la valorisation de la différence s'appuient principalement sur le registre de la qualité (des produits d'assurance et des personnes couvertes) qui est un argument majeur de la singularisation.

Chaque cadran définit ainsi une forme « *idéale typique* » d'identification de la place du marché de l'AMC que l'on peut repérer dans les dispositifs juridiques. En effet, le marché de la couverture des frais de santé a fait l'objet d'une organisation juridique⁹ qui s'est profondément transformée au cours du temps, ces transformations pouvant être appréhendées à partir des mêmes cadrans. Le marché de l'AMC peut ainsi être caractérisé par des types ou des familles de dispositifs juridiques que l'on peut identifier dans chaque cadran, principalement grâce à une opération de qualification du type de prévoyance observable.

II – Formes de marché et logiques de prévoyance

A. Le fondamentalisme marchand : un marché résiduel

⁶ V. sur ce point les travaux d'Alain Supiot qui distingue plusieurs types de mutualisation : « il y aurait ainsi deux sortes de mutualisation : d'une part, une mutualisation fondée sur la solidarité volontaire qui est une liberté collective régie par le code de la mutualité (...) ; et d'autre part, une mutualisation des risques, fondée sur un calcul des probabilités, qui est une technique constitutive des métiers de l'assurance » : « *Mutualisation : de quoi parlons-nous ?* », D. 2016. 726.

⁷ Quand la mutualisation solidaire est poussée à l'extrême, elle n'a pas besoin de la catégorie « *risque* » puisqu'il s'agit d'organiser des droits de tirage sur la société ou un droit opposable aux soins.

⁸ V. L. Boltanski, E. Chiapello, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 1999, p. 538, qui utilisent le terme de « *codification* » pour désigner la tendance à « *introduire des variations de façon à obtenir des produits relativement différents mais de même style* » pour sauvegarder la recherche et la valorisation de la différence que n'autorise pas une standardisation brute.

⁹ F. Gaudu, « *L'organisation juridique du marché du travail* », Dr soc. 1992. 941, selon lequel « *il n'y a pas de marché sans droit. Tout marché – à moins qu'il ne soit interdit – reçoit une organisation juridique* ».

Le cadran Nord-ouest représente le « *fondamentalisme de l'assurance* » dans lequel l'assurance santé est un espace de lucrativité comme un autre. La mutualisation est fondée sur la rentabilité de la prise en charge qui est globalisée sur l'ensemble des clients. Ce modèle canonique du contrat d'assurance dans lequel l'assurance est « *fille du capital* » pour reprendre l'expression de F. Ewald¹⁰, s'appuie sur le calcul de probabilités pour assimiler l'incertitude sur l'avenir à une notion de risque probabilisable. Les aléas sont normalisés pour être mieux domestiqués. La mutualisation porte sur l'aléa individuel. L'assurance va diviser les populations en classes de risques, statistiquement homogènes. La fragmentation des risques par le calcul de probabilités conduit à définir des sous populations uniformes aussi maîtrisables que possible. Dans ces conditions, il s'agit donc bien d'offrir des produits standardisés, même s'ils peuvent différer à la marge. De fait, l'opération d'assurance fonctionne sur le même standard : paramétrage en fonction de l'âge (qui est un critère primordial), de la résidence, du revenu et de l'ancienneté dans le contrat.

Cette conception de l'assurance s'applique à toute forme de produit et/ou comportement à assurer et ne tient pas compte de la primordialité de la santé pour les individus. Elle va à l'encontre de l'objectif d'équité verticale (où la contribution est fonction des moyens de chacun) et de l'objectif d'équité horizontale (prestations versées selon les besoins). Au contraire, les prestations versées sont connectées à la capacité de paiement.

Puisqu'elle méprise la fonction sociale de l'assurance santé, cette forme de marché ne peut être que résiduelle dans le contexte politique européen où la couverture santé est associée à la production du lien social et doit générer de la sécurité collective. Elle peut être réservée à ceux dont les revenus sont suffisamment élevés pour se passer d'une assurance santé obligatoire (en Allemagne pour les plus hauts revenus) ou être cantonnée à un registre de soins hors panier ou relevant de la libre prévoyance. Dans les modèles beveridgiens où sévissent des files d'attente comme au Royaume-Uni, Suède, Espagne, Italie, l'assurance privée dite « *duplicative* » s'est développée pour ceux qui ont les moyens. Si ce type d'assurance est résiduel et restreint aux plus aisés, il est aussi ségrégatif dès lors qu'il permet non seulement un accès plus rapide aux soins et une plus grande liberté de choix, mais aussi une meilleure qualité dans la prise en charge.

Dans toutes ces configurations, le RAC est toujours le fruit d'une délibération individuelle d'individus souverains. Cette conception du marché renvoie en effet à une organisation libre de la prévoyance. Si le droit la reconnaît et l'organise, c'est pour donner le maximum de liberté à l'opération d'assurance et à ses opérateurs. Cette perspective a été retenue dans les directives européennes qui ont sanctifié la mise en place d'une « *concurrence libre et non faussée* » pour les opérations d'assurance. Ainsi, en France, choix a été fait dès le début des années 1980 de refuser l'octroi d'un monopole à la mutualité ce qui a progressivement conduit à la généralisation de la concurrence¹¹.

C'est aussi dans ce cadre que s'inscrivent les premiers rapports et textes régissant la protection sociale complémentaire : organiser un marché qui permette aux opérateurs de réaliser librement leurs échanges dans un cadre qui se veut égalitaire. Les règles juridiques doivent ainsi être les mêmes pour les trois opérateurs, la loi Evin, adoptée dès 1989, traçant la structure des opérations de prévoyance libre, lesquelles peuvent être individuelles ou collectives, ou encore facultatives ou obligatoires. Les modalités d'organisation et de financement de ces protections complémentaires relèvent principalement de la liberté contractuelle de chacun ou de celle qui va être confiée aux partenaires sociaux, qui reçoivent

¹⁰ F. Ewald, *L'Etat-providence*, Grasset, 1986, p 182.

¹¹ J.-P. Domin, « *Monopole versus concurrence dans le secteur de la prévoyance complémentaire. Retours sur un débat méconnu (1983-1985)* », Communication prononcée au colloque de l'AFEP : « Penser le système de santé de demain. Les apports de l'économie politique », Lille 2019.

ici une habilitation spécifique pour configurer, au sein d'une entreprise ou d'une branche professionnelle, leur propre régime de protection sociale. Liberté contractuelle et libre concurrence sont les principes cardinaux de cette configuration juridique du marché qui s'organise, à quelques exceptions près, à partir des règles classiques applicables au contrat d'assurance.

B. La solidarité portée par l'AMC : le marché éduqué

Dans le cadran Nord-Est, l'AMC va chercher à tenir compte de la fonction sociale de la couverture santé sans pour autant renoncer à ses fondements capitalistiques. Il s'agit alors de mimer les objectifs d'une AMO avec les moyens de l'AMC, et pour le dire vite, d'introduire de la « Sécurité sociale » dans l'assurance privée. L'objectif de mutualisation solidaire portée par l'AMO devient ici un argument de marché et de différenciation entre opérateurs. On retrouve ici la justification historique du mutualisme qui cherchait à poursuivre l'objectif de solidarité en dehors de l'AMO. C'est aussi aujourd'hui son principal argument de marché pour se distinguer de ses concurrents. Mais la mutualité n'en a pas l'exclusivité puisque l'objectif de donner consistance à la solidarité hors AMO intéresse toutes les formes d'assureurs, qu'il s'agisse de mutuelles ou de sociétés anonymes.

Mais donner consistance à la solidarité dans l'AMC n'est généralement pas un mouvement spontané. Il nécessite une impulsion juridique qui prend la forme, soit de contraintes réglementaires, soit d'incitations financières pour répartir plus équitablement sur les citoyens la charge ou l'effort de s'assurer. Il en va ainsi quand le législateur crée des conditions spécifiques pour la couverture des personnes les plus exclues du marché, comme les personnes à faible revenu ou à pathologie lourde et coûteuse¹². Les « *contrats solidaires et responsables* », le paramétrage économique des contrats éligibles aux aides fiscales et sociales avec des cahiers des charges et la création de valeurs seuils qui visent à atténuer les effets négatifs du fondamentalisme assurantiel, relèvent tous de ce mouvement.

Il s'agit de construire un marché de l'assurance santé « *désirable* » au sens où il prendrait à sa charge l'objectif de solidarisation de la couverture santé. Ce marché est largement encadré, et même parfois règlementé en vue de créer une éducation à la solidarité. En outre, il doit être en phase avec les objectifs de solidarité véhiculés par l'AMO. Ainsi la protection dont bénéficient les plus pauvres avec la CMUC et l'ACS ne doit pas être vidée de son sens par les stratégies commerciales de l'AMC. En évitant les renoncements aux soins, ce « *marché éduqué* » repose aussi sur des racines éthiques : l'aspiration commune à repousser la mort le plus possible, à favoriser l'autonomie pour les ALD et, pour la CMUC ou l'ACS, l'impérieuse nécessité d'accéder aux soins pour participer à la vie sociale. Le droit de la protection sociale complémentaire se transforme progressivement en un droit plus substantiel, un droit à teneur plus forte, plus « contraignant » « normalisant » dans le but de mettre en place des mécanismes correcteurs du droit des assurances.

Cela passe en premier lieu par la création de règles d'ordre public pour conférer un certain nombre de droits aux souscripteurs de contrats de prévoyance complémentaire. Les règles du droit des assurances sont ainsi ajustées pour préserver les plus vulnérables : l'interdiction de la sélection médicale, la prohibition des clauses illicites ou encore l'obligation de prendre en charge les états pathologiques antérieurs sont autant de règles qui s'imposent pour « moraliser » l'échange d'assurance dans le secteur de la santé. Plus récemment encore, on trouve des textes qui tentent de corriger les discontinuités et les ruptures que permettent les

¹² ACS, CMU-C, projet de labellisation de contrats dédiés aux seniors de plus de 65 ans etc...

règles du droit des assurances : création de dispositifs de portabilité pour les chômeurs indemnisés, dispositifs de lissage des tarifs pour les retraités pendant les cinq ans après leur sortie de l'entreprise.

Mais cette volonté de mise en œuvre d'une finalité sociale dans la couverture privée ne concerne pas uniquement les patients les plus vulnérables. Elle s'adresse potentiellement à tous les patients et entend également limiter le renoncement aux soins par l'encouragement à conclure des « contrats solidaires et responsables ». On trouve ici des outils contractuels inédits mis à la disposition des organismes complémentaires pour les aider à limiter les restes à charge de leurs assurés. Le droit cherche à organiser autrement le marché de l'assurance en incitant fortement les organismes à porter une attention particulière sur les prix payés par les assurés. Ces dispositifs juridiques se sont particulièrement déployés dans les entreprises depuis la création de l'obligation légale des employeurs de contrats collectifs de couverture des frais de santé, contrats qui sont aujourd'hui économiquement paramétrés¹³. Le pouvoir réglementaire a ainsi progressivement dessiné une nouvelle forme de cahier des charges qui définit non seulement un panier de soins minimal, mais aussi des niveaux de remboursement. Apparaissent ici des « prix planchers », également des seuils maxima de couverture qui permettent aux organismes de bénéficier d'exonérations fiscales et sociales. Les cahiers des charges ont en outre progressivement évolué : ils se font de plus en plus détaillés et précis allant jusqu'à fixer désormais une liste de tarifs et de soins à couvrir ou à exclure de la couverture. Les règles de paramétrages des prix payés par les assurés sont désormais l'objet de réglementations. On trouve ainsi et en second lieu, un droit plus incitatif que « contraignant » qui cherche à orienter les offres d'assurance pour les rendre plus solidaires et plus responsables. La création dès 2004 des « contrats responsables » a en effet conduit le législateur et le pouvoir réglementaire à encourager le remboursement par les organismes complémentaires des seules dépenses respectueuses du parcours de soins coordonnés. Les textes se sont alors progressivement enrichis d'un « ordre public incitatif » pour définir des garanties mais aussi des exclusions souhaitables. Les différents cahiers des charges des contrats responsables participent du même mouvement : orienter les assureurs vers des couvertures dont le contenu correspond à des choix publics de solidarité. On trouve une liste de prestations de santé publique qui doivent ainsi être incluses et remboursées ainsi que des règles inédites pour limiter les dépassements d'honoraires. La mutualisation privée est ainsi profondément ré-organisée pour servir des objectifs d'intérêts généraux compatibles, si ce n'est communs à ceux développés dans l'AMO.

Cette complémentarité entre AMO et AMC a vocation à limiter les restes à charge de certaines populations et le prix de certains soins en les laissant dans le périmètre des tarifs opposables. Ainsi, dans ce marché éduqué, il s'agit de missionner les OCAM pour que les RAC baissent en les dotant d'outils juridiques de gestion du panier de soins remboursés (notamment pour solvabiliser les pratiques tarifaires excessives).

Ce partage d'objectifs communs entre AMO et AMC s'exprime particulièrement dans la récente stratégie gouvernementale de mise en œuvre d'un « RAC 0 » pour certains prestations et soins. Ce « RAC 0 » redéfinit le Reste à charge non plus comme le reste à charge après AMO, mais comme le RAC après l'addition des deux couvertures : AMO et AMC de sorte qu'il existerait dorénavant une continuité, si ce n'est une fongibilité entre AMO et AMC alors qu'historiquement ces deux formes d'assurances n'ont ni les mêmes objectifs, ni les mêmes fondements juridiques.

¹³ A.-S. Ginon, « Vers un paramétrage économique de l'assurance maladie complémentaire ? », RDSS 2017.

Les assurances complémentaires sont invitées à avoir des objectifs sociaux et à répondre à la politique publique d'accès de tous aux soins. L'objectif « social » est ainsi exporté vers les couvertures complémentaires qui vont le traduire avec leurs propres représentations. Ce « lissage » des assurances avec la création d'objectifs partagés, conduit à la redéfinition du risque santé. Si jusqu'ici ce risque qui était de façon tautologique dit « *social* » (parce qu'il était pris en charge par des assurances sociales), il devient désormais un argument pour la création de nouvelles prérogatives de gestion en faveur de l'AMC. Les assurances complémentaires ont dorénavant des attributs sociaux qui conduisent à ce que le risque qu'elles couvrent soit lui aussi qualifié de « *social* ».

Cette nouvelle fonction de l'AMC vise à « responsabiliser socialement » le marché et à limer tout ce qui dans le référentiel de l'assurance privée pourrait s'opposer à l'accès aux soins pour tous et causer des renoncements aux soins. Comme les assurances complémentaires n'ont pas pour objet premier de permettre l'accès de tous aux soins, il est demandé au marché de corriger son « propre logiciel » par un processus d'incitations sociales et fiscales invitant l'AMC à repenser ses offres et par conséquent, les contrats d'assurance, avec ou sans augmentation des primes d'assurance.

C. Séparer les risques et les patients : le marché polarisé

Alors que le monde idéal typique du marché présenté dans le cadran précédent (marché *éduqué* : Nord-Est) vise à assurer la continuité et même une complémentarité entre l'AMO et l'AMC sur une prise en charge commune des risques, le cadran Sud-Est organise la discontinuité, voire la rupture entre l'AMO et l'AMC en des risques séparés. Cette rupture est bâtie sur une frontière qui se prétend légitime : le partage entre le « petit risque », qui doit être le domaine de l'AMC, et le « gros risque », réservé à l'AMO. Le séparatisme des risques conduit au séparatisme des couvertures et la place du marché de l'AMC est celle du « petit risque » ou encore des soins dits courants, c'est-à-dire des soins moins coûteux à l'unité mais plus fréquents.

Cette fragmentation des prises en charge repose sur l'étalonnage des recours aux soins selon une typologie des risques. D'un côté, on trouve le « petit risque » que les individus peuvent financer en grande partie en se conduisant comme des individus responsables. De l'autre, le « gros risque », plus aléatoire, qui implique une forte solidarité nationale. Dans un contexte de réduction de la dépense publique, le « petit risque » est à celui qui doit être remboursé par l'AMO tandis que le « gros risque » ne l'est pas ou ne doit pas trop l'être. Si la distinction entre « petit » et « grand » risque est difficilement opérationnelle¹⁴, elle est réapparue périodiquement, en particulier dans le Rapport rédigé par Simon Nora et Jean-Charles Naouri en 1979, et s'est trouvée revigorée avec le débat sur l'inefficacité de la mixité des couvertures : l'existence pour les mêmes soins d'une AMO et d'une AMC est coûteuse en duplication des frais de gestion. Elle serait aussi de nature pour la théorie économique des incitations¹⁵ à détruire toutes les incitations à l'effort de responsabilisation (si le ticket modérateur est réassurable, il ne modère rien du tout).

¹⁴ La séparation des risques est problématique car il existe de multiples définitions du gros risque à protéger et parce que la frontière entre petit risque et gros risque n'est pas étanche. La distinction combine des critères de sévérité de la maladie (premier recours *versus* hôpital ou ALD) comme des critères financiers (les plus modestes ne peuvent pas financer leurs soins, y compris de premier recours). Le petit risque peut aussi devenir grand s'il n'est pas traité à temps.

¹⁵ Saint-Paul, G., *Réflexions sur l'organisation du système de santé*, Rapport pour le Conseil d'analyse économique, n° 103, La documentation Française, 2013.

Cette distinction très ancienne est présente dans les propositions de création de filets de sécurité en cas de « coup dur ». Elle a déjà été mobilisée au moment du développement de la Sécurité sociale pour critiquer le régime général (dès 1945) et tenter de réduire la solidarité à des prestations réservées aux plus pauvres ou aux plus malades¹⁶. Cette approche libérale de la protection de la personne dans le domaine de la santé conduit à faire l'éloge de la prévoyance individuelle. Dans une société bien ordonnée, les individus doivent compter uniquement sur leurs ressources ou leur propriété pour pouvoir à leurs besoins. L'autonomie est à la fois la condition de la réalisation de soi et de l'harmonie collective. La société serait menacée si les individus pouvaient reporter sur les autres la charge des événements indésirables. Mais cette libre prévoyance ne peut s'exercer que si les individus ont la capacité de l'exercer. Les trop pauvres et/ ou trop malades ne peuvent pas exercer leur liberté de choix. C'est pourquoi, ils doivent être protégés par des dispositifs dédiés. D'un côté, ceux qui sont capables d'assumer leurs choix en matière de soins de santé : les individus « responsables ». De l'autre, ceux qui en sont incapables et doivent compter sur la solidarité nationale. La place du marché de l'AMC est donc bien délimitée à une classe de risques et repose sur le décroisement des paniers de soins. Cette stratégie de séparation des risques élimine les « *mauvais clients* » du scope de l'AMC et favorise ainsi le développement du marché. La polarisation du marché de l'AMC organise un Yalta du RAC. Il démultiplie le RAC pour les soins courants alors qu'il lutte contre le RAC catastrophique pour les plus malades¹⁷.

La stratégie de la séparation des risques est menée au nom du ciblage de la lutte contre les inégalités sur les dépenses dites « catastrophiques » pour ceux dont le revenu est trop faible quel que soit le recours au soin et pour ceux dont le recours au soin est trop coûteux quel que soit leur revenu. D'une part, les taux d'effort (part de la participation financière des malades en fonction de leur revenu) sont plus élevés pour les plus modestes. Ils représentent une proportion du revenu moindre dans le dernier décile de niveau de vie (2 %) que dans le premier (7 %). D'autre part, à l'hôpital, où l'on est pourtant mieux remboursé qu'en médecine de ville (de l'ordre de 90 % en moyenne), on estime que près de 5 % de personnes restent non couvertes par une assurance privée, et de ce fait, exposées à l'intégralité des restes à charge¹⁸.

Cette conception du marché correspond à une organisation juridique spécifique qui entend privilégier la déconnexion juridique des paniers de soins. Elle consiste à favoriser le développement d'une AMC distincte de l'AMO avec l'idée que l'AMC couvrira ce que l'AMO n'entend pas couvrir car cela ne relève pas de « prestations de soins » au sens du droit de la sécurité sociale¹⁹. On donne ici son plein effet à la capacité d'innovation que comporte la technique contractuelle et on encourage alors les opérateurs d'assurance à couvrir ce que la Sécurité sociale n'estime pas nécessaire ou pas possible de couvrir : la liberté tarifaire, le choix d'une chambre individuelle à l'hôpital, les médecines non conventionnelles, l'homéopathie... autant de prestations que les pouvoirs publics estiment pas ou plus nécessaires de faire entrer dans le panier de soins du « remboursable ». Cette organisation juridique de la prévoyance et l'organisation de sa place dans la couverture des frais de santé a trouvé de nouveaux développements depuis qu'ont été mises en place les politiques successives de déremboursement des prestations et des produits de santé dont le service

¹⁶ P. Batifoulier, N. Da Silva et V. Duchesne, « *The dynamics of conventions: the case of the French Social Security System, Historical Social Research* », vol. 44(1), 2019, p. 258-284: <https://doi.org/10.12759/hsr.44.2019.1.258-284>.

¹⁷ P. Batifoulier, N. Da Silva et J.P. Domin, *Economie de la santé*, Armand Colin, Paris, 2018.

¹⁸ M. PERRONIN « *Restes à charge publics en ville et à l'hôpital : des taux d'effort inégalement répartis* », Questions d'économie de la santé, 2016. 218.

¹⁹ A.-S. Ginon, « *La déconnexion juridique des paniers de soins* », RDSS 2014. 831.

médical rendu a été jugé faible ou modéré par la Haute autorité de santé. Le législateur s'est à cet égard doté d'outils d'évaluation médico-économique des prestations pour être en mesure de mieux expertiser le panier de soins remboursable. Se développent ici des formules de couverture, voire des options que seule l'AMC investit pour répondre aux besoins exprimés, mais aussi pour développer ses parts de marché.

Le Yalta du risque réinterprète les principes de solidarité entre bien-portants et malades. Il s'agit toujours d'assurer une protection maladie en fonction du besoin, mais en réduisant la prise en charge pleine et entière à ceux qui en ont « *le plus besoin* » et en laissant le marché investir les espaces du « *petit risque* ». Le périmètre d'intervention de l'AMC est le reste à charge qui se trouve réduit pour le « *gros risque* » mais élargi pour le « *petit risque* » sauf si le patient est prêt à payer davantage en police d'assurance pour la même couverture.

Cette stratégie de segmentation des patients est de nature à déliter le pacte social en faisant des différences entre les individus et en créant de la suspicion entre ceux qui payent chèrement leur assurance privée et ceux qui en sont exonérés (ou davantage épargnés) en étant bien remboursés par l'AMO²⁰.

D. S'émanciper de l'AMO : le marché autonome

Dans le cadran Sud-Ouest, le marché de l'AMC cherche à se distinguer de l'AMO. Il organise la segmentation des contrats individuels et collectifs pour s'autonomiser de l'AMO et proposer aux assurés une couverture « sur mesure », plutôt que du « prêt à porter ». Il s'agit alors de « coller » le plus possible aux préférences des clients et de répondre aux nouveaux besoins, quitte à les créer. Le marché de l'AMC s'adresse à de plus petites communautés. Comme les communautés (ou groupes d'assurés) sont différentes, les produits sont différenciés en fonction des besoins réels ou supposés du groupe cible. Le produit à vendre peut être spécifié selon la catégorie socio professionnelle (cadres ou non cadres par exemple) le secteur professionnel ou la branche d'activité etc. La mutualisation est alors réduite à la couverture d'un petit nombre de personnes à profil de risques proches et repose sur un principe de mutualisation que l'on peut qualifier de « commerciale ». Le prix du produit (payé par le patient) est déconnecté du prix de la prestation (remboursement).

Dans cette configuration, le marché de l'AMC va redoubler d'ingéniosité pour vendre de nouveaux produits, en personnalisant les produits d'assurance et singularisant l'offre de couverture (pour un individu ou une entreprise).

Trois types de dispositifs juridiques sont à l'œuvre :

- Les contrats « *non responsables* » qui ont pour objet de tout prendre en charge pour certains publics et ainsi assurer une couverture totale des frais de santé, y compris certains dépassements d'honoraires, tels ceux pratiqués à l'hôpital ou par certains médecins. Et comme la « réglementation » du deuxième étage de la protection sociale (complémentaire obligatoire) se durcit, les OCAM se positionnent sur le troisième étage pour mettre en œuvre des stratégies de différenciation. Pour les grandes entreprises particulièrement, les contrats collectifs d'entreprise peuvent être utilisés comme des produits d'appel pour faire entrer l'assureur sur le marché de l'entreprise et lui permettre de vendre aux salariés des assurances surcomplémentaires plus couvrantes en enrichissant le produit d'assurance d'une qualité additionnelle²¹.

²⁰ D. Tabuteau, *Démocratie sanitaire. Les nouveaux défis de la politique de santé*, Paris, Odile Jacob, 2013.

²¹ V. l'article de J.-P. Domin et A. Raully dans ce numéro.

- L'obtention de récompenses, de bonifications commerciales sous forme de points ou de bons d'achat, voire la restitution en fin d'année d'une partie de la prime (cadeaux partenaires, franchise cautionnée, assurance comportementale, etc...) qui constituent des formes contractuelles inédites et s'adressent à un public particulier, sensible à ce type d'offre. Les avantages divers sous forme de « coaching santé » avec des objets connectés ou non sont des leviers de différenciation pour « appâter le chaland »²². On trouve ainsi dans le droit de la protection sociale complémentaire des dispositifs qui reposent sur la promotion d'actions de prévention en santé et octroient, pour qui décide de les suivre, des points supplémentaires par rapport à ceux qui auront fait le choix de ne pas y entrer. Ces dispositifs dits de « *responsabilisation des comportements* » ambitionnent de construire une nouvelle articulation entre les droits et les conduites des assurés, déconnectant de plus en plus ces produits de leur vocation de protection sociale, sauf à considérer que l'on doit veiller aussi sur les modes de vie et les loisirs des assurés²³.
- Enfin, l'appartenance à un réseau de soins qui permet aujourd'hui de réguler prix de certaines prestations prises en charge par les organismes complémentaires remboursements²⁴. A cet égard, la loi « Le Roux » de 2014 autorise les organismes complémentaires à conclure des contrats avec les professionnels de santé pour déterminer les conditions tarifaires de délivrance des prestations dont elles assurent la couverture. C'est la partie libre du prix qui peut faire l'objet de conventionnements spécifiques avec les organismes complémentaires. Les réseaux de soins se nourrissent alors du retrait de l'AMO puisqu'ils visent à contenir les RAC après remboursement par l'AMO. Ils prospèrent de fait sur la déconnexion des prises en charges, l'AMC cherchant à prendre en charge ce que l'AMO a déserté.

Dans ces configurations, le RAC (et son importance) est un puissant levier pour le développement du marché. Il est transformé en argument commercial puisqu'il doit être « *autogéré* » par le client, celui-ci décidant de le supporter ou non. Le RAC devient un élément du calcul coût/avantage. Les clients choisissent leur niveau de couverture en fonction d'un arbitrage entre la satisfaction du besoin et son coût. Le législateur a ainsi construit pour les dépenses de santé minoritairement couvertes par l'AMO, tout particulièrement, l'optique, le dentaire et l'audioprothèse, un statut juridique à part. Ces dépenses obéissent désormais à des règles différentes qui visent à assurer une meilleure prise en charge par la seule AMC. La prévoyance y est ainsi déconnectée ou disjointe, témoignant d'une législation qui conçoit différemment les dépenses de santé, ces dernières relevant moins du « soin », que de choix de consommation pour lesquels les OCAM sont les assureurs principaux.

Le marché de l'AMC évolue selon différentes trajectoires. L'organisation initiale de la couverture « frais de santé » en trois piliers (obligatoire, complémentaire et sur complémentaire) laisse désormais place à un troisième étage, entièrement optionnel, qui s'assume en tant que tel, et qui est proche du cadran Nord-Ouest ainsi que du fondamentalisme assurantiel. Les contraintes de solidarité imposées par le législateur sont celles du monde Nord-Est (marché éduqué à la solidarité). Il faut réintroduire de la solidarité dans l'AMC puisqu'elle devient dominante pour certains soins, tout en cherchant à composer avec les priorités nécessaires de couverture qui segmentent le marché et organise une prise en charge différenciée des soins selon la nature du risque santé (cadran Sud-Est). Les stratégies

²² A.S. Ginon, « Assurance santé comportementale : de quoi parle-t-on ? » RDC 2017.321 et E. Chelle, « La complémentaire santé comportementale : un nouveau logiciel assurantiel ? » RDSS 2018. 674.

²³ Voir l'article de P. Batifoulouier dans ce numéro.

²⁴ A.S. Ginon, « Les conventions de partenariat dans les réseaux de santé : un modèle à développer ? » D. 2018.184.

de réponse des assureurs valorisant la responsabilité et les comportements individuels face à la santé servent de leviers au développement d'un marché autonome (cadran Sud-Ouest). Les politiques de différenciation des assureurs associée à une mise en concurrence par la qualité conduisent à une discontinuité croissante entre l'AMC et l'AMO. L'AMC est de moins en moins complémentaire à l'AMO : elle se développe grâce à une personnalisation de plus en plus forte de l'assurance et une singularisation de l'offre de couverture. Ce vaste mouvement de fond conduit à un appel à la reconstruction juridique de l'opération d'assurance en santé qui doit désormais s'inscrire dans un ensemble plus vaste, celui des assurances et des droits des assurés²⁵. Il s'agit alors de gouverner l'assurance pour gouverner les assurés.

²⁵ Les contrats d'assurance santé ont été jusqu'à présent laissés hors du champ d'application de la loi Hamon du 17 mars 2014 (les souscripteurs de ces contrats ne disposaient pas d'un droit de résiliation infra-annuelle à compter de la deuxième année de contrat, c'est-à-dire d'une possibilité de résilier à tout moment, sans motif ni frais et pénalité, une fois passée la première année du contrat à tacite reconduction). Cependant, le dispositif vient récemment de changer en faveur d'un droit de résiliation sans frais de contrats de complémentaire santé (V. proposition n° 1660 déposée le 6 février 2019). V. A.S. Ginon, « *Le glissement de l'assurance maladie obligatoire vers les complémentaires : vers une autre conception des dépenses de santé ?* » RDSS 2017.91.