

L'assurance maladie complémentaire : élément du statut social de la personne ?

Isabelle Vacarie

▶ **To cite this version:**

Isabelle Vacarie. L'assurance maladie complémentaire : élément du statut social de la personne ?. RDSS. Revue de droit sanitaire et social, 2014, 4, pp.625–635. hal-01655380

HAL Id: hal-01655380
https://hal.parisnanterre.fr/hal-01655380

Submitted on 4 Jan 2018

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.

RDSS 2014 p.625

L'assurance maladie complémentaire : élément du statut social de la personne ? (1)

Isabelle Vacarie, Professeur émérite à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense

La couverture complémentaire des frais de santé figure parmi les « nouveaux droits » que l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 crée au profit des salariés « afin de sécuriser leur parcours professionnel ». Dès le premier article, les parties signataires ont arrêté les modalités qui permettront que cette couverture soit généralisée au plus tard le 1er janvier 2016. Ils ont ainsi clairement affiché leur commune volonté de généralisation d'une couverture complémentaire qui dépendait, jusqu'alors, d'initiatives prises tantôt par les branches professionnelles, tantôt par les entreprises. Les stipulations de l'accord n'en sont pas moins paradoxales. D'un côté, elles prévoient que s'ouvrent tout de suite des négociations de branche. De l'autre, en réservant aux entreprises le choix de l'organisme assureur, elles amputent cette négociation d'une partie de ce qui en a fait le succès : la possibilité de prévoir une mutualisation des risques à l'échelle de la profession, en organisant la couverture auprès d'une institution à laquelle adhèrent obligatoirement les entreprises relevant du champ d'application de l'accord. En d'autres termes, elles privent la branche du plus sûr moyen de faire bénéficier l'ensemble des salariés d'une même couverture, par la création d'un véritable régime complémentaire, de source conventionnelle (2). Prenant ses distances, sur ce point, avec l'accord interprofessionnel, le texte voté quelques mois plus tard par le Parlement préservait au contraire cette faculté en maintenant et complétant l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale.

A son tour, par la censure des dispositions de cet article, au motif qu'elles portaient une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, le Conseil constitutionnel est allé à rebours de l'esprit général du titre que le code de la sécurité sociale consacre « à la protection complémentaire des salariés » (3). Jusque-là, la législation avait entendu fournir un cadre approprié aux démarches entreprises par les interlocuteurs sociaux pour compléter les prestations garanties par le régime général. Dans cet esprit, c'était à ceux qui négociaient qu'il appartenait de déterminer tant la garantie collective que les modalités de gestion du risque. Leur latitude est désormais bridée par les libertés économiques. On ne s'étonnera pas qu'à la suite de cette décision, les commentateurs soient restés très dubitatifs (4). Donner à l'entreprise le choix de l'organisme assureur laissait-il augurer une atomisation des niveaux de garanties ? La condamnation des clauses de désignation privait-elle la négociation de branche de sa dimension proprement contractuelle ? Plus fondamentalement, quel sens donner à ces dispositions présentées comme étant destinées à concrétiser un nouveau droit reconnu aux salariés ?

Sans doute faut-il, pour répondre à ces interrogations, replacer les textes propres aux salariés dans un mouvement plus général d'extension de la couverture complémentaire des frais de santé (5). Et dès lors prêter attention non seulement aux articles du livre IX du code de la sécurité sociale réservés à « la protection complémentaire des salariés », mais aussi - et d'abord - aux dispositions du livre VIII consacrées à « la protection complémentaire en matière de santé ». Plus précisément à la façon dont cet autre livre du code de la sécurité sociale regroupe l'ensemble des aides de nature financière apportées à la souscription d'un contrat d'assurance maladie, et comment, à travers les conditions mises au bénéfice de ces aides, le législateur promeut un modèle d'opération d'assurance « solidaire » et « responsable » destiné à satisfaire l'objectif « d'accès universel à la santé ». Car c'est justement à ce modèle de contrat que l'accord interprofessionnel et la loi du 14 juin 2013 renvoient tour à tour (6).

Rapporté à cet objectif d'accès universel à la santé, l'hypothèse peut être avancée que, bien qu'elle ait été présentée comme un nouveau droit des salariés, la couverture complémentaire des frais de santé n'est pas une composante de l'emploi, que mieux vaudrait la classer parmi les éléments constitutifs d'un « statut social de la personne » (7). Analyser l'ensemble des textes sous cet angle permettra de pointer les questions qui demandent désormais à être reformulées.

Analyse

L'analyse des textes au prisme de l'idée d'accès universel à la santé, de statut social de la personne, invite à déplacer le regard porté sur le droit de la protection sociale complémentaire. Alors qu'il est habituel d'étudier la création des garanties sociales puis la gestion de leur couverture, dans cette autre perspective l'attention se porte en premier sur la teneur de l'opération d'assurance pour examiner ensuite le processus de généralisation. On comprend alors que le choix fait par le législateur de promouvoir un modèle de garanties collectives « solidaires » et « responsables » induit un changement de l'objet des accords collectifs.

La promotion d'un modèle d'opération d'assurance

La couverture complémentaire des frais de santé suppose toujours la souscription d'un contrat, que ce soit un contrat individuel, ou s'agissant de la protection complémentaire des salariés, un contrat de groupe. Le Conseil constitutionnel affirme la liberté de l'entreprise dans le choix de l'organisme de prévoyance tandis que la Commission européenne veille à ce qu'aucun Etat n'entrave le jeu de la libre concurrence entre les différents organismes (8). Néanmoins, l'affirmation de ces libertés ne signifie pas que la teneur des contrats soit librement négociée. Tant pour satisfaire les exigences de la loi du 14 juin 2013 que pour ouvrir droit aux différents avantages sociaux et fiscaux, l'opération d'assurance doit être « solidaire » et « responsable ».

Une opération d'assurance solidaire

Mieux vaudrait employer le pluriel à la lecture des deux lois successivement votées au cours de l'année 2013. Si la première indique quels sont les éléments de solidarité qui caractérisent « la couverture minimale » (9), la seconde habilite les accords de branche à instituer « des garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité » (10). Surgit une première interrogation : quels sont les traits de l'opération d'assurance qui définissent chacun de ces degrés de solidarité ? Dans la logique de la protection complémentaire, le degré de solidarité est également très lié au périmètre de mutualisation des risques. Le législateur a-t-il trouvé un mécanisme juridique susceptible de maintenir une solidarité de branche après que le Conseil constitutionnel ait censuré les clauses qui en constituait le pilier ?

Le degré de solidarité

La loi du 14 juin 2013 a défini la couverture « minimale » en renvoyant à un modèle de contrat volontiers qualifié de « contrat solidaire ». Deux conditions le distinguent du droit commun du contrat d'assurance. Du côté du risque, toute sélection médicale est exclue. Quant à la prime ou la cotisation, son montant est indépendant de la vulnérabilité personnelle de l'assuré. La première résulte des dispositions de la loi Evin du 31 décembre 1989 sur la prévoyance complémentaire (11). D'ordre public, l'article 2 de cette loi prohibe toute sélection tant des personnes assurées que des maladies prises en charge. La seconde est posée par le code général des impôts. Plus précisément, ce dernier double la taxe spéciale sur les contrats d'assurance lorsque les cotisations ou les primes sont fixées en fonction de l'état de santé de l'assuré (12).

Lorsque le contrat d'assurance est un contrat de groupe, cela n'exclut pas que l'organisme assureur adopte une tarification qui tienne compte de la gravité des risques présentés par l'ensemble du groupe. Dans un contexte de généralisation de la couverture complémentaire des frais de santé, cette règle de l'assurance ne sera pas sans conséquence pour les entreprises présentant un niveau de risques élevé, du fait notamment de la pyramide des âges de leurs salariés. Si une mutualisation du risque à l'échelle de la branche permettrait de les faire bénéficier d'une tarification estimée sur la base d'un risque moyen, en l'absence d'un tel dispositif, elles sont susceptibles de subir un surcoût important. Ce qui est vrai pour la couverture des frais de santé, l'est plus encore pour d'autres composantes de la prévoyance, telle que la prise en charge du handicap ou de la dépendance. Tels sont les arguments avancés par le gouvernement pour proposer, au lendemain de la censure par le Conseil constitutionnel des clauses de désignation, une nouvelle écriture de l'article L. 912-1 du CSS, habilitant les branches à « instituer des garanties présentant un degré élevé de solidarité ».

Ce degré supplémentaire de solidarité, soulignait l'avis du Conseil d'Etat, suppose « d'opérer une déconnexion au moins partielle entre les cotisations, les risques couverts et les prestations et indemnités » (13). Cette idée irrigue le nouveau texte, lorsqu'il énonce que la garantie collective englobe des « prestations à caractère non directement contributif » (14). Rentrent dans cette catégorie les prestations d'action sociale mais surtout, au bénéfice de certains salariés ou anciens salariés, la prise en charge de tout ou partie de leur cotisation d'assurance. On comprend alors tout l'intérêt d'un accord collectif aménageant un financement mutualisé de ces cotisations pour

certaines catégories de salariés : de tels accords répondent pleinement à l'objectif d'accès universel à la santé. Pour autant l'utilisation par les branches de cette faculté d'instituer des garanties collectives allant au-delà de la couverture minimale suppose un cadre juridique permettant la mutualisation de la couverture.

La mutualisation de la couverture

Quelle voie emprunter pour concilier les contraires : d'une part, la liberté pour l'entreprise de choisir l'organisme assureur, d'autre part, le lissage de l'opération d'assurance à l'échelle de la branche ? A la veille du vote de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2014, le gouvernement avait cru trouver un chemin en articulant trois règles : d'abord, permettre aux accords de branche de recommander un ou plusieurs organismes d'assurance au terme d'une procédure de mise en concurrence ; ensuite, imposer aux organismes d'appliquer un taux unique et d'offrir des garanties identiques pour toutes les entreprises et pour tous les salariés concernés ; enfin, inciter les entreprises de la branche à souscrire le contrat recommandé en jouant sur le taux du forfait social (15).

Si les deux premières règles figurent désormais à l'article L. 912-1 du CSS, la troisième a été censurée par le Conseil constitutionnel. Non dans son principe mais en raison de l'écart entre les deux taux retenus. Le principe d'égalité devant les charges publiques, rappelle le Conseil dans sa décision du 19 décembre 2013, « ne fait pas obstacle à ce que soient établies des impositions spécifiques ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général », « dans une mesure très limitée », précise-t-il aussitôt afin qu'il n'en résulte pas une rupture caractérisée de cette égalité. Ceux adoptés par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2014 ont été jugés trop importants (16).

Il est difficile de présager l'usage que les branches feront du nouvel article L. 912-1. On peut ne pas exclure que la censure d'abord des clauses de désignation, puis d'un taux de forfait social nettement différent, les dissuadent de négocier un degré élevé de solidarité. Alors que l'idée même d'accès universel à la santé, de statut social de la personne postule des mécanismes de solidarité allant jusqu'à l'attribution de droits non contributifs.

Une opération d'assurance responsable

En 2004, le Parlement avait souhaité inscrire l'assurance maladie complémentaire dans la boucle des nouvelles orientations données à l'assurance maladie obligatoire. Etait mis en avant un objectif de meilleure allocation des ressources consacrées à la santé. Dans cette perspective, ont été adoptées diverses mesures destinées à responsabiliser tant les « producteurs » que les « consommateurs » de soins. A leur tour, entreprises et organismes de prévoyance furent financièrement incités à privilégier, parmi les produits d'assurance complémentaire, le contrat « responsable » (17). Depuis, ce qualificatif est employé pour signifier que l'assurance complémentaire ne couvre pas - ou ne couvre plus - les sommes forfaitaires que la sécurité sociale laisse à la charge des assurés sociaux. Les éléments de ce contrat sont énumérés à l'article L. 871-1 du CSS. Ce texte indique plus précisément quelles sont les différentes règles régissant ce contrat qui devront être fixées par décret.

Loin de disparaître, le contrat « responsable » voit la fonction qui lui est assignée doublement enrichie au cours de l'année 2013. Ce modèle n'est plus seulement une composante d'un dispositif incitatif. A l'image du contrat « solidaire », il est aujourd'hui un élément constitutif de la couverture minimale dont toute entreprise doit faire bénéficier ses salariés. En effet, dans le prolongement de l'accord national interprofessionnel, la loi du 14 juin 2013 énonce que « les contrats conclus en vue d'assurer la couverture minimale sont conformes aux conditions prévues à l'article L. 871-1 » (18). Quelques mois plus tard, la loi de financement de la sécurité sociale reformule les termes de l'opération d'assurance, en ajoutant deux nouveaux paragraphes à cet article. Le premier précise ce que la couverture complémentaire doit garantir : « la prise en charge totale ou partielle de tout ou partie de la participation de l'assuré aux tarifs servant de base au calcul des prestations allouées par les régimes obligatoires de sécurité sociale ». Le suivant entend, au contraire, limiter la couverture des dépassements tarifaires : le décret d'application devra notamment prévoir des plafonds de remboursement pour différentes dépenses (19). Cette reformulation de l'article L. 871-1 prend sens une fois inscrite dans un mouvement plus général de réforme - de refondation ? - du système de santé. Deux évolutions intéressent plus particulièrement l'assurance maladie complémentaire : d'une part, le rôle clé donné à l'évaluation du service rendu dans la détermination des soins remboursables, d'autre part, le recours au contrat individuel pour encadrer l'usage que les professionnels de santé font de leurs libertés.

Tant le code de la santé publique que le code de la sécurité sociale ont toujours soumis les actes et les produits de santé à diverses procédures d'évaluation, que l'on songe à l'autorisation de mise sur le marché ou à l'inscription sur la liste des actes ou des médicaments remboursables. La nouveauté tient davantage à son extension à toutes les prestations de santé et, plus encore, aux changements apportés aux critères d'évaluation : initialement limités à la balance bénéfices-risques, ceux-ci englobent désormais le calcul coût-efficacité. Pour reprendre les propres termes du code de la sécurité sociale, l'évaluation est désormais « médico-économique » (20). Cette évaluation du service rendu est destinée à définir - et continuellement ajuster - le panier de soins dont la prise en charge sera socialisée par le jeu combiné des prestations de sécurité sociale et d'une couverture complémentaire généralisée. Tel est la signification de l'article L. 871-1 lorsqu'il détermine le spectre des frais de santé que la protection complémentaire doit couvrir par référence à ceux pris en charge par les régimes obligatoires.

Si, dans le domaine de la santé, l'évaluation n'est pas nouvelle, de même le contrat individuel a toujours fait partie de l'ordonnancement juridique des relations de santé. Ici l'évolution tient à l'identité des parties contractantes. La dimension proprement contractuelle des relations entre médecins et patients recule au profit d'un régime légal. S'observe au contraire une expansion du contrat individuel dans les rapports entre assureurs et professionnels de santé. On s'en tiendra à deux illustrations : le contrat d'accès aux soins conclus entre caisses primaires d'assurance maladie et médecins appartenant au secteur 2 ; ou les conventions individuelles que les différents organismes d'assurance maladie complémentaire ont désormais la faculté de conclure avec professionnels et établissements de santé. Le médecin qui signe le premier contrat s'engage vis-à-vis de la caisse à exercer une partie de son activité aux tarifs opposables (21). Selon les termes de la loi du 27 janvier 2014, les secondes comportent « des engagements relatifs, pour l'organisme assureur, au niveau et à la nature des garanties ou, pour le professionnel ou l'établissement, aux services rendus ou aux prestations ainsi qu'aux tarifs et aux prix » (22). Sans qu'il soit besoin d'entrer dans le détail de ces nouvelles figures contractuelles, relevons leurs liens avec la reformulation de l'article L. 871-1 du CSS. L'une et l'autre comportent des engagements tarifaires de la part des professionnels de santé ; pour donner plein effet à ces engagements, la couverture complémentaire est modulée selon que le professionnel de santé a ou non souscrit de tels engagements. La lutte contre les inégalités de santé et le renoncement aux soins sont à l'arrière-plan de ces diverses mesures. A n'en pas douter, elles répondent à l'objectif d'accès universel à la santé. Pour autant, leur résultat est très lié aux engagements que les professionnels de santé prendront. A défaut, la dimension « responsable » de l'opération d'assurance pourrait avoir l'effet inverse de celui recherché.

Tant que les décrets d'application ne sont pas publiés, des incertitudes persistent sur l'étendue de la « couverture minimale ». La place qu'occupe désormais le modèle du contrat « solidaire » et « responsable » dans la construction juridique de l'assurance maladie complémentaire n'en manifeste pas moins une évolution des rapports entre la loi et l'accord collectif.

La redistribution du pouvoir normatif

Alors qu'initialement la loi était intervenue pour soutenir les initiatives des partenaires sociaux en matière de protection sociale complémentaire, il est aujourd'hui fait appel à la négociation collective pour appliquer la loi. Plus exactement pour mettre en oeuvre la politique de généralisation d'une couverture complémentaire des frais de santé. Cette redistribution de l'exercice du pouvoir normatif se vérifie tant dans les rapports entre la loi et l'accord collectif que dans les relations entre branches et entreprises.

La loi et l'accord collectif

Au coeur du chapitre du code de la sécurité sociale consacré à la « détermination des garanties complémentaires des salariés », le législateur a inséré un nouvel article, l'article L. 911-7, dont il faut inverser les paragraphes pour en saisir l'économie. Tandis que le point II indique quelle est la couverture complémentaire minimale, le point I précise par quelles voies cette couverture sera instaurée dans les entreprises dont les salariés en sont privés (23). Les contrats conclus en vue d'assurer cette couverture, est-il énoncé, satisfont les diverses conditions mises à la qualification de contrat « solidaire » et « responsable ». Les nouvelles dispositions précisent ensuite comment se répartissent les cotisations entre employeur et salarié : « l'employeur assure au minimum la moitié du financement de cette couverture ». S'agissant des modalités d'instauration de la garantie, un calendrier est fixé (24) : engagement d'une négociation collective de branche ; à défaut, engagement de la négociation dans le cadre de l'entreprise ; si le 19 janvier 2016, ni l'une

ni l'autre n'ont abouti, l'employeur aura l'obligation de mettre en place cette couverture par voie de décision unilatérale. Sans doute, ces dispositions, destinées à rendre la généralisation effective, ont-elles un caractère supplétif : elles ne s'appliquent qu'à défaut d'une protection au moins aussi favorable déjà instituée. Elles n'en manifestent pas moins un changement d'orientation des interventions législatives dans le domaine de la protection sociale complémentaire.

Jusqu'alors, la loi était plutôt destinée à offrir un cadre juridique aux initiatives des partenaires sociaux. Dans les derniers textes, les diverses possibilités de création d'une garantie collective sont utilisées pour mettre en oeuvre la politique de généralisation de la couverture complémentaire des frais de santé dans les termes que la loi et le règlement donnent à cette couverture. Semblable évolution de la négociation collective s'observait déjà dans le domaine de l'assurance maladie obligatoire. Originairement, la détermination collective du tarif des honoraires médicaux constituait l'objet de la convention conclue entre les caisses nationales d'assurance maladie et les organisations syndicales représentatives des médecins. Progressivement, le Parlement a renvoyé à cette convention « le soin de mettre en oeuvre les principe posés par la loi » (25). A son tour, la loi du 14 juin 2013 renvoie aux accords collectifs le soin d'organiser la couverture complémentaire des frais de santé au bénéfice des salariés qui en étaient privés (26). Les accords de branche peuvent être plus ambitieux et instituer des garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité. Ces garanties ne pourront cependant méconnaître les conditions prévues au nouvel article L. 911-7 II.

Dans cette fonction de mise en oeuvre d'une politique publique, jusqu'où peut aller le contenu de l'accord de branche sans porter atteinte à la liberté de l'entreprise de contracter avec l'organisme assureur de son choix ?

La branche et l'entreprise

Dans ses premières lignes, la loi du 14 juin 2013 énumère sur quels éléments de la couverture complémentaire « porte notamment la négociation » de branche : la définition du contenu et du niveau des garanties ainsi que la répartition de la charge des cotisations entre employeur et salariés ; les modalités de choix de l'assureur ; et enfin le délai laissé aux entreprises pour se conformer aux nouvelles obligations conventionnelles. La négociation, est-il précisé, « examine en particulier les conditions, notamment tarifaires, dans lesquelles les entreprises peuvent retenir le ou les organismes assureurs de leur choix, sans méconnaître les objectifs de couverture effective de l'ensemble des salariés des entreprises de la branche et d'accès universel à la santé ». Le Conseil constitutionnel a considéré qu'aucune de ces dispositions ne méconnaît un principe ou une règle de valeur constitutionnelle. On serait tenté d'ajouter que toutes mettent en oeuvre le principe de protection de la santé affirmé au 11e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Quel que soit l'organisme assureur que choisira l'entreprise, le contrat qu'elle souscrira devra respecter l'ensemble des conditions posées par l'accord de branche.

Au-delà de ces dispositions, l'accord de branche peut, semble-t-il, aller plus loin dans l'organisation de la couverture des risques. L'accord national interprofessionnel décidait que « les partenaires sociaux de la branche pourront, s'ils le souhaitent, recommander aux entreprises de s'adresser à un ou plusieurs organismes de prévoyance complémentaire, après mise en oeuvre d'une procédure transparente de mise en concurrence ». A cet effet, était annoncée la constitution d'un groupe de travail paritaire dont l'objet serait de définir les conditions et les modalités de cette procédure. En l'état actuel des textes législatifs, une telle procédure n'est expressément prévue que lorsque sont instituées des garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité(27). Pour autant, rien ne s'oppose à ce qu'en dehors de cette hypothèse, soient recommandés au niveau de la branche un ou plusieurs organismes « proposant un contrat de référence y compris à un tarif d'assurance donné ». Le Conseil constitutionnel a en effet considéré que les clauses de recommandation « ne portent pas en elles-mêmes atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle » dans la mesure où elles n'imposent pas aux entreprises entrant dans le champ d'application de l'accord d'être assurées par l'organisme ou l'un des organismes recommandés (28). Ainsi les accords de branche pourraient-ils prévoir et mettre en oeuvre une procédure de mise en concurrence des organismes assureurs. Ils pourraient être incités à aller dans ce sens car ce serait le plus sûr moyen de diffuser le modèle d'opération d'assurance « solidaire » et « responsable » promu tout spécialement par la dernière loi de financement de la sécurité sociale.

Le problème clé de l'Etat-Providence, souligne Pierre Rosanvallon, est « de définir le territoire de la solidarité et non pas simplement le mécanisme de la solidarité » (29). La redistribution de l'exercice du pouvoir normatif, le recul de l'autonomie dont les branches disposaient jusqu'alors entraînent un repli du rôle joué par la négociation collective dans cette détermination du territoire

du social. Dès lors, derrière la répartition des compétences fixée par les textes, quel type d'« instrument » prend le relais de la négociation collective et oriente aujourd'hui les choix collectifs ? Alimente-t-il l'hypothèse d'un statut social de la personne ? Quelles seraient les conditions à réunir pour que les modalités d'élaboration des normes étayent cette hypothèse ?

Question(s)

L'entrée en vigueur des textes votés au cours de l'année 2013 est aujourd'hui suspendue à la publication de quatre décrets. Cet état de fait souligne, s'il en était besoin, la place qu'occupent désormais les sources étatiques dans la détermination des garanties collectives dont bénéficient les salariés. Ce phénomène, qui s'observait déjà pour ce qui concerne la couverture complémentaire individuelle, qu'elle soit gratuite ou accompagnée d'une aide, suggère d'être attentif à la substance que lois et règlements donnent à cette protection complémentaire. Plus exactement, dans l'hypothèse de la constitution progressive d'un statut social de la personne, il y a lieu de s'intéresser moins au contenu actuel de cette couverture qu'à la manière dont celui-ci est déterminé. C'est l'opération normative proprement dite qui appelle examen.

Le droit n'est pas resté insensible à cette question. En 2004, était créée une Haute Autorité de santé dont la première mission consiste à « procéder à l'évaluation périodique du service attendu des produits, actes ou prestations de santé et du service qu'ils rendent » (30). Elle contribue par ses avis, précise le code de la sécurité sociale, à l'élaboration des décisions relatives à la prise en charge des frais de santé. Les traits de cette institution devraient être un gage du crédit à accorder à ses évaluations. Outre qu'elle est une autorité publique indépendante, la loi affirme son caractère scientifique. L'autorité de ses avis tient à ce qu'ils s'appuient sur des études scientifiques, des « données probantes ».

Sans remettre en cause les qualités de la démarche scientifique, il n'en faut pas moins se demander si à une telle démarche, conçue pour étudier la nature, ne manque pas ce qui fait société. Est-elle pertinente pour déterminer le territoire du social (31) ? Poser cette question c'est, au fond, s'interroger sur les limites de l'objectivité d'une évaluation chiffrée et sur les conditions à réunir pour favoriser la démocratie des choix collectifs.

Les limites de l'objectivité du chiffre

La présence, parmi les institutions administratives, d'une autorité publique à caractère scientifique, dont les évaluations jouent un rôle clé dans la détermination des prestations sociales, est révélatrice d'une volonté contemporaine de fonder les choix opérés en matière de politiques publiques sur la preuve de leur efficacité. Cette orientation donnée à l'action publique évoque la notion anglo-saxonne d'*Evidence-Based Policy*. De cette expression, une double traduction est proposée : soit politique fondée sur les « données probantes », soit politique fondée sur les « évidences factuelles ». La référence à des données probantes signale « l'importance de disposer de connaissances fiables pour étayer les actions et garantir autant que possible leur efficacité au regard des objectifs poursuivis ». L'autre formule suggère d'utiliser, pour acquérir des « connaissances fiables », les mêmes techniques que celles qui ont été élaborées pour étudier la nature (32). S'observe ainsi le développement d'une expérimentation sociale contrôlée, construite sur le même modèle que l'expérimentation médicale. Alors que cette dernière a été conçue pour mesurer l'efficacité d'un produit sur le cours de la maladie, la première est utilisée pour tester l'efficacité d'un dispositif public sur le comportement des individus (33).

Sans entrer dans le détail de ces méthodes, retenons seulement que ce sont les vertus prêtées à la démarche scientifique qui en expliquent la diffusion : une production objective, qui dit vrai, qui donne aux choses et aux situations dont elle parle un statut d'évidence, de contrainte logique. L'objectivité scientifique a une propriété de valeur dans le domaine social : elle est impartiale. « Ni injustice, ni favoritisme, ce type d'objectivité met en oeuvre un principe de justice particulier, celui d'une égalité de traitement objective » (34). L'objectivité des données produites mérite cependant d'être questionnée dans la mesure où elles ne reflètent pas la réalité mais une manière de la voir. Dès lors faut-il prêter attention au processus de production des connaissances, aux conventions de définition et de mesure du phénomène étudié. Les choix faits à chacune de ces étapes influent sur les suivantes, et donc sur la donnée finale, jugée « probante » (35). Pour prendre un exemple, la Haute Autorité de santé a pour mission d'évaluer périodiquement le service rendu (ou attendu) des différents produits de santé sur une échelle allant de 1 à 5. Les résultats seront très différents selon les normes d'évaluation fixées par les textes : balance bénéfices-risques ou coût-efficacité. Si les premières sont de nature à élargir le nombre des produits pris en charge et donc à diversifier les alternatives thérapeutiques, les secondes conduisent au contraire à sélectionner, parmi ces différentes alternatives, les plus efficientes (36). Cet exemple illustre les

limites de l'objectivité du chiffre. Elle n'a de sens que référée aux conventions de mesure. Il faut prêter attention tout autant à ce qu'elles écartent de l'étude qu'à ce qu'elles permettent de connaître.

Outre ces limites inhérentes au processus de quantification (37), Robert Salais souligne que la démarche scientifique perd de vue ce qui fait société. « Dans le monde social la quête de vérité - autrement dit des faits sociaux qui importent pour la collectivité - ne peut être comprise dans le sens positiviste d'une vérité scientifique. Ce qui est recherché dans un tel processus de connaissance, n'est pas le simple reflet du monde tel qu'il est. Il s'agit de s'approcher d'une situation où chacun doit pouvoir se dire quand il prend connaissance des données produites : oui, c'est bien cela qui se passe et il est juste socialement de s'en préoccuper. Un accord doit se faire sur les faits sociaux auxquels les politiques publiques doivent porter remède ». La formation des connaissances est un processus social. Il en résulte qu'elle est inséparable « de formes démocratiques de délibération publique et du débat contradictoire ». (38)

C'est alors sous l'angle non plus de sa valeur scientifique mais de son caractère démocratique que l'opération normative doit être réexaminée.

La démocratie des choix collectifs

Dans le domaine de l'assurance maladie, l'attention portée à l'opération normative est très liée aux échecs successifs de diverses réformes législatives qui étaient pourtant toutes destinées à répondre à l'objectif constitutionnel d'équilibre financier de la sécurité sociale. La constante modification des textes au fil des lois de financement de la sécurité sociale, les abrogations, la diversité des techniques de maîtrise des dépenses de santé expérimentées, le non-usage ou l'abandon rapide de plusieurs d'entre elles manifestaient qu'aucune ne produisait l'effet escompté. Qu'est-ce qui pouvait expliquer qu'elles soient demeurées inappliquées, voire rejetées par ceux auxquels elles s'adressaient, qu'il s'agisse des patients, des professionnels de santé ou des établissements de santé ? L'hypothèse était avancée que, contrairement à certaines analyses économiques du droit, « édicter une norme n'est jamais une prophétie auto-réalisatrice ». Il ne peut être supposé que l'énonciation d'une règle suffise à produire de manière mécanique des comportements conformes à l'énoncé. L'échec de ces réformes pouvait s'expliquer par la conception de l'opération normative qui en constituait l'arrière-plan : une pure opération mentale de production d'une règle, sans s'interroger sur les rapports entre droit et pratiques sociales (39).

Cette première hypothèse suggère de partir du présupposé exactement inverse, à savoir toute absence d'automatisme entre la règle et sa réalisation concrète. Pour qui s'intéresse au mode de détermination de la couverture complémentaire, à l'opération normative proprement dite, ce renversement présente un double intérêt. D'une part, il pose la question des conditions à réunir pour favoriser l'acceptation pratique des normes par ceux auxquels elles sont applicables. Il permet d'autre part de mettre en lumière la question justement laissée dans l'ombre par la théorie de l'*Evidenced-Based Policy* : à savoir l'importance des conventions au départ de tout processus de connaissance.

Les travaux contemporains consacrés au renouvellement de l'idée de démocratie, à la diversité des formes qu'elle est susceptible de prendre mettent ces questions au coeur de l'opération normative. Parmi eux, on retiendra ceux qui analysent les procédures qui permettent qu'un accord se fasse, en amont, sur la construction des faits sociaux auxquels les politiques publiques doivent porter remède. Sont tour à tour évoqués « l'enquête délibérative », qui donne aux citoyens la liberté « de participer à l'élaboration des cadres cognitifs de manière à les rendre adéquats à ce qu'ils considèrent comme étant un traitement juste des problèmes » (40) ; les « procédures qui permettent un retour réflexif sur ce qui doit se transformer » (41) ; ou encore « le moment délibératif » situé en amont des procédures formelles de décision (42).

La question de la démocratie des choix collectifs prend une dimension toute particulière dans le domaine de l'assurance maladie où s'observe un recul de la démocratie sociale dans ses formes originelles, tant en ce qui concerne l'assurance complémentaire que l'assurance obligatoire (43). La redistribution de l'exercice du pouvoir normatif s'accompagne d'une mise en avant de l'idée de « démocratie sanitaire » (44). Reprendre l'analyse des différentes dispositions législatives à partir de la conception de l'opération normative que propose les travaux récents permettrait d'apprécier dans quelle mesure la manière de déterminer la substance de la couverture complémentaire répond aux canons de la démocratie.

Question première si le projet est de placer l'assurance maladie complémentaire parmi les

éléments du statut social de la personne.

Mots clés :
SECURITE SOCIALE * Assurance maladie * Protection complémentaire

(1) Cet article fait partie d'un dossier ayant pour titre « La protection sociale en question(s) » qui a été publié, outre la présente contribution, dans le n° 4/2014 de la RDSS de la façon suivante :

- La prévoyance sociale complémentaire selon le Conseil constitutionnel, par Jean-Pierre Chauchard, p. 601

- Les nouvelles désorientations de la négociation de la protection sociale complémentaire, Gilles Briens, p. 610

- Les limites de la généralisation de la couverture complémentaire des frais de santé, par Etienne Caniard, p. 616

- La recomposition des solidarités : les mutations de l'emploi, de la formation professionnelle et de l'assurance chômage, par Frédéric Guiomard, p. 636

- Le chômeur en rupture de protections : des voies et moyens d'activer les droits des chômeurs, par Emilie Videcoq, p. 650

- Indemnisation du chômage : passer de l'insécurité juridique à la « flexicurité », par Florent Hennequin, p. 662

(2) Sur les clauses de désignation et les clauses de migration, v. J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, Précis Dalloz, Droit de la sécurité sociale, 17e éd., 2011, p. 1041.

(3) Déc. n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, loi relative à la sécurisation de l'emploi. Sur cette décision, X. Prétot, La protection sociale complémentaire survivra-t-elle au despotisme de la concurrence, RJS 2013. 643 ; J.-P. Chauchard, Deux enseignements à propos de la généralisation de la couverture complémentaire santé, Dr. ouvrier, n° 783, 2013. 626 ; G. Briens, Clauses de désignation : quelques réflexions « post-traumatiques », JCP S 2013, 1308.

(4) Dans ce dossier, v. plus spéc. les articles de G. Briens, E. Caniard et J.-P. Chauchard.

(5) Sur cette extension, v. les dispositions consacrées à la CMU complémentaire (CSS, art. L. 861-1 s.) ainsi qu'à l'aide au paiement d'une assurance complémentaire santé (CSS, art. L. 863-1 s.).

(6) L. n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

(7) Sur cette distinction, v. A. Supiot (Dir.), Au-delà de l'emploi, rapport pour la Commission européenne, Flammarion, 1999, spéc. p. 83 s.

(8) Déc. Commission UE n° 2011/319 du 26 janv. 2011, JOUE 31 mai 2011, L 143/16 s.

(9) L. du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, art. 1-II.

(10) L. n° 2013-1203 du 23 déc. 2013 (LFSS pour 2014), art. 14-V.

(11) L. n° 89-1009 du 31 déc. 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées

contre certains risques, art. 2.

(12) Art. 1001 (2° *bis* et *ter*) CGI modifié par la LFSS pour 2014 (art. 19).

(13) Avis du 26 sept. 2013 sur l'organisation de la protection complémentaire collective en matière de santé et de prévoyance (non publié).

(14) CSS, art. L. 912-1 dans la rédaction que lui a donnée la LFSS pour 2014 (art. 14).

(15) Le forfait social est une contribution des employeurs qui porte sur les éléments de rémunération qui sont exonérés de cotisations de sécurité sociale. Figurent parmi ces éléments les contributions des employeurs destinées au financement des prestations complémentaires de prévoyance versées au bénéfice de leurs salariés, anciens salariés et de leurs ayants droit.

(16) Déc. n° 2013-682 DC du 19 déc. 2013 (LFSS pour 2014, sur l'art. 14, n° 26 s.).

(17) Sur cette réforme, A.-S. Ginon, Le médecin traitant, révélateur des nouvelles fonctions de la protection sociale complémentaire, RDSS 2005. 907 s.

(18) Nouvel art. L. 911-7 (II) CSS ajouté par la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

(19) L'entrée en application des modifications apportées à l'art. 871-1 CSS par la LFSS pour 2014 (art. 56) est différée au 1er janv. 2015.

(20) CSS, art. L. 161-37.

(21) Avenant n° 8 à la convention nationale des médecins, approuvé par un arrêté du 29 nov. 2012. A l'art. 4, l'avenant instaure la possibilité pour les médecins de souscrire à un contrat d'accès aux soins.

(22) L. n° 2014-57 du 27 janv. 2014, art. 2.

(23) Art. inséré par la loi du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi. Si le point II est d'application immédiate, le point I entrera en vigueur le 1er janv. 2016.

(24) Art. 1er de la loi du 14 juin 2013.

(25) Cons. const. déc. n° 89-269 DC du 22 janv. 1990, loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé.

(26) Cons. const. déc. préc. du 13 juin 2013. X. Prétot (La protection sociale complémentaire survivra-t-elle... *op. cit.*) souligne que ce renvoi vide la négociation collective de sa substance proprement contractuelle pour en faire un simple mode d'exercice du pouvoir normatif de l'Etat.

(27) CSS, nouv. art. L. 912-1.

(28) Cons. const. déc. des 13 juin et 19 déc. 2013.

(29) P. Rosanvallon, Etat-Providence, Le Dictionnaire des sciences humaines, PUF, 2006.

(30) CSS, art. L. 161-37.

(31) A. Supiot, Grandeur et misère de l'Etat social, leçon inaugurale, Collège de France, Fayard, 2013, p. 21 s.

(32) C. Laurent, J. Baudry et *alii*, Pourquoi s'intéresser à la notion d'« evidence-based policy » ?, Rev. du Tiers Monde, Les mots du développement, n° 200-2009, p. 853-873.

(33) Sur l'expérimentation sociale contrôlée, B. Gomel et E. Serverin, L'expérimentation sociale contrôlée, entre légitimité politique et légitimité scientifique, le retour de la société d'expérimentation, Journées d'études, Lyon, 25 et 26 nov. 2011.

Pour des illustrations dans le domaine de l'assurance maladie, v. le numéro spécial de la revue Économie et statistique consacré aux systèmes de santé et à l'assurance maladie, n° 455-456, 2012.

(34) R. Salais, Chiffre et objectivité : il y a convention et convention, Cahiers droit, sciences et technologie, n° 4-2014, dossier statistiques et normes.

(35) R. Salais, La donnée n'est pas un donné. Pour une analyse critique de l'évaluation chiffrée de la performance, Rev. fr. adm. pub., n° 135, 2010. 497.

(36) Décr. n° 2012-1116 du 2 oct. relatif aux missions médico-économiques de la Haute Autorité de santé.

(37) Sur ce processus, A. Desrosières, La Politique des grands nombres. Histoire de la raison statistique, La Découverte, 3e éd., 2010.

(38) R. Salais, La donnée n'est pas un donné... (*op. cit.*).

(39) La Gouvernance de l'assurance maladie : l'orientation marchande et ses paradoxes, recherche MIRE-DREES, codirigée par Ph. Batifoulier, M. Gadreau et I. Vacarie, févr. 2008. La première partie (Crise de l'Etat-Providence ou crise de la régulation économique ? Les leçons des réformes de l'assurance maladie) a été publiée *in* Dr. soc. 2008. 1103 s.

(40) R. Salais, Chiffre et objectivité... (*op. cit.*).

(41) J. Lenoble, M. Maesschalck, Démocratie, droit et gouvernance, RDUS : Sherbrooke (Qc), Canada, 2011.

(42) J. Chevallier, De l'administration démocratique à la démocratie administrative, Rev. fr. adm. publ. 2011/1-2, n° 137-138, p. 217.

(43) M. Borgetto et M. Chauvière (Dir.), Qui gouverne le social ?, Dalloz, 2008, v. spéc. p. 145 s.

(44) P.-A. Adèle, Le Droit du dispositif médical, thèse Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, 2013, spéc. p. 141 s. ; D. Tabuteau, Démocratie sanitaire, les nouveaux défis de la

politique de santé, Odile Jacob, 2013.