

# LA SOLIDARITÉ CIVILE ET SES ENNEMIS

À PROPOS DE LA DÉCISION  
DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 2013-672 DC  
DU 13 JUIN 2013

par Alain SUPIOT

*Professeur au Collège de France  
Chaire « État social et mondialisation :  
analyse juridique des solidarités »*

Depuis sa création en 1945, la sécurité sociale n'a pas suscité beaucoup de vocations dans le monde de la recherche universitaire. Du côté des historiens et des philosophes, Michel Foucault est l'un des rares à avoir pris la mesure de son importance considérable dans l'organisation des sociétés européennes de l'après-guerre<sup>1</sup>. Du côté des juristes, le contraste est frappant entre le tout petit nombre d'auteurs qui se sont consacrés à son étude et le haut niveau de réflexion qu'ils ont atteint. Le professeur Jean-Pierre Laborde appartient à ces penseurs qui, dans la lignée de Paul Durand et Jean-Jacques Dupeyroux, ont fait preuve de la plus haute virtuosité technique dans l'exploration de cet univers de normes d'une rare complexité, mais en ont aussi tiré des vues profondes et nouvelles sur les transformations de la société contemporaine. Au moment de rendre hommage au savant auteur

---

1. Cf. M. Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, Paris, EHESS-Seuil-Gallimard, 2004, p. 203-213 ; *adde* son entretien avec R. Bono, *in Sécurité sociale : l'enjeu*, Paris, Syros, 1983, p. 39-63.

du « Thémis » de *Droit de la sécurité sociale* et à l'ami fidèle rencontré pour la première fois à Bordeaux en 1979, j'ai pensé tout naturellement à évoquer la décision du Conseil constitutionnel relative à la généralisation de la complémentaire santé par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi<sup>2</sup>. Cette décision ayant déjà été excellemment commentée<sup>3</sup>, il ne s'agira pas ici d'en reprendre tous les aspects, mais de trouver dans ce nouvel épisode des « mésaventures de la solidarité civile »<sup>4</sup> une illustration des errements où conduisent l'ignorance ou le mépris des principes fondateurs de la République sociale.

Les solidarités civiles sont celles qui reposent sur une base volontaire et ne relèvent donc ni de l'État ni du Marché. Outre le droit de la famille, ce domaine recouvre principalement le droit du travail (liberté syndicale et droit de grève) et le domaine de la protection sociale complémentaire (mutuelles et institutions paritaires à but non lucratif). Ces solidarités civiles s'exercent sous l'égide de la solidarité nationale, qui les coordonne et que tout à la fois elles prolongent et soutiennent. Les liens entre ces différents cercles de solidarité sont multiples et on ne peut donc en modifier un sans affecter tous les autres. Aucun système de sécurité sociale ne résisterait par exemple longtemps à une disparition totale des solidarités familiales. Les soins dispensés dans le cadre de celles-ci pour les malades, les enfants ou les personnes âgées, sont un travail invisible dont le coût serait insupportable s'il devait être converti en emplois salariés.

Dans le contexte actuel de réduction des dépenses publiques et d'asphyxie financière de la sécurité sociale, le maintien d'un fort dispositif de solidarités civiles est un enjeu crucial qui a manifestement échappé au Conseil constitutionnel, devenu l'organe de ce que M. Prétot a justement appelé le « despotisme du droit de la concurrence »<sup>5</sup>. La solidarité civile est en effet un remède à la solitude face aux risques de l'existence et une limite à la compétition de tous contre tous. La création de la sécurité sociale par les ordonnances du 4 et du 19 mars 1945 n'a pas fait disparaître le besoin de ce qu'on a appelé à partir de cette date la protection sociale complémentaire<sup>6</sup>. Le législateur a permis aux partenaires sociaux de créer, par voie de convention collective, des institutions paritaires à but non lucratif assurant la péréquation entre cotisants de la charge des prestations

2. Cons. const. 13 juin 2013, n° 2013-672 DC.

3. Cf. J. Barthélémy, « Le concept de garantie sociale confronté à l'article L. 1 du Code du travail et la décision des sages du 13 juin 2013 », *Dr. soc.* 2013. 673-679 ; J.-P. Chaudard, « La prévoyance sociale complémentaire selon le Conseil constitutionnel », *RDSS*, n° 4, 2014.

4. Sur certains épisodes précédents, v. « Les mésaventures de la solidarité civile : pacte civil de solidarité et systèmes d'échanges locaux », *Dr. soc.* 1999. 64-73.

5. X. Prétot, « La protection sociale obligatoire survivra-t-elle au despotisme du droit de la concurrence ? », *RJS* 2013. 643.

6. Sur cette notion, v. G. Lyon-Caen, *La prévoyance*, Dalloz, 1994, 126 p.

qu'elles versaient aux salariés ou à leurs ayants droit<sup>7</sup>. Ces institutions intervenaient à côté des mutuelles. En revanche les assurances à but lucratif furent exclues de la prévoyance complémentaire. Celle-ci, pensait-on alors, devait reposer exclusivement sur les principes de solidarité volontaire et de démocratie sociale. À compter des années 1980, le tournant néolibéral et la pression du droit européen se conjuguèrent pour réintégrer l'assurance privée dans le champ de la protection sociale complémentaire et pour soumettre progressivement aux mêmes règles tous les opérateurs intervenant sur ce « marché » gigantesque et prometteur. Le principe de répartition fut ainsi condamné, dans le but de fluidifier ce marché et de faire jouer la concurrence entre les trois types d'opérateurs qui se le disputent désormais : les institutions paritaires, les compagnies d'assurances et les mutuelles<sup>8</sup>.

Dans l'état présent du droit positif, la prévoyance collective se présente sous la forme de ce que la loi appelle des « garanties sociales »<sup>9</sup> ou des « garanties collectives des salariés »<sup>10</sup>. Financées par l'entreprise et bénéficiant d'un régime fiscal et social favorable, ces garanties sont en principe instituées par voie de conventions ou d'accords collectifs. Elles ont eu pour objet premier de couvrir des risques ignorés ou incomplètement pris en charge par la sécurité sociale<sup>11</sup>. Relève également du domaine des garanties sociales le droit à formation professionnelle tout au long de la vie<sup>12</sup>.

Situées à l'articulation du droit du travail, du droit de la sécurité sociale et du droit de l'assurance, les garanties sociales reposent sur une *péréquation de la charge de leur financement* entre les cotisants. Mais la façon dont cette péréquation est organisée est le lieu d'une tension permanente entre deux conceptions : celle qui y voit d'abord un marché, qu'il faut ouvrir à la concurrence entre prestataires de services ; et celle qui y voit d'abord l'expression de solidarités professionnelles, dont il faut encourager l'exercice. Dans une *perspective de libre concurrence*, la péréquation repose exclusivement sur des techniques actuarielles d'agrégation statistique des risques, c'est-à-dire sur un pur calcul de probabilités. Relevant de la gouvernance par les nombres, elle ignore les liens entre les personnes pour réduire ces dernières à des facteurs de risques. Dans une *perspective de solidarité*, la péréquation des risques a pour fonction, non seulement de doter chacun de certaines garanties, mais

7. Cf. P. Durand, « Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale », *Dr. soc.* 1960. 42.

8. Cf. J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 17<sup>e</sup> éd., 2011, p. 1030 s. ; J. Barthélémy, « Les fondamentaux du droit de la "PSC" », *Dr. soc.* 2013. 873 s.

9. C. trav., art. L. 2221-1, aux termes duquel le livre de ce code consacré à la négociation et aux accords collectifs « définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail *ainsi que de leurs garanties sociales.* »

10. CSS, art. L. 911-1 s.

11. Cf. la liste non exhaustive figurant à l'article L. 911-2 CSS.

12. C. trav., art. L. 6111-1 s.

aussi de compenser les inégalités de fortune et d'exposition à ces risques. Autrement dit elle tient compte de la règle « de chacun selon ses capacités, à chacun selon ses besoins ».

Ce principe ressort clairement aujourd'hui encore de la définition légale des mutuelles qui « sont des personnes morales de droit privé à but non lucratif » menant « notamment au moyen des cotisations versées par leurs membres, et dans l'intérêt de ces derniers et de leurs ayants droit, une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide, dans les conditions prévues par leurs statuts, afin de contribuer au développement culturel, moral, intellectuel et physique de leurs membres et à l'amélioration de leurs conditions de vie »<sup>13</sup>. Au sein d'une mutuelle professionnelle, le montant des cotisations dépendra ainsi du montant des revenus et non pas du degré d'exposition au risque, en sorte que les mieux rémunérés ou les mieux portants acceptent de payer pour les moins rémunérés et les mal portants. L'idée de secours mutuel implique ce type d'échanges, qui est fondé sur l'entraide et non sur un calcul d'utilité individuelle. Seul ce type de péréquation fondée sur l'entraide au sein d'une communauté de personnes constitue véritablement une « mutualisation » des risques. Ce qui échappe à l'entendement de la doctrine *Law and Economics* et à son anthropologie rustique de l'individu mû par le seul calcul de son intérêt. D'où la confusion aujourd'hui entretenue plus ou moins innocemment entre mutualisation et agrégation des risques.

La crise du statut salarial hérité du fordisme, avec son cortège de chômage et d'emplois précaires, conduit depuis une vingtaine d'années à l'essor de sécurités situées « au-delà de l'emploi » qui suivent le salarié tout au long de sa vie professionnelle. Pour que le salarié soit à tout moment et en tout lieu mobilisable et réactif, on le dote de garanties qui tendent à se détacher de l'appartenance à une entreprise déterminée, pour s'attacher à sa seule personne. La manière d'organiser ces sécurités n'est évidemment pas la même selon qu'on les conçoit en termes de flexibilité ou bien d'état professionnel des personnes. La « flexicurité » promue par la Commission européenne est indexée sur les besoins supposés du Marché et vise à y adapter les êtres humains. L'état professionnel est indexé sur la créativité des hommes et vise à construire un Droit et une économie qui leur permettent de l'exprimer. La flexicurité conduit à raisonner en termes de flexibilité, d'efficacité économique, de Marché, de capital humain et d'employabilité. L'état professionnel des personnes conduit à raisonner en termes de liberté, de justice sociale, de Droit, de travail et de capacité. L'évolution du droit positif résulte d'une tension entre ces deux orientations, la première pesant aujourd'hui d'un poids infiniment plus lourd que la seconde<sup>14</sup>.

13. C. mut., art. L. 111-1. Cf. J.-P. Laborde, « La solidarité entre adhésion et affiliation », in A. Supiot (dir.) *Enquête sur le principe juridique de solidarité*, O. Jacob, coll. « Travaux du Collège de France », 2015, p. 109-123.

14. Cf. F. Gaudu, « La Sécurité sociale professionnelle, un seul lit pour deux rêves », *Dr. soc.* 2007. 393.

L'adaptabilité au marché et l'attribution de nouveaux droits attachés à la personne sont donc les deux faces d'une même médaille, qui se donnent à voir dans le dispositif de « sécurisation de l'emploi » introduit par l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 (ANI) et la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013. En contrepartie de la plus grande flexibilité de l'emploi accordée aux entreprises, la loi a étendu à tous les salariés le droit à une couverture complémentaire des risques de maladie, de maternité et d'accident. Il s'agissait moins de leur donner de « nouveaux droits individuels pour la sécurisation des parcours » que de les aider à faire face à la dégradation des prises en charge des dépenses de santé par la sécurité sociale<sup>15</sup>. La question s'est donc posée de savoir quel type de privatisation serait privilégié : fallait-il favoriser plutôt la libre concurrence et le marché de l'assurance, ou bien la solidarité et les organismes à but non lucratif ? Cette seconde voie est celle à laquelle s'étaient ralliés les signataires de l'ANI, bientôt suivis par le législateur. L'un des objectifs affichés de la loi est de permettre aux partenaires sociaux de « prévoir l'institution de garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité et comprenant à ce titre des prestations à caractère non directement contributif, pouvant notamment prendre la forme d'une prise en charge partielle ou totale de la cotisation pour certains salariés ou anciens salariés, d'une politique de prévention ou de prestations d'action sociale »<sup>16</sup>.

Cette notion de « degré élevé de solidarité » n'a pas été introduite par hasard : elle se réfère de façon transparente à la définition qu'en a donnée la Cour de Justice de l'Union européenne dans son arrêt *AG2R Prévoyance* du 3 mars 2011. Appelée à se prononcer sur la légalité du régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé instauré dans le secteur de la boulangerie, la Cour a considéré qu'il relevait du champ d'application du principe de solidarité, dès lors qu'il était « financé par des cotisations au montant forfaitaire, et dont, partant, le taux n'est pas proportionnel au risque assuré »<sup>17</sup>. Et elle a précisé que possédaient un « degré élevé de solidarité » les régimes qui ne prenaient pas en considération des éléments tels que l'âge, l'état de santé ou les risques particuliers inhérents au poste de travail occupé par le salarié assuré ou qui assuraient le service de certaines prestations indépendamment du paiement des cotisations dues.

Faisant application de cette notion de « degré élevé de solidarité », la loi maintenait le droit des partenaires sociaux de désigner un organisme unique pour toutes les entreprises d'une branche professionnelle donnée (clauses de désignation) et d'obliger les entreprises déjà assurées ailleurs à migrer vers l'organisme ainsi désigné (clauses de migration). D'abord reconnue par la

15. Sur cette dégradation, v. D. Tabuteau. *Démocratie sanitaire. Les nouveaux défis de la politique de santé*, O. Jacob, 2013, préf. J.-J. Dupeyroux, 304 p.

16. CSS, art. L. 912-1 (réd. Loi n° 2013-1203 du 23 déc. 2013 – art. 14 (V)).

17. CJUE 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance c/ Beaudout Père et fils SARL*, aff. C 437/09. V. J. Barthélémy, « Clauses de désignation et de migration au regard du droit communautaire de la concurrence », JS Lamy 2011, no 296.

Cour de cassation<sup>18</sup>, la validité de ces clauses avait été consacrée en 1994 par le législateur dans l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale. Saisie de la conformité au droit de la concurrence de ces clauses de désignation et de migration, la Cour de Justice européenne en a donc reconnu la validité dès lors qu'elles visent à mettre en œuvre un « degré élevé de solidarité »<sup>19</sup>. En effet a jugé la Cour, en l'absence de telles clauses l'organisme assureur qui est obligé d'offrir une couverture dans les conditions prévues par l'accord « risquerait d'être confronté à une défection des assurés présentant des risques restreints, ceux-ci se tournant vers des entreprises offrant, en ce qui les concerne, des garanties comparables, voire meilleures, pour des cotisations moins élevées. Dans ces conditions, la part croissante des "mauvais risques" qu'il incomberait à (cet organisme) de couvrir provoquerait une hausse du coût des garanties, de sorte qu'il ne pourrait plus proposer une couverture de même qualité à un prix acceptable »<sup>20</sup>. Dès lors que le haut degré de solidarité d'un régime fait peser sur l'organisme gestionnaire des contraintes auxquelles échappent ses concurrents, il est donc justifié de lui accorder l'exclusivité de cette gestion, sans qu'aucune dispense d'affiliation ne soit possible. Dans la mesure où elles mettent en œuvre le principe de solidarité, les clauses de désignation et de migration ne sont donc constitutives en droit européen ni d'une entente prohibée (TFUE, art. 101), ni d'un abus de position dominante (art. 102) ni d'une infraction aux règles régissant les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général (art. 106)

Pour prévenir les critiques des partisans d'une totale libéralisation du marché de la prévoyance, la loi sur la sécurisation de l'emploi avait entouré le recours à ces clauses d'un certain nombre de précautions nouvelles, destinées à faire jouer la concurrence entre opérateurs. Cette mise en concurrence devait être réalisée dans des conditions de transparence, d'impartialité et d'égalité de traitement entre les candidats et selon des modalités destinées à garantir une publicité préalable suffisante, à prévenir les conflits d'intérêts et à déterminer les modalités de suivi du contrat. Le législateur pouvait légitimement penser avoir ainsi trouvé un équilibre entre les bienfaits de la concurrence et l'instauration d'une solidarité entre les entreprises de la branche.

En dépit de ces garanties, la possibilité de convenir au niveau des branches de clauses de désignation ou de migration a été vivement combattue par les sociétés d'assurances, dont le *lobbying* a été efficacement relayé

18. Soc. 10 mars 1994, *INPR*, n° 91-11516.

19. CJCE 21 sept. 1999, *Albany*, aff. C-67/96 ; CJUE 3 mars 2011, *AG2R*, aff. C 437/09, préc., qui étend cette solution aux « clauses de migration » obligeant les entreprises antérieurement assurées ailleurs à migrer vers l'organisme désigné. Sur cette jurisprudence, v. J.-F. Akandji-Kombé, « Clauses de désignation et de migration en matière de prévoyance et de retraite, droit de négociation et liberté économique », *Dr. soc.* 2013. 880-886.

20. CJUE 3 mars 2011, aff. C-437/09, v. J. Barthélémy, « Clauses de désignation et de migration au regard du droit communautaire de la concurrence », *JS Lamy* 2011, n° 296.

par l'Autorité de la concurrence<sup>21</sup> et par un certain nombre de parlementaires, qui ont déféré cette disposition devant le Conseil constitutionnel. Et à la surprise générale des spécialistes de droit social, ce dernier a saisi cette occasion pour déclarer inconstitutionnelles non seulement les dispositions qui lui étaient déférées, mais l'ensemble des dispositions qui depuis 1994 légalisaient ce type de clauses. Ceci au motif que « si le législateur peut porter atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle dans un but de mutualisation des risques, (...) il ne saurait porter à ces libertés une atteinte d'une nature telle que l'entreprise soit liée avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini »<sup>22</sup>. Cet arrêt dynamite donc la base légale d'une mutualisation des risques au niveau des branches professionnelles, et tend à évincer ainsi le principe de solidarité du domaine de l'assurance maladie complémentaire. D'une décision l'autre, le Conseil affiche depuis quelques années un mélange d'économisme et d'inculture sociale qui tranche avec les positions équilibrées adoptées sur des sujets semblables par ses homologues européens<sup>23</sup>.

Sa conception de la liberté d'entreprendre répond certes à celle des assureurs, mais elle est tout à fait contraire à celle défendue par les représentants des petits entrepreneurs concernés par sa décision. Selon M. Patrick Liébus, représentant de l'Union Professionnelle artisanale à la négociation de l'ANI du 11 janvier 2013, « ce sont les entreprises artisanales qui sont les grandes perdantes. Une telle décision place les TPE du bâtiment dans une situation de vulnérabilité au regard des démarches et des pressions de toutes natures que ne manquera pas d'exercer sur elles le secteur de l'assurance<sup>24</sup> ».

Quant à l'argument selon lequel on ne saurait imposer à l'entreprise un contractant qu'elle n'a pas choisi, il vaudrait *a fortiori* pour chaque salarié, à qui l'article L. 912-2 impose un assureur sans que le Conseil y trouve à redire. Il ne fait pas de doute que cet argument sera invoqué par des salariés riches ou en bonne santé, pour s'émanciper à leur tour de toute forme de solidarité à l'échelle de l'entreprise et s'assurer à moindre coût sur le marché de la santé<sup>25</sup>. Les compagnies d'assurances n'ont pas manqué de jouer sur cette corde dans leurs campagnes publicitaires, comme en témoigne celle de

21. Autorité de la concurrence, Avis n° 13-A-11 du 29 mars 2013. Cette Autorité a depuis longtemps pris pour cible le caractère « anticoncurrentiel » des conventions collectives étendues, allant au-delà des restrictions déjà sévères imposées par le droit européen.

22. Cons. const. 13 juin 2013, n° 2013-672 DC.

23. V. not. ses décisions n° 2014-384 DC du 29 mars 2014 censurant la Loi Florange et n° 2014-698 DC du 6 août 2014 censurant la réduction des cotisations sociales des bas salaires.

24. [www.batiactu.com/edito/complementaire-sante---le-conseil-constitutionnel--35457.php](http://www.batiactu.com/edito/complementaire-sante---le-conseil-constitutionnel--35457.php)

25. Sur cet « effet papillon » de la décision du Conseil constitutionnel, v. l'excellente analyse de L. Lautrette, « Justification, conditions et limites de la résistance d'un salarié à son affiliation à l'assureur intervenant dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2013. 887-894.

*Thélem assurances* sur le thème « Pourquoi payer comme un malade quand je ne suis pas malade ? » Pourquoi, en effet ?

Le Conseil constitutionnel a ainsi répondu à l'appel, lancé il y a quelques années par l'un des anciens dirigeants de la Fédération Française des Sociétés d'Assurance, M. Denis Kessler, de « défaire méthodiquement le programme du Conseil National de la Résistance »<sup>26</sup>. Aux lendemains de la guerre, les fondateurs de notre système de protection sociale, au premier rang desquels Pierre Laroque, avaient eu pleinement conscience du besoin de compléter la sécurité sociale par des dispositifs de pur droit privé. Et ils avaient institué à cette fin des mécanismes de solidarité civile, sans but lucratif et gérés démocratiquement. C'est cet héritage que le Conseil constitutionnel a rayé d'un trait de plume pour consacrer la solution exactement contraire et métamorphoser l'assurance maladie complémentaire en marché lucratif pour les opérateurs financiers<sup>27</sup>.

Quoiqu'on pense de l'opportunité de cette politique jurisprudentielle, on est en droit d'attendre d'une instance gardienne de la Constitution, lorsqu'elle fait prévaloir sa volonté sur celle des élus de la République et des partenaires sociaux, qu'elle les motive en prenant en considération tous les principes en cause, et pas seulement les libertés économiques. Respecter ce minimum argumentatif aurait amené en l'espèce le Conseil constitutionnel à s'expliquer, comme l'a fait le juge européen, sur la mise en œuvre des deux principes suivants, qui découlent du caractère social de la République (art. 1<sup>er</sup> de la Constitution).

En premier lieu *le principe de solidarité*. Il suffit de comparer la motivation du Conseil constitutionnel à celle de la CJUE, pourtant peu suspecte d'hostilité à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, pour que cette liquidation de la solidarité saute aux yeux. Là où la Cour de Justice s'est longuement efforcée de définir le principe de solidarité afin de le concilier avec les libertés économiques, le Conseil constitutionnel n'en dit pas un mot<sup>28</sup>. On cherche vainement ce mot « solidarité » dans une décision relative à une loi qui conformément aux principes de la République sociale, entendait permettre aux partenaires sociaux de mettre en œuvre un « haut degré de solidarité »<sup>29</sup>. Ce « haut degré » désigne la possibilité d'édifier un *régime*

26. D. Kessler, « Adieu 1945, raccrochons notre pays au monde ! » *Challenges*, 4 oct. 2007.

27. Cf. J. Barthélémy, « Le concept de garantie sociale confronté à l'article L. 1 du Code du travail et à la décision des sages du 13 juin 2013 », *Dr. soc.* 2013. 673-679 ; J.-P. Chau-chard, « Deux enseignements à propos de la généralisation de la couverture complémentaire santé », *Dr. ouvrier* 2013. 626-637 ; B. Scrisay, « La protection complémentaire après la décision du Conseil constitutionnel », *Sem. soc. Lamy* 2013, n° 1592, p. 13.

28. Sur la portée constitutionnelle attachée dans le passé à « l'exigence de solidarité nationale » par le Conseil, v. décis. 96-387 DC du 21 janv. 1997, *Prestation spécifique de dépendance*, consid. 10 et 11.

29. Toute référence à la solidarité, est aussi absente des commentaires favorables à la décision du Conseil constitutionnel tel celui de MM. D. Rousseau et D. Rigaud, « Gé-

de protection sociale au niveau d'une branche professionnelle, c'est-à-dire un « pot commun » à toutes les entreprises et salariés de cette branche<sup>30</sup>. La solidarité civile dont le législateur voulait ainsi permettre l'exercice devait prolonger le « principe de la solidarité nationale » sous l'égide duquel est placé le Code de la sécurité sociale, dont relevait la disposition litigieuse.

C'est en second lieu le *principe de démocratie économique et sociale* qui est enterré par le Conseil constitutionnel. Principe à valeur constitutionnelle, qui englobe le droit de défendre ses intérêts par l'action syndicale et celui de participer à la détermination collective des conditions de travail<sup>31</sup>. Les garanties collectives de protection sociale font partie de ces conditions de travail et leur gestion au sein d'organismes à but non lucratif gérés par des représentants des salariés assurés était depuis 60 ans l'un des lieux d'exercice de cette démocratie économique et sociale. C'est cette gestion démocratique que le Conseil interdit pour confier aux employeurs le soin de décider qui profitera de la manne des cotisations. Cette atteinte au droit à la négociation collective et aux libertés syndicales ne manquera pas de susciter devant les instances européennes (Comité européen des droits sociaux, Cour de Justice)<sup>32</sup> ou internationales (Comité d'experts de l'OIT) des recours, dont on peut espérer qu'ils prospéreront.

La décision du Conseil constitutionnel s'inscrit dans la politique néolibérale, qui loin de revenir sur les prélèvements obligatoires, en détourne le produit en direction des marchés. À l'instigation de la Banque Mondiale, cette opération a été conduite à grande échelle en matière de retraite dans les nombreux pays qui ont abandonné les régimes par répartition au profit de systèmes de capitalisation<sup>33</sup>. Cette conversion de la solidarité collective en épargne obligatoire a été l'un des principaux facteurs du pouvoir acquis par les marchés financiers sur les entreprises et la politique économique des États. Le domaine de la santé représente évidemment un nouvel eldorado à conquérir, ce qui suppose ici encore de remplacer la solidarité par le marché. On comprend dans ce contexte le « deux poids, deux mesures » qui conduit le Conseil constitutionnel à être aussi attentif à la liberté contractuelle des employeurs qu'indifférent celle des salariés. Saisi en 2012 de la constitutionnalité de l'article L. 3122-6 du Code du travail, qui permet d'imposer par accord collectif une répartition des horaires contraire aux stipulations des contrats individuels de travail, il a ainsi estimé que « cette modulation du temps de travail étant destiné à permettre l'adaptation du temps de travail

néralisation de la prévoyance complémentaire, Loi et Constitution », *Dr. soc.* 2013. 680.

30. Cf. J.-J. Dupeyrou, « Les exigences de la solidarité. Observations sur la désignation d'une institution déterminée pour la gestion d'un régime complémentaire de prévoyance », *Dr. soc.* 1990. 741.

31. Alinéas 6 et 8 du Préambule de la Constitution de 1946.

32. Cf. J. Barthélémy, « Protection sociale complémentaire. La survie des clauses de désignation », *Dr. soc.* 2014, n° 10.

33. V. World Bank *Averting the Old Ages Crisis. Policies to Protect Old and Promote Growth*, OUP, 1994, 402 pages.

des salariés aux évolutions des rythmes de production de l'entreprise », il y avait là « un motif d'intérêt général suffisant », justifiant l'atteinte à la liberté contractuelle<sup>34</sup>.

Les avatars de la généralisation de l'assurance maladie complémentaire sont riches d'enseignements, dans la mesure où ils ont mis en lumière deux conceptions différentes des droits destinés à sécuriser les parcours professionnels. La conception retenue par le législateur était celle de *garanties collectives s'exerçant individuellement*. Ces garanties sont collectives non seulement en raison de la nature de l'acte qui les crée (une convention ou un accord collectif), mais aussi en raison de la liberté reconnue aux signataires de ces conventions de fonder ces droits sur un régime de solidarité, géré par les représentants de ceux qui le financent. Les droits individuels destinés à protéger le salarié tout au long de sa vie professionnelle sont alors fondés sur ces régimes. Il s'agit donc de droits sociaux. La conception imposée par le Conseil constitutionnel est au contraire celle de droits purement individuels, qui ne peuvent procéder d'un régime de solidarité entre les membres d'une même profession, mais prennent la forme d'une créance sur un organisme financier ou un assureur. Autrement dit, il ne s'agit plus à proprement parler de droits sociaux, mais de *droits patrimoniaux*, fondés sur la capitalisation et non sur la solidarité.

Or l'expérience acquise pour d'autres garanties sociales montre que le respect du principe de solidarité est indispensable pour éviter *l'effet Matthieu*, et rendre ces garanties véritablement efficaces. C'est ce que montrent notamment les évolutions les plus récentes du droit de la formation professionnelle. Consacrée par l'alinéa 13 du Préambule de 1946, la garantie d'un égal accès à la formation professionnelle a été organisée en 1971 sous la forme d'un *marché de la formation*, plutôt que d'un service public (comme l'éducation nationale) ou d'un régime de solidarité à but non lucratif. Sur ce marché régulé par la négociation collective de branche et par les services de l'État et les Régions, se rencontrent donc la demande de formation des entreprises et l'offre des dispensateurs de formation. En dépit des nombreuses réformes dont ce système complexe et opaque a fait l'objet depuis 1971, il a engendré de grandes inégalités dans l'accès la formation<sup>35</sup>. Au point que les partenaires sociaux (ANI du 18 décembre 2013) et le législateur (loi du 5 mars 2014), s'efforcent aujourd'hui d'y introduire le principe de solidarité, afin d'en faire bénéficier les PME, les chômeurs et les salariés modestes ou précaires. Cette expérience montre la dynamique inégalitaire où engage l'éviction du principe de solidarité. Il est malheureusement prévisible que la décision du Conseil constitutionnel en matière de complémentaires santé aura des effets semblables.

34. Cons. const. 15 mars 2012, n° 2012-649 DC.

35. Cf. le diagnostic accablant établi par le Sénat lors des travaux préparatoires de la loi du 4 mars 2014 Sénat, Rapport Jeannerot n° 359 (2013-2014), déposé le 12 févr. 2014.