

ÉTUDES ET COMMENTAIRES



Mutualisation: de quoi parlons-nous ¹ ?

par Alain Supiot, Professeur au Collège de France

L'essentiel > Selon qu'on la prend dans son sens juridique ou dans son sens économique, la mutualisation se présente tantôt comme une liberté collective et tantôt comme une technique de répartition des risques. La confusion entretenue entre ces deux sens a servi depuis trente ans à présenter le marché de l'assurance comme un agent de la solidarité, et à justifier ainsi la soumission de la liberté syndicale et de la liberté de négociation collective au principe de la libre concurrence. Mais il n'est pas de mutualisation concevable sans base institutionnelle et l'idée de société assurantielle, pourvoyeuse de sécurité par le calcul, est un mirage. Comme le montre la vieille distinction du jeu et de l'assurance, cette dernière n'est légitime que dans des limites que seul le droit peut tracer.

726

Toute l'œuvre d'André Masson témoigne de ce que l'économie peut apporter à la compréhension de l'État social, dès lors qu'elle s'ouvre aux autres sciences sociales et ne cède pas à sa pente normative. Dans son beau livre paru en 2009 sur les liens et transferts entre générations ², il a ainsi montré que l'État n'a nullement le monopole des solidarités et que son sort demeure étroitement lié à celles qui s'exercent dans le cadre familial. Ce livre met aussi en lumière la variété des modes d'articulation de ces deux types de solidarité, qui varient selon l'histoire et la culture propre de chaque pays.

Au moment de rendre hommage à l'ami et à l'économiste distingué, j'ai pensé qu'il pourrait trouver distrayantes les divagations d'un juriste sur une notion qui se trouve elle aussi à l'articulation de la solidarité nationale et des « solidarités civiles »: la notion de « mutualisation ». Du point de vue juridique, on ne peut en effet qu'être frappé par la polysémie de cette notion, employée aussi bien en droit qu'en économie, mais avec des sens passablement différents. Du moins jusqu'à une période récente, car cette polysémie peut conduire à brouiller les frontières entre ce qui relève de la solidarité et ce qui relève du marché de l'assurance. La confusion ainsi créée et entretenue n'est pas sans dangers, mais elle n'est pas non plus sans remèdes, sur lesquels il conviendra de s'interroger.

I - Les deux sens de la mutualisation

Selon qu'on la prend dans son sens juridique ou dans son sens économique, la mutualisation se présente tantôt comme une liberté collective et tantôt comme une technique de répartition des risques.

A - La mutualisation comme liberté collective

Tout comme « mutuelle » ou « mutualité », « mutualisation », dérive de la racine latine « mutu » et plus précisément du mot *mutuus* qui désigne ce qui se fait par voie de réciprocité et d'échange. Mais pas n'importe quel échange: le droit romain distingue, d'une part, le *mutuum*, qui est un prêt à titre gratuit, et, d'autre part, le *faenus*, qui est un emprunt à titre onéreux ³. Le *mutuum* est un contrat par lequel une partie prête une chose ou une somme d'argent à une autre, qui devra lui en rendre un jour l'exact équivalent, sans avoir à payer d'intérêts ⁴. La seule obligation juridique du bénéficiaire étant de restituer la chose ou la somme reçue, le *mutuum* semble ne présenter aucun intérêt pour le prêteur. C'est vrai en droit mais pas en pratique, car celui qui a ainsi bénéficié un jour d'un service gratuit pourra être amené à le rendre, le cas échéant, plus tard. Le *mutuum* est ainsi la source possible d'un lien personnel, où

(1) Ce texte est issu d'une contribution aux Journées en l'honneur d'A. Masson: Épargne, patrimoine et inégalités (PSE, EHESS, CNRS), Paris, Caisse des dépôts, 21 mai 2015. (2) A. Masson, Des liens et des transferts entre générations, Paris, EHESS, 2009, 460 p. (3) A. Ernout et A. Meillet, Dictionnaire étymologique de la langue latine, Paris, Klincksieck, 2001, p. 426, v° *Muto*. (4) V. F. Girard, Manuel de droit romain, Paris, Rousseau, 5^e éd., 1911, p. 507-514.

chacun peut tour à tour être tenu à charge de revanche et d'où toute idée de but lucratif est exclue. Quelque chose donc qui pourrait faire penser au *giri* japonais, cette dette morale qui oblige à rendre un bienfait pour un bienfait, dont on sait l'importance pratique considérable qu'il conserve à l'ombre des catégories contractuelles importées d'Occident⁵. Ce type de montage évoque aussi, bien sûr, les obligations de donner, recevoir et rendre, mises en évidence par Mauss. On en trouve encore des manifestations en droit contemporain, telles que l'entraide entre agriculteurs. Ayant pour objet « des échanges de services en travail et en moyens d'exploitation » et pouvant « être occasionnelle, temporaire ou intervenir d'une manière régulière », l'entraide est qualifiée de contrat à titre gratuit par le code rural⁶. Gratuité, réciprocité, étirement dans le temps : l'entraide agricole réunit les principaux traits d'une mutualisation, même si le législateur n'emploie pas le mot. Une structure semblable se retrouve dans plusieurs occurrences législatives du terme de « mutualisation », à propos de conventions ayant pour objet la mise en commun à titre gratuit d'un certain nombre de services, d'informations ou d'équipement⁷.

Mais l'accès juridique principal à la notion de mutualisation se trouve ailleurs : dans le code de la mutualité, qui s'ouvre - en son article L. 111-1 - sur la définition suivante des mutuelles :

« Les mutuelles sont des personnes morales de *droit privé à but non lucratif* (...). Elles mènent, 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 ».

Cette définition est aussi impérative qu'exclusive, puisque la loi interdit de donner toute appellation comportant les termes : « mutuel », « mutuelle », « mutualité » ou « mutualiste » à des organismes qui ne sont pas régis par les dispositions du code de la mutualité⁸. Certaines institutions échappent toutefois à cette interdiction, telles les « assurances mutuelles » régies par le code des assurances ou les banques mutualistes et coopératives, régies par le code monétaire et financier, qui ne retiennent de la mutualité que la dimension associative⁹.

Au regard de cette définition, la mutualisation est donc l'objet propre d'institutions, dont les principales caractéristiques sont :

- *L'adhésion volontaire* : la mutuelle est une institution de droit privé, qui suppose la libre adhésion de ceux qui ne sont ni des clients, ni des assujettis, mais ses membres ;

- *la gestion démocratique* : ces membres sont censés administrer cette institution par l'intermédiaire de leurs représentants ;
- *le but non lucratif* : les excédents éventuels se traduiront en principe par une baisse des cotisations, à l'inverse des pertes ;
- *la finalité sociale* : les mutuelles visent « au développement culturel moral, intellectuel et physique de leurs membres et à l'amélioration de leurs conditions de vie ». En application du droit européen, le législateur impose toutefois aux mutuelles de se spécialiser, soit dans les opérations d'assurance, soit dans les œuvres sociales ;
- *la mise en œuvre du principe de solidarité* : les mutuelles peuvent moduler le montant des cotisations en fonction du revenu ou de la durée d'appartenance de leurs membres, mais pas en fonction de leur degré d'exposition au risque (charges familiales, de leur âge ou de leur état de santé)¹⁰.

Ce type d'institution est né à la vie juridique dans le sillage de la Révolution de 1848, à laquelle on doit aussi l'inscription de la fraternité dans la devise républicaine. Rompant avec la répression organisée depuis 1789, la loi autorisa, en 1850, la constitution des sociétés de secours mutuel et un décret de 1852 organisa le soutien de l'État à celles qui se soumettaient à son contrôle. Jusqu'à ce que le législateur reconnaisse, en 1884, la liberté syndicale, elles ont été le lieu d'une forme clandestine de syndicalisme, d'où les liens durables tissés entre ces deux types de liberté collective. À rebours de l'étatisme qui a dominé la gauche politique et syndicale, le mutualisme occupe une place majeure dans un courant de pensée qui, depuis Proudhon, n'a cessé d'irriguer la culture politique et juridique française. Cela éclaire les rapports tumultueux que la mutualité a entretenus, tant avec la sécurité sociale qu'avec les compagnies d'assurances. Et, plus récemment, avec l'Union européenne, dont le système cognitif repose sur une dichotomie État/marché ne laissant guère de place à ce qu'on appelle, en France, l'économie sociale et solidaire. Le code de la mutualité a été refondu en 2001 pour tenir compte de cet état de droit, et aussi du souhait d'une partie des dirigeants de la mutualité de prendre part au marché unique de l'assurance.

Mais c'est bien comme liberté collective que la mutualité continue de se présenter en droit français. Complémentaire de la liberté syndicale et de la liberté d'association, cette liberté permet aux individus de s'organiser par eux-mêmes, en établissant entre eux une solidarité qui les garantit contre certains risques de l'existence. Ainsi entendue dans son sens juridique, la mutualisation consiste à instituer sur une base volontaire une solidarité face aux risques.

(5) I. Kitamura, Une esquisse psychanalytique de l'homme juridique au Japon, RID comp. 1987. 791, repris in T. Awaji et alli, Études de droit japonais, Paris, Société de législation comparée, 1989, p. 25 s. (6) Art. L. 325-1 c. rur. (7) V., par ex., art L. 321-7 c. énergie, prévoyant un périmètre de mutualisation des postes du réseau public de transport d'électricité ; art. L. 213-16 CCIA, prévoyant, entre exploitants et distributeurs, des contrats de mutualisation du financement des équipes de projection numérique ; art. L. 411-8-1 CCH, prévoyant des conventions de mutualisation financière entre sociétés d'HLM pour la réalisation de programmes de construction ou de réhabilitation, etc. (8) Art. L. 112-2 c. mut. (9) Art. L. 322-26-1 c. assur. ; art. L. 511-9 et 512-1 s. c. mon. fin. La vocation sociale de ces établissements s'est beaucoup estompée au fil du temps et les dispositions légales qui les régissent n'apportent rien à la définition du mutualisme ou de la mutualisation, dont elles ne gardent que quelques traits organisationnels. (10) Art. L. 112-1 c. mut.

B - La mutualisation comme technique financière

On chercherait vainement le mot « mutualisation » dans le code des assurances. Il n'y figure pas. Cependant, il est fréquemment utilisé pour désigner la compensation des risques auxquels procèdent les assureurs sur la base de calculs de probabilité. Ainsi, l'opération d'assurance est-elle classiquement définie comme celle par laquelle l'assureur regroupe au sein d'une mutualité une pluralité d'assurés exposés à la réalisation de certains risques, pour que se réalise une compensation entre les risques sinistrés et ceux pour lesquels l'assureur aura perçu une prime sans avoir dû régler des prestations¹¹. Les spécialistes du droit de l'assurance s'accordent à dire qu'elle repose sur « une mutualisation des risques », qui suppose de la part de l'assureur un calcul de probabilités lui permettant de donner une base objective au montant des primes d'assurance. Pour être précis et fiable, ce calcul doit lui-même reposer sur une base statistique suffisante, qui permette d'identifier des risques de même nature et de procéder à une sélection des « bons » et des « mauvais » risques, afin d'exclure ces derniers du périmètre de l'assurance ou de les soumettre à des primes plus élevées¹².

La mutualisation désigne donc, sous ce second sens, une technique de compensation financière, sans laquelle l'assureur ne pourrait faire face aux obligations qu'il a souscrites vis-à-vis des assurés. Cette mutualisation est au cœur des métiers de l'assurance, mais ne se manifeste contractuellement que sous la forme du montant de la prime due par l'assuré, qui dépend du calcul de probabilités effectué par l'assureur. Apparu au XVII^e siècle, ce type de calcul a connu un grand essor au XVIII^e siècle¹³, et c'est ce progrès des capacités de calcul qui a permis d'étendre le champ de l'assurance, au-delà du domaine du commerce maritime, où elle était cantonnée depuis l'Antiquité grecque.

Du point de vue juridique, cette extension a assez rapidement posé la question de la distinction entre, d'une part, l'assurance licite, qu'il fallait reconnaître et organiser, et, d'autre part, des jeux et des paris, qu'il convenait au contraire d'ignorer ou d'interdire. Aux origines du calcul des probabilités il y a en effet - déjà chez Pascal - le souci de répondre à des questions qui se posent autour d'une table de jeux¹⁴. Or on ne peut distinguer le pari et l'assurance sans prendre en considération l'intention des parties au contrat. Selon qu'elles cherchent à se prémunir de la réalisation d'un risque ou à spéculer sur elle, leur contrat sera donc jugé ou non licite. Le Parlement britannique est le premier à être intervenu en ce sens. Pour mettre fin à une pratique consistant, sous couvert d'assurance, à parier sur la vie d'autrui, il adopta, en 1774, le *Gambling Act*, encore

aujourd'hui en vigueur sous le nom de *Life Assurance Act*. Son article 1^{er} dispose ainsi :

« À compter de l'adoption de cette loi, aucune assurance ne devra être prise par une ou plusieurs personnes, des organismes publics ou des organes d'une société, sur la vie d'une ou plusieurs personnes, ou sur un ou plusieurs événements quels qu'ils soient, pour lesquels la personne ou les personnes à l'usage, au profit, ou pour le compte desquelles cette police ou ces polices seraient souscrites, n'en percevraient aucun intérêt, ou sur la base de jeux ou de paris ; toute assurance contraire à l'intention et au sens véritables de la présente disposition sera nulle et non avenue à quelques fins que ce soit »¹⁵.

Le critère de légitimité de l'assurance vie est ici l'intérêt légitime de l'assuré. Cet intérêt fait défaut dans le cas du pari inspiré par le jeu ou la spéculation. Le droit français opère une distinction semblable. L'assurance et le pari sont tous deux qualifiés de contrat aléatoire par l'article 1964 du code civil, mais ils se distinguent par l'existence ou l'inexistence d'une cause licite de ce contrat. Au moment de présenter cet article au corps législatif, Portalis affirmait ainsi qu'« il est une grande différence entre un contrat qui dépend d'un événement incertain et un contrat *qui n'a pour cause que l'incertitude* quelconque d'un événement »¹⁶. Dans le cas de l'assurance - qui, en 1804, relevait encore du droit maritime - le contrat répond à deux autres motifs : d'une part, « le fait que l'on ne s'expose à garantir [l'argent] des autres que moyennant un prix proportionné aux chances que l'on court » ; et, d'autre part, « la facilité que les assureurs donnent à l'assuré de faire promptement de grandes affaires et en grand nombre »¹⁷. Ces deux considérations économiques donnent au contrat d'assurance la cause licite qui fait défaut aux paris.

À une récente exception près - celle du « mécanisme de mutualisation » instauré entre banquiers, assureurs et mutuelles pour permettre aux malades et handicapés d'accéder au crédit¹⁸ -, la loi n'emploie jamais la notion de mutualisation sous ce sens technique d'une garantie fondée sur un calcul de probabilités. Mais la mutualisation, ainsi entendue comme mécanisme de compensation financière, n'en constitue pas moins la base des métiers de l'assurance.

Il y a donc mutualisation et mutualisation : d'une part, une mutualisation fondée sur la solidarité volontaire, qui est une liberté collective régie par le code de la mutualité et dont l'exercice ne doit pas donner lieu à discrimination¹⁹ ; et, d'autre part, une mutualisation des risques, fondée sur un calcul des proba-

(11) V. P. Petauton, L'opération d'assurance : définitions et principes, in Encyclopédie de l'assurance, Litec, 1997, p. 427. (12) M. Chagny et L. Perdrix, Droit des assurances, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2013, n° 30-31, p. 31. (13) V. L. Daston, *Classical Probability in the Enlightenment*, Princeton University Press, 1988, 2^e éd., 1995, 423 p. (14) *Ibid.* p. 60 s. (15) « From and after the passing of this Act no insurance shall be made by any person or persons, bodies politic or corporate, on the life or lives of any person, or persons, or on any other event or events whatsoever, wherein the person or persons for whose use, benefit, or on whose account such policy or policies shall be made, shall have no interest, or by way of gaming or wagering ; and every assurance made contrary to the true intent and meaning hereof shall be null and void to all intents and purposes whatsoever ». (16) Portalis, in A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, Paris, Videococq, 1836, t. XIV, p. 538. (17) *Ibid.*, p. 539. (18) Art. L. 1141-2-1 CSP (art. 14 Ord. n° 2013-544, 27 juin 2013). (19) Le code du travail (art. L. 1132-1 et L. 1132-4) frappe de nullité toute discrimination fondée sur les activités mutualistes d'un salarié.

bilités, qui est une technique constitutive des métiers de l'assurance. Entre ces deux sens différents, il y a des ponts et des recoupements : d'un côté, beaucoup de mutuelles ont pour objet d'assurer leurs adhérents ; de l'autre, la loi étend aux assureurs certaines obligations de non-discrimination inspirées du principe de solidarité²⁰. Et, entre mutuelles, banques et assurances, se trouvent quelques institutions hybrides : les banques coopératives ou les assurances mutuelles, qui empruntent au mutualisme certains de ses principes organisationnels.

II - D'une mutualisation l'autre

L'empire exercé par les libertés économiques sur toute autre considération juridique a conduit, depuis trente ans, à un déplacement progressif de la mutualisation solidaire à la mutualisation financière. Ce déplacement a d'abord été doctrinal avant d'être législatif et jurisprudentiel.

Dans son maître-livre consacré il y a trente ans à la naissance de *L'État providence*²¹, François Ewald se référait ainsi à la « mutualisation des risques » pour récuser toute différence de nature entre assurances sociales et assurances privées. Il n'y a pas lieu, écrivait-il, de les trop opposer « parce que ces deux types d'institutions utilisent les mêmes techniques du risque, qu'elles procèdent les unes et les autres par mutualisation et répartition de la charge de ces risques (...). Aussi bien pourrait-on dire que dans le vaste champ de la sécurité "sociale", c'est-à-dire de la sécurité socialisée par le biais de l'assurance, ce qu'on appelle communément la sécurité sociale n'occupe qu'une partie »²². Procédant également d'une « mutualisation » des risques, l'assurance privée serait donc parfaitement apte à prendre en charge ceux qui relèvent de la sécurité sociale. Il n'y a alors plus qu'un pas à franchir pour décider que le choix entre l'une et l'autre doit finalement dépendre de leur coût relatif, tel qu'il s'exprime sur le marché.

Le raisonnement valait *a fortiori* pour la protection sociale complémentaire²³. Lorsqu'il a instauré la sécurité sociale en 1945, le législateur avait permis aux partenaires sociaux de créer, par voie de convention collective, des institutions paritaires à but non lucratif destinées à assurer cette protection²⁴. Ces institutions intervenaient à côté des mutuelles. En revanche, les assurances à but lucratif furent exclues du champ de la prévoyance complémentaire, tout entière soumise aux principes de solidarité volon-

taire 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. Une série de réformes, dont la loi Évin n° 89-1009 du 31 décembre 1989, ont progressivement soumis aux mêmes règles prudentielles 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 mutuelles²⁵. La distinction entre les deux sens de la mutualisation tend alors à s'effacer, au profit de son seul sens financier.

Cet effacement est toutefois freiné par la liberté syndicale et la liberté de négociation collective. Autorisant les partenaires sociaux à donner la préférence à une mutualisation solidaire, ces libertés restreignent le champ de la libre concurrence. La question se pose donc de savoir lesquelles de ces libertés ont la prééminence sur l'autre : libertés collectives garanties par le droit du travail ou libertés économiques garanties par le droit commercial ? Depuis 2007 et ses arrêts *Laval* et *Viking*²⁶, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) donne clairement la prééminence aux libertés économiques. En 2010, elle a appliqué cette jurisprudence à un dispositif d'épargne retraite instauré par la convention collective des employés communaux allemands²⁷. Étendant aux partenaires sociaux de ce secteur le champ d'application des directives « marchés publics »²⁸, la Cour les a obligés à recourir au marché de l'assurance pour gérer ce dispositif. Le gouvernement allemand faisait valoir que cette mise sur le marché ne serait pas compatible avec le principe de solidarité que les partenaires sociaux avaient entendu mettre en œuvre. Argument rejeté par la Cour, selon laquelle : « la préservation de ces éléments de solidarité n'est pas, par nature, inconciliable avec l'application d'une procédure de passation de marché. La mutualisation des risques, sur laquelle repose toute activité d'assurance, peut, en effet, être garantie par un organisme ou une entreprise d'assurance sélectionnés au terme d'un appel d'offres au niveau de l'Union »²⁹.

Ici encore, le recours à la « mutualisation », telle une baguette magique, permet de transformer le marché de l'assurance en agent de la solidarité, et de justifier ainsi la soumission de la liberté syndicale et de la liberté de négociation collective au principe de la libre concurrence.

(20) Par ex., dans le cas de la grossesse ou de la maternité (art. L. 111-7 c. assur.) ou bien des « contrats responsables et solidaires » en matière de complémentaire santé. (21) F. Ewald, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, 608 p. (22) *Ibid.*, p. 390. (23) Sur cette notion, V. G. Lyon-Caen, *La prévoyance*, Paris, Dalloz, 1994, 126 p. (24) V. P. Durand, *Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale*, Dr. soc. 1960. 42. (25) V. J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto et R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Précis Dalloz, 17^e éd., 2011, p. 1030 s. ; J. Barthélémy, *Les fondamentaux du droit de la « PSC »*, Dr. soc. 2013. 873. (26) CJCE 18 déc. 2007, aff. C-341/05, et 11 déc. 2007, aff. C-438/05, D. 2008. 2560, obs. L. d'Avout, 3038, obs. M. Schmitt, et 2009. 1547, chron. B. Edelman ; AJDA 2008. 240, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; Dr. soc. 2008. 210, note P. Chaumette ; RDT 2008. 80, étude S. Robin-Olivier et E. Pataut ; Rev. crit. DIP 2008. 356, note H. Muir Watt, et 781, étude M. Fallon ; RTD com. 2008. 445, obs. G. Jazottes ; RTD eur. 2008. 47, note P. Rodière, 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez, et 2015. 258, obs. A. Defossez. (27) CJUE, gde ch., 15 juill. 2010, aff. C-271/08, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, AJDA 2010. 1578, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; Dr. soc. 2010. 1233, note F. Kessler ; RTD eur. 2010. 673, chron. S. Robin-Olivier, et 2011. 435, obs. A. Lawrence Durvieux. (28) V., depuis le 1^{er} févr. 2006, les dispositions combinées des art. 20 et 23 à 55 Dir. 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JOCE 30 avr., n° L 134, p. 114). (29) *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, préc., Dr. soc. 2010. 1233, note F. Kessler, § 58.

En revanche, dans un arrêt plus récent, concernant cette fois le secteur privé, la Cour européenne a admis la légalité d'une clause de désignation contenue dans une convention collective de branche, au motif que l'institution partiaire ainsi désignée gérait un régime de remboursement de soins de santé « caractérisé par un degré élevé de solidarité »³⁰. Cette qualification résulte du fait que ce régime était financé par des cotisations au montant forfaitaire, dont le taux n'était pas proportionnel au risque assuré³¹ et que, dans certains cas, les prestations étaient servies indépendamment du paiement des cotisations dues³². Dans cet arrêt, réapparaît la distinction des « institutions de mutualisation », fondées sur la solidarité, et des entreprises d'assurances³³.

Comme on le sait, cette concession faite aux libertés collectives et au principe de solidarité n'a pas résisté en France à l'intégrisme concurrentiel du Conseil constitutionnel. Suivant l'avis de l'Autorité de la concurrence, le Conseil a censuré sur ce point la loi généralisant la couverture complémentaire santé. Alors que le législateur s'était pourtant expressément référé au concept européen de « degré élevé de solidarité » pour autoriser des clauses de désignation dans les conventions de branche, la disposition a été déclarée contraire à la liberté contractuelle des employeurs. Pour dynamiser la base légale des clauses de désignation (anc. art. L. 912-1 CSS), le Conseil a considéré que ces clauses « portent à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi de mutualisation des risques »³⁴. Le Conseil constitutionnel ne se réfère à aucun moment au « degré élevé de solidarité », qui, aux yeux du législateur ou de la Cour européenne, peut justifier le cantonnement de la libre concurrence. Il ne cherche pas davantage à masquer l'éviction du principe de solidarité par une supposée équivalence fonctionnelle des différentes formes de mutualisation. Au nom de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle, il se contente d'écarter l'une au profit de l'autre. *Exit* donc la mutualisation fondée sur la solidarité, au profit de la seule mutualisation financière opérée sur le marché de l'assurance.

III - Les bases institutionnelles de la mutualisation

La mutualisation fait ainsi, aujourd'hui, l'objet d'un traitement paradoxal : vénérée comme technique indispensable à la société assurantielle, elle est condamnée comme instrument de mise en œuvre du principe juridique de solidarité. Pour comprendre ce traitement paradoxal, il faut faire un détour par l'analyse d'un dispositif qui est au cœur de la « société assurantielle » contem-

poraine : celui de l'assurance des risques de crédits, par le recours à la titrisation ou aux produits dérivés.

Tout le monde sait - ou devrait savoir - la place monstrueuse prise en peu d'années par ce type de dispositifs dans l'activité des grandes banques et compagnies d'assurances. Le montant des encours des produits dérivés détenus hors bilan par les banques dites « systémiques » a atteint, en 2012, le montant inimaginable de 720 324 milliards de dollars, soit quinze fois le montant de leurs bilans et dix fois le produit intérieur brut mondial³⁵. Le point de départ du recours à ce type de produits a été la disparition des taux de change fixes en 1971, c'est-à-dire la disparition à l'échelle mondiale de garants de la valeur des monnaies. Celle-ci s'apprécie depuis lors en temps instantané sur les marchés financiers, qui ont eux-mêmes été dérégulés et décloisonnés. Durant la même période, les politiques néolibérales ont conduit au gonflement des dettes publiques et à l'expansion d'un marché obligataire lui-même internationalisé et dérégulé. Ce recul général de la loi au profit du contrat a exposé les opérateurs économiques à des risques de change ou à des risques de défaut, dont ils cherchent à se couvrir en recourant à la titrisation de leurs créances ou aux produits dérivés.

La titrisation permet de convertir une créance en un bien économique négociable. Son expansion se heurte aux règles subordonnant les cessions de contrat à l'accord du cédé. Aussi s'est-on efforcé de démanteler ces règles au motif que « l'objectivation de l'obligation permet précisément d'en organiser l'exploitation comme s'il s'agissait d'un bien, ce qui permet d'en optimiser la valeur ; le tout dans un cadre juridique sûr car *répondant plus aux règles de la mécanique qu'à d'incertaines considérations de psychologie* »³⁶. Cet argument est très révélateur de la tendance plus générale consistant à écarter d'une opération de crédit la considération de la personne du débiteur³⁷. Cette dépersonnalisation est une caractéristique essentielle de la gouvernance par les nombres, qui réduit le sujet de droit à une unité de calcul. Bien sûr, on ne peut oublier tout à fait que toutes les créances ne se valent pas, mais on a cru pouvoir compenser les bonnes et les mauvaises en recourant à des produits dits « structurés », qui mutualisent les risques de défaut. Ce procédé a été promu par la théorie économique, selon laquelle plus le nombre d'individus acceptant de porter un risque est important, moins celui-ci est lourd à supporter³⁸. Usant des ressources juridiques du *trust*, ils ont pris la forme en pays de *common law* de *Special Purpose Vehicles* (SPV), de fonds communs de titrisation, qui mutualisent dans un même produit diverses catégories de créances de nature et de qualités diffé-

(30) CJUE 3 mars 2011, aff. C-437/09, *AG2R Prévoyance c/ Beaudout Père et fils SARL*, § 52, AJDA 2011. 1007, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; RFDA 2011. 1225, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; RSC 2012. 315, chron. L. Idot ; RTD eur. 2011. 829, obs. J.-B. Blaise. (31) *Ibid.*, § 47-50. (32) *Ibid.*, § 51. (33) *Ibid.*, §. 55, 58 et 61. (34) Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, § 13, D. 2014. 1516, obs. N. Jacquinot et A. Mangiavillano ; Dr. soc. 2013. 673, étude J. Barthélémy, 680, étude D. Rousseau et D. Rigaud, 2014. 464, chron. S. Hennion, M. Del Sol, P. Pierre et M. Hallopeau, et 1057, étude J. Barthélémy ; Constitutions 2013. 400, chron. A.-L. Cassard-Valembos ; RTD civ. 2013. 832, obs. H. Barbier. (35) F. Morin, *L'hydre mondiale. L'oligopole bancaire*, Montréal, Lux, 2015, p. 37-38. (36) L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Décembre 2004-juin 2005 : embellie pour la sécurité des affaires, *Droit et patrimoine* oct. 2005. 99. Nous soulignons. (37) Le droit du travail a été pionnier en ce domaine avec l'interdiction faite aux salariés de s'opposer au transfert de leur contrat en cas de cession de l'entreprise. (38) V. V. Catillon, *Le droit dans les crises bancaires et financières systémiques*, Paris, LGDJ, 2011, coll. *Droit & économie*, p. 107.

rentes, sous la seule condition qu'elles soient productives d'un *cash-flow* régulier.

Les produits dérivés ont, quant à eux, pour caractéristique de transmettre un risque sans affecter la propriété de la chose sous-jacente à ce risque³⁹. En principe, ils se distinguent de l'assurance par le fait que le risque qu'ils couvrent ne relève pas forcément d'un calcul de probabilités et ne se limite pas au défaut de paiement, mais peut avoir - et a en fait le plus souvent pour objet les conséquences dommageables des variations des taux de change ou des valeurs obligataires. Par ailleurs, le règlement de ces contrats - dits de « *swaps* » - s'opère le plus souvent sur la base d'une compensation à échéance régulière, calculée en fonction des variations de taux d'intérêt ou de change dont on veut se couvrir. Enfin, la partie qui transfère ainsi un risque peut n'être pas réellement exposée à ce risque, mais spéculer sur la survenance d'un événement aléatoire⁴⁰.

Aux confins des opérations de banque et d'assurance s'est ainsi développé un marché du risque, sur lequel il est possible de spéculer, chacun de ces produits financiers pouvant devenir à son tour un « sous-jacent » et faire l'objet d'une couverture du risque de dépréciation. Ce marché est hautement spéculatif et nous expose tous à des catastrophes financières dont la crise des *sub-primes* de 2008 a donné une première manifestation. Cette crise a confirmé les impasses où conduit le solipsisme économique⁴¹, c'est-à-dire la tentative de bouclage autoréférentiel des opérations de calcul économique sur elles-mêmes, indépendamment de toute référence institutionnelle située en surplomb de ces calculs. Pour tenter de se prémunir contre la répétition de la catastrophe, on s'est contenté d'augmenter les exigences de fonds propres des banques et des assurances, s'enfonçant ainsi un peu plus dans la croyance selon laquelle la sécurité économique dépendrait exclusivement des choses et non pas des personnes.

D'un point de vue juridique, il n'est pas de mutualisation concevable sans base institutionnelle et l'idée de société assurantielle, pourvoyeuse de sécurité par le calcul, est un mirage. Car il n'est pas de calcul économique possible sans référence à un gardien de ce qui, dans les sociétés humaines, relève de l'incalculable. Certains calculs économiques sont légitimes et bienfaisants, d'autres non. Il appartient donc au droit de poser les bornes au-delà desquelles ils cessent d'être légitimes. C'est ce que fait la loi, lorsqu'elle adosse la solidarité nationale à l'assujettissement obligatoire des assurés sociaux, là où le calcul individuel d'utilité conduirait à dire - je reprends ici le slogan

publicitaire d'une complémentaire santé : « Pourquoi payer comme un malade si je ne suis pas malade ? ». La solidarité nationale qui fonde la sécurité sociale est autre chose que la solidarité civile qui fonde les mutuelles et autre chose encore que la mutualisation des risques qui fonde l'assurance. Il y a là autant de fils d'un même tissu social que le législateur doit s'employer à tisser. Prétendre réduire ce tissu à un matériau unique, qu'il s'agisse de la solidarité nationale ou de la solidarité civile, ou de la mutualisation financière des risques, serait pareillement voué à l'échec. Le risque le plus grand que court aujourd'hui la mutualisation financière, et donc le monde de l'assurance, n'est certainement pas l'extension de la sécurité sociale ou le renouveau de l'esprit mutualiste, mais bien plutôt l'effacement de la nette distinction que Portalis traçait dans les termes suivants entre l'assurance et le pari.

« Que font donc deux joueurs qui traitent ensemble ? Le désir et l'espoir du gain sont pour chaque partie les seuls mobiles du contrat. Ce désir et cet espoir ne s'attachent à aucune action ; ils ne supposent aucune réciprocité de services : chaque joueur n'espère que de sa fortune, et ne se repose que sur le malheur d'autrui. À la différence des contrats ordinaires qui rapprochent les hommes, les promesses contractées au jeu les divisent et les isolent. On ne peut être heureux au jeu que de l'infortune des autres ; tout sentiment naturel est étouffé, tout lien social est rompu (...). On ne peut donc trouver dans les promesses et les contrats dont nous parlons une cause capable de les rendre vraiment obligatoires »⁴².

Faire de la théorie des jeux la pierre de touche de l'organisation économique condamne à transformer ainsi nos sociétés en vastes casinos, où « tout sentiment naturel est étouffé, tout lien social est rompu ». Nous sommes engagés sur cette pente. Le législateur n'ignore certes pas que nombre de produits dérivés ne sont rien d'autre que des paris spéculatifs, relevant de l'article 1965 du code civil, selon lequel « la loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le paiement d'un pari ». Mais l'État contemporain est un « État débiteur »⁴³. Placé dans l'allégeance des marchés financiers, il fait passer leur protection avant celle de sa population. Aussi s'est-il empressé de protéger les opérations spéculatives du risque d'être traités en vulgaires paris, en insérant dans le code monétaire et financier un article L. 211-35 ainsi rédigé : « Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui résultent de contrats financiers, se prévaloir de l'article 1965 du code civil, alors même que ces opérations se résoudraient par le paiement d'une simple différence ».

(39) V. A. Gaudemet, *Les dérivés*, th. Paris 2, Economica, 2010, 328 p. (40) *Ibid.*, p. 9. (41) K. Polanyi, *The Livelihood of Man* (1977), trad. fr. La subsistance de l'homme. La place de l'économie dans l'histoire et la société, Paris, Flammarion, 2011, p. 50 s. (42) Portalis, *loc. cit.*, p. 539. (43) V. W. Streeck, *Gekaufte Zeit. Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus*, Berlin, Suhrkamp, 2013, trad. fr. Du temps acheté. La crise sans cesse ajournée du capitalisme, Paris, Gallimard, 2014, 378 p.