

Réflexions sur la polysémie et la relativité de la notion de contributivité en droit de la protection sociale¹

Lola ISIDRO

Centrale dans le champ de la protection sociale, la contributivité reste une notion peu étudiée en droit. L'analyse des références à la notion et des usages qui en sont faits en droit de la protection sociale aussi bien interne, européen qu'international révèle la polysémie et la grande relativité de la notion de contributivité. Au niveau interne, il s'en dégage une conception bien souvent restrictive conduisant à des oppositions trop tranchées, comme celle entre assurance et solidarité ou entre contributivité et universalité. L'observation du droit international et européen donne à voir une approche plus souple de la contributivité qui n'est pas sans avoir été source de tensions avec le droit français.

The concept of contributivity (« *contributivité* ») is of central importance in the field of social security but has been little studied in the legal field. An analysis of references to the concept and its usage in social security law - domestic, European, international - reveals the polysemy and relativity of the concept of productivity. Domestically, a restrictive interpretation often emerges, leading to overly trenchant distinctions such as between insurance and solidarity, or between contributivity and universality. An examination of European and international law shows a more flexible approach, a source of some tensions with French law.

1. Le droit de la protection sociale est appréhendé ici en tant que renvoyant aux régimes et dispositifs de protection sociale collectifs et obligatoires (principalement sécurité sociale, aide sociale, chômage). La protection sociale complémentaire évoluant dans le cadre d'un marché, nommée aussi parfois « prévoyance », n'est pas comprise dans le champ de l'étude.

Lola Isidro est maîtresse de conférences en droit, Université Paris Nanterre, Irerp EA 4419.

Une certitude : en droit, comme dans d'autres domaines, la contributivité est une notion polysémique et relative. La notion est, du reste, peu étudiée par les juristes ; les écrits d'économistes sont prédominants, y compris dans les revues juridiques (voir par exemple Bichot, 2018).

Classiquement, en droit de la protection sociale, la notion de contributivité renvoie à un mode particulier de financement des prestations. Est qualifiée juridiquement de prestation contributive, la prestation financée par des cotisations sociales. *A contrario*, sera qualifiée de non contributive, la prestation financée par des recettes fiscales.

Souvent considéré comme évident, le lien entre contributivité et cotisation ne va pourtant pas de soi. Du point de vue lexical, le terme de contributivité renvoie d'abord à la notion de contribution, qui est elle-même plus large que celle de cotisation. Si on retient une acception large de la contributivité, les prestations financées par l'impôt devraient être également qualifiées de contributives.

C'est qu'en droit, la notion de contributivité sert moins à décrire le régime d'une prestation qu'à légitimer la titularité du bénéficiaire à l'égard de celle-ci, ou à tout le moins la force de cette titularité. Où l'on retrouve la fonction du droit qui est moins de décrire le réel que de le construire. Plus la prestation serait contributive, plus la titularité serait forte. Le financement par cotisation serait la source d'un droit sur la prestation. Plus encore, à lire certaines analyses, la cotisation serait le prix de la prestation, par opposition aux prestations non contributives qui seraient octroyées gratuitement, sans contrepartie, tout du moins financière. En outre, la contributivité renverrait à un partage, celui entre l'assurance et l'assistance :

« L'assurance sociale forme la catégorie des transferts contributifs intégrant dans ses mécanismes le principe de la contribution/rétribution puisque le salarié, à travers le versement de sa cotisation, s'est en quelque sorte garanti le bénéfice d'un droit social absolu, celui de percevoir des prestations lors des interruptions d'emploi. Transfert octroyé sous condition de ressources, l'assistance sociale (...) est l'aide apportée par les collectivités publiques aux personnes dont les ressources sont insuffisantes. Il s'agit d'un ensemble de prestations en nature ou monétaires, qui constituent pour les collectivités une obligation légale, et qui sont destinées à des personnes dans un état de besoin. Ces prestations sont de ce fait non contributives c'est-à-dire qu'aucune contrepartie n'est exigée de l'assisté » (Daniel, Tuchsirer, 1999:9).

À l'analyse des discours *du* droit – c'est-à-dire du langage issu des sources du droit (loi, jurisprudence...) – et des discours *sur* le droit – c'est-à-dire du langage par lequel le droit est décrit, commenté, interprété –, il apparaît que cette manière d'appréhender la contributivité emporte des enjeux différents lorsque l'on se situe dans l'ordre interne, d'une part (I), et dans l'ordre international, d'autre part (II). En outre, le droit de la protection sociale européen et international est moins investi sur le plan doctrinal, l'analyse

est ainsi moins aiguillée, ce qui invite à distinguer les différents ordres juridiques. Aux deux niveaux néanmoins, on retrouve la polysémie et la relativité de la notion de contributivité, ce qui est parfois source de tensions entre droit national et droit supranational.

I. Dans l'ordre interne

Dans l'ordre interne (national), la notion de contributivité est au cœur d'une classification qui fait figure de lieu commun en droit de la protection sociale et qui consiste en la distinction entre assurance (contributive) et solidarité (non contributive), la solidarité renvoyant alors aux prestations obéissant à une logique assistantielle. Par exemple, l'article L. 135-1 du Code de la sécurité sociale (CSS) relatif au Fonds de solidarité vieillesse (FSV) énonce :

« Il est créé un fonds dont la mission est de prendre en charge les avantages d'assurance vieillesse à caractère non contributif relevant de la solidarité nationale. »

Mais plus qu'une distinction purement juridique², c'est une opposition relevant davantage du discours politique qui est à l'œuvre. Opposition dont les effets ne sont pas anodins puisqu'elle aboutit à scinder la collectivité des bénéficiaires de la protection sociale en fonction du degré de leur contributivité, entre ceux qui sont suffisamment insérés dans le monde du travail, qui cotisent et qui sont, à ce titre, assurés contre les risques sociaux, et ceux qui sont moins insérés et ne contribuent pas assez ou pas du tout, qui sont de ce fait exclus de l'assurance et renvoyés vers l'assistance (Camaji, 2008, n° 206 s., spéc. 210 ; Borgetto, 2003a), présentée comme l'incarnation de la « solidarité nationale » (I.1). Cette opposition donne à voir une conception réductrice de la solidarité à l'œuvre dans la protection sociale, en limitant celle-ci à l'assistance (I.2). De plus, elle force les traits assurantiels des prestations financées par cotisations (I.3). Enfin, elle ne tient pas compte de la dimension solidaire de la contributivité qui ressort de la définition juridique de la cotisation (I.4), pas plus qu'elle ne s'accorde avec l'universalité à l'œuvre dans la protection sociale (I.5). Ce faisant, elle heurte les principes directeurs de notre système.

I.1. Aux sources du clivage entre assurance et solidarité

L'opposition entre assurance et solidarité est montée en puissance à partir de la fin des années 1970, dans un contexte de critique de l'État social perçu comme entrant en « crise » (Rosanvallon, 1981). À cette époque, des transferts de charges sont opérés en direction des régimes de sécurité sociale afin notamment de financer un certain

2. D'après une recherche en termes d'occurrences sur Légifrance, le terme « contributivité » est absent du Code de la sécurité sociale, et l'adjectif « contributif » donne 18 résultats qui renvoient, pour la quasi-totalité, aux prestations et avantages en matière de vieillesse.

nombre de prestations qui, bien que non financées par des cotisations, constituent des prestations de sécurité sociale, en tant notamment qu'elles sont gérées par les caisses de sécurité sociale et relèvent du contentieux traité par les juridictions de l'ordre judiciaire (telles les allocations logement, le minimum vieillesse... ; Borgetto, 2003a). Cette situation n'est alors pas nécessairement bien vécue par les organisations d'employeurs et de salariés, gestionnaires de la Sécurité sociale au travers des conseils d'administration des caisses. Celles-ci ont le sentiment de supporter des « charges indues », qui ne devraient pas peser sur les comptes de la Sécurité sociale mais sur ceux de l'État, en d'autres termes des dépenses illégitimes. En 1994, Nicolas Dufourcq, alors inspecteur général des finances, rend compte du positionnement syndical (hors CGT) en ces termes :

« La Sécurité sociale doit être gérée par les “représentants des assurés” ; ceci n'est possible que si les ressources des régimes sont exclusivement composées de prélèvements sur les salaires ; or il est impossible de financer de la sorte des dépenses non contributives ; donc la Sécurité sociale n'a pas à frayer avec la solidarité, qui doit être prise en charge, hors champ, par l'État » (Dufourcq, 1994).

1.2. La solidarité réduite à l'assistance

Très présente dans les discours et les écrits, l'opposition entre assurance et solidarité commence à être fortement critiquée à partir des années 1990 (Belorgey, 1995 ; Dufourcq, 1994 ; Borgetto, 2003a:119s. ; Concialdi, 1997 ; Marié, 1997, n° 646 s.). Jean-Michel Belorgey, en particulier, dénonce un « mythe », un « cliché », un « slogan ». De même, Nicolas Dufourcq y voit une « fiction ». Les critiques sont de différentes natures.

Elles reposent sur des considérations techniques d'abord : les recettes de la Sécurité sociale n'ont jamais été exclusivement contributives (Dufourcq, *op. cit.*). Quant aux prestations, même contributives, elles ne sont pas directement proportionnelles aux cotisations versées. Plus encore, les prestations contributives intègrent des éléments non contributifs, telles les périodes non travaillées mais néanmoins assimilées en matière de vieillesse ou de chômage.

C'est précisément, ensuite, la conception de la solidarité, qui sous-tend l'opposition entre cette dernière et l'assurance, qui fait l'objet d'une autre critique, plus théorique. Celle-ci peut être résumée de la façon suivante : opposer assurance et solidarité revient à limiter le jeu de la solidarité. Il est ainsi reproché à la distinction de manquer de pertinence et de présenter une vision tronquée du système de protection sociale français qui, au contraire de ce que donne à voir l'opposition entre assurance et solidarité, est tout entier fondé sur cette dernière. À ce titre, et pour redonner à la solidarité sa place dans le système d'assurance comme dans celui d'assistance, Michel Borgetto propose de distinguer une « “solidarité de participation” supposant l'inscription dans un groupe

socio-professionnel » et une solidarité qui, s'articulant autour de la notion de « citoyen », est qualifiée « d'appartenance » en tant qu'elle « repose sur le simple fait d'être membre de la collectivité » (Borgetto, 2003a).

En outre, il est fait grief à la distinction de rendre compte d'une conception limitée de la redistribution, en restreignant celle-ci au domaine de l'assistance et en réduisant l'assurance, et partant la sécurité sociale, à une simple technique de mutualisation des risques. La possibilité d'une redistribution verticale dans le cadre d'un système assurantiel serait écartée ; une telle redistribution ne pourrait être à l'œuvre que dans l'assistance. Ce faisant, contributivité se verrait opposée à redistribution (Elbaum, 2016).

Cette dernière conclusion doit être, et a été, contredite car il ne fait pas de doute que la solidarité irrigue aussi bien l'assistance que l'assurance sociale, de manière variable certes selon que la solidarité renvoie à un principe ou à une technique³. On peut ici se reporter avec profit aux travaux de Laure Camaji qui distingue deux sens de la solidarité dans le discours du droit de la protection sociale : un sens faible qui correspond à la solidarité comme technique de mutualisation des risques et du financement des besoins et un sens fort qui renvoie à la solidarité comme principe organisant une redistribution des richesses (Camaji, 2008, n° 186-202). Qu'elle relève davantage de la technique ou du principe, la solidarité est bien présente dans l'assurance comme dans l'assistance. Comme le retient le Conseil d'orientation des retraites : « La notion de solidarité renvoie au sens dans lequel sont opérées les redistributions, selon qu'elles bénéficient ou non à des publics visés par un objectif de redistribution » (Cor, 2018:3).

Dès lors, reléguer la solidarité à l'assistance revient à procéder à une forme de stigmatisation des bénéficiaires de l'aide sociale et plus largement des prestations s'inscrivant dans cette logique (allocation aux adultes handicapés (AAH), allocation de solidarité aux personnes âgées (Aspa)... ; Camaji, 2008, n° 206 s., spéc. 210 ; Borgetto, 2003a:122). Comme le souligne Michel Borgetto, la société se retrouve alors « dualisée en un groupe de productifs capables d'entrer dans les dispositifs contributifs et un groupe de « faiblement productifs » ou « d'inemployables » condamnés à subsister de la solidarité fiscalisée » (Borgetto, *ibid.*). À l'évidence, la dualisation s'accroît encore lorsque les personnes n'exercent pas d'activité professionnelle. S'opposent alors les « bons actifs » et les « désaffiliés » (Camaji, *op. cit.*, n° 210). Seuls les premiers seraient légitimes à bénéficier de prestations contributives d'un niveau satisfaisant. Des prestations contributives qui se révèlent de surcroît, au fil des réformes, de plus en plus contributives.

3. Sur ce dernier point, qui renvoie à la polysémie du concept de solidarité, voir Borgetto (2001, 2003b). Le professeur identifie trois visages de la solidarité : la solidarité comme situation de fait exprimant les liens d'interdépendance au sein d'un groupe, la solidarité comme mécanisme juridique impliquant, au regard précisément des liens d'interdépendance, l'existence d'une obligation solidaire, et la solidarité comme principe, ou encore prescription, qui « impose d'agir en vue, précisément de consacrer ou de renforcer ce rapport de dépendance ».

I.3. Des assurances sociales toujours plus contributives : l'exemple du chômage

La réforme de l'assurance chômage de 2019-2021 offre une illustration particulièrement saisissante d'une contributivité sans cesse renforcée.

La prise en charge du chômage en France (Grégoire, Vivès, 2021a, 2021b) repose sur un système qualifié précisément de dual. Depuis 1984⁴, il existe en effet un régime d'assurance chômage qui verse à titre principal une allocation d'assurance aux demandeurs d'emploi – aujourd'hui, l'allocation d'aide au retour à l'emploi (ARE) – et un régime d'assistance (dit encore « régime de solidarité ») qui, subsidiaire, verse une allocation aux chômeurs démunis en fin de droits, l'allocation de solidarité spécifique (ASS)⁵. Tandis que l'ARE est principalement financée par des cotisations⁶ et gérée (encore pour le moment) par les organisations syndicales et patronales réunies au sein de l'Union nationale interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce (Unédic⁷), l'ASS est financée par de l'impôt et relève de la compétence de l'État, l'Unédic la gérant pour le compte de ce dernier.

Depuis les années 1980, le régime d'assurance chômage repose sur une logique contributive particulièrement stricte qui s'incarne depuis 2009⁸ dans la règle suivante : « un jour travaillé = un jour indemnisé », dans la limite actuelle d'au moins 6 mois – durée correspondant à la durée d'affiliation minimum permettant d'ouvrir des droits – et de maximum 24 mois pour les moins de 53 ans, 30 mois pour les assurés âgés de 53 et 54 ans, et 36 mois pour les 55 ans et plus, sous réserve de la contracyclicité en vigueur depuis le 1^{er} février 2023 (voir *infra*). Nonobstant les durées minimales et maximales et les variations en fonction de l'âge, pareille règle instaure à l'évidence un lien très étroit entre cotisation (un jour travaillé étant un jour cotisé) et prestation : la durée de cotisation (ou durée d'assurance) détermine la durée de versement de l'allocation chômage (dans la limite d'un plafond). Une telle règle reflète en outre une contributivité renforcée quand on la compare, par exemple, au régime applicable en matière de prestations maladie. La durée de versement des indemnités journalières de sécurité sociale en cas d'arrêt maladie n'est en effet pas alignée sur la durée de cotisation préalable. Les prestations sont versées

4. Ordonnance n° 84-198 du 21 mars 1984 relative au revenu de remplacement des travailleurs involontairement privés d'emploi et portant modification du Code du travail.

5. Dans son discours de politique générale du 31 janvier 2024, le Premier ministre, Gabriel Attal, a annoncé vouloir supprimer l'ASS qu'il a qualifiée de « trappe à inactivité ».

6. La part salariale des cotisations chômage a été supprimée au 1^{er} octobre 2018 au profit de l'affectation à l'Union nationale interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce (Unédic) du relèvement de la CSG (LFSS pour 2018, art. 8).

7. L'Unédic, gérée par les partenaires sociaux, est chargée, en coopération avec France Travail (ex-Pôle emploi), de la gestion du régime d'assurance chômage et fixe les modalités d'indemnisation.

8. ANI du 23 décembre 2008 relatif à l'indemnisation du chômage.

dans une certaine limite temporelle certes⁹, mais, dans ce délai, elles le sont tant que le salarié se trouve dans l'incapacité de reprendre une activité. C'est ce qui conduit Laure Camaji à souligner que « le principe de contributivité est donc susceptible de fonder le droit à l'indemnisation dans une couverture assurantielle mais il est loin d'être le seul. D'autres considérations peuvent tout à fait entrer en jeu, parmi lesquelles se trouvent l'intensité et la durée d'exposition aux risques, ou plus simplement encore, la finalité d'assurer un revenu de remplacement décent aux assurés sociaux » (Camaji, 2020:296).

Dans l'assurance chômage, c'est toutefois bien le « principe de contributivité » qui prime. Or, une réforme est intervenue en 2019 qui a approfondi ce principe, celui-ci ayant un impact déterminant non seulement sur la durée d'indemnisation mais également sur le montant de l'allocation perçue (Grégoire, Vivès, 2021b). Le décret du 26 juillet 2019¹⁰, pris à la suite de la loi « Avenir professionnel » du 14 septembre 2018 et de l'échec des négociations de la convention d'assurance chômage qui s'en est suivi, a en effet modifié la formule de calcul de la base de calcul de l'ARE. Jusque là, l'ARE était calculée sur la base d'un salaire journalier de référence (SJR) qui était obtenu en additionnant les salaires perçus dans une période de référence de 12 mois précédant le dernier jour travaillé et payé et en divisant cette somme par le nombre de jours travaillés (eux-mêmes multipliés par un coefficient)¹¹. Le décret de 2019¹² prévoit que la somme des salaires est divisée par le nombre de jours calendaires dans la période de référence, qu'ils soient ou non travaillés. En outre, la période de référence débute le premier jour du premier contrat et se termine le dernier jour du dernier contrat précédant l'inscription sur la liste des demandeurs d'emploi dans une période de référence pouvant désormais aller jusqu'à 24 mois. Malgré le maintien de l'appellation « SJR », l'ARE n'est donc plus calculée sur la base d'un salaire journalier de référence mais d'un revenu moyen de référence.

Quelle est l'incidence de ce changement ? Pour les salariés dont l'emploi est continu, elle est nulle. Tout autre est la situation des salariés dont l'emploi est discontinu, les salariés précaires, appelés les « permittents »¹³. Ceux-ci subissent mécaniquement une diminution de leur allocation, leurs salaires étant dilués dans la période de référence qui comprend des périodes non travaillées¹⁴. Les récentes données produites par l'Unédic,

9. En principe de 3 années. CSS, art. R. 323-1.

10. Décret n° 2019-797 relatif au régime d'assurance chômage.

11. $SJR = \text{salaire de référence} / (\text{nombre de jours travaillés} \times 1,4)$. Le coefficient d'1,4 permet de ne pas dépasser 261 jours travaillés dans la période de référence, ce qui correspond à un temps complet sur l'année.

12. Finalement entré en vigueur, s'agissant notamment du SJR, après plusieurs reports dus à la crise sanitaire, le 1^{er} octobre 2021 (décret n° 2021-151 du 29 septembre fixant la date d'entrée en vigueur de certaines dispositions du régime d'assurance chômage).

13. Voir la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, à l'origine de la réforme de l'assurance chômage, titre 2, chap. 1, section 2 : « Lutter contre la précarité et la permittance ».

14. Certaines périodes non travaillées sont toutefois neutralisées automatiquement (maladie, maternité, paternité, adoption) ou à la demande de l'allocataire (congé parental d'éducation, mi-temps thérapeutique, congés de fin de carrière, périodes pendant lesquelles le salarié aidant familial a réduit son temps de travail pour s'occuper d'un proche).

dans le cadre de la négociation de l'éventuelle future convention d'assurance chômage le confirment : les demandeurs d'emploi affectés par la réforme du SJR ont vu leur allocation baisser en moyenne de 16 %¹⁵. En outre, la baisse est plus ou moins importante selon la répartition des jours travaillés dans la période de 24 mois ; la période s'ouvrant dès la conclusion d'un premier contrat, si celui-ci est très court et n'est pas suivi rapidement d'un autre contrat, le nombre de jours non travaillés pris en compte sera particulièrement élevé.

Dans son principe, la diminution est telle que l'allocation chômage ne constitue plus une garantie de salaire mais en vient à prendre les traits d'une « garantie minimale de ressource » (Camaji, 2020:297). Toujours selon l'Unédic¹⁶, en 2022, 45 % des allocataires ont ouvert un droit avec une allocation journalière inférieure à l'allocation dite « minimale », contre 27 % en 2019. Où l'on retrouve la dualisation entre les bénéficiaires de prestations sociales : « La nature duale de l'allocation servie par l'Unédic serait consacrée : un salaire continué pour les travailleurs en emploi permanent, une garantie minimale de ressources pour les travailleurs en emploi discontinu » (Camaji, 2020:298). Plus que jamais, la contributivité apparaît donc être une affaire de degrés : plus on contribue (sous forme de cotisations), plus on a de droits¹⁷. À l'inverse, plus on est au chômage, moins on est protégé (à la différence de ce que l'on peut observer en matière d'assurance maladie).

Cette logique se retrouvait déjà dans le dispositif des droits dits « rechargeables » créé en 2013¹⁸ et mis en œuvre par la convention d'assurance chômage de 2014. L'article 3 de la convention résumait ainsi la philosophie du dispositif : « plus une personne travaille [avant que ses droits soient épuisés], plus elle accumule de droits à l'assurance chômage ». L'idée est en effet que toute période travaillée, même de courte durée, et ayant pris fin indépendamment de la volonté du salarié, a vocation à permettre un « rechargement » des droits à l'allocation chômage en cours de service. Le mécanisme des droits rechargeables existe toujours mais la réforme de 2019-2021, poursuivant un objectif de lutte contre les contrats de travail dits « courts » (Isidro, 2021), a entendu le modifier. Jusque-là, pour permettre un rechargement, la reprise d'emploi devait avoir été d'une durée minimum de 150 heures, soit un mois. Conformément à l'objectif précité, la réforme l'a fait passer à 910 heures, soit six mois.

15. Unédic, Fiche thématique « Suivi de la réglementation d'assurance chômage à mi-2023 », octobre 2023.

16. Fiche thématique préc.

17. Une autre évolution du régime d'assurance chômage pourrait sembler contredire cette conclusion, à savoir la suppression de la part salariale de la cotisation chômage au profit d'un financement par la CSG. À moins que ce changement ne préfigure un mouvement plus profond vers une réduction générale des allocations chômage. L'allocation forfaitaire de 800 euros octroyée à certains travailleurs indépendants, créée par la loi « Avenir professionnel », constituerait alors une première étape (C. trav, art. L. 5424-24 s. ; Joly, 2018).

18. C. trav, art. L. 5422-2-1.

La réforme de l'assurance chômage initiée en 2018-2019¹⁹ a été âprement défendue par le ministère du Travail, en particulier la modification de la formule de calcul du SJR. Contestée par les grandes centrales syndicales, cette mesure a fait l'objet d'une censure par le Conseil d'État²⁰ dans une décision du 25 novembre 2020. Au terme d'une motivation sans appel, la haute juridiction administrative a relevé qu'« en tenant compte des jours non travaillés au dénominateur du fait des règles qui ont été retenues, le montant du salaire journalier de référence peut désormais, pour un même nombre d'heures de travail, varier du simple au quadruple en fonction de la répartition des périodes d'emploi au cours de la période de référence d'affiliation de 24 mois », si bien qu'« il en résulte, dans certaines hypothèses, en dépit de la contrepartie tenant à la prise en compte des jours non travaillés pour la détermination de la durée d'indemnisation²¹, une différence de traitement manifestement disproportionnée au regard du motif d'intérêt général poursuivi », le Conseil d'État concluant à la violation du principe d'égalité. En réaction, après une supposée concertation avec les organisations syndicales et patronales, le gouvernement, par un nouveau décret²², a réintroduit une modification du calcul du SJR. Pour éviter une minoration excessive du SJR, le texte a prévu que le nombre de jours d'inactivité retenu ne pourra pas être supérieur à 75 % du nombre de jours calendaires correspondant aux périodes d'emploi prises en compte, introduisant ce faisant un plancher. Autrement dit, pour 100 jours travaillés dans la période de référence, il n'est pas possible de retenir plus de 75 jours d'intercontrat.

Par une décision du 22 juin 2021²³, le juge des référés du Conseil d'État, saisi par plusieurs syndicats, a suspendu l'application de ces nouvelles règles au motif que les incertitudes sur la situation économique ne permettaient manifestement pas de mettre en place les nouvelles règles quand bien même celles-ci étaient supposées, selon le gouvernement, favoriser l'emploi durable en rendant moins favorable l'indemnisation du chômage en cas d'emploi discontinu. Dans le communiqué accompagnant la décision, le Conseil d'État souligne qu'appliquer les nouvelles règles pénaliserait particulièrement les salariés précaires « qui subissent plus qu'ils ne choisissent l'alternance entre périodes de travail et périodes d'inactivité ». Mettant en avant l'amélioration de la situation de

19. Qui comprend d'autres points non évoqués ici ; voir notamment Bouilloux (2018), Isidro (2021, *op. cit.*).

20. CE 25 novembre 2020 *CFE-CGC et a.*, n° 434920, 434921, 434931, 434943, 434944, 434960.

21. La réforme a effectivement corrélé la durée d'indemnisation à la période de référence, celle-ci étant de 24 mois au plus et prenant en compte les jours travaillés et non travaillés. Par exemple, une personne ayant travaillé trois mois au début de la période et six mois en fin de période aura droit à une indemnisation pendant 24 mois, là où, auparavant, la durée aurait été de neuf mois (selon la double règle de la prise en compte des jours travaillés dans les 12 derniers mois et d'« un jour cotisé = un jour indemnisé »). La durée d'indemnisation a donc été allongée, avec une indemnisation cependant moindre, ajouté au fait que les demandeurs d'emploi n'épuisent pas nécessairement leurs droits.

22. Décret n° 2021-346 du 30 mars 2021 portant diverses mesures relatives au régime d'assurance chômage.

23. CE ord. 22 juin 2021 *CFE-CGC et a.*, n° 452210, 452805, 452839, 452844, 452865 et 452886, *Droit ouvrier* 2021, p. 401, note Laure Camaji.

l'emploi, le gouvernement a pris un nouveau décret en date du 29 septembre 2021²⁴, entré en vigueur le 1^{er} octobre 2021, reprenant la mesure suspendue en juin. Dans le cadre d'un nouveau recours en référé, le Conseil d'État, considérant que le contexte économique et la tendance générale du marché de l'emploi ne faisaient plus obstacle à l'entrée en vigueur de la nouvelle formule, l'a cette fois validée²⁵, ce qu'il a confirmé par une décision rendue au fond le 15 décembre 2021²⁶.

L'assurance chômage est donc aujourd'hui régie par une conception de la contributivité qui vient forcer les traits assurantiels des prestations sociales financées par cotisations. Dans le même temps, l'incidence de la répartition des périodes travaillées dans la période de référence – c'est-à-dire le fait qu'à quantité égale de jours travaillés et non travaillés, le SJR ne sera pas nécessairement le même – transforme à certains égards la contributivité. C'est moins le fait de cotiser qui importe que de travailler avec une certaine régularité. En outre, la contracyclicité appliquée à la durée d'indemnisation, introduite par la loi du 21 décembre 2022 portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi (C. trav, art. L. 5422-2-2), qui poursuit la réforme de l'assurance chômage engagée lors du premier quinquennat d'Emmanuel Macron, confère une dimension collective à la contributivité. La durée d'indemnisation devient en effet dépendante du contexte économique global, les textes prévoyant une réduction de cette durée de 25 % (sans pouvoir être inférieure à 6 mois) dès lors que le taux de chômage national est inférieur à 9 % et qu'il n'augmente pas de plus de 0,8 point sur un trimestre²⁷. Alors que la contributivité, et surtout son renforcement, est l'expression d'une individualisation de la protection sociale (Camaji, 2022, n° 11 s.), elle est élevée ici à une échelle collective qui, loin de renforcer les droits des bénéficiaires, les amoindrit.

Il faut le reconnaître, la contributivité, ou plutôt les contributivités, à l'œuvre en matière d'assurance chômage sont difficilement synthétisables, ce qui démontre la polysémie et la relativité d'une notion complexe à appréhender. Il reste que l'orientation générale semble être à un renforcement de la contributivité, tendance que l'on peut observer dans d'autres domaines de la protection sociale, comme les retraites par exemple (Concialdi ; Naji, dans ce numéro). Cela tranche avec la définition juridique de la cotisation sociale, empreinte de solidarité.

24. Décret n° 2021-151 du 29 septembre 2021 fixant la date d'entrée en vigueur de certaines dispositions du régime d'assurance chômage.

25. CE ord. 22 octobre 2021 *Unsa et a.*, n° 457300, 457313, 457321, 457337, 457343, 457345.

26. CE 15 décembre 2021, n° 452209.

27. Selon l'Unédic (voir Fiche thématique préc.), la contracyclicité a annulé l'augmentation de la durée d'indemnisation induite par la réforme de 2019-2021.

1.4. La contributivité en tension avec la définition juridique solidaire de la cotisation

Selon le Conseil constitutionnel, depuis une décision du 13 août 1993, les cotisations sont des versements obligatoires d'une nature particulière qui « ouvrent vocation à des droits aux prestations et avantages servis par » les régimes obligatoires de sécurité (et plus largement de protection) sociale²⁸. La définition ainsi posée de la cotisation est centrée sur la relation de celle-ci à la prestation avec, comme clé de lecture, la notion de vocation. Comment comprendre cette « vocation à des droits aux prestations » ? Quelle est la nature, ou encore la teneur, du lien qui existe entre l'obligation de cotiser et le droit aux prestations ? La réponse à cette question permet de saisir la dimension solidaire de la cotisation, et ce faisant de la contributivité.

Laure Camaji (2008), notamment, a entrepris de répondre à cette question en s'intéressant aux fonctions de la cotisation sociale. Selon elle, on peut identifier deux fonctions de la cotisation qui, chacune, permet de comprendre en quoi la cotisation n'ouvre qu'une vocation au droit aux prestations, en d'autres termes en quoi les prestations ne sont pas la « pure et simple contrepartie » (Dupeyroux *et al.*, 2015, n° 259) du versement de cotisations, ou encore en quoi les cotisations ne sont pas le « prix » (Camaji, *op. cit.*, n° 369 s.) des prestations, ce qui tend à remettre en cause l'opposition entre prestations contributives et non contributives.

Tout d'abord, la cotisation est un mode de financement (Camaji, *op. cit.*, n° 383 s.) de la sécurité sociale. Il s'agit là d'une particularité française qui relève d'un choix. Il aurait en effet pu en être autrement en ce sens que les prestations dites « contributives » auraient pu être financées par des ressources fiscales. On assiste au demeurant en France, depuis les années 1990, à une fiscalisation de la sécurité sociale, à travers la CSG²⁹, sans que cela aille, pour le moment à tout le moins, jusqu'à dénaturer la protection que confèrent les prestations faisant l'objet de cette fiscalisation (en particulier les prestations familiales et maladie). N'est-ce pas l'idée qui ressort de la réflexion suivante de Pierre Laroque, formulée peu après la création de la Sécurité sociale ?

« À partir du moment, en effet, où le problème de la sécurité sociale est posé dans le cadre d'une politique d'ensemble et d'un mécanisme général, il importe relativement peu que les ressources destinées à assurer le fonctionnement de ces mécanismes, à couvrir des dépenses de soins, à indemniser les dommages subis, à attribuer les revenus de remplacement, aient leur origine dans des cotisations ou des ressources fiscales. C'est toujours, en effet, l'économie du pays prise dans son ensemble qui supporte cette charge, et ce n'est plus qu'une question d'opportunité économique ou psychologique que

28. La définition a ensuite été reprise par le Conseil d'État : voir CE 6 octobre 1999, n° 200241, *RJS* 12/99, n° 1524 ; *TPS* 1999, comm. 444.

29. Loi n° 90-1168 du 29 décembre 1990 portant loi de finances pour 1991.

de savoir si, pour recouvrer les ressources nécessaires à la couverture de la masse des dépenses de sécurité sociale, il est préférable d'adopter telle méthode plutôt que telle autre » (Laroque, 1948:621).

Il est dans ces conditions difficile de faire de la cotisation le fondement du droit aux prestations, au moins et déjà du point de vue historique.

La cotisation est ensuite une condition d'ouverture nécessaire, mais non suffisante, des droits aux prestations. Par exemple, le versement de cotisations est nécessaire afin de constituer la période d'assurance dans le cadre de l'assurance vieillesse. Néanmoins, c'est l'opération d'identification (Gisti/Comede, 2021) (auparavant, immatriculation), c'est-à-dire l'inscription sur la liste des assurés sociaux, laquelle concrétise l'affiliation, à savoir le rattachement de la personne assurée à un régime déterminé de sécurité sociale³⁰, qui permet la reconnaissance du droit aux prestations, peu important le versement de cotisations. C'est en ce sens que pour la Cour de cassation, un tel versement, sans l'exercice d'une activité salariée ou d'un travail, ne peut « restituer la qualité d'assurée sociale du régime général de la Sécurité sociale³¹ ». Selon l'article L. 111-1 du Code de la sécurité sociale, cette qualité ne s'acquiert donc que par l'exercice d'une activité professionnelle ou la résidence stable et régulière, ou encore pour les mineurs³², par le statut d'ayant droit, situations qui, elles-mêmes, entraînent l'affiliation à un ou plusieurs régimes obligatoires pour les travailleurs et le « rattachement » pour les autres. En ce sens, l'article L. 111-1 du CSS encore, précisément l'alinéa 4, dispose que « cette garantie [celle de la sécurité sociale] s'exerce par l'affiliation des intéressés et le rattachement de leurs ayants droit à un (ou plusieurs) régime(s) obligatoire(s) ». C'est pourquoi on peut en conclure que « le droit aux prestations découle directement de l'affiliation à un régime obligatoire de sécurité sociale ; il n'est pas lié au versement de cotisations » (Camaji, 2008, n° 429).

Juridiquement donc, le versement de cotisations ne suffit pas à garantir un droit aux prestations (Camaji, *op. cit.*, 430 s.) car, pour cela, doivent être remplies d'autres exigences posées en matière d'affiliation à un régime de sécurité sociale³³. Une situation particulière, celle des personnes étrangères, en offre une autre illustration remarquable. C'est d'ailleurs à l'occasion de l'examen de la loi de 1993 relative à la maîtrise de l'immigration que le Conseil constitutionnel a énoncé la définition de la cotisation

30. Sur la distinction entre immatriculation et affiliation, voir Dupeyroux *et al.* (2015, n° 607).

31. Soc. 20 février 1997, n° 95-14681, *Droit social* 1997, p. 647, obs. Yves Saint-Jours.

32. CSS, art. L. 160-2.

33. Dans des décisions ultérieures, le Conseil constitutionnel n'a pas nécessairement repris la notion de vocation : voir par exemple décision n° 2015-460 QPC du 26 mars 2015 *Comité de défense des travailleurs frontaliers du Haut-Rhin et a.* : « Considérant que les cotisations dues par les personnes affiliées au régime général d'assurance maladie en application de l'article L. 380-1 sont des versements à caractère obligatoire ouvrant des droits aux prestations servies par la branche maladie et maternité du régime général de sécurité sociale... » (cons. 13). Une telle absence pourrait laisser croire que la conception de la cotisation s'en voit modifiée. Nous ne le pensons pas ; ce n'est, selon nous, que l'expression d'une facilité de langage.

précitée. Cette loi, dite « Pasqua », a subordonné l'accès des personnes étrangères aux prestations sociales (qu'elles soient de sécurité sociale ou d'aide sociale) à une condition de régularité du séjour en France, sauf exceptions. Depuis lors, pour ouvrir droit aux prestations sociales, les personnes étrangères doivent posséder un titre ou document de séjour, la liste de documents admis variant en outre selon les prestations, de sorte que tel titre ou document de séjour peut permettre de prétendre à une prestation mais pas nécessairement à une autre. C'est sous réserve du respect de cette condition de régularité du séjour que les personnes étrangères peuvent être affiliées à la Sécurité sociale et à d'autres régimes de protection sociale. Si cette condition n'est pas remplie, peu importe que des cotisations aient été ou soient versées, la personne étrangère n'aura droit à aucune prestation financée par lesdites cotisations. Le Code de la sécurité sociale le prévoit expressément à l'article L. 115-6 :

« Les personnes de nationalité étrangère ne peuvent être affiliées à un régime obligatoire de sécurité sociale que si elles remplissent la condition de régularité du séjour prévue à l'article L. 111-2-3.

En cas de méconnaissance des dispositions du premier alinéa et des législations qu'il mentionne, les cotisations restent dues. »

La précision apportée par le second alinéa selon laquelle, dans le cas où la personne étrangère est en situation irrégulière au regard du séjour et/ou du travail – « les cotisations restent dues » – est capitale. Elle signifie que les cotisations versées par la personne étrangère (ou pour son compte) alors qu'elle était en situation régulière ne lui sont pas remboursées lorsque sa situation devient irrégulière, quand bien même une telle circonstance lui interdit de pouvoir prétendre au versement des prestations liées à ces cotisations, par exemple une pension de retraite. Elle implique également que le travailleur sans papiers ayant travaillé et cotisé sous un alias³⁴ n'aura pas droit aux prestations de sécurité sociale qui en découlent. Plus encore, la situation de certaines personnes étrangères qui ne se trouvent pourtant à aucun moment en situation irrégulière donne à voir une déconnexion extrême entre versement de cotisations et droit aux prestations. En effet, certains titres de séjour autorisent à travailler et obligent donc à cotiser mais n'ouvrent pas droit aux prestations, tels les titres de séjour mentions « étudiant », « travailleur temporaire » et « travailleur saisonnier ». Ces titres ne permettent pas l'inscription à Pôle emploi (France Travail depuis le 1^{er} janvier 2024). La rupture est donc nette entre l'acquiescement de cotisations et le bénéfice de prestations. Pour le Conseil constitutionnel, les caisses de sécurité sociale et autres régimes de protection sociale peuvent conserver le bénéfice des cotisations sans que cela tombe sous le coup de l'enrichissement sans cause (notion juridique qui conduirait à retenir que la Sécurité sociale s'enrichirait indûment au détriment des étrangers, « sur leur dos » – ceux-ci

34. C'est-à-dire avec les documents d'identité de quelqu'un d'autre.

s'appauvriraient en s'acquittant de cotisations qui seraient sans cause car ne permettant pas l'accès à des prestations, ce qui justifierait une demande de remboursement).

S'agissant des personnes étrangères, la déconnexion s'avère préjudiciable, mais du point de vue de la mécanique de la solidarité, elle se justifie. Elle est toutefois contestable sur le fondement du principe d'égalité³⁵. En dehors de la situation des étrangers, cela révèle que les cotisations sont versées pour la collectivité avant de l'être pour soi-même, ce qui souligne la dimension solidaire de la contributivité. Pour un autre exemple, concernant aussi bien les Français que les étrangers, on peut relever le régime du cumul emploi-retraite jusqu'à la réforme portée par la LFRSS pour 2023. Les cotisations versées dans le cadre de l'activité reprise après liquidation de la pension de retraite n'auraient aucun droit supplémentaire à pension.

Enfin, les usages qui sont faits de la contributivité, en particulier celui qui conduit à opposer assurance et assistance, ou solidarité, ne résistent pas non plus à un autre principe structurant de la protection sociale, celui d'universalité (Isidro, 2018).

1.5. La contributivité conciliable avec l'universalité

Le rattachement de la distinction entre contributif et non-contributif à l'opposition entre assurance et assistance manque de pertinence. On en veut également pour preuve la position retenue par le Conseil constitutionnel dans sa décision relative à la cotisation due au titre de la protection universelle maladie³⁶. Cette cotisation, appelée « cotisation subsidiaire maladie » (CSM), trouve ses origines dans la loi portant création de la couverture maladie universelle (CMU) de 1999. Par cette loi, la résidence a été érigée en critère d'accès à l'assurance maladie. À défaut d'être affiliées sur critère socio-professionnel (qualité de salarié, d'ayant droit, d'étudiant, etc.), les personnes se sont vues reconnaître le droit aux prestations en nature de l'assurance maladie sur le fondement de leur résidence stable et régulière sur le territoire français. Avec la réforme de la Protection universelle maladie (PUMa) intervenue en 2016, la résidence est plus encore devenue le seul critère alternatif à l'exercice d'une activité professionnelle pour le bénéfice de la prise en charge des frais de santé (nouvelle appellation des prestations en nature)³⁷. Tandis que des cotisations maladie ont continué à être prélevées sur les revenus d'activité, en 1999, le législateur a ainsi créé la CSM³⁸ pour financer les frais de santé des personnes rattachées à l'assurance maladie sur critère de résidence. Depuis, doivent

35. C'est sans remettre en cause la dimension solidaire du financement par cotisations que la situation des personnes étrangères peut être contestée sur le fondement du principe d'égalité. Pour plus de développements sur ce point, voir Isidro (2017, n° 472 s., not. n° 498 s.).

36. Décision n° 2018-735 QPC du 27 septembre 2018, *M. Xavier B. et a.*

37. CSS, art. L. 160-1.

38. CSS, art. L. 380-2.

s'acquitter annuellement de la CSM les personnes n'exerçant pas d'activité professionnelle et dont les revenus (fonciers, de capitaux, etc.) dépassent un certain seuil (50 % du plafond annuel de la Sécurité sociale (PASS)), ou celles exerçant une activité mais dont les revenus tirés de celle-ci sont inférieurs à un certain seuil (20 % du PASS)³⁹. Une question prioritaire de constitutionnalité a été posée à propos de la CSM par des requérants estimant qu'elle constituait une imposition confiscatoire. Dans sa décision rendue en 2018, le Conseil constitutionnel a vu dans la CSM un versement obligatoire affecté au financement des frais de santé auxquels ont droit les personnes rattachées à la PUMA sur critère de résidence, retenant que « la cotisation contestée ne revêt pas le caractère d'une imposition de toute nature » (cons. 13). Ainsi, la CSM a été qualifiée de cotisation. Une cotisation ayant pour particularité de financer une couverture – la prise en charge des frais de santé – universelle, ouverte non seulement aux travailleurs mais aussi aux résidents (stables et réguliers), qui n'obéit plus, ce faisant, à une logique d'assurance sociale. Il n'y a donc pas d'antinomie entre contributivité et universalité. Cela ressortait déjà de la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi CMU où le Conseil avait retenu que les prestations en nature, à la différence des prestations en espèces, avaient un « caractère non contributif⁴⁰ », nonobstant le fait qu'elles soient financées en partie par des cotisations, qu'il s'agisse de cotisations classiques prélevées sur les salaires ou de la CSM.

Juridiquement, de même que l'opposition entre contributivité et solidarité n'est pas pertinente, il ne fait donc pas non plus sens de défendre en droit un antagonisme entre contributivité et universalité.

Lorsque le regard se porte sur le droit supranational, les oppositions se font moins nettes, ce qui souligne qu'elles n'ont rien d'inéluctable.

II. Dans l'ordre international

La notion de contributivité se retrouve dans l'ordre international, c'est-à-dire dans les textes de droit supranational (européen et international). Là aussi, elle fonde une distinction entre prestations contributives et prestations non contributives construite autour du mode de financement des prestations. Cependant, la notion de contributivité renvoie dans ce cadre moins à celle de cotisation que, plus largement, à celle de contribution, voire même de participation, ce qui relativise la distinction entre le contributif et le non-contributif (II.1). Le droit français ne s'est pas nécessairement bien accordé avec cette souplesse (II.2).

39. CSS, art. L. 380-2.

40. Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, cons. 10.

II.1. Une conception plus ouverte de la contributivité

Dans les conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT), tout d'abord, la contributivité apparaît élargie à la notion de participation. Il en est ainsi, par exemple, de la convention n° 128⁴¹ de l'OIT. Pour l'application de ce texte relatif aux prestations d'invalidité, de vieillesse et de survivants, « les termes prestations contributives et prestations non contributives désignent respectivement les prestations dont l'octroi dépend et les prestations dont l'octroi ne dépend pas d'une participation financière directe des personnes protégées ou de leur employeur, ou d'une condition de stage professionnel » (art. 1 (j)). De même, on retrouve l'idée de participation financière directe des personnes protégées dans la convention n° 118 sur l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale⁴² (art. 2-6 (a)) ainsi que dans la convention n° 157 sur la conservation des droits en matière de sécurité sociale (1957) (art. 1). On peut également citer la convention n° 102 concernant la sécurité sociale⁴³. L'article 68 de ce texte prévoit l'égalité de traitement entre résidents nationaux et non nationaux, sous réserve toutefois des prestations ou « fractions de prestations financées exclusivement ou d'une façon prépondérante par les fonds publics » pour lesquelles des « dispositions particulières » (autrement dit, des dérogations) sont admises. La convention n° 97 sur les travailleurs migrants (1949), précisément l'article 6, reconnu d'effet direct par les juges français⁴⁴, reprend cette réserve, d'une part, en limitant sa portée aux prestations ou fractions de prestations payables *exclusivement* sur les fonds publics, d'autre part, en l'étendant aux « allocations versées aux personnes qui ne réunissent pas les conditions de cotisation exigées pour l'attribution d'une pension normale ».

Si l'on se tourne vers le droit de l'Union, le texte phare est ici le règlement de coordination des systèmes de sécurité sociale⁴⁵ qui intéresse les prestations de sécurité sociale et les prestations dites « spéciales à caractère non contributif ». Les premières sont les prestations que l'on peut rattacher aux « branches » de sécurité sociale au sens de la convention n° 102 de l'OIT, à savoir les prestations maladie, maternité, paternité, invalidité, vieillesse, survivant, accidents du travail-maladies professionnelles, décès, chômage, préretraite et famille. Les secondes sont qualifiées, d'une part de « spéciales » car, tout en se rapportant à un risque de sécurité sociale, elles s'inscrivent dans une logique d'assistance sociale, ayant pour objectif de garantir un revenu minimal de subsistance, d'autre part de « non contributives » car, selon l'article 70 du règlement, elles

41. Convention concernant les prestations d'invalidité, de vieillesse et de survivants (1967).

42. Convention sur l'égalité de traitement (sécurité sociale) (1962).

43. Convention concernant la sécurité sociale (normes minimum) (1952).

44. CE 11 avril 2012 *Gisti*, n° 322326.

45. Texte adopté très tôt dans l'histoire de l'Union, en 1958, et réformé quelques fois depuis. Voir actuellement Règlement n° 883/2004.

sont « financées exclusivement par des *contributions* fiscales obligatoires destinées à couvrir des dépenses publiques générales » et attribuées et calculées indifféremment d'une « quelconque *contribution* pour ce qui concerne leurs bénéficiaires ». Comme dans les textes de l'OIT, on retrouve l'idée de contribution (ou de participation) des bénéficiaires de prestations. Les prestations non contributives sont celles qui sont financées uniquement par des contributions fiscales obligatoires non affectées. À l'inverse, les prestations de sécurité sociale supposent une contribution des bénéficiaires des prestations en question. C'est ainsi moins la nature de la contribution qui importe que le fait de savoir si le bénéficiaire de la prestation participe à son financement.

Globalement, il ressort des textes de droit supranational que ce sont moins les prestations contributives que celles non contributives qui font l'objet de définitions. Cela contraste avec le droit français qui s'attache plutôt à définir les prestations contributives et à envisager, par défaut, celles qui ne sont pas financées par des cotisations sociales, comme non contributives, ce qui produit un effet d'exclusion plus important. En outre, dans les conventions de l'OIT comme dans le règlement européen de coordination, les contributions versées par les bénéficiaires de prestations contributives ne sont pas précisément nommées, ce qui rend la catégorie plus ouverte et tend à permettre d'y inclure d'autres formes de versements que ceux qualifiés, dans les droits nationaux, notamment français, de cotisations. Par exemple, certains systèmes de sécurité sociale, comme le système danois, sont très peu financés par des cotisations ; pour autant, ces systèmes versent bien des prestations conférant le même type de protection que les prestations contributives françaises. Au regard du droit international et européen, ainsi que d'autres systèmes comme ceux des pays scandinaves, le droit de la protection sociale français apparaît donc assez rigide. Cela a été la source de tensions en particulier dans le cadre de la coordination européenne des systèmes de sécurité sociale.

II.2. Le droit français en tension avec le droit de l'Union autour de la contributivité

Deux moments dans l'histoire des rapports entre le droit français et le droit communautaire en matière de sécurité sociale illustrent les tensions suscitées par des conceptions différentes de la contributivité et des effets attachés à celle-ci. Ces deux moments soulèvent des questions de qualification juridique.

La qualification de prestation spéciale à caractère non contributif

La qualification de prestation spéciale à caractère non contributif n'existait pas originellement dans le règlement de coordination. Le texte était même indifférent à la question de la contributivité. Il indiquait s'appliquer « aux régimes de sécurité sociale

généraux et spéciaux, contributifs et non contributifs⁴⁶ ». Dans ce contexte, un contentieux s'est développé autour de la qualification à reconnaître à certaines prestations ayant pour particularité de relever d'une branche de sécurité sociale tout en étant octroyées en considération d'une situation de besoin, afin de déterminer si devaient leur être appliqués les principes directeurs de la coordination, dont l'égalité de traitement et l'exportabilité des prestations. S'agissait-il de prestations de sécurité sociale relevant du champ d'application du règlement de coordination ou de prestations d'assistance échappant à la coordination ? À cette époque (années 1970), le droit français réserve ce type de prestations, tels les minimum vieillesse et invalidité et l'allocation aux adultes handicapés, aux nationaux⁴⁷. Dans une série d'arrêts⁴⁸, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) va condamner la France pour violation des principes d'égalité de traitement et d'exportabilité des prestations de sécurité sociale. En effet, pour la Cour, ces prestations, car elles se rattachent à une branche de sécurité sociale et confèrent aux bénéficiaires « une position légalement définie », au sens où elles ne sont pas octroyées discrétionnairement, sont des prestations de sécurité sociale, fussent-elles octroyées à des personnes dans le besoin, n'ayant de ce fait pas cotisé. La France résiste ; dans une lettre ministérielle du 19 mars 1985 (citée par Chenillet, 1987), il est affirmé, en contradiction avec la jurisprudence de la CJCE, que « l'allocation supplémentaire du FNS [Fonds national de solidarité], financée entièrement par le budget de l'État, n'est pas une prestation de sécurité sociale, mais une prestation de solidarité. Elle n'entre donc pas dans le champ d'application du règlement CEE n° 1408/71 ». Elle est condamnée en manquement à deux reprises au début des années 1990⁴⁹. C'est pour mettre fin au conflit opposant la France aux instances communautaires qu'une réforme du règlement est finalement entreprise et donne lieu en 1992 à l'introduction d'une nouvelle notion, celle de « prestation spéciale à caractère non contributif ». Cette qualification est l'expression d'un compromis : ces prestations relèvent du champ d'application du règlement, sous réserve toutefois d'un de ses principes, celui du caractère exportable des prestations. C'est en ce sens qu'un nouvel article vient admettre les « clauses de résidence » s'agissant de ces prestations, désormais gouvernées par un principe de territorialité.

À l'évidence, la Cour de justice et le gouvernement français ne partagent pas la même conception de la contributivité. À plusieurs reprises, la Cour a affirmé que « la qualification d'une allocation en tant que prestation de sécurité sociale couverte par le règle-

46. Voir art. 4 § 2 du règlement 1408/71.

47. On retrouve alors le même type de législation en Belgique.

48. Voir notamment CJCE 16 décembre 1976 *Inzirillo*, aff. 63/76, CJCE 9 octobre 1974 *Biason*, aff. 24/74 et CJCE, 12 juillet 1979, *Palermo-Toia*, aff. 237/78.

49. CJCE 10 juillet 1990 *Commission c/République française*, aff. C-236/88 ; CJCE 11 juin 1991 *Commission c/République française*, aff. C-307/89.

ment ne dépend pas du mode de financement de cette allocation⁵⁰ ». Pour la France, au contraire, le mode de financement apparaît essentiel pour déterminer la portée des droits qui en découlent, et, à l'issue d'un rapport de force, elle a en partie eu gain de cause en obtenant que certaines prestations de sécurité sociale ne soient plus exportables.

Le droit français a en revanche du s'adapter au sujet d'un autre point de crispation : la qualification à donner à la CSG.

La qualification de cotisation

La Cour de justice retient pour un certain nombre de notions des qualifications au sens du droit de l'Union. En vue d'appliquer tel ou tel texte du droit de l'Union, la Cour fait alors fi des qualifications nationales et retient sa propre conception de telle ou telle notion. C'est le cas précisément de la qualification d'impôt que la Cour de justice a écarté pour la CSG et la CRDS. En droit français, ces prélèvements, bien qu'affectés au financement de la sécurité sociale, sont qualifiés d'imposition de toute nature au sens de l'article 34 de la Constitution. Pour l'application des règles de coordination des systèmes de sécurité sociale aux travailleurs frontaliers, la CJUE a toutefois refusé de s'en tenir à cette qualification au regard de la situation des travailleurs frontaliers résidant en France et travaillant dans un État membre frontalier. Celle-ci est apparue problématique car ces travailleurs étaient amenés à s'acquitter de cotisations sociales dans le pays d'emploi et de la CSG (et de la CRDS) en France, pays de résidence. La CJUE y a vu une atteinte à la règle de non-cumul des législations applicables, plus précisément à l'interdiction de la double cotisation. À partir du moment où le produit de la CSG est affecté spécifiquement et directement au financement de la sécurité sociale, la Cour considère que, peu importe la qualification nationale d'impôt, cette contribution doit être regardée, pour l'application du droit de l'UE, comme une cotisation, quand bien même la CSG n'ouvre pas (vocation à) des droits aux prestations : « la circonstance qu'un prélèvement soit qualifié d'impôt par une législation nationale ne signifie pas que, au regard du règlement n° 1408/71 [ancienne version du règlement], ce même prélèvement ne puisse être regardé comme relevant du champ d'application de ce règlement, et, partant, soit visé par la règle de non-cumul des législations applicables⁵¹ », en l'occurrence les législations en matière de cotisation. À la suite de cet arrêt en manquement, le législateur français se devait de réagir. Ce fut chose faite avec la modification de l'article L. 136-1 du CSS relatif à l'assujettissement à la CSG des revenus d'activité et de remplacement. Depuis 2001, cet article prévoit que sont assujetties les personnes physiques ayant leur domicile fiscal en France et étant à la charge d'un régime obligatoire français d'assurance maladie (ce qui n'est pas le cas des travailleurs frontaliers). En outre, la jurisprudence européenne a été récep-

50. Par exemple CJCE 24 février 1987 *Gilletti et a.*, aff. 379 à 381/85.

51. CJCE 15 février 2000 *Commission c. France*, C-34/98, pt 32.

tionnée par la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 31 mai 2012⁵², a considéré « que si la contribution sociale généralisée entre dans la catégorie des “impositions de toute nature” au sens de l’article 34 de la Constitution, dont il appartient dès lors au législateur de fixer les règles concernant l’assiette, le taux et les modalités de recouvrement, cette contribution revêt également, du fait de son affectation exclusive au financement de divers régimes de sécurité sociale, la nature d’une cotisation sociale au sens de l’article 13 du règlement CEE n° 1408/71 du 14 juin 1971 ». Le législateur et les juges français consentent donc à envisager la CSG comme une cotisation pour l’application du droit de l’Union. Pour autant, et par ailleurs, la qualification d’imposition de toute nature est maintenue en droit interne. En définitive, les deux qualifications cohabitent et sont alternatives selon le corpus de règles applicables, voire même selon les règles applicables au sein d’un même corpus. En effet, toujours dans le cadre du règlement de coordination des systèmes de sécurité sociale, le financement de l’allocation de solidarité aux personnes âgées (Aspa) par la CSG⁵³ ne lui retire pas son caractère de prestation spéciale à caractère non contributif et, par conséquent, son caractère non exportable. En d’autres termes, en la matière, la CSG n’est pas regardée comme une cotisation. La CSG fait donc l’objet d’une double qualification fonctionnelle, c’est-à-dire que selon le résultat recherché (application de la règle de non-cumul dans un cas, de la non-exportabilité dans l’autre), une qualification différente (cotisation dans un cas, impôt dans l’autre) est retenue, ce qui achève de convaincre de la relativité de la notion de cotisation et partant de la polysémie de celle de contributivité.

Conclusion sur l’approche de la notion de contributivité par le droit

La polysémie de la notion de contributivité, qui tient pour beaucoup à la relativité de la notion même de cotisation, s’illustre à différents niveaux en droit. Si les textes juridiques peuvent donner à voir une appréhension binaire de la contributivité, la distinction entre le contributif et le non-contributif n’est pas si nette que cela, le droit international et européen en témoigne. En outre, il apparaît réducteur de tenir pour synonyme « contributif » et « assurantiel ». L’exemple de la couverture maladie – aujourd’hui la protection universelle maladie – révèle que de la contributivité peut être trouvée en dehors de l’assurance (ou encore d’un système de type « bismarckien »). Dès 1945 d’ailleurs, le choix d’un financement par cotisation s’est expliqué non seulement par la volonté de garantir des revenus de remplacement aux travailleurs, mais plus largement de « financer l’ambition d’universalité de la sécurité sociale » (Tabuteau, 2016:131). Contrairement aux usages qui en sont faits, et qui en font une notion exclusive, la contributivité peut donc tendre à l’inclusion.

52. Soc. 31 mai 2012, n° 11-10762.

53. L’Aspa est gérée par le FSV qui est lui-même financé par la CSG.

Références bibliographiques

- Belorgey J.-M. (1995), « Logique de l'assurance, logique de la solidarité », *Droit social*, n° 9-10, septembre-octobre, p. 731-733.
- Bichot J. (2018), « Contributivité juridique et contributivité économique en matière de protection sociale », *Revue de droit sanitaire et social*, n° 1, janvier-février, p. 135-145.
- Borgetto M. (2001), « La solidarité : le maître mot de la protection sociale ? », *Informations sociales*, n° 96, p. 124-133.
- Borgetto M. (2003a), « Logique assistancielle et logique assurancielle dans le système français de protection sociale : les nouveaux avatars d'un vieux débat », *Droit social*, n° 1, janvier, p. 115-124.
- Borgetto M. (2003b), « Solidarité », in Alland D., Rials S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/Puf.
- Bouilloux A. (2018), « Assurance ou couverture universelle ? Retour sur les mots du chômage », *Droit social*, n° 7-8, juillet-août, p. 583-591.
- Camaji L. (2008), *La personne dans la protection sociale : recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales*, Paris, Dalloz.
- Camaji L. (2020), « Le délitement de la logique salariale de l'assurance chômage », *Le Droit ouvrier*, n° 862, mai, p. 284-299.
- Camaji L. (2022), *Contribution à l'analyse juridique de l'individualisation des droits sociaux. Étude de droit de la sécurité sociale*, mémoire HDR, Université Paris Saclay, <https://hal.science/tel-03852258/>.
- Chenillet P. (1987), « L'allocation supplémentaire du Fonds National de Solidarité face au droit communautaire européen à la lumière de l'arrêt C.J.C.E. 24 février 1987 (C.R.A.M. Rhône-Alpes c. Anna Giletti) », *Revue de droit sanitaire et social*, p. 530.
- Concialdi P. (1997), « Entre l'assistance et l'assurance : la solidarité », *Sociétés & Représentations*, n° 5, p. 67-85, <https://doi.org/10.3917/sr.005.0067>.
- Concialdi P. (2023), « Éclairages historiques et économiques sur la contributivité », *La Revue de l'IRES*, n° 110-111, p. 41-72.
- Cor (2018), *Les notions de contributivité, de redistribution et de solidarité*, Document, n° 2, mars, <https://www.cor-retraites.fr/sites/default/files/2019-06/doc-4231.pdf>.

- Daniel C., Tuchsirer C. (1999), « Assurance, assistance, solidarité : quels fondements pour la protection sociale des salariés ? », *La Revue de l'IRES*, n° 30, p. 5-29, <https://bit.ly/2LpkH9V>.
- Dufourcq N. (1994), « Sécurité sociale : le mythe de l'assurance », *Droit social*, n° 3, mars, p. 291-297.
- Dupeyroux J.-J., Borgetto M., Lafore R. (2015), *Droit de la sécurité sociale*, Paris, Dalloz.
- Elbaum M. (2016), « Financer le système : quel avenir pour la cotisation ? », in Borgetto M., Ginon A.-S., Guiomard F. (dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Paris, Dalloz, p. 270.
- Gisti/Comede (2021), *Prestations de sécurité sociale : justification de l'identité et procédure d'identification*, Les Notes pratiques, Gisti, <http://www.gisti.org/spip.php?article6550>.
- Grégoire M., Vivès C. (2021a), « Indemnisation du chômage : quel taux de couverture ? », *La Revue de l'IRES*, n° 105, p. 3-24, https://ires.fr/wp-content/uploads/2023/01/Revue105_1.pdf.
- Grégoire M., Vivès C. (2021b), « L'assurance chômage de 1979 à 2021 : quelles évolutions des droits ? », *La Revue de l'IRES*, n° 105, p. 25-59, https://ires.fr/wp-content/uploads/2023/01/Revue105_2.pdf.
- Isidro L. (2017), *L'étranger et la protection sociale*, Paris, Dalloz.
- Isidro L. (2018), « L'universalité en droit de la protection sociale », *Droit social*, n° 4, avril, p. 378-388.
- Isidro L. (2021), « La réforme de l'assurance chômage, en trois dimensions », *Revue de droit du travail*, n° 10, octobre, p. 581-586.
- Joly L. (2018), « L'élargissement de l'assurance chômage aux travailleurs indépendants », *Droit social*, n° 7-8, juillet, p. 598-606.
- Laroque P. (1948), « De l'assurance sociale à la sécurité sociale : l'expérience française », *Revue internationale du travail*, vol. 57, n° 6, p. 621-649, <https://bit.ly/49hHQBb>.
- Marié R. (1997), *Du processus de généralisation de la sécurité sociale de 1945 à nos jours*, Thèse de doctorat en droit, Université de Nantes, <https://www.theses.fr/1997NANT4017>.

- Naji I. (2023), « Une pluralité d'usages de la contributivité des retraites par les acteurs syndicaux, patronaux et administratifs (années 1970-1990) », *La Revue de l'IRES*, n° 110-111, p. 135-158.
- Rosanvallon P. (1981), *La crise de l'État-providence*, Paris, Éditions du Seuil.
- Tabuteau D. (2016), « La protection universelle maladie (PUMA) : une rationalisation inachevée du financement de la sécurité sociale (seconde partie) », *Revue de droit sanitaire et social*, n° 1, janvier-février, p. 131-148.