

Protection sociale complémentaire : ingénierie de la négociation collective

Jacques BARTHELEMY¹

Aborder le problème de la spécificité de la négociation et de l'accord collectif portant sur la protection sociale complémentaire nécessite un rapide rappel historique. Il faut en effet se souvenir que le père de la sécurité sociale, Pierre Laroque, avait eu l'ambition de favoriser l'émergence d'un authentique droit conventionnel de la sécurité sociale. C'est de cette ambition qu'était née l'institution de prévoyance qualifiée ensuite de « L. 4 », du numéro de l'article de l'ordonnance qui lui avait donné la vie. Laroque avait ainsi construit, à partir de l'article L. 4 du Code de la Sécurité sociale, les fondements d'une véritable Sécurité sociale de nature conventionnelle.

I. Les fondements de l'institution de prévoyance

L'institution de prévoyance, dans sa conception initiale, avait deux caractéristiques identitaires.

Elle était une institution *sui generis*, dont l'existence juridique résultait d'un accord collectif fondateur d'un régime – accord pouvant prendre la forme d'un acte référendaire –, associé à la mise en place d'un organe paritaire de gestion (Barthélémy, Duclos, 2006). Si l'une de ces conditions n'était pas réunie, l'institution n'existait pas et un salarié pouvait s'opposer à son affiliation. Si les deux étaient réunies, l'affiliation de tous devenait obligatoire – que l'acte fondateur du régime soit un accord collectif ou un référendum. Tous les salariés de la collectivité concernée devaient donc participer, y compris financièrement en payant une cotisation. Le salarié,

1. Avocat conseil en droit social, ancien professeur associé à la faculté de droit de Montpellier, fondateur du cabinet Jacques Barthélémy & associé.

obligatoirement affilié, était qualifié de « participant du régime ». En revanche, si l'une de ces deux conditions faisait défaut, le salarié pouvait invoquer son autonomie pour ne pas adhérer. Il faut reconnaître que cette construction institutionnelle a eu pour effet une certaine confusion entre le « régime » et « l'institution ». Cette confusion subsiste d'ailleurs aujourd'hui là où cette conception historique de l'institution demeure, c'est-à-dire dans les régimes de retraite complémentaire obligatoire – AGIRC (Association générale des institutions de retraite des cadres) et ARRCO (Association pour le régime de retraite complémentaire des salariés). De fait, lorsque l'on parle de l'AGIRC, on parle aussi bien de la fédération des institutions que du régime. Il faut ajouter que, dès que ces conditions étaient réunies, l'institution existait mais que celle-ci pouvait ne pas avoir la personnalité civile. Tel était le cas lorsque le support des prestations était un contrat d'assurances collectives, lequel ne pouvait toutefois être valablement conclu que s'appuyant sur un accord collectif classique ou un référendum, et mis en œuvre par l'organe paritaire de gestion.

L'institution de prévoyance contribuait à l'émergence d'un authentique droit conventionnel de la Sécurité sociale. La possibilité de ne pas constituer les capitaux de couverture des droits, lesquels n'étaient pas nécessairement garantis par l'employeur, faisait que la protection des participants venait du paritarisme et que l'objectif principal poursuivi était la solidarité. Le rôle essentiel dévolu à l'organe paritaire était en effet lié au fait que, à défaut de constituer les capitaux de couverture garantissant le maintien des rentes au moins au niveau atteint, les prestations devaient être révisées en cas de déséquilibre entre masses des cotisations et des prestations : les administrateurs de l'institution avaient le devoir de veiller à l'équilibre permanent entre masses des cotisations et des prestations. La seule protection du travailleur venait en effet de ce que seul cet organe paritaire avait cette faculté de modifier les rentes en cours d'exercice, notamment *in pejus*. La sécurisation des droits ne pouvant venir du seul « tirage » sur un fonds mutualisé, dès lors que celui-ci s'effectuait concrètement dans les limites des sommes disponibles, c'est bien du paritarisme que venait la protection des travailleurs.

La quasi-totalité de la protection sociale complémentaire reposait alors sur la technique de la répartition. La répartition est par nature vectrice de solidarité, dès lors que les prestations versées à un allocataire ne seront pas financées par ses propres cotisations, mais par celles des actifs. La technique de la répartition justifiait également l'impératif d'une gestion paritaire : c'est par la gestion paritaire qu'était assurée la protection des participants au régime.

II. Les lois de 1989 et 1994 : la transformation des institutions de prévoyance

L'imprégnation progressive de notre droit interne – spécialement celui de la sécurité sociale – par le droit communautaire, a désormais façonné une nouvelle architecture juridique de la protection sociale complémentaire. Par les effets conjugués des lois du 31 décembre 1989 et du 8 août 1994, l'institution est aujourd'hui devenue un simple prestataire de service ayant une forme juridique particulière concrétisée par la gestion paritaire, concurrent, sur le marché de l'assurance collective des personnes, des structures concrétisant l'autogestion par les assurés (les mutuelles) et celles (les compagnies d'assurance) gageant les engagements de l'employeur à l'égard des salariés.

II.1. Le provisionnement des engagements et le passage d'une conception institutionnelle à une conception assurantielle de la protection sociale complémentaire

La révolution constituée par la loi Evin du 31 décembre 1989 et par celle du 8 août 1994 tient cependant moins à la mise en concurrence sur le marché de l'assurance collective des mutuelles, des compagnies d'assurance et des institutions de prévoyance, qu'à la modification de la nature juridique de l'institution de prévoyance. L'institution de prévoyance, née de la loi du 31 décembre 1989 et de celle du 8 août 1994, n'est désormais qu'un opérateur parmi d'autres du marché de l'assurance collective, ne se distinguant que par une forme juridique spéciale d'exploitation, caractérisée par le but non lucratif de l'activité et la gestion paritaire de la personne morale. Ceci est le résultat des exigences du droit communautaire, spécialement des directives vie et non-vie relatives à la libre prestation de services en matière d'assurances, lesquelles ont été transposées au travers des deux lois précitées.

La notion d'institution de prévoyance s'est donc trouvée réduite à celle d'un simple opérateur du marché de l'assurance collective, concurrent des deux autres. Puis, dans la perspective de la libre concurrence, c'est l'essence même de l'ordonnance de 1945 qui a été abandonnée, à savoir le fait que les droits ne soient pas garantis par l'employeur, mais que les prestations réalisées dépendent du niveau des cotisations – en étant soumises par ailleurs, dans le cadre du paritarisme, à l'impératif d'une gestion économique normale.

Le paritarisme, concrétisé par la double exigence d'un accord fondateur du régime et de la mise en place d'un organe paritaire pour le gérer, y a perdu une partie de sa puissance. Par ailleurs, au seul acte (accord collectif ou référendum) consacrant la création d'un régime, a désormais été substitué un ensemble de deux actes : le premier, régi par le droit du travail, consacre

Encadré 1

Les lois du 31 décembre 1989 et du 8 août 1994

- **La loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, dite loi Evin**, met sur un pied d'égalité les interventions des institutions de prévoyance, des mutuelles et des compagnies d'assurance. Les institutions de prévoyance n'ont plus le monopole juridique dans le domaine de la prévoyance (art. L. 732-1 du Code de la Sécurité sociale).

Elle impose en particulier à l'ensemble des organismes intervenant dans la prévoyance (mutuelles, sociétés d'assurance, institutions de prévoyance) le principe de la constitution de provisions pour les contrats collectifs.

Par ailleurs, la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du Code des assurances à l'ouverture du marché européen insère, dans les dispositions relatives à l'assurance de groupe, des mesures relatives au contrôle des entreprises d'assurance semblables à celles que la loi n° 89-1009, dite loi Evin, prévoit pour les mutuelles et les institutions de prévoyance.

- **La loi du 8 août 1994** n° 94-678 relative à la protection sociale complémentaire des salariés transpose les directives du Conseil des Communautés européennes n° 92/49 du 18 juin 1992 (directive portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie) et n° 92/96 du 10 novembre 1992 (directive portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, et modifiant les directives 79/267/CEE et 90/619/CEE).

- Ce texte, qui crée un nouveau livre IX dans le Code de la Sécurité sociale, prévoit que les institutions de prévoyance acquièrent la qualité d'entreprises communautaires d'assurance, au même titre que les sociétés d'assurance régies par le Code des assurances. Ceci est la conséquence directe de leur entrée, en 1992, dans le champ d'application des directives européennes relatives à l'assurance (leur activité reste cependant limitée à l'ensemble des opérations liées à la personne humaine ; elles ne peuvent assurer des biens). Gérées paritairement par des représentants du ou des employeurs (membres adhérents) et des représentants des salariés et bénéficiaires directs de prestations (membres participants), les institutions de prévoyance voient certains aspects de leur statut juridique et technique modifiés ou précisés.

- Selon la nature de leur activité, les institutions de prévoyance se répartissent en institutions de prévoyance-vie (couverture de l'ensemble des risques sociaux liés à la durée de la vie humaine et opérations d'assurance vie épargne), institutions de prévoyance-non vie (opérations relatives aux accidents, à la maladie et au chômage) et institutions de prévoyance mixtes, couvrant l'ensemble des risques sociaux, à l'exception du chômage, et réalisant des opérations d'assurance vie épargne.

- Les institutions de prévoyance peuvent mettre en œuvre, au profit de leurs membres participants et bénéficiaires, une action sociale. Celles qui, au 10 août 1994, exploitent directement des réalisations sociales collectives (établissements de soin, centre de loisirs, etc.) devront, dans un délai maximum de cinq ans, les gérer dans des personnes morales distinctes de l'institution (article 17-II de la loi du 8 août 1994).

les rapports entre employeurs et salariés et donne vie aux garanties collectives ; le second, régi par le droit des assurances (de la mutualité ou de la Sécurité sociale), concrétise les rapports entre l'entreprise et l'opérateur d'assurance.

Opposer cependant, comme on le fait trop facilement, compagnies d'assurance d'un côté, mutuelles et institutions de prévoyance de l'autre, c'est oublier que sous l'empire de l'ordonnance de 1945, un contrat d'assurance conclu avec une compagnie était une institution de prévoyance, dès lors que les deux conditions évoquées précédemment étaient réunies – l'existence d'un accord collectif fondateur d'un régime et la mise en place d'un organe paritaire pour le gérer. La différence entre protection sociale complémentaire et marché de l'assurance collective des personnes vient donc essentiellement de la poursuite, ou non, d'un objectif de solidarité et de l'intervention du paritarisme, en tant que forme d'organisation du pouvoir et mode de gestion des systèmes mis en place.

A partir de 1994, en matière de prévoyance collective comme en matière de retraite supplémentaire, c'est le provisionnement des engagements qui devient la règle, avec le maintien des droits au niveau atteint. Si le moteur de cette évolution est bien le droit de la concurrence, notons que la constitution des capitaux de couverture permet d'éviter la disparition des droits en cas de vicissitudes économiques et/ou juridiques de l'entreprise. La technique du provisionnement des engagements fait cependant passer d'une conception institutionnelle à une conception assurantielle de la protection sociale complémentaire. La notion de « régime » est abandonnée au profit de celle de « garantie collective ». Le provisionnement des engagements, qui caractérise la notion de garantie collective, conduit à quitter le système de l'institution et du régime dans lequel un avantage collectif est géré au profit d'une collectivité, dans la perspective d'un objectif de solidarité, pour entrer dans un mécanisme assurantiel qui individualise les droits. Avec les « garanties collectives », on change donc de terrain. Le montant des prestations assurées au titre de ces garanties ne peut être modifié. Le droit des garanties collectives est régi par le livre IX du Code de la Sécurité sociale – ancrage que peut justifier la mise en œuvre d'une certaine solidarité, même si celle-ci est moins manifeste que dans les régimes par répartition.

Ceci a deux conséquences. La portée de l'objectif de solidarité, d'une part, est moindre. En effet, si le provisionnement des engagements n'est pas, en soi, incompatible avec « la poursuite d'un objectif de solidarité », l'expression ne peut cependant plus recouvrir le même contenu que précédemment, celui maintenu dans les grands régimes de retraite complémentaire obligatoires, au moyen de la technique de la répartition. D'autre part, le droit du travail retrouve un poids qu'il n'avait pas dans le système précédent.

II.2. Rapprochement entre droit du travail et droit de la Sécurité sociale

L'obligation légale de provisionnement des engagements en matière de prévoyance collective (loi Evin) comme en matière de retraite supplémentaire (loi du 8 août 1994) a permis de placer les accords relatifs aux garanties collectives sous l'autorité du titre III du livre I du Code du travail. Précédemment, l'accord collectif qui donnait naissance à un régime était en effet davantage une convention collective de sécurité sociale qu'une convention collective de travail. De fait, la partie normative de l'accord n'était pas matérialisée par des droits individualisés et garantis, s'imposant au chef d'entreprise, mais par l'organisation d'un fonds mutualisé, sur lequel un droit de tirage individuel pouvait s'exercer, sans que les droits soient toutefois nécessairement garantis (Barthélémy, 2007). Le droit du travail retrouve aujourd'hui ses prérogatives, dans la mesure où les droits sont individualisés, à partir de la constitution des capitaux de couverture. Les droits en matière de protection sociale complémentaire – hormis l'AGIRC et l'ARRCO – deviennent des « avantages » : le fait d'être assuré constitue un avantage, et le montant de la prime, qui évalue actuariellement le risque, en constitue le montant. Le provisionnement des engagements atteste du caractère salarial – au sens du droit du travail – de l'avantage² : non seulement il est individualisé alors que la technique de répartition a plutôt tendance à en faire un avantage collectif, mais encore il est matérialisé par les capitaux de couverture des prestations, lesquels sont acquis durant la période d'exécution du contrat de travail. Enfin la responsabilité de l'employeur est engagée, notamment en cas de carence ou de défaillance de l'assureur.

II.3. Solidarité et accords de protection sociale complémentaire

La solidarité était, sous l'empire de l'ordonnance de 1945 sur la sécurité sociale, au cœur du dispositif législatif et réglementaire relatif à la protection sociale complémentaire. Elle s'y manifestait d'abord par la « démocratie sociale », c'est-à-dire la double exigence d'un accord collectif pouvant

2. Notons d'ailleurs que la prévoyance maladie est l'un des thèmes de la négociation annuelle obligatoire (« Lorsque les salariés ne sont pas couverts par un accord de branche ou par un accord d'entreprise définissant les modalités d'un régime de prévoyance maladie, l'employeur engage chaque année une négociation sur ce thème », article L. 2242-11 du Code du travail – ancien article L. 132-27) et que les contentieux relatifs tant aux cotisations qu'aux prestations relèvent de la compétence du Conseil des Prud'hommes. Toutes les sources de droit susceptibles de donner naissance à de nouveaux avantages, dans le domaine du droit du travail, peuvent désormais s'appliquer dans le champ de la protection sociale complémentaire. Dans la situation précédente, on ne pouvait avoir recours qu'à l'accord collectif, auquel on associait le référendum. A ces deux sources, s'ajoute aujourd'hui la possible intervention de la décision unilatérale de l'employeur. Celle-ci est néanmoins susceptible de poser une difficulté majeure, liée à l'éventuelle participation financière du salarié au financement des garanties : c'est pourquoi, lorsque la source de droit qui met en place des garanties de prévoyance dans l'entreprise est une décision unilatérale, le Code du travail permet au salarié qui était déjà en fonction à la date à laquelle avait été mis en place l'ancien système, de ne pas cotiser.

Encadré 2

Garanties collectives

La notion de « garanties collectives » est inscrite dans le Code de la Sécurité sociale, et définie comme suit par l'article L. 911-2 : les garanties collectives « ont notamment pour objet de prévoir, au profit des salariés, des anciens salariés et de leurs ayants droit, la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, des risques d'inaptitude et du risque chômage, ainsi que la constitution d'avantages sous forme de pensions de retraite, d'indemnités ou de primes de départ en retraite ou de fin de carrière ».

prendre la forme d'un référendum pour fonder le régime et de la gestion paritaire, par les employeurs adhérents et les travailleurs participants, de l'institution chargée de recevoir les cotisations et de verser les prestations. Elle s'y manifestait ensuite par le possible recours à la technique de répartition. La nouvelle architecture juridique de la protection sociale complémentaire est désormais, on l'a vu, d'une toute autre nature. La constitution de capitaux de couverture rend plus délicate une fonction de solidarité, dans la mesure où elle a pour effet l'individualisation des droits. Elle n'exclut pas pour autant un objectif de solidarité, mais ce n'est plus le même (Barthélémy, 2004).

Dans un système assuranciel qui individualise les droits, la fonction de solidarité peut notamment se manifester par l'existence d'un pot commun, par la création de droits non contributifs dans le cadre d'un fonds d'action sociale. Plus fondamentalement encore, la solidarité, qui ne peut plus se manifester à l'échelle nationale interprofessionnelle – comme dans le cas des accords donnant naissance à des régimes de retraite complémentaire – peut se construire dans un espace plus étroit, en particulier celui de la branche. Cela nécessite d'envisager une tarification des risques qui gomme, au moins à l'intérieur d'un périmètre donné – branche, profession, etc. – la réalité du risque propre à chaque entreprise. La solidarité s'exprime alors, non plus par la technique de répartition, mais par le fait de mettre en place un taux de contribution unique pour un même risque dans l'ensemble des entreprises d'un espace donné. Enfin, le principe du financement partiel par le salarié maintient, lui aussi, une logique de solidarité, puisqu'il rompt avec la seule logique du provisionnement et de la prise en charge obligatoire des prestations par l'employeur.

C'est ainsi l'objectif de solidarité qui justifie la clause de désignation prévue par un certain nombre de conventions collectives, clause qui oblige à passer par un organisme nommé désigné.

Encadré 3

Clause de désignation

Une clause de désignation est une mention, portée dans un accord collectif de branche, indiquant le choix d'un ou plusieurs organismes pour assurer les garanties prévues dans le régime conventionnel obligatoire.

En 1994, le législateur a reconnu le principe de ces clauses en leur conférant un cadre juridique minimal. Les clauses de désignation doivent instituer une mutualisation des risques dont la couverture est confiée à un organisme assureur, institution de prévoyance, auquel adhèrent obligatoirement les entreprises relevant du champ d'application de l'accord.

Ce texte légal met à la charge des rédacteurs de ces clauses deux obligations : s'assurer que le dispositif institue une réelle mutualisation des risques (ce qui exclut, notamment, tout principe d'adhésion facultative des entreprises) ; prévoir dans l'accord un mécanisme de réexamen des « modalités d'organisation de la mutualisation des risques », c'est-à-dire de réexamen de l'organisme désigné, qui doit intervenir, au plus tard tous les cinq ans.

La loi soumet par ailleurs les institutions de prévoyance à une réglementation spécifique en cas de désignation. Ces règles démontrent que les institutions de prévoyance sont, du point de vue du législateur, les organismes par vocation bénéficiaires de telles désignations. A titre d'exemple, le Code de la Sécurité sociale impose à l'institution de prévoyance désignée de maintenir la garantie d'assurance aux salariés d'une entreprise qui cesse de payer ses cotisations. Par ailleurs, afin d'assurer l'adhésion du plus grand nombre d'entreprises à l'institution désignée et ainsi faciliter la mutualisation des risques, cette dernière doit adresser à ces entreprises le règlement et le bulletin d'adhésion aux contrats. En outre, ces institutions doivent tenir une comptabilité distincte de leurs autres opérations et établir, en fin d'exercice, un compte de résultat spécifique à la branche concernée.

Si l'accord de branche se contente de fixer la nature et le niveau des garanties et éventuellement la répartition des cotisations, toute clause obligeant à passer par un organisme nommément désigné est nulle. Une telle clause porterait en effet directement atteinte à la libre concurrence, dans la mesure où l'enjeu est simplement, désormais, de créer des obligations à l'employeur, que celui-ci doit respecter. En revanche, dès l'instant où les partenaires sociaux poursuivent un objectif de solidarité, et que celui-ci se manifeste par la création de droits non contributifs, d'un fond d'action sociale, la clause de désignation est licite. Les partenaires sociaux témoignent ainsi de leur volonté de créer un véritable régime conventionnel de sécurité sociale, en maintenant un objectif de solidarité. Au regard du droit communautaire, seule la solidarité permet en effet d'écarter la critique de constitution d'une position dominante. Pour la Cour de justice des

communautés européennes (CJCE), une convention collective n'est pas une entente prohibée eu égard à son objet social et la position dominante que crée la désignation d'un opérateur unique n'est pas prohibée si est poursuivi un objectif d'intérêt général économique, ce qui est le cas de la recherche de solidarité.

II.4. Prise en compte de l'objet de l'accord et qualité de la négociation

Dès lors que l'objet de l'accord n'est plus – comme dans le modèle antérieur – la création d'une institution caractérisée par son origine conventionnelle et la gestion paritaire du régime ainsi créé, mais, désormais, la création de garanties collectives de prévoyance, la gestion paritaire n'a plus qu'une importance limitée. Son intérêt subsiste toutefois, à condition que les signataires de l'acte fondateur des garanties collectives aient le souci d'un contenu qualitatif. La pérennité du système mis en place est susceptible d'être menacée si le niveau des cotisations nécessaires au financement des prestations devient incompatible avec une gestion économique normale de l'entreprise. Désormais, ce ne sera pas par la révision *in pejus* des prestations que sera résolue la difficulté, mais par la dénonciation du contrat d'assurance. D'où l'intérêt de la sensibilisation des travailleurs à la réalité du risque et son évolution, grâce à une stratégie d'information et même de formation adaptée à l'objectif. D'où aussi l'intérêt d'une politique contractuelle avec les professionnels de la santé, spécialement pour introduire une stratégie de gestion prévisionnelle, d'autant plus concevable qu'elle peut toucher à l'obligation générale de sécurité incombant à l'employeur.

Il en découle également la nécessité de nouvelles règles de conduite de la négociation. Ces règles sont essentielles en ce qu'elles permettent au contrat collectif de faire réellement la loi des parties au sens de l'article 1134 du Code civil³. Elles doivent favoriser non seulement l'équilibre des pouvoirs entre les parties, mais aussi un comportement de bonne foi des négociateurs et l'exécution loyale de la convention. Un accord de méthode peut y pourvoir, en prévoyant en particulier l'information à remettre par la partie patronale aux représentants des salariés, pour que ceux-ci puissent négocier en toute connaissance de cause – la connaissance de ratios tels que les taux de fréquence et de gravité des arrêts maladie et accidents, la pyramide des âges, l'ancienneté moyenne, la répartition des effectifs entre les sexes et la structure des rémunérations semble impérative ; de même, l'intervention d'un actuaire peut optimiser la qualité de l'information.

Ces considérations devraient interpeller les acteurs sociaux dès lors que, au nom de la libre concurrence, les trois types d'opérateurs sont désormais

3. Article 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

placés sur un terrain d'égalité. A l'évidence, le seul but non lucratif ne suffit pas à rendre vertueux et les institutions de prévoyance se comportent dans bien des cas comme des assureurs classiques avec l'entreprise cliente. C'est donc sur le terrain de la déontologie et des comportements qu'induit la recherche de solidarité qu'il faut se positionner. A cet égard, il serait intéressant de conclure des accords collectifs, dont le contenu porterait sur les moyens même de décliner un objectif de solidarité et de concrétiser le paritarisme de conception et de gestion – même si ces accords ne peuvent avoir le même contenu que ceux qui irriguent l'AGIRC et l'ARRCO. Nourrir les rapports contractuels avec l'entreprise et les salariés de paritarisme, privilégier l'accord collectif et le référendum et proscrire la décision unilatérale de l'employeur pour mettre en place les garanties, décliner un objectif de solidarité professionnelle, même à ambition limitée, sont autant de façons de promouvoir, aujourd'hui, une sécurité sociale de nature conventionnelle, quel que soit l'opérateur.

III. La notion de garantie sociale

Dans cette quête, il convient d'explorer la notion de garantie sociale, qui peut être aujourd'hui d'une utilité majeure dans la perspective de la sécurisation des parcours professionnels. Cette notion, qui est objet de négociation collective dans le Code du travail (article L. 2221-1 – ancien article L. 131-1), n'est pas définie – ni dans le Code du travail ni ailleurs. Son champ reste largement indéterminé.

III.1. Le potentiel du concept de « garantie sociale » pour la sécurisation des parcours professionnels

Le concept de garantie sociale ne saurait en particulier se limiter à celui de garantie collective telle qu'identifié par le livre IX du Code de la Sécurité sociale : outre les retraites supplémentaires et les garanties de prévoyance, sont des garanties collectives les systèmes de mutualisation permettant l'acquisition de revenus de substitution au salaire en cas de perte d'emploi subie – qu'il s'agisse du régime UNEDIC ou des garanties complémentaires que le Code du travail et celui de la Sécurité sociale autorisent.

La notion de garanties sociales est vraisemblablement bien plus large que celle de garantie collective du livre IX du Code de la Sécurité sociale (encadré 4), plus large même que ce que l'on pourrait imaginer en incluant l'assurance chômage et les dispositifs de mutualisation en matière de financement de la formation professionnelle. Les systèmes de mutualisation des fonds destinés à la formation sont l'une des déclinaisons possibles du concept de garantie sociale, l'objet de l'assurance étant ici la couverture des risques liés à la perte d'employabilité (Barthélémy, 2008). M. Fontanet,

Encadré 4

La notion de « garanties sociales »

L'article L. 2221-1 du Code du travail (ancien article L. 131-1) introduit la notion de « garanties sociales », dont les déclinaisons possibles ne sont pas déterminées de façon restrictive : « Le présent titre est relatif à la détermination des garanties collectives entre employeurs et salariés ; il définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail et de leurs garanties sociales. »

alors ministre du Travail, avait d'ailleurs annoncé la création d'une nouvelle « garantie sociale » lorsqu'il avait présenté la loi du 16 juillet 1971 sur la formation professionnelle.

La notion de garantie sociale peut être définie à partir de l'idée d'un droit de tirage du travailleur (Supiot, 1999) sur un fonds constitué par des contributions mutualisées – versées par les entreprises et éventuellement les salariés, fonds que Jean-Jacques Dupeyroux avait appelé « pot commun » (Dupeyroux, 1990) –, destinées à être affectées à un objet précis. La notion de garantie sociale peut, en cela, être rapprochée de la notion d'« institution de prévoyance » qui émanait de l'article L. 4 du Code de la Sécurité sociale.

Mais le concept de garantie sociale permet également d'aller bien au-delà de la retraite, la prévoyance, l'assurance chômage ou la formation. Rien n'empêcherait par exemple, en matière de logement ou de prêts bancaires, d'envisager la constitution d'un fonds qui servirait de caution, voire avancerait de l'argent⁴. Le champ des garanties sociales, ainsi définies, peut être extrêmement vaste. Ces droits de tirage auraient notamment pour mérite de favoriser le libre choix, de soutenir l'autonomie et la responsabilité du travailleur, déclinant ainsi la fonction protectrice générique du droit du travail autrement que par des avantages minima.

C'est là l'apport décisif du concept de garantie sociale. La création de fonds collectifs, sur lesquels tout travailleur peut, de sa seule initiative, décider de procéder à un tirage lorsque les conditions le lui permettant sont

4. Sous cet éclairage, la création de fonds mutualisés affectés à tel objet précis peut être une solution contre la précarité. Ainsi, soutenir qu'être titulaire d'un CDD empêche l'accès au logement ou à des prêts n'a pas de sens en soi. Les réticences d'un propriétaire ou d'un banquier peuvent être réduites, sinon écartées, si des cautions peuvent être mises en place à partir d'un fonds mutualisé. La seule difficulté vient du droit fiscal. Les contributions en question ne doivent pas être qualifiées de rémunération supplémentaire : il existe, en matière de retraite et de prévoyance, une règle de neutralité fiscale qui devrait alors pouvoir s'appliquer également en d'autres domaines.

réunies, est de nature à favoriser le libre choix en matière aussi bien de conditions de travail que de gestion de carrière (Barthélémy, Cette, Verkindt, 2007) ; le libre choix n'est effectif que si le niveau de revenus n'est pas affecté. La garantie sociale permet ensuite de mutualiser un certain nombre de coûts sociaux, ce qui est d'autant plus indispensable lorsque l'initiative en matière de gestion des rapports de travail émane non de l'employeur mais du salarié. Enfin et surtout, cette notion autorise une grande créativité, pour nombre de problèmes liés à la gestion de la carrière ou aux aléas de la vie (pris ici au sens large) qui pourraient trouver des réponses satisfaisantes, tant pour l'entreprise que pour les salariés.

Mais il ne saurait y avoir de garantie sociale si n'est pas mis en œuvre le paritarisme, tant de conception que de gestion. A défaut, c'est dans le cadre du marché de l'épargne que l'on se situe. Il convient donc de se référer, pour généraliser cette notion, à la démarche en vigueur dans la retraite et la prévoyance, qui distingue régime conventionnel de sécurité sociale et marché de l'assurance collective des personnes.

III.2. La garantie sociale, objet de négociation collective

Les garanties sociales, nous l'avons signalé, sont objet de négociation collective (article L. 2221-1 du Code du travail).

Si l'on étend le concept de garantie sociale à de nouveaux objets, les mécanismes en vigueur dans la prévoyance, le chômage ou la formation, peuvent aisément être exportés ailleurs. Certes, la partie normative d'un accord portant sur des garanties collectives (prévoyance, retraite, chômage, formation), obéit à des exigences différentes de celles d'un accord créant des avantages quantitatifs (minima) au profit des salariés. Mais le mécanisme de mutualisation de fonds dans un pot commun invite à soutenir la thèse d'un avantage collectif, d'autant que le prélèvement sur un tel fonds résulte d'une volonté exclusive du salarié. D'où du reste l'importance de la gestion paritaire d'un tel fonds, d'autant plus essentielle que le droit de tirage étant limité au montant des avoirs du fonds, c'est par le paritarisme qu'est assurée la fonction protectrice du droit social.

Par contre, la partie contractuelle d'un tel accord – qui régit les rapports entre les signataires – gagne d'autant plus à se conformer strictement aux règles du droit de la négociation collective que celles-ci sont nées des principes de la technique contractuelle civiliste, simplement adaptée aux particularités d'un contrat collectif et d'un déséquilibre des pouvoirs entre ses acteurs.

En ce sens, cultiver la notion de garantie sociale, c'est redonner de la vie à l'institution de prévoyance telle qu'elle avait été conçue en 1945, pour décliner le droit conventionnel de la sécurité sociale. Son ambition, outre de compléter la Sécurité sociale pour corriger des insuffisances tant de niveau

de prestations que de domaines d'interventions (dépendance-inaptitude par exemple), est de faire face aux nouveaux besoins de protection sociale qui naissent des mutations du travail et de l'emploi. La protection sociale complémentaire a donc un rôle de tout premier plan dans la mise en œuvre de la réunification des droits du travail et de la Sécurité sociale ⁵.

Pour conclure, c'est donc bien par l'objectif de solidarité, même s'il est limité, que peut être établie une distinction nette entre ce qu'on peut appeler la protection sociale complémentaire – ou la sécurité sociale de nature conventionnelle –, et le marché de l'assurance collective. Cette différence ne peut provenir des opérateurs eux-mêmes, mutuelles, compagnies d'assurance et institutions de prévoyance se trouvant désormais en situation de concurrence totale sur le marché de l'assurance collective. Elle peut en revanche venir d'une déontologie, qui doit s'exprimer dans la négociation.

A cet égard, il est par exemple étonnant que les institutions de prévoyance vendent des contrats par simple décision unilatérale de l'employeur et que, dans une entreprise d'une certaine taille, ces mêmes institutions ne prennent pas soin de mettre en place un organe paritaire de gestion, pour que soit notamment possible un fonds d'action sociale, etc. C'est en effet d'une autre manière qu'il faut faire vivre la protection sociale complémentaire, par rapport au marché de l'assurance.

5. Il n'est en effet pas inutile de souligner que, à l'origine, le droit de l'indemnisation des risques sociaux n'était qu'un chapitre du droit ouvrier. Si le droit de la Sécurité sociale a acquis son indépendance à l'égard du droit du travail depuis 60 ans, des signes de réunification des deux disciplines apparaissent aujourd'hui, notamment du fait de la place de plus en plus importante du droit de la protection sociale complémentaire, laquelle, comme le droit du travail, est le domaine du contrat.

Références bibliographiques

- Barthélémy J. (2004), « Solidarité et accord de protection sociale complémentaire », in « Analyses juridiques et valeurs en droit social », études offertes à Jean Pélissier, Dalloz, Paris, p. 27-54.
- Barthélémy J. (2007), « Peut-on dissocier le droit du travail et le droit de la Sécurité sociale ? Contribution à la théorie des vases communicants... », *Droit Social*, n° 7/8, juillet-août, p. 787-792.
- Barthélémy J. (2008), « L'assurance formation, une garantie sociale », *Droit Social*, n° 12, décembre, p. 1199-1202.
- Barthélémy J., Cette G., Verkindt P.-Y. (2007), « Contrat de travail, sécurisation des parcours professionnels et efficacité économique », Rapport pour le Conseil d'Orientation pour l'Emploi, janvier.
- Barthélémy J., Duclos L. (2006), « Institutions de prévoyance : à la recherche de l'identité perdue », Institut de la Protection Sociale Européenne, *Folio*, n° 43, juillet.
- Dupeyroux J.-J. (1990), « Les exigences de la solidarité. Observations sur la désignation d'une institution déterminée pour la gestion d'un régime complémentaire de prévoyance », *Droit Social*, n° 11, novembre, p. 741-750.
- Supiot A. (dir.) (1999), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail*, Rapport pour la Commission européenne, Flammarion, Paris.