

# **La protection sociale attachée à l'activité**

Une contribution à l'épanouissement des droits fondamentaux et  
des libertés de l'Homme

Jacques Barthelemy  
Avocat – Conseil en droit social  
Ancien professeur associé à la faculté de droit de Montpellier  
Fondateur en 1965 du Cabinet éponyme

NB : cet article est tiré d'une communication dans le cadre des 42<sup>e</sup> rencontres IPSE, à La Haye les 30 et 31 mai 2016

## **Considérations introductives du sujet**

On ne peut, sans doute, que faire des suppositions sur les effets du numérique sur les modes d'organisation du travail, dans les activités actuelles aussi bien que sur l'émergence de nouvelles. Ce sur quoi on peut, par contre, avancer des certitudes c'est qu'elles auront un impact sur les droits du travailleur, ne serait-ce qu'en raison des types de relations avec l'entreprise employeur en général et au-delà avec les donneurs d'ordres. Ces mutations, on ne saurait les freiner au nom de la préservation de droits, ceci d'autant que naît peu à peu une civilisation du savoir dans laquelle le numérique va jouer un rôle de plus en plus décisif au point, sans nul doute, de modifier les modes de vie, la culture et jusqu'aux modes de pensée et d'agir, que ce soit au demeurant dans la sphère de l'activité professionnelle ou dans celle de la vie personnelle ; à cet égard est déterminant que les outils du numérique sont ceux aussi bien de l'activité professionnelle que de la vie personnelle, contrairement aux outils de la civilisation industrielle qui ne sont utilisés que dans l'entreprise.

Quels que soient les impacts de la civilisation du savoir qui s'affirme de plus en plus grâce au numérique et parce que celle-ci n'est qu'une technique, ils ne sauraient menacer les droits fondamentaux de l'Homme et ses libertés essentielles ; l'histoire de l'humanité est au demeurant marquée par un continuum dans leur accomplissement car ils contribuent largement à marquer la différence entre l'humanité et l'animalité. Ils constituent en quelque sorte le noyau dur de la protection de l'homme, en particulier du travailleur étant, en outre et de manière plus dynamique, l'instrument privilégié de sa promotion, donc de progrès social. À cet égard, n'est pas inintéressant de souligner que la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme interdit la régression sociale ; cela lie bien évidemment tous les Etats membres du conseil de l'Europe. Mais surtout il faut souligner que les techniques du numérique ne peuvent qu'annihiler les freins d'ordre matériel à l'épanouissement plein de ces droits fondamentaux et des libertés.

Ainsi et à titre d'exemple, la conciliation entre vie personnelle et vie professionnelle, principe du droit communautaire du fait de son affirmation dans la charte des droits fondamentaux, n'est effective que grâce aux portables qui ont permis de lever les barrières nées des frontières de l'entreprise. Demain le libre choix, en matière de conditions de travail, de lieux, de temps mais aussi d'action pour la réalisation d'un objectif professionnel sera la règle. La seule limite (de fond) de cette liberté sera l'intérêt de l'entreprise - qui conditionne le pouvoir de direction - et bien sûr ne se limite pas à celui des détenteurs de capital.

Dans cette perspective, se posera avec beaucoup d'acuité la nécessaire compatibilité de l'intérêt individuel et de l'intérêt de la collectivité quelle qu'elle soit mais notamment celle vouée à un projet économique, c'est-à-dire l'entreprise. Est important alors de souligner que la personnalité morale n'est pas seulement l'œuvre de la loi ; est une personne morale tout groupement ayant des intérêts propres, distincts de la somme des intérêts individuels de ses membres et disposant d'un organe pour les représenter et les promouvoir ; à cet égard, n'est pas surréaliste d'imaginer que la collectivité des travailleurs d'une entreprise soit une personne morale, d'autant qu'elle dispose, par le comité d'entreprise qui est une personne morale, d'un organe destiné à assurer son expression collective.

Par ailleurs et plus fondamentalement, le souci d'optimisation des libertés et des droits fondamentaux de l'Homme ne peut conduire qu'à déconnecter les droits du travailleur, les avantages qu'il retire de son activité professionnelle, de sa relation avec telle entreprise – que ce soit grâce à un pot commun sur lequel le travailleur a un droit de tirage social ou à une plate-forme dans laquelle sont seulement stockés des droits. Cela ne peut qu'inviter à investir le concept de garantie sociale, ne serait-ce que pour éviter des solutions techniques différentes pour concrétiser tel ou tel droit, ce qui est à la fois source d'inintelligibilité au mépris d'une exigence constitutionnelle et d'insécurité

juridique, donc de judiciarisation excessive. Pour bien comprendre le sens de ce qui précède, il faut souligner que n'est pas satisfaisante la différence de nature juridique et des conditions de mise en œuvre des institutions gérant l'assurance-chômage, la retraite complémentaire, la prévoyance mutualisant les contributions destinées au financement de la formation. Demain vont se poser des questions de même type concernant le compte professionnel de pénibilité, le compte épargne temps, ou encore les moyens de favoriser, par la mutualisation des contributions destinées à favoriser la mobilité. Ceci d'autant que la concentration, dans un pot commun, de droits différents est doublement utile : pour l'affinage de chacun de ces droits du fait de l'interaction des stratégies visant à les développer ; pour en faciliter la compréhension et la gestion.

C'est au vu de ces considérations préliminaires, volontairement positionnées sur le terrain doctrinal, théorique que se justifie le plan de cette communication, à savoir :

- 1/ le caractère surréaliste de l'opposition entre salarié et indépendant d'autant qu'elle est alimentée d'approches affectives et idéologiques,
- 2/ le nécessaire dépassement du droit du travail par celui de l'activité professionnelle, plus en harmonie avec la civilisation du savoir,
- 3/ le rôle de plus en plus déterminant de la protection sociale dans cette évolution inéluctable,
- 4/ l'exigence majeure de théoriser le concept de garantie sociale.

## **1/ Le caractère surréaliste de l'opposition salarié – indépendant**

Le droit du travail que nous connaissons a été créé par et pour la civilisation de l'usine. Non seulement sa fonction protectrice trouve sa justification dans le caractère fortement déséquilibré de la relation contractuelle entre l'entrepreneur et l'ouvrier, mais encore les modèles hiérarchiques d'organisation du travail de l'usine ont contribué largement à l'identification du contrat de travail (salarié) par la référence à un état de subordination juridique, exprimé seulement au plan des conditions de travail ; or celle-ci n'est pas seule vectrice de déséquilibre contractuel nécessitant la protection de la partie faible, ne serait-ce qu'au nom d'un consentement vicié et (ou) insuffisamment éclairé rendant difficile sinon impossible que le contrat (de travail) puisse réellement et seul faire la loi des parties.

En outre, l'industrie et le capitalisme qui en a été le moyen d'action ont conduit à l'émergence, au-delà de l'ordre public classique voué à définir, au nom de l'intérêt de la Nation, les limites (de fond) des libertés individuelles, notamment celle contractuelle, d'un ordre public économique - également absolu c'est-à-dire auquel on ne peut déroger - destiné spécifiquement à la protection de la partie faible dans les relations contractuelles, quel que soit l'objet du contrat. Du fait de cette fonction, l'ordre public économique est entièrement de protection ; il se concrétise essentiellement sous la forme de réglementations de contrats, de formalisme et d'atteinte à la force obligatoire du contrat. Le droit du travail relève de ce fait par nature entièrement de l'ordre public économique. Ceci étant, le postulat de la qualité de « mineur social » du salarié – qui a pour conséquence que la qualification du contrat de travail ne peut résulter de la seule volonté des parties – induit des instruments spécifiques pour le mettre en œuvre ; c'est le cas en particulier d'un volume de dispositions légales impératives plus important que ce qui ressort du concept d'ordre public, de l'ordre public social ou relatif, c'est-à-dire de la règle de l'avantage le plus favorable en cas de conflits de source et qu'il ne faut pas confondre avec l'ordre public (absolu) en droit du travail ; un champ abondant de la

sanction pénale ; des présomptions, simples ou irréfragables de qualification ; la remise en cause du principe selon lequel la charge de la preuve incombe au demandeur.

Cet arsenal juridique lourd et contraignant devient de plus en plus inadapté au contexte dans lequel il est invité à prospérer. Les progrès des TIC et le numérique rendent en effet obsolètes les modes hiérarchiques d'organisation du travail qui ont façonné les normes du droit du travail. De même, la distinction entre salarié et indépendant fondée sur des critères jurisprudentiels, eux-mêmes conçus à partir de la civilisation de l'usine, devient de plus en plus porteuse d'insécurité juridique, donc de judiciarisation excessive – ce qui a un effet négatif sur le dynamisme des dirigeants, vecteur de développement économique. Dans un premier temps, la Cour de Cassation française a défini la subordination juridique caractéristique du contrat de travail par la référence au critère de participation à un service organisé, ce qui se conçoit bien dans le monde industriel classique. Récemment, elle a substitué à cette définition une autre fondée sur trois critères cumulatifs : des tâches ou missions confiées à un travailleur par un donneur d'ordre, lequel a la capacité d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements ; la participation à un service organisé est de ce fait réduite à la qualification de simple indice, ne pouvant de surcroît prospérer que si les conditions de travail sont définies unilatéralement par le donneur d'ordre.

Cette évolution, souhaitable au vu des mutations du travail, est toutefois insuffisante pour tenir compte des réalités nouvelles. De ce fait, la définition actuelle conduit à des effets pervers : d'abord, celui de surprotéger ceux des travailleurs en état de subordination juridique mais dont le degré élevé d'autonomie a pour effet que leur contrat individuel peut réellement faire seul la loi des parties avec l'employeur et qui bénéficient en plus du filet protecteur du code du travail conçu pour les ouvriers. Ensuite, celui de laisser sans protection les travailleurs n'étant pas en État de subordination juridique mais dont l'État de dépendance économique à l'égard d'un donneur d'ordre

altère également le consentement ; donc est menacé l'équilibre des pouvoirs entre les parties, ce qui nécessite une protection au vu des exigences de l'ordre public économique, mais pas celle du salarié classique.

Pour éviter des situations qui, s'appuyant sur des postulats sans fondement, déroulent des règles conçues pour un autre contexte et qui se traduisent par des dérives technocratiques, a été concrétisé, dans certains Etats, un statut intermédiaire entre salarié et indépendant. En Italie, certains dépendants économiques sont ainsi bénéficiaires d'un corpus juris propre (les Cococo) ; en Allemagne, les travailleurs en état de subordination juridique au plan des conditions de travail mais disposant d'un degré élevé d'autonomie ou d'indépendance technique disposent du statut de leitende Angestellte.

Les deux catégories peuvent, en théorie, être rassemblées dans un statut unique grâce au concept de parasubordination, davantage en harmonie avec la réalité des rapports avec le donneur d'ordre ; un cadre supérieur (degré élevé d'autonomie) ou un chercheur (indépendant techniquement) sont plus proches d'un sous-traitant, d'un franchisé, d'un membre de réseau (indépendant juridiquement mais dépendant économiquement) que d'un ouvrier. Au demeurant, l'indépendance technique induit la responsabilité (pénale) personnelle dans les activités professionnelles, même si la dépendance économique induit la prise en charge par le donneur d'ordre du contrat d'assurance des risques. C'est, par exemple, sur le postulat de la qualification de professionnel parasubordonné qu'a été conçu, par le biais d'un contrat collectif, le statut des agents généraux d'assurance, travailleurs indépendants relevant de la qualification de professions libérales, mais dépendants économiquement d'une compagnie d'assurance qui les rémunère en commissions, le mandat étant souvent exclusif.

La création d'une catégorie intermédiaire, si séduisante soit-elle, aura le gros inconvénient de remplacer une frontière devenue floue entre salarié et indépendant en deux qui le seront tout autant, entre salarié et parasubordonné et entre parasubordonné et indépendant. Voilà pourquoi est utile une réflexion sur l'émergence d'un droit de l'activité professionnelle.

## **2/ Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle**

Un droit de l'activité professionnelle à par nature vocation à regrouper tous les travailleurs, du plus subordonné juridiquement au totalement indépendant économiquement. Les niveaux de protection ne seront alors plus liés à l'appartenance à une catégorie mais au degré d'autonomie, donc de responsabilité, donc à la capacité du contrat individuel à faire plus ou moins seul la loi des parties. Plus l'autonomie est grande et plus est concevable une protection au travers du seul moyen de favoriser, par des procédures notamment, l'équilibre des pouvoirs entre les parties concrétisant un consentement éclairé de la partie faible, c'est-à-dire le travailleur. On décline alors de manière plus précise la fonction protectrice du travailleur par les trois critères essentiels de l'ordre public économique identifiés ci-dessus. Dans cette perspective, le droit du travail, conçu à partir du postulat de la qualité de « mineur social » du travailleur qu'il convient de protéger y compris contre lui-même, n'a de sens que s'agissant des ouvriers et employés de faible qualification. Une telle construction a l'immense mérite de promouvoir les droits fondamentaux de l'Homme et ses libertés individuelles, d'autant qu'ils sont potentiellement rendus plus aisément effectifs au sein de la sphère de l'entreprise grâce aux effets des TIC et du numérique. Les mutations du travail et les modes d'organisation du travail dont ils sont les catalyseurs ne peuvent que remettre en cause le caractère classique de ce théâtre qu'est la vie au travail, marqué jadis, dans la vie industrielle, par l'unité de temps, l'unité de lieu, l'unité d'action.



Un droit de l'activité professionnelle transcendant celui du travail doit se construire sur un socle de droits fondamentaux applicables à tous les travailleurs ; il se concrétise par trois piliers : celui des droits individuels, celui des droits collectifs, celui de la protection sociale.

Le socle de droits individuels ne peut se composer que des droits fondamentaux de l'Homme et de ses libertés essentielles, résultant de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 dont l'ambition universelle exprimée avec arrogance par les constituants français a été concrétisée par la suite au travers de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et de la déclaration universelle éditée à l'ONU en 1948. Certains de ces droits fondamentaux sont repris, s'agissant des travailleurs, dans des conventions OIT, tels le droit à la dignité, à la santé, à un revenu décent.

Il faut y ajouter les règles de conduite de la négociation du contrat, instrument de protection de la partie faible de tout contrat, donc y compris du contrat de travail. C'est aussi le moyen d'optimiser les chances de conclure. De ce fait, est essentiel de promouvoir, dans la réalisation d'un tel objectif, les instruments de la technique contractuelle civiliste. En particulier, il faut que :

- la démarche des parties dans la confection de l'accord sur les pourparlers se traduise par l'engagement de tout mettre en œuvre pour arriver à conclure ; ceci est de nature à engager la responsabilité des parties, spécialement de la partie forte, ici du donneur d'ordre, au plan quasi délictuel,
- les textes éventuellement conclus soient respectés. Étant donné qu'ils ont vocation à favoriser l'équilibre des pouvoirs donc à permettre au contrat de faire pleinement la loi des parties, le non-respect de ces règles est susceptible de conduire à la nullité de l'accord ou à réparer le préjudice lié à sa non conclusion

s'il en résulte un défaut de consentement et (ou) un manque de loyauté, exigence majeure de la formation de tout contrat.

Les droits fondamentaux collectifs essentiels sont également aisément identifiables. Les deux principaux – celui de négociation collective et celui à l'action collective – sont en effet prévus dans les textes constitutionnels de nombreux Etats, mais surtout ils sont énoncés à l'article 28 de la charte des droits fondamentaux de l'union européenne (cf. sa version consolidée d'avril 2012) laquelle a valeur de traité depuis le sommet de Lisbonne, ce qui crée aux Etats membres et en vertu de l'article 4§3 du traité de l'union européenne à la fois l'obligation de ne rien faire pour entraver la politique de l'union et l'obligation de l'accompagner. Le droit de négociation collective est également déclaré fondamental par la charte sociale européenne de 1961 révisée en 1995 ; il concerne de ce fait tous les Etats membres du conseil de l'Europe et pas seulement ceux de l'union européenne.

Or, il n'est dit dans aucun de ces textes que ces droits sont réservés aux salariés. Ainsi l'alinéa 8 du préambule de la constitution de 1946, annexé à la constitution française de 1958 et à ce titre faisant, comme la déclaration des droits de l'Homme de 1789, partie du bloc de constitutionnalité, organise le droit des travailleurs à la négociation de leurs conditions de travail par l'intermédiaire de leurs délégués. Entre parenthèse - et ceci est important eu égard aux polémiques, en France, sur le projet de loi travail – cela justifie constitutionnellement que la négociation prospère largement dans l'entreprise et pas seulement dans la branche ; d'où aussi l'importance de mettre en évidence les principes du droit du travail – auxquels par nature un accord ne peut déroger, étant alors de la responsabilité exclusive du législateur (exemple en France article 34 de la constitution). Dès lors, il n'est pas excessif de critiquer l'attitude inconstitutionnelle du législateur lorsqu'il intervient au-delà de ces principes, dans des domaines qui sont davantage de la compétence du contrat, d'autant que la liberté contractuelle est garantie par la

déclaration des droits de l'Homme (en France) et par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Il faut au demeurant pour que ces droits fondamentaux puissent être potentiellement écartés invoquer le principe de proportionnalité qui permet de les concilier avec d'autres droits fondamentaux.

On peut aisément tirer de ce qui précède l'intérêt du recours au tissu conventionnel pour organiser les rapports entre donneurs d'ordres et travailleurs, au-delà de la catégorie des salariés donc, dans la perspective d'un droit de l'activité professionnelle, d'autant que le contrat collectif, même si les aspects contractuels y sont toujours prépondérants, est normatif comme la loi ce qui lui confère une nature réglementaire secondaire.

### **3/ Le rôle fondamental de la protection sociale dans l'évolution vers le droit de l'activité professionnelle**

Le 3<sup>e</sup> pilier est sans doute le plus important, d'autant qu'il conditionne l'exercice des deux autres : la liberté d'entreprendre, corollaire de celle contractuelle, n'est pas totale et même n'est pas effective si la vie professionnelle ne peut se dérouler dans la certitude que les aléas de la vie humaine ne viendront pas en perturber l'exercice. Cela impose de se référer non à la lettre mais à l'esprit de la loi. Voilà pourquoi est essentiel, notamment dans la perspective de donner vie au droit de l'activité professionnelle, de réunifier droit du travail et droit de la sécurité sociale, les communications entre eux étant importantes et constantes. Ainsi déconnecter le maintien direct du salaire en cas de maladie par l'employeur et les indemnités journalières résultant d'incapacité temporaire de travail voire de rentes d'invalidité versées par un tiers assureur à l'entreprise ne peut que réduire l'ambition de la politique de protection sociale, d'autant que les stratégies conduites sont alors très souvent conçues en fonction du sort fiscal et social des contributions alimentant les prestations.

Au vu de cet éclairage essentiel, deux séries de développements sont nécessaires dans le cadre de la présente communication. La première est relative aux instruments permettant le transfert de la protection sociale en cas de mutation dans la situation du travailleur, qu'il s'agisse d'un changement de statut ou seulement d'entreprise. La seconde concerne le choix, ou non, de construire l'édifice sur la solidarité en prenant en considération tant le titre IV de la charte des droits fondamentaux de l'union européenne que celui des autres grands principes qui la gouvernent.

Eu égard à l'importance de la protection sociale dans la mise en œuvre d'un droit de l'activité professionnelle, la voie de l'unification des régimes légaux est sans doute préférable. Mais suivant la manière dont est organisée le droit de la sécurité sociale dans tel ou tel État, cette opération est plus ou moins aisée. En particulier, une distinction doit être faite suivant que la responsabilité de la gestion des régimes incombe directement à l'État ou est confiée aux partenaires sociaux. À tout le moins, doit être opérée une compensation entre les régimes ce qu'impose la solidarité qui les irrigue.

Une distinction est à faire ici, par souci de clarté mais aussi d'efficacité dans la gestion des régimes, entre l'identification des droits par le législateur et leur gestion qui peut être confiée à des organismes de droit privé, dont la responsabilité incombe alors souvent aux partenaires sociaux. Dans certains cas, le principe du droit à telle garantie est fixé par le législateur qui confie aux partenaires sociaux la responsabilité non seulement de gérer mais aussi en amont de concevoir le régime. Ceci a un impact sur sa nature juridique, d'essence conventionnelle bien que mettant en œuvre un droit légal. Enfin suivant que le régime d'essence conventionnelle se substitue à un régime légal ou simplement le complète, d'autres spécificités, encore plus profondes, apparaissent. Il en est ainsi par exemple sur le terrain des droits fondamentaux irriguant l'union européenne, qu'il s'agisse de la libre circulation des travailleurs, de la qualification (ou non) d'entreprise de

l'organisme gestionnaire, avec des effets au plan du droit de la concurrence ou de celle de rémunération (ou pas) de la garantie dont bénéficie le travailleur.

Par ailleurs, la solution peut ne pas être la même pour l'ensemble des garanties. Cela dépend en partie de l'histoire de l'État mais plus fondamentalement des choix politiques, notamment du positionnement, ou pas, des régimes dans l'orbite fiscale. Les garanties de prévoyance matérialisent, pour le travailleur, un avantage qui a, au plan théorique, la qualification d'élément de revenu du travail, donc entraîne la fiscalisation des contributions évaluant actuariellement le risque. Le choix de ne pas faire entrer les garanties dans la qualification de revenus est parfaitement justifié lorsqu'est poursuivi un objectif de solidarité qui contribue à la qualification de régime de sécurité sociale. Est particulièrement topique à l'égard de cette question l'assurance perte d'emploi subie (chômage) qui peut être de la responsabilité exclusive de l'État, intégrée donc dans son budget ou au contraire, malgré le caractère légalement obligatoire du régime, est entièrement de la responsabilité des partenaires sociaux. C'est du reste la raison pour laquelle, le règlement 1408-71 – qui vise à la totalisation des périodes d'activité dans divers États de l'union européenne pour déterminer les droits dans chacun et à permettre le paiement des pensions dans l'État de résidence dans la perspective de faciliter la libre circulation des travailleurs – prévoit qu'il s'applique non seulement aux régimes légaux mais aussi à ceux conventionnels qui s'y substituent. C'est, par exemple, en vertu de cette règle que le régime ASSEDIC français relève de droit de ce règlement puisqu'il n'y a pas, dans cet État, de prestations chômage directement versées par l'État. Au contraire, les régimes complémentaires de retraite n'en relèvent pas de droit, l'intégration dans ce règlement de l'Agirc et de l'Arrco résultant d'une volonté expresse du gouvernement suscitée par les partenaires sociaux.

Enfin et surtout, il est des garanties nouvelles qui naissent et vont naître encore plus des mutations profondes du travail et qui vont se concrétiser par des droits plus attachés à la

personne qu'au contrat de travail. C'est ce qu'on désigne sous le nom de « sécurité sociale professionnelle ». L'objet de l'activité des organismes mutualisateurs des contributions destinées au financement des actions de formation est, par exemple, de concrétiser l'assurance du risque d'inemployabilité ; corollaire du droit à l'emploi – droit objectif – le droit à l'employabilité est un droit subjectif en ce que la responsabilité de sa concrétisation peut être mise aisément à la charge du donneur d'ordre au travers de l'exigence de loyauté à l'égard du travailleur dans l'exécution des relations contractuelles ; cette exigence oblige au maintien du niveau de compétences au vu de l'évolution du contenu de la fonction, mais aussi à favoriser l'acquisition de celles permettant une reconversion et (ou) la mobilité. Sous cet angle, aucune distinction n'est à faire entre le salarié et le travailleur dépendant économiquement parce que l'exigence de loyauté est héritée des principes de la technique contractuelle.

Relève de la même problématique ce qui ressort du droit à la santé. L'obligation de sécurité incombant de ce fait à l'employeur d'un salarié peut aisément être étendue au donneur d'ordres dans ses rapports avec un travailleur en simple état de dépendance économique. L'assurance accidents du travail et maladie professionnelle du salarié peut donc être étendue à cette catégorie de TNS, laquelle doit pouvoir, pour les mêmes raisons, mettre à la charge du donneur d'ordre, au moins partiellement, le coût de l'assurance-chômage. Ce qui précède est illustré, en France, par le statut conventionnel des agents généraux d'assurance, les compagnies d'assurances assumant, par prélèvement à la source sur les commissions d'apport des contrats d'assurances vendus, une part des cotisations destinées au financement de la protection sociale légale et alors même qu'il s'agit de travailleurs indépendants.

La protection sociale conventionnelle joue un rôle de plus en plus important, d'autant que sa promotion s'inscrit dans les objectifs du traité de fonctionnement de l'union européenne (TFUE). Elle se concrétise par des droits attachés à une entreprise ou à une

branche d'activité. Sa permanence au-delà de l'éventuelle rupture du contrat de travail, pour favoriser la mobilité notamment, nécessite dès lors d'autres moyens que celui de l'unicité d'organisme assureur pour toutes les entreprises de la branche ; au demeurant celle-ci peut poser problème sur le terrain de la liberté de la concurrence ou de la liberté contractuelle.

D'où l'indispensable investissement dans des techniques de portabilité et de transférabilité des droits, non seulement d'une entreprise à une autre, mais encore d'un « statut » à un autre. L'effectivité de l'une et l'autre de ces techniques – la seconde étant surtout utile pour ce qui se rapporte à l'épargne, donc à la retraite – repose sur le provisionnement des engagements pour pouvoir maintenir des droits au-delà de la rupture ou pendant la suspension des relations contractuelles. De ce fait, malgré cette rupture ou cette suspension, le travailleur continue à faire partie de la communauté de travail mais seulement pour la protection sociale. La portabilité n'est donc pas un produit d'assurance distinct. Voilà pourquoi les partenaires sociaux ont la capacité d'en améliorer la portée au-delà de la période éventuellement légalement prévue (par exemple afin d'optimiser un plan de sauvegarde de l'emploi en cas de licenciement économique et même de l'exporter à des situations différentes, telle par exemple la suspension du contrat de travail pour tenter une expérience ailleurs). Voilà du reste pourquoi est alors préférable l'autogestion paritaire dans le cadre d'une institution qui présente en outre l'avantage de pouvoir sortir du champ des règles de prudence (Solvency II tout spécialement) qui n'ont de sens que si les garanties sont gérées de l'extérieur par un prestataire de services ; l'autogestion paritaire n'interdit pas pour autant le recours à un assureur pour gager les obligations des entreprises ainsi que pour fiabiliser les droits des travailleurs.

En particulier, l'éventuelle absence de provisionnement des engagements ou la limitation de celle-ci sous forme de réserves exige, parce que les rentes futures ne sont alors pas

garanties par l'assureur, que des instruments contractuels contraignants permettent malgré tout de maintenir la protection des travailleurs. Cela vient alors de la responsabilité exercée collégalement par les représentants des employeurs et des salariés ; d'où l'importance de la commission paritaire qui doit se voir doter de pouvoirs de décision par délégation, au travers de l'accord fondateur du régime, des partenaires sociaux. C'est au demeurant, on l'a vu plus haut, un moyen de donner de la consistance juridique à la collectivité de travail. Cette exigence s'impose aussi si les provisions sont strictement celles correspondant aux rentes acquises à la date du sinistre car se pose alors la question d'une revalorisation ultérieure voire de l'effectivité de droits connexes comme par exemple le maintien de l'assurance décès en cas d'invalidité.

Moins la puissance publique intervient ici, mieux cela vaut mais il faut alors que les actes créateurs des garanties, c'est-à-dire par nature des conventions collectives, aient un contenu sophistiqué pour réduire les risques d'insécurité juridique et que les partenaires sociaux aient un minimum d'inventivité pour concrètement dissocier le droit à ces garanties de la seule existence du contrat de travail.

#### **4/ De l'exigence majeure de théoriser le concept de garantie sociale**

Ces questions ne sont pas très difficiles à résoudre pourvu qu'on sache solliciter intelligemment la technique actuarielle et l'ingénierie juridique. Plus délicate à résoudre est par contre celle de savoir comment, du fait de l'individualisation des droits conséquence de la déconnexion de l'appartenance du travailleur à une entreprise et (ou) à un statut particulier - inévitable car elle favorise l'épanouissement des libertés rendues possibles par les progrès des TIC et par l'émergence du numérique – on peut avoir l'ambition de poursuivre un objectif de solidarité, donc de mettre en place aussi une politique de prévention, c'est-à-dire déployer une sécurité sociale professionnelle, sécurité sociale et solidarité étant indissociables.



Cette question ne se pose pas pour les régimes légaux qui, que l'on se soit appuyé sur le système bismarckien ou le système beveridgien, sont imprégnés habituellement de solidarité. Cela a du reste pour effet que, contrairement à une idée reçue, la technique de répartition est très répandue dans les régimes légaux, d'autant qu'elle est l'instrument par excellence d'une solidarité à la fois nationale, générale, interprofessionnelle, laquelle irrigue les régimes légaux de sécurité sociale.

Plus délicate à résoudre est par contre l'introduction de la solidarité dans des régimes complémentaires dont le champ est limité à l'entreprise, voire à la branche et qui ne mettent en œuvre que de manière sélective pour telle ou telle garantie. La solidarité étant un principe du droit communautaire, les partenaires sociaux ne peuvent se voir ôter le droit de la mettre en œuvre, même s'ils peuvent limiter leur ambition à seulement fixer la nature et le niveau des prestations, ce qui réduit le système à la qualification de simple élément de rémunération différée. Pour la CJUE, un accord collectif de prévoyance n'est jamais une entente prohibée entre entreprises en raison de sa nature (d'accord entre partenaires sociaux) et de son objet (l'amélioration des conditions de travail) ; plus intéressant est que, toujours pour la CJUE, le monopole confié à un seul assureur pour gérer les garanties collectives créées au niveau de la branche ne se traduit pas par une position dominante abusive dès lors qu'est mis en œuvre un degré élevé de solidarité, lequel a pour effet que l'organisme assume une mission d'intérêt général économique. Quant aux obstacles susceptibles de naître de la liberté contractuelle (telle qu'elle est exprimée notamment par la Conv. EDH) et de celle d'entreprendre qui en découle, ils peuvent être écartés en invoquant le principe de proportionnalité, l'atteinte à ces droits disposant, du fait de la solidarité, d'un but légitime. Bref, un degré élevé de solidarité non seulement identifie un régime par opposition à un simple système de prévoyance, mais encore il positionne les garanties sur le terrain de l'intérêt général économique au sens que donne de cette expression le titre IV de la charte des droits fondamentaux de l'union européenne.

Il n'y a aucune raison que de telles constructions juridiques aient leur champ limité aux salariés, d'autant que le champ du salariat peut varier d'un État à un autre, en raison de l'existence ou non d'une disposition légale, mais aussi - surtout sans doute - de la définition donnée par la jurisprudence et du rôle qu'y jouent la subordination juridique et (ou) la dépendance économique. Bref, rien n'interdit que la solidarité soit présente dans les garanties sociales des TNS, y compris au-delà des régimes légaux, surtout concernant ceux de ces travailleurs en état de simple dépendance économique parce que cela crée des obligations au donneur d'ordre, liées au respect de droits fondamentaux de l'Homme. Il n'y a, par exemple, aucune raison que celui-ci ne soit pas responsable d'une charge raisonnable et d'une durée raisonnable de travail... peu important que le droit de la durée du travail ne s'applique pas. C'est sur cette double exigence que, par exemple, le comité européen des droits sociaux, s'appuyant sur la charte sociale européenne de 1961 révisée en 1995, a considéré le régime français des forfaits jours comme illicite. On notera que la validité de ceux-ci est assise sur un degré élevé d'autonomie du travailleur qui peut apparaître non seulement chez des salariés (cadres d'un certain niveau) mais aussi et par définition chez des travailleurs en état de seule dépendance économique.

Au demeurant et de manière plus fondamentale, l'institution phare du droit du travail qu'est la convention collective n'est pas réservée aux salariés ; son utilité est réelle dès que la relation contractuelle est déséquilibrée au détriment d'une partie faible et que peut être identifiée une collectivité pour laquelle des normes à vocation générale peuvent être instaurées. Or l'outil d'excellence de la protection complémentaire, c'est l'accord collectif.

Tout ce qui précède ne peut qu'inviter à une investigation théorique sur le concept de garantie sociale, d'autant que le mot « garantie » induit des conséquences qui ne sont pas en harmonie avec l'absence de principe d'intangibilité des pensions liquidées. Cela exige donc que des instruments soient inventés, autres que le provisionnement des

engagements, d'autant plus que la solidarité qui optimise la protection sociale en dépassant la seule assurance collective invite à recourir à la technique de répartition.

Déconnecter les droits sociaux d'un travailleur de son contrat avec son donneur d'ordre – qu'il soit ou non en état de subordination juridique dès lors qu'il est en état de dépendance économique – suppose encore plus que le concept de garantie sociale soit théorisé. À défaut, on prend le risque de solutions différentes suivant les différents régimes et ceci sans raison valable, source de complexité donc d'intelligibilité au mépris d'une exigence constitutionnelle. Cela ne peut qu'affecter l'effectivité des droits. À titre d'exemple et par souci de clarté : ce qui est déterminant, c'est la consistance juridique de la collectivité de travail ; dès lors des règles de recours éventuel au référendum doivent être imaginées ; la nature juridique de l'institution matérialisant cette collectivité organisée doit être la même. Or, elle varie, en France, suivant qu'il s'agit d'un fonds d'assurance formation, d'une institution de prévoyance, d'une caisse de retraite complémentaire, d'une caisse d'assurance chômage. Elle varie aussi suivant les Etats de l'Europe qui tantôt prônent une institution sui generis fondée sur le double paritarisme, tantôt font appel à l'association ou à la coopération. Or tout ceci n'est pas neutre, y compris sur le terrain de la démocratie sociale.

Ces considérations sont d'autant plus importantes que, sous les effets des TIC et du numérique, de nombreuses et nouvelles garanties vont naître car elles sont des instruments au service de la promotion des libertés. On songe à ce qui favorise la mobilité, la pénibilité, la conciliation entre vies personnelle et professionnelle, l'inaptitude, la dépendance... toutes garanties pouvant se référer à la notion de sécurité sociale professionnelle.

Le concept de garantie sociale ne peut qu'être défini par opposition à celui de conditions de travail, d'autant que l'un et l'autre sont objets de négociation collective :

- les conditions de travail sont concrétisées par des avantages directement sous la responsabilité de l'employeur qui, à défaut de les allouer sous forme de prestations en espèces ou de temps de non travail, peut être contraint, par voie d'action en référé, de respecter l'obligation qui pèse sur lui ou de réparer, sous forme de dommages-intérêts, le préjudice subi par le travailleur. La liaison avec le contrat de travail est donc totale et directe. Voilà pourquoi - et alors même que le droit à un congé annuel s'inscrit dans le droit à la santé, droit fondamental - l'employeur n'est contraint en cas de rupture du contrat de travail, qu'au versement d'une indemnité compensatrice de congés ce qui, en quelque sorte, bafoue l'exigence de protection de la santé. La cour de justice s'est récemment prononcée pour le droit à un repos effectif. À cet égard la portabilité des droits est un progrès.
- Les garanties sociales se caractérisent au contraire par un droit de tirage social donné au travailleur sur un fond collectif, un pot commun, alimenté de contributions dues au moins pour partie par l'employeur. Cela permet, grâce à la mutualisation qui n'est qu'un moyen, de déconnecter les droits du travailleur de l'appartenance à une entreprise. Cela permet aussi de rendre possible la création de régimes fondés sur la solidarité. Cela favorise enfin l'épanouissement des libertés individuelles puisque l'accès au droit dépend d'une initiative personnelle. Cela permet de choisir telle ou telle solution pour le déroulement de sa carrière en sollicitant le pot commun à telle ou telle époque, en fonction de tel ou tel événement, en totalité ou partiellement.

Le mérite des garanties sociales apparaît aussi de ce qu'elles permettent d'abandonner les sanctions négatives des comportements déviants (sous forme de pénalités ou de dommages et intérêts réparant un préjudice) au profit de sanctions positives de comportements vertueux (des primes ou baisses de cotisations conséquences de stratégies déployées pour optimiser la situation de santé et plus généralement la qualité

de vie au travail). Un tel changement est d'autant plus important qu'il a un effet positif sur le dynamisme des dirigeants d'entreprise, beaucoup plus – exemple tiré de l'actualité – que la baremisation des dommages et intérêts dus en cas d'absence de cause sérieuse de licenciement, donc de faute de l'employeur justifiant a priori la réparation intégrale du préjudice.

C'est au tissu conventionnel seul qu'il faut confier la création des garanties sociales et la responsabilité de l'ingénierie juridique destinée à les rendre effectives, notamment par les institutions destinées à collecter les contributions destinées au fonds collectif. Étant donné qu'on s'éloigne potentiellement de la seule technique assurantielle et qu'aucun principe institutionnel n'exige l'intangibilité des pensions liquidées, c'est dans la coresponsabilité des représentants des employeurs et des salariés que se trouvent les instruments de la sécurisation des droits. Dans un tel système et surtout si le régime créé fonctionne en répartition, leur incombe l'obligation d'adapter le régime en permanence de sorte que la masse des cotisations et celle des prestations soient égales, moyen de sécuriser les droits. D'où l'importance du double paritarisme, de conception (seul un accord collectif, voire un référendum peut créer le régime) et de gestion, un organe paritaire composé de représentants des adhérents (entreprises) et des participants (travailleur) devant détenir le pouvoir, octroyé, au travers de l'accord fondateur du régime, par les partenaires sociaux. C'est du reste le seul moyen de donner la personnalité à la collectivité de travail, indirectement certes par celle de l'institution ainsi créée ; les rapports avec l'assureur extérieur sollicité pour la mise en œuvre des garanties ne peuvent naître que d'un contrat, mais avec qui si ni la convention collective ni la branche ne sont une personne morale ?

Ce qui précède ne peut conduire qu'à délimiter le champ de l'institution – qui n'est pas alors un assureur mais le moyen de donner la personnalité à la collectivité des adhérents

et surtout des participants – par le champ de l'accord, donc de la branche. Ceci amène nécessairement deux sortes de remarques :

- la première. Des exigences de solvabilité, de rentabilité financière, d'amélioration des coûts de gestion, une maîtrise technique et juridique invitent à ce que les organismes soient d'une grande taille, donc en nombre réduit. Pour concilier avec ce qui précède, il faut alors promouvoir l'affiliation, au deuxième degré, de l'institution strictement professionnelle à ce groupement ayant un champ plus vaste obéissant à ces exigences. À défaut, ces groupements interprofessionnels ressembleront de plus en plus à des assureurs classiques et perdront toute légitimité, mieux valant alors l'original que la copie.
- La seconde. L'institution doit être créée par l'accord fondateur des garanties car elle en est un des instruments permettant aux droits individuels et collectifs d'être effectifs. Il n'y a rien d'original à cela dans la mesure où des accords créant des avantages relevant de la qualification de conditions de travail mettent en place aussi les structures et les procédures leur permettant d'être effectifs ; celles-ci sont évidemment aussi objet de négociation collective. Donner naissance à l'institution – qui n'est alors pas un assureur – par l'accord fondateur des garanties est infiniment plus satisfaisant, au regard des exigences de la protection sociale, que de la construire par un accord séparé, pour lequel se posent du reste alors des questions importantes relatives à sa nature juridique : est-ce ou non une convention collective ?

C'est au vu de ces considérations à caractère théorique mais fondamentales que se pose la question de l'intérêt de faire émerger, au côté de la classique convention collective de travail, une convention collective de sécurité sociale. Son identité ne peut reposer que sur le constat que, contrairement à la partie contractuelle de l'accord qui est évidemment la même puisqu'il s'agit de définir les rapports entre les partenaires sociaux, la partie normative est différente. Il ne s'agit pas de créer des avantages dont la production

incombe à l'employeur mais d'alimenter, à partir de la technique de mutualisation, un pot commun ; cela induit inévitablement des références aux instruments de la sécurité sociale, spécialement si est mis en œuvre un haut degré de solidarité qui positionne l'institution sur le terrain de l'intérêt général. Cette qualification de convention collective de sécurité sociale s'impose d'autant plus que, de ce fait, peuvent aisément être écartées les critiques tirées du droit de la concurrence et de la liberté contractuelle à l'égard de l'obligation de relever d'un même organisme pour toutes les entreprises, y compris du reste celles relevant de l'exigence de transparence : d'une part on est sur le terrain de l'autogestion paritaire qui par nature exclut toute exigence de ce type dans le choix de l'organisme ; d'autre part, la protection sociale échappe au champ de l'article 56 TFUE, dès lors que l'activité d'assurance, sauf s'agissant des gros risques, est intrafrontalière.

### **Brève considération conclusive**

Mais tout ceci – et cela servira de conclusion – nécessite une compétence technique que les partenaires sociaux n'ont pas, pas toujours en tout cas, ce qui a pour effet des constructions qui n'optimisent pas les moyens d'une grande ambition. C'est là, bien plus que dans l'insuffisance de représentativité réelle des syndicats en raison de la faiblesse éventuelle du nombre de leurs adhérents, que se trouve l'essentiel des difficultés dans la mise en œuvre d'une protection sociale complémentaire de qualité. Ceci d'autant que cette faiblesse est, potentiellement, compensée par une audience plus importante mesurée à partir du résultat des élections professionnelles.

Par compétence technique, il faut notamment entendre la maîtrise du droit social, la capacité à l'utiliser comme instrument au service des constructions conventionnelles grâce à d'un côté l'adaptation des normes à chaque contexte et à chaque projet mais aussi à la gestion préventive du risque par le contrat d'un autre côté. Dans cette perspective, il faut déployer l'approche organisationnelle du droit, d'autant plus indispensable que l'entreprise est à la fois sujet et objet d'organisation. Ceci a, au demeurant, pour effet d'éviter une approche technicienne, susceptible de dériver technocratique, faisant du droit une fin en soi, auquel cas on ne fait appel à lui que pour mettre en œuvre les décisions arrêtées sans son concours et on en gère seulement les contraintes, ce qui a un coût. Au contraire, l'approche organisationnelle du droit social est vectrice de valeur ajoutée, donc contribue à la compétitivité. En cela le droit social, spécialement le droit conventionnel, favorise une meilleure conciliation entre efficacité économique et protection du travailleur, donc contribue à la sécurisation de l'emploi.