

Le concept de garantie sociale, instrument privilégié de la protection du travailleur dans la civilisation naissante du savoir

Contribution au bénéfice de France Stratégies dans le cadre de l'étude conduite sur l'emploi

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

Considérations préliminaires

Retrouver le plein emploi ne peut pas venir que de l'évolution du droit du travail, c'est évident. Pour autant, il a des responsabilités dans les freins à l'adaptation des entreprises, exigence que créent les TIC et que créera encore davantage le numérique. Le droit du travail a été créé par et pour la civilisation de l'usine ; ses normes sont de plus en plus inadaptées au contexte dans lequel elles sont invitées à prospérer. Ceci engendre de l'insécurité juridique, donc une judiciarisation excessive, laquelle joue un rôle (négatif) dans le dynamisme nécessaire des dirigeants.

Ceci étant, le droit du travail ne peut sacrifier sa fonction protectrice génétique à l'efficacité économique et même à l'emploi dès lors qu'il n'est pas (pas que) celui de l'emploi. Il faut donc trouver les moyens de mieux concilier efficacité économique et protection du travailleur ; cela passe inévitablement par plus de contrats, de contrat collectif spécialement qui permet d'adapter les normes à chaque contexte, à chaque projet et est donc potentiellement facteur de compétitivité. Mais il faut alors s'inquiéter des instruments permettant au contrat de faire réellement et seul la loi des parties ; cela invite à rendre obligatoire la négociation des règles de conduite des pourparlers et la sanction de leur non-respect, par la nullité de l'accord si est affecté le consentement lequel doit être éclairé ; cela invite aussi à donner de la consistance juridique à la collectivité de travail, voire la personnalité morale ce qui permettrait au demeurant de donner du sens à l'intérêt de l'entreprise – seule limite de fond du pouvoir de direction – lequel ne peut pas s'identifier par celui de la seule collectivité des détenteurs de capital, donc de la société. Dans cette perspective, les institutions représentatives élues du personnel doivent être fusionnées et le comité d'entreprise doit devenir un authentique conseil d'administration de la collectivité de travail, tel en Allemagne le Betriebsrat, ce qui implique que l'employeur n'en soit plus membre et président. C'est au vu de cet objectif majeur que doit être favorisé l'accroissement du nombre des adhérents des syndicats ; qu'ils agissent directement ou par l'intermédiaire de l'institution élue, il faut

que leur représentativité réelle soit beaucoup plus forte ; à cet égard, s'appuyer sur les résultats aux élections professionnelles est un aveu d'impuissance, d'autant qu'on mesure leur audience sur des élections qui ont un tout autre objet.

Lorsqu'on parle de ces questions, les économistes parlent de « marché du travail », voire de l'intérêt de « réformer le contrat de travail » ; cela atteste de grandes difficultés à faire se comprendre les économistes et les juristes et ceci peut expliquer les échecs. On peut ne pas être d'accord sur le projet de loi El Khomri mais la manière dont on l'identifie habituellement est totalement erronée. L'architecture nouvelle (proposée) du droit du travail vise d'abord à identifier les principes qui par nature sont de la compétence exclusive du législateur (article 34 de la constitution) et auxquels on ne peut déroger par accord collectif, ensuite et pour ce qui excède privilégier l'accord collectif pour l'élaboration des normes, enfin à rendre supplétives les normes réglementaires ne s'appliquant qu'en cas d'absence d'accord d'entreprise ou de branche. Tout ceci est cohérent. Mieux vaudrait sans doute que le législateur, dans un élan déontologique, s'interdise de légiférer sur tout ce qui excède les principes ! Au demeurant, on pourrait lui reprocher – du fait de la boulimie législative - de porter atteinte à la constitution en méconnaissant la liberté contractuelle (article 4 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789) sans motif légitime par recours au principe constitutionnel de proportionnalité ainsi qu'au droit de négociation collective, également perturbé, par le fait qu'il résulte tant de l'alinéa 8 du préambule de la constitution de 1946 que de l'article 28 de la charte des droits fondamentaux de l'union européenne qui a, depuis le sommet de Lisbonne, valeur de traité !

Dans la perspective d'un droit social d'essence plus contractuelle (en conformité avec la nouvelle société de Chaban Delmas et... du rapport Auroux de faire des salariés les acteurs du changement »), il n'est qu'une seule critique à faire à cet ordonnancement nouveau : c'est la manière dont est organisée la résistance du contrat de travail à

l'évolution du tissu conventionnel porteur d'optimisation et de sécurisation de l'emploi pour une meilleure conciliation entre efficacité économique et protection du travailleur. Il faut que celle-ci ne soit possible que si sont affectés des droits fondamentaux (tels par exemple la conciliation entre vie personnelle et professionnelle) ou des éléments substantiels absolus du contrat (en fait le salaire effectif et la fonction, donc la qualification). Au-delà, la fonction protectrice du droit social ne doit se concrétiser par le recours à la protection sociale tant de base que complémentaire voire son maintien au-delà de la rupture des relations (exemple portabilité des droits). Mais cela implique que soit mis un terme à la définition, par la jurisprudence des critères identitaires du contrat de travail. En abandonnant la classique (parce que d'essence civiliste) distinction entre éléments substantiels (relatifs par référence à la volonté des parties et pas seulement absolus sur le fondement que de fait il y aurait à défaut pas de contrat – cf. la jurisprudence sur les promesses d'embauche) et secondaires (c'est-à-dire pouvant être modifiés unilatéralement par l'employeur) par une nouvelle distinguant éléments du contrat de travail et conditions de travail, la Cour de Cassation (le doyen Waquet en l'occurrence) entendait bien que la modification de celles-ci résultant d'un accord collectif s'impose aux salariés (cf. l'arrêt Air France de 2000). Par la suite, la situation a été aggravée (sur le terrain de la flexibilité) par une jurisprudence nouvelle selon laquelle l'accord du salarié est requis si la mise en œuvre de la convention a pour effet des « bouleversements » en matière de vie professionnelle.

Ceci pour montrer aux économistes que leur maîtrise de la réalité du droit social est insuffisante, surtout que le législateur n'est pas le seul maître en la matière. Mais les juristes (sociaux en l'occurrence) ne sont pas exempts de critiques qui, au nom de la règle et parce qu'ils font vivre le droit pour lui-même et non comme une science d'organisation, sont souvent des obstacles à l'évolution, pire par manque de créativité, d'inventivité. Voilà pourquoi Gilbert Cette et moi-même, qui travaillons ensemble depuis

15 ans, avons cru nécessaire de proposer un article dont le titre est « droit du travail vs marché du travail » sur le difficile dialogue entre économistes et juristes (ci-joint).

Le droit du travail – ayant été créé par et pour la civilisation de l'usine – devient chaque jour de plus en plus inadapté au contexte dans lequel il prospère. Les progrès des TIC et encore plus le numérique affectent de manière significative les modes d'organisation du travail (ceux hiérarchiques de l'usine disparaissant au profit d'organisations modulaires) et ceci ne peut qu'affecter la définition du salarié. Là encore, les économistes font un grave contresens, en particulier lorsqu'ils font des comparaisons internationales sur le poids relatif du travail indépendant. Les critères du salariat varient d'un État à un autre, suivant notamment qu'ils ont plus d'origine jurisprudentielle ou légale. En France, cette définition a évolué dans le temps. Le critère unique en était autrefois la participation à un service organisé (solution logique dans l'industrie) ; depuis une quinzaine d'années, la subordination juridique – qui ne se mesure qu'en matière de conditions de travail – est identifiée par trois critères cumulatifs, à savoir : des tâches ou missions confiées à un travailleur par un donneur d'ordre (1) qui a la capacité d'en contrôler l'exécution (2) et même de sanctionner disciplinairement les manquements (3). Participer à un service organisé n'est de ce fait qu'un indice ne pouvant être invoqué que si les conditions de travail sont définies unilatéralement par l'employeur. De surcroît, la définition est la même en droit du travail et en droit de la sécurité sociale. Ne pas prendre en compte ces définitions ne peut que se traduire par des constructions sur du sable, d'autant que si en France la seule volonté des parties est impuissante à qualifier le contrat de travail (arrêt assemblée plénière de 1983 !), dans certains Etats il en est tenu compte. Enfin, si nombre d'États sanctionnent pénalement le travail dissimulé (au noir), rares sont ceux qui, comme la France, considèrent aussi comme un délit le travail dissimulé salarié, alors même que la requalification est déjà une sanction civile lourde. Cela explique la stagnation en France du pourcentage d'indépendants qui augmente ailleurs.

I

La civilisation du savoir va réduire, voire supprimer les freins à l'épanouissement, dans la sphère professionnelle, des droits fondamentaux et surtout des libertés essentielles du « citoyen – travailleur », ces freins sont nés, dans la civilisation de l'usine, par les frontières de l'entreprise – lesquelles ne sont aujourd'hui plus un obstacle du fait des TIC et du numérique, ce dont atteste par exemple l'élévation au rang de principe du droit social le respect de la vie personnelle dans la sphère professionnelle. Cette évolution vers plus de libertés – qui est le propre de l'Humanité – sera largement facilitée par le fait que les instruments de la nouvelle société du savoir ou de l'intelligence servent aussi bien à la vie personnelle qu'à la vie professionnelle, contrairement à ceux de la civilisation de l'usine. De ce fait, des droits essentiels vont pouvoir plus aisément être concrètement appréhendés, tels le droit au travail, droit fondamental objectif qui pourra plus aisément être effectif (surtout si on admet que l'emploi n'est pas nécessairement salarié) ou le droit à l'employabilité son corollaire qui lui est un droit subjectif au travers des obligations du donneur d'ordre (et pas seulement de l'employeur) d'exécution loyale du contrat qui lui fait devoir (avec sanction civile à la clé, d'essence contractuelle ou quasi délictuelle) d'adapter, notamment par des actions de formation, les compétences du travailleur à l'évolution du contenu des fonctions, mais aussi à favoriser, dans un but d'intérêt général, sa mobilité tant professionnelle que géographique. Ici aussi la jurisprudence précède la loi mais ceux qui ne voient le droit qu'au travers de règle n'en ont pas conscience.

Le droit à la mobilité s'inscrit dans un objectif de l'union européenne, la libre circulation des travailleurs. Il importe peu que la motivation de l'union européenne soit d'abord de parachever le marché unique car cela a aussi des effets positifs au plan social ; à cet égard est profondément injuste de soutenir que l'Europe est seulement celle de la finance et des marchés. Il n'est que de lire la charte des droits fondamentaux de l'union

européenne pour se convaincre du contraire, en particulier son titre IV relatif à la solidarité, mais aussi ceux relatifs à la dignité, à la justice, à l'égalité... Au demeurant, la CJUE en a fait un large usage, en particulier en considérant que la solidarité confère, dans une optique d'intérêt général, un but légitime à une atteinte à la libre prestation de services. Un haut degré de solidarité écarte ici toute critique de position dominante abusive, dans la mise en place d'un accord collectif de branche conférant un monopole à un organisme assureur pour concrétiser des garanties collectives de prévoyance (arrêts Albany et autres de 1999, Van de Woode de 2000, AG2R/Beaudout 2011)... alors que le conseil constitutionnel français qualifie une telle situation par une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle de l'employeur. Alors, la France patrie du social ?

Si on veut à la fois sécuriser les droits du « travailleur », favoriser sa mobilité, accroître ses libertés essentielles, il est, surtout dans la perspective des nouvelles relations de travail qui naîtront du numérique, indispensable que les droits constitués à partir de l'activité – qu'elle soit salariée ou non – puissent être indépendants du contrat passé avec l'employeur ou plus généralement le donneur d'ordre. C'est au demeurant un moyen de réduire le passif social de l'entreprise qui doit tenir compte, dans la perspective d'une présentation sincère des comptes, des droits et avantages versés en différé et fondés sur l'ancienneté. Il n'y a pas que les indemnités de fin de carrière qui sont concernées ni même les provisions pour pensions ou rentes de retraite. Chaque fois que les caractéristiques de l'emploi entraînent une assez forte mobilité, de tels instruments ont été mis en place : la caisse des congés payés (du bâtiment notamment), l'obligation d'assurance pour la prévoyance et plus particulièrement les régimes Agirc et Arrco pour la retraite complémentaire, ASSEDIC pour l'assurance-chômage. On ne peut évidemment pas passer sous silence les OPCA – ou mieux les FAF qui sont, comme les institutions de retraite complémentaire, des personnes morales sui generis.

Il faut donc théoriser le concept de garantie sociale, objet, comme les conditions de travail, de négociation collective (cf. L2221.1 du code du travail). Elle s'en distingue par le fait que l'avantage n'est pas directement dû par l'employeur mais par un droit de tirage social (expression d'Alain Supiot) sur un pot commun (expression de Jean-Jacques Dupeyroux) alimenté par des contributions venant au moins pour partie des donneurs d'ordres et employeurs. La garantie sociale peut ainsi se matérialiser par un lieu de simple stockage, tel que cela est prévu, dans le projet de loi travail, pour le CPA ; il ne s'agit que d'une forme dévaluée du concept dans la mesure où ne sont pas alors prévus les moyens de sécurisation des droits, comme peut le faire un fond collectif obéissant à des exigences de solvabilité et d'actuariat. Ceci d'autant que, liberté individuelle oblige, chaque travailleur doit pouvoir exercer un choix en privilégiant tel droit stocké ou tel autre. Exemple : le compte professionnel de pénibilité, lié à partir d'un fonds collectif, à l'invalidité, l'inaptitude, la retraite peut conduire à privilégier l'avancement de l'âge de cessation d'activité ou des actions de formation en vue d'une reconversion...

En l'état et de ce fait, même si le projet de CPA ne peut qu'être approuvé car il va dans le sens de la protection du travailleur et de ses libertés, de surcroît sans affecter la compétitivité de l'entreprise dont dépend l'emploi, il manque singulièrement de consistance, de chair. Pas seulement par le nombre limité d'avantages destinés à y entrer mais surtout par l'absence de consistance juridique, laquelle ne peut venir que de la théorisation du concept de garantie sociale.

Un des mérites non négligeables – du concept de garantie sociale en raison de son impact sur le dynamisme des dirigeants dont dépend pour partie l'efficacité économique donc l'emploi – c'est d'abandonner les sanctions négatives de comportements déviants (sous forme de pénalités, de dommages-intérêts) applicables au non-respect par l'employeur de droits en matière de conditions de travail au profit de sanctions positives

de comportements vertueux (sous forme de baisses de cotisation ou de primes) possible ici dès lors que l'obligation de l'employeur est matérialisée par le financement d'un fonds.

II

La théorisation de la garantie sociale est d'abord un moyen de favoriser l'intelligibilité des textes, exigence constitutionnelle. Bâtir une construction pour chaque type de garantie sociale ne peut en outre que déboucher sur des édifices techniquement imparfaits, dont les soubassements gagnent à être identiques car fondés sur le même concept.

Il faut partir de l'idée majeure que les garanties sociales contribuent aussi à la protection du travailleur. Mais celle-ci doit se concrétiser autrement en raison de la mutualisation de contributions permettant l'accès à des prestations par prélèvement sur le fond ainsi constitué. La responsabilité de la protection est alors assumée, non plus directement par l'employeur ou le donneur d'ordre, mais par la collectivité des entreprises et des travailleurs intéressés au travers de représentants ; cette exigence est encore plus grande si les droits découlant de prestations ne sont pas garantis, d'autant qu'il n'existe aucun principe constitutionnel d'intangibilité des pensions liquidées. La sécurisation ne peut toutefois venir que de la consistance juridique de la collectivité concernée ; il faut donc lui donner la personnalité morale ; ce qui n'est pas l'apanage du législateur ; est une personne morale tout groupement ayant des intérêts propres, distincts de la somme des intérêts individuels de ses membres et un organe pour les représenter. C'est sur cette idée centrale qu'a été créée, par l'ordonnance de 1945 sur la sécurité sociale, l'institution de prévoyance dite L4. Celle-ci n'était pas un organisme d'assurance, ce qu'elle est devenue, par les effets conjugués de la loi Evin du 31 décembre 1989 et de la loi Veil du 8 août 1994, par la transposition des directives vie et non vie relatives à la libre concurrence. Elle était fondamentalement l'expression de l'autogestion paritaire par les entreprises (adhérentes) et leurs salariés (participants), lesquels élaient ou désignaient le conseil paritaire d'administration détenant le pouvoir ; n'en reste aujourd'hui que les institutions de retraite complémentaire dont il n'est pas inutile de préciser qu'en raison d'un objectif de solidarité nationale, interprofessionnelle, générale,

elles assument une mission d'intérêt général. On notera aussi que, pour la CJUE, un haut degré de solidarité permet l'accès à l'intérêt général économique au sens qu'en donne le IV de la charte des droits fondamentaux de l'union européenne. L'institution est dès lors identifiée par le double paritarisme, de conception matérialisé par le fait que le régime est créé par un accord collectif entre partenaires sociaux et de gestion, matérialisé par la création d'une commission paritaire. Bref, est alors créé une « convention collective de sécurité sociale » (Jacques Barthélémy « le concept de convention collective de sécurité sociale » - Droit Social avril 2016 mais aussi rapport Libault à la demande de la ministre en charge la sécurité sociale, proposition 11) à laquelle l'immense universitaire qu'était Paul Durand avait consacré, dans un article de la revue Droit Social de 1960, une réflexion doctrinale toujours d'actualité.

On peut alors s'étonner que, du fait de l'existence de cette personne morale sui generis conférant une réelle consistance juridique à la collectivité de travail, on ait eu, par la suite, recours à l'association pour identifier juridiquement les ASSEDIC ; ceci d'autant que ce faisant on dénature la loi de 1901 dont la fonction première est de favoriser les libertés, notamment d'expression ; sa connotation « droit public » induit nécessairement que les exigences statutaires soient modestes... alors que la fonction d'une garantie sociale plaide pour le contraire en raison de la nécessaire protection du travailleur (au nom de la solvabilité, de l'actuariat, d'une gestion de bon père de famille...). La même critique vaut pour les OPCA, d'autant que le fonds d'assurance formation est lui aussi une personne morale sui generis, naissant, comme l'institution L4 historique, du double paritarisme.

Il faut donc, pour donner sa plénitude au concept de garantie sociale, concrétiser celui de convention collective de sécurité sociale par un titre spécial, à l'intérieur du livre IX du code de la sécurité sociale, fondé d'un côté par le double paritarisme, d'un autre côté par la définition de ce qu'on entend par degré élevé de solidarité ; ceci permet de placer

l'institution ainsi créée dans l'intérêt général. On est en effet sur le terrain de la protection sociale complémentaire qui ne se limite pas à la prévoyance (au sens assurantiel du terme) ; en effet, le domaine de la prévoyance, tel qu'il résulte de l'article L911.2 du code de la sécurité sociale, est très large. Non seulement du fait d'un champ assez large qui englobe l'assurance perte d'emploi subie, l'inaptitude ou les indemnités de fin de carrière, mais encore cette liste n'est qu'indicative du fait de l'adverbe « notamment ». Ainsi le droit de la formation, imaginé par la loi du 16 juillet 1971, avait, selon le ministre du travail de l'époque Joseph Fontanet, l'ambition d'être l'assurance du risque d'inemployabilité, complémentaire à celui de perte d'emploi.

Le calage de tout cet ensemble dans le code la sécurité sociale plutôt que dans le code du travail présente plusieurs avantages : d'ordre technique tel le recours à la mutualisation moyen et non finalité mais au sens de la sécurité sociale ; d'ordre philosophique en raison de la solidarité, consubstantielle de la sécurité sociale (cf. Jean-Jacques Dupeyrou « il faut à mon humble avis lier sécurité sociale et solidarité » – Les exigences de la solidarité, Droit Social novembre 1990) et principe fondamental du droit de l'union européenne (titre IV de la charte) ; d'ordre économique en réduisant les contraintes directes pesant sur l'entreprise en matière de protection et de promotion sociale des travailleurs ; d'ordre civil dès lors que cela permet, par le droit de tirage sur un pot commun, de favoriser les libertés individuelles du « citoyen – travailleur ». En outre, cela permet d'optimiser la fonction protectrice du droit du travail. Un exemple en atteste, celui du régime IPRIAC relatif à l'inaptitude des chauffeurs routiers : lorsque, suite à une visite médicale, ils perdent le permis poids lourd, ils sont dans une situation d'inaptitude pour raison médicale imposant à l'employeur de favoriser le reclassement ou, à défaut, de licencier. La mutualisation dans un fonds de cotisations des entreprises permet de faciliter le reclassement dès lors qu'est compensée dans la limite de 30 % du dernier salaire, la perte de revenus professionnels liée à l'incapacité d'un nouvel emploi. Dernier élément et non des moindres : la mise en œuvre de stratégies visant à la

prévention et pas seulement à la réparation du préjudice, qui s'inscrit au demeurant dans les fondamentaux du droit à la santé, est plus aisé dans le cadre d'institutions qui peuvent être destinataires des sommes à cet effet ; elles sont au service de l'amélioration de la qualité de vie du travailleur qui est aussi un investissement au plan économique.

Afin de couper court aux critiques inspirées de la libre prestation de services et plus généralement de la libre concurrence, il y a lieu de souligner que, pour la CJUE, un accord collectif (quel qu'en soit l'objet) n'est jamais une entente prohibée entre entreprises au sens de l'article 101 TFUE, ceci en raison de sa nature d'accord entre partenaires sociaux (en liaison avec le caractère fondamental du droit de négociation collective – cf. article 28 de la charte mais aussi la charte sociale européenne de 1961 révisée en 1995) et de son objet (l'amélioration des conditions de travail) et qu'un degré élevé de solidarité écarte toute critique de position dominante abusive au sens de l'article 102 TFUE. Donc assez de fantasmes !

De même, un objectif de solidarité confère un but légitime à une atteinte, de ce fait proportionnée, à la liberté contractuelle (au sens de l'article 4 de la déclaration des droits de l'Homme de 1789 mais aussi de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme) ; il est dès lors parfaitement soutenable que, en condamnant l'article L912.1 du code de la sécurité sociale qui ne parlait que de mutualisation, laquelle n'est qu'un moyen, le conseil constitutionnel laisse la place à la validité des clauses de désignation si est poursuivi un degré élevé de solidarité car celle-ci, principe du droit communautaire, peut être conjuguée avec l'autre principe qu'est la liberté contractuelle par le recours à un autre principe, celui de proportionnalité. C'est au demeurant la thèse exprimée le 26 mars 2015 concernant les travailleurs français frontaliers suisses par le Conseil constitutionnel.

Considérations conclusives

Donner sa pleine efficacité au concept de garantie sociale ne peut que favoriser l'expression, dans le monde du travail, des libertés individuelles sans pour autant écorner l'intérêt de la collectivité à laquelle appartient l'intéressé. C'est donc un progrès social d'autant que cela donne un espace déterminant pour la coresponsabilité dans la construction d'outils conciliant au mieux efficacité économique, dont dépend l'emploi pour partie, et protection du travailleur qui ne saurait être sacrifiée : l'économie est au service de l'Homme, pas l'inverse.