

# La portabilité des garanties collectives de prévoyance

par Jacques BARTHÉLÉMY

Avocat conseil en droit social

Ancien professeur associé à la faculté de droit de Montpellier

Le droit du travail a été créé par et pour la civilisation de l'usine et les modes d'organisation hiérarchiques du travail qui l'ont illustré, au profit de l'ouvrier. Si, au constat de son inadéquation aux rapports nouveaux de travail et même au visage nouveau du travailleur dans la civilisation naissante du savoir, il n'est revisité qu'à la marge, il sombrera dans une dérive technocratique dont on voit les prémices dans la saga des licenciements économiques. Il en résultera son ineffectivité, d'autant plus ahurissante que c'est au nom de sa fonction protectrice qu'on aura répugné à le réformer en profondeur.

La flexibilité, favorisée par les progrès des techniques de l'information et de la communication, devient une urgence au plan économique sous l'impulsion de la concurrence, exacerbée par la mondialisation des échanges. Les changements plus fréquents d'entreprises et d'emplois comme l'individualisation croissante des rapports de travail qui résultent des nouveaux modes d'organisation nécessitent d'autres instruments de sécurisation des travailleurs; au demeurant, les méthodes nouvelles de management se traduisent non seulement par la modification des conditions de travail mais aussi par le développement de la dépendance économique qui empêche également l'équilibre contractuel, sans pour autant que cela justifie une tendance expansive du salariat.

Le droit nouveau du travailleur doit prendre en considération que la flexibilité non seulement est porteuse d'amélioration de l'emploi mais aussi peut contribuer à promouvoir ces libertés; l'accès direct et total à la connaissance est facteur d'autonomie donc de responsabilité comme de meilleure conciliation entre vie personnelle et vie professionnelle, ce qui contribue à favoriser un travail décent (1). Mais pour que cet objec-

tif soit atteint, cela exige d'une part des instruments juridiques adaptés à ces nouveaux modes de relations de travail, d'autre part que ces instruments soient forgés par le tissu conventionnel, mieux à même que la loi de concevoir des normes adaptées à chaque situation concrète et à son évolution dans le temps.

C'est en fonction de cet éclairage qu'il convient d'analyser l'accord sur la modernisation du marché du travail. Outre qu'il permet de décliner l'objectif de la loi Larcher du 31 janvier 2007 de donner un rôle déterminant aux acteurs sociaux dans l'édification des normes, il ébauche dans un certain nombre de domaines le droit social – et pas seulement celui du travail – de la civilisation du savoir. La protection des droits des travailleurs nonobstant la flexibilité passe par la sécurisation des parcours professionnels, la préservation des droits liés à l'ancienneté, le maintien des avantages en terme d'employabilité et de protection sociale. Ceci invite à renouer avec l'idée de Sécurité sociale de nature conventionnelle que Pierre Laroque avait ébauchée dans l'ordonnance de 1945 grâce au droit des institutions de prévoyance, donc au concept de garantie sociale (2). En effet, la consolidation des droits malgré les changements d'employeurs et de statuts nécessite le recours à la technique de mutualisation dans un fonds; par ailleurs, le droit de tirage sur un fonds contribue à l'émergence du « citoyen-travailleur » en favorisant le libre choix, pouvant être conçu comme une liberté fondamentale n'ayant comme seule limite que l'intérêt de l'entreprise.

Ces considérations confèrent aux dispositions de l'accord visant à « ouvrir l'accès à la portabilité de certains droits » une grande portée. Elles invitent en effet à examiner la nature et l'étendue des garanties ainsi créées (I) et les difficultés de leur mise en œuvre (II) en fonc-

(1) Michèle BONNECHÈRE, « L'optique du travail décent », *Le droit ouvrier*, février 2007.

(2) Jacques BARTHÉLÉMY, Gilbert CETTE, Pierre-Yves VERKINDT, « Contrat de travail, sécurisation des parcours professionnels et efficacité économique »: rapport au Conseil d'Orientation pour l'Emploi, décembre 2006.

tion de l'idée qu'elles sont des moyens de réunifier le droit de l'indemnisation des risques sociaux et celui des conditions de travail et d'emploi.

## I. — NATURE ET ÉTENDUE DES GARANTIES

1. Le but poursuivi par les acteurs sociaux au travers de l'article 14 de l'accord du 11 janvier 2008 est le maintien des droits :

— liés au contrat de travail en matière de prévoyance d'un côté, de formation continue d'un autre côté. Ici, il ne sera question que des premières. Il est regrettable, par souci aussi bien de clarté que de sécurité juridique, que les acteurs sociaux n'aient pas repris la terminologie utilisée dans le livre IX du Code de la Sécurité sociale. D'une part, celui-ci parle de garanties collectives de prévoyance; d'autre part, il ne distingue pas les garanties santé et prévoyance, la première n'étant, du fait tant de la loi Évin que de celle du 8 août 1994, qu'un des éléments de la seconde ;

— pendant une partie de la période d'indemnisation du chômage, en l'occurrence un tiers de celle-ci sans pouvoir être inférieure à trois mois. Certes, c'est lorsque le travailleur est en situation de non-emploi qu'il est le plus fragile, notamment du fait de revenus de substitution au salaire inférieurs à celui-ci. Il est donc logique de se préoccuper en premier de ce problème. Ceci étant, le maintien des garanties collectives de prévoyance durant une partie seulement de la période pendant laquelle sont dues les prestations Assedic laisse entière la question pour la durée restante alors que la situation de l'intéressé reste identique. Par ailleurs, il est d'autres situations, conséquences de la flexibilité, pour lesquelles le maintien de ces garanties présenterait un réel intérêt. Par exemple, si certains contrats de prévoyance prévoient le provisionnement des garanties santé durant une période d'invalidité, ce n'est pas obligatoire.

— dans des conditions identiques à celles en vigueur pendant la période d'exécution du contrat de travail. Non seulement le niveau des prestations reste le même, mais encore les conditions de leur financement sont inchangées. Cela signifie que la quote-part salariale de la contribution sera due par le chômeur .

— ceci étant, une solution alternative est imaginée, celle du provisionnement des engagements que l'accord qualifie de système de mutualisation. Cette solution est intéressante dans la mesure où elle permet d'éviter que des cotisations soient dues pour une période postérieure à la date de rupture du contrat de travail. Par contre, on voit mal l'intérêt de l'exigence qu'elle soit définie par accord collectif. Cette exigence n'est pas en harmonie avec le droit de la protection sociale complémentaire, tel qu'il résulte de la loi du 8 août 1994 ayant transposé les directives vie et non-vie relatives à la libre prestation de services (3). En dissociant, ce que rend possible la constitution obligatoire des capitaux de couverture, les rapports entre l'employeur et les salariés

d'un côté, les rapports de l'entreprise et de l'opérateur d'assurance d'un autre côté, le Code de la Sécurité sociale permet de recourir – contrairement à ce qui valait sous l'empire du droit des « L4 » – non seulement à l'accord collectif classique et au référendum, mais aussi à la décision unilatérale de l'employeur. Rien n'interdit donc à cette décision – qui doit aussi faire l'objet d'un acte écrit – de prévoir le provisionnement des engagements de l'entreprise durant la période de chômage, ce qui se traduira par le maintien de l'assurance collective sans qu'il soit nécessaire qu'une cotisation soit versée. Tout au plus doit-on s'interroger sur la capacité d'un contrat d'assurance collective de personnes de couvrir un risque lié à la perte d'emploi subie. On notera toutefois que l'objet des institutions de prévoyance (L. 931-1 et suivants) peut être, notamment, l'octroi de prestations chômage.

2. La distinction entre garanties en espèces (décès, incapacité, invalidité) d'un côté, en nature (liées aux dépenses de santé) d'un autre côté présente néanmoins un intérêt. Celui-ci est lié aux effets de l'article 4 de la loi Évin du 31 décembre 1989. À l'issue du contrat de travail, les garanties collectives de prévoyance disparaissent automatiquement, seuls étant susceptibles d'ouvrir droit à prestations les états de santé consécutifs à une maladie ou à un accident survenu alors que le salarié était encore en activité. Cela rend du reste important que l'acte fondateur de ces garanties collectives prévoit le maintien de la couverture du risque pendant toute la période d'indemnisation du chômage mais aussi pendant certaines périodes de suspension ou consécutives à la rupture du contrat de travail, spécialement en cas d'invalidité. C'est du reste à cet effet que, en cas de cessation d'effet du contrat d'assurance, l'acte fondateur des garanties doit définir les conditions de revalorisation des rentes – lesquelles sont légalement provisionnées pour être maintenues au niveau atteint – ainsi que le maintien des capitaux et rentes dus en cas de décès (loi Évin du 31 décembre 1989 et plus précisément article 7.1 de celle-ci, né de la loi du 17 juillet 2001).

Par contre, l'article 4 de la loi Évin prévoit – s'agissant de la seule couverture santé et à condition qu'il s'agisse d'un système non seulement collectif mais également obligatoire pour tout le personnel ou, à tout le moins, pour tous les membres d'une catégorie objectivement définie – que les salariés dont le contrat de travail est rompu peuvent maintenir cette couverture lorsqu'ils sont bénéficiaires d'indemnités journalières en cas d'incapacité, de rentes d'invalidité, d'une pension de retraite ou de revenus de substitution en cas de perte d'emploi subie.

Le champ de ce droit est donc plus vaste que celui organisé par l'article 14 de l'accord du 11 janvier 2008 qui ne concerne que les périodes de chômage, ce qui une nouvelle fois invite les acteurs sociaux à être plus hardis dans les phases ultérieures de construction de ce qu'on peut appeler Sécurité sociale professionnelle (4).

(3) Jacques BARTHÉLÉMY, « Protection sociale complémentaire: de la conception institutionnelle à la conception assurantielle »: *SJS* octobre 2006.

(4) L'idée de sécurité sociale professionnelle trouve sa source dans le rapport BOISSONNAT, « Le travail dans vingt ans »:

commissariat général du Plan, la documentation française 1995 et dans le rapport SUPLOT, « Au-delà de l'emploi: transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe »: rapport pour la Commission européenne, Flammarion 1999.

Ceci étant, et s'agissant du droit au maintien de la couverture santé pendant les périodes de chômage, plusieurs questions se posent en raison de la confrontation avec le dispositif né de l'article 4 de la loi Évin.

— Le maintien de la couverture santé en vertu de cet article 4 résulte d'un choix de l'intéressé qui doit s'exercer impérativement dans les six mois suivant la date d'expiration du contrat de travail. Ce délai est important dans la mesure où l'exercice de ce droit a pour effet le maintien de la couverture santé sans que l'assureur puisse s'y opposer, toute anti-sélection donc tout questionnaire de santé étant prohibé. En outre, ce sont en principe (même si les opérateurs prennent des libertés à l'égard de cette règle) les mêmes garanties qui sont maintenues, peu important que l'assureur ait la possibilité de placer l'assuré dans un contrat spécifique, la cotisation pouvant, au vu de l'évolution du risque de cette catégorie, augmenter sans pour autant que la dérive soit supérieure à 50%.

— La question du point de départ de ces six mois est donc primordiale. On peut s'en tenir à la lettre du texte en considérant que c'est toujours la fin de la relation contractuelle qui est déterminante. Mais on peut aussi, en se positionnant à partir de l'esprit de l'article 14 de l'accord du 11 janvier 2008, considérer que le point de départ des six mois, c'est l'expiration de la période pendant laquelle la couverture santé est maintenue au chômeur, ceci parce qu'il fait toujours partie de la collectivité des bénéficiaires directs des garanties collectives. Il serait bon que, dans les textes consacrant législativement l'accord, cette question soit tranchée.

— Tel que le texte de l'article 14 est rédigé, on peut l'interpréter comme n'organisant le maintien de la couverture que pour l'ancien salarié. Il serait pourtant logique que, si c'est le cas pour les salariés en activité, ses ayants droit soient également couverts durant la période de chômage. Cette question est aussi très importante dans la mesure où les deux situations se trouvent concrètement. Certaines conventions de branche ayant conçu une telle garantie dans le cadre d'une clause de désignation (L. 912-1 du Code de la Sécurité sociale) prévoient que seul le salarié est assuré.

— *Quid* enfin si le salarié concerné est couvert pour ce risque par ailleurs, par exemple du fait du système de garanties collectives dont bénéficie son conjoint? Peut-il s'extraire de la couverture du risque et donc s'exonérer de la cotisation mise à sa charge? En d'autres termes, lorsqu'il est en activité, il est dans l'obligation d'accepter son affiliation et la cotisation mise à sa charge. En est-il de même lorsque le contrat de travail est rompu? La mutualisation du risque permet évidemment d'éliminer la difficulté puisque, en pareil cas, la cotisation correspondant à la période de chômage aura été provisionnée.

La solution concrète dépend de la réponse à la question suivante:

— du fait de l'article 14, l'intéressé fait-il toujours partie de la collectivité du personnel, notion entendue ici dans une approche fonctionnelle, par référence à la catégorie des bénéficiaires de la garantie santé ou bien, à l'instar de ce qui est prévu par l'article 4 de la loi Évin, s'agit-il simplement du maintien d'un avantage acquis auquel le travailleur pourrait renoncer? Dans ce dernier cas, une procédure devrait être instaurée de

manière à ce que la renonciation exprime réellement la volonté de l'intéressé.

Quoi qu'il en soit, tel que l'article 14 est rédigé, le droit au maintien des garanties prévoyance, y compris santé, est acquis dès que l'intéressé bénéficie de prestations Assedic, donc quelle que soit la nature de la rupture des relations contractuelles; c'est-à-dire licencieusement sauf pour faute lourde (expressément exclue), expiration d'un CDD, voire, si l'accès aux indemnités chômage est possible, au vu des éléments de fait, démission... et bien sûr rupture d'un commun accord en application du nouveau dispositif organisé par l'accord.

## II. — DIFFICULTÉS DE MISE EN ŒUVRE

Deux difficultés principales apparaissent au moment de décliner ce droit nouveau. Elles sont liées au provisionnement des engagements, sans lequel ce droit reste théorique dès lors que le salarié n'est plus sous l'autorité de l'employeur; elles résultent donc des contributions destinées à financer, grâce à la mutualisation, les prestations. Il s'agit de la quote-part due par le salarié et du sort fiscal et social de cette contribution.

1. Lorsque le travailleur est lié à un employeur par un contrat de travail, le cofinancement partiel des garanties par le salarié se conçoit aisément. L'employeur peut en effet prélever le montant de la quote-part salariale sur la paye. Au-delà de la date de rupture du contrat de travail, le prélèvement s'avère plus délicat. Au demeurant, même pour les actifs, la situation n'est pas aussi évidente que ce que l'absence de contentieux en ce domaine peut laisser supposer. En effet:

— sous l'empire de l'article L4 du Code de la Sécurité sociale (L. 731-1 et suivants après codification), la mise en œuvre d'un double paritarisme – de conception et de gestion – donnait naissance à une institution; celle-ci se confondait avec le régime lorsque, en vertu de l'article 44 du décret du 8 juin 1946 (codifié ensuite en R. 731-1), les prestations n'étaient pas garanties et pouvaient donc être réduites lorsque les cotisations nécessaires devenaient incompatibles avec une gestion économique normale de l'entreprise. Le salarié était alors participant d'un régime qu'il alimentait par des cotisations décidées conventionnellement. La Cour de cassation pouvait aisément en conclure que le salarié ne pouvait pas se soustraire à l'obligation de cotiser;

— au contraire, le provisionnement obligatoire des engagements, garantis dès lors par l'employeur, fait qu'aujourd'hui, quelle que soit la source à l'origine de la création de ces garanties, le cofinancement par les salariés pose problème. C'est évidemment le cas si elles résultent d'une décision unilatérale de l'employeur; c'est du reste la raison pour laquelle en pareil cas le salarié en fonction à la date de mise en place des garanties est autorisé légalement à refuser qu'on lui retienne sa quote-part. Le raisonnement *a contrario* est un instrument bien fragile pour justifier que le salarié n'a pas le choix si la source créatrice des garanties est un référendum qualifié depuis la loi du 8 août 1994 de ratification à la majorité du personnel d'un projet de l'employeur. La même remarque vaut pour un accord collectif dès lors que les avantages ne s'incorporent pas au contrat de travail, même s'ils s'appliquent à lui sauf dispositions plus favorables (L. 135-2 C. trav.).

Comment, à partir d'une source de droit qui, quoi qu'il en soit, ne le lie plus – celle organisant, en vertu de l'article L. 911-1 du Code de la Sécurité sociale, la répartition des cotisations nécessaires à l'alimentation des garanties prévues – pourrait-on imposer au titulaire de prestations Assedic le paiement de sa quote-part? On peut soutenir la thèse que, à défaut, l'intéressé ne sera pas couvert, mais est-ce si sûr? En tous cas, comment va être prélevée cette somme? Il est difficilement concevable que l'Assedic la retienne sur les indemnités chômage, ceci d'autant que la situation ne sera pas la même d'une entreprise à l'autre, donc d'un chômeur à l'autre. Ceci plaide à l'évidence pour la mise en place d'un système de mutualisation de ce risque particulier, donc pour le provisionnement des cotisations dues pendant la période de chômage. Rappelons que cette solution est expressément rendue possible par l'article 14 mais sans qu'elle soit imposée, ni aux entreprises, ni aux opérateurs d'assurance. Il n'en sera différemment que si un accord collectif de branche le prévoit, spécialement dans le cadre d'une clause de désignation.

2. Le fait d'être assuré matérialise un avantage acquis à l'occasion du travail. Son montant est égal à celui de la prime versée à l'opérateur, car celle-ci évalue actuariellement le montant du risque. D'un point de vue théorique, elle est donc un salaire aux plans tant fiscal que social. Les sommes affectées à la couverture de garanties collectives de prévoyance sont toutefois neutres fiscalement et socialement dans la limite d'un seuil (article 83 du Code général des impôts et L. 242-1, 6<sup>ème</sup> alinéa du Code de la Sécurité sociale). Cette construction vise à concrétiser ce qu'on peut appeler la théorie de l'excès; l'égalité des citoyens devant les charges publiques, principe constitutionnel, justifie la neutralité tant que le niveau des prestations (de retraite comme de prévoyance) n'excède pas ce à quoi peut prétendre un fonctionnaire (5).

Cette règle peut-elle concerner des contributions concernant des personnes n'ayant plus de lien contractuel avec l'employeur? Cette question est d'autant plus importante que, arguant de ce que le versement des primes est en relation avec le contrat de travail, on peut soutenir que les sommes versées par l'entreprise entrent théoriquement dans l'assiette des cotisations sociales comme y entrent, par exemple, les contreparties à une clause de non-concurrence. Au plan fiscal, la rupture du contrat de travail n'affecte en rien la qualification de revenu professionnel de la cotisation patronale. Ce n'est donc qu'en considérant que l'ancien salarié fait toujours partie de la collectivité du personnel au sens du droit aux garanties sociales que l'on peut éventuellement admettre la thèse de la neutralité sous pla-

fond de cette cotisation. Il conviendrait donc, par souci de sécurisation juridique, que le Code général des impôts et celui de la Sécurité sociale soient complétés pour que la règle de neutralité sous plafond soit étendue aux chômeurs dans l'hypothèse de l'article 14 de l'accord.

## CONCLUSION

La conjugaison de la flexibilité des organisations et de la sécurité des travailleurs leurs exige que soit développée la portabilité des droits en cas de rupture de celui-ci et ceci que l'intéressé entre au service d'une autre entreprise ou soit bénéficiaire de revenus de substitution au salaire dans le cadre d'une période de non-activité. Sous cet angle, le dispositif de l'article 14 de l'accord du 11 janvier 2007 doit être perçu comme le moyen de tester un principe dans un domaine précis. Il est clair que, à cet égard, droits à formation et à prévoyance sont des terrains privilégiés d'expérimentation, dès lors que la mutualisation y prospère.

Ceci étant, la même technique peut prospérer ailleurs s'agissant des moyens aussi bien de supprimer les risques de précarisation que de promouvoir l'employabilité et le libre choix. Il faut donc investir en doctrine la notion de garantie sociale que connaissent les droits du travail et de la Sécurité sociale sans pour autant en avoir donné une définition. On peut se hasarder à soutenir qu'il s'agit d'un fonds alimenté par des contributions des entreprises sur lequel les travailleurs ont un droit de tirage affecté à un objet précis (6). Il s'agit concrètement de créer une institution qui, eu égard à sa finalité sociale, gagne à être conçue et gérée dans le paritarisme. Ainsi pourrait (re)prendre vie ce droit conventionnel de la Sécurité sociale dont Pierre Larocque avait jeté les bases en 1945 avec l'article L. 4 du Code de la Sécurité sociale, malmené ensuite par les effets de l'impérialisme du droit de la concurrence. Mais on peut aussi adopter la solution de droits individualisés gérés par un opérateur soumis aux règles de la concurrence.

C'est tout un champ nouveau qui s'offre ainsi à la négociation collective pour peu que l'on prenne conscience qu'il est d'autres voies que la création d'avantages minima garantis par l'employeur pour concrétiser la fonction protectrice du droit social. Le développement des garanties sociales (7) est même le moyen d'optimiser la situation du travailleur grâce au libre choix que favorise le droit de tirage sur un fonds, celui-ci contribuant en effet à accroître le champ des libertés, en particulier par une meilleure conciliation entre vies personnelle et professionnelle ■

(5) Jacques BARTHÉLÉMY, « Protection sociale complémentaire: champ de la règle de neutralité fiscale et sociale des contributions »: *Dr. soc.* 2006, p. 1026.

(6) Le « droit de tirage social » est à mettre au crédit d'Alain SUPIOT qui y fait allusion dans plusieurs publications.

(7) Jacques BARTHÉLÉMY, Gilbert CETTE, Pierre-Yves VERKINDT, rapport précité. Voir spécialement annexe IV « Les garanties sociales ».