



HAL
open science

La prévoyance d'entreprise en Europe : fragment ou vecteur de protection sociale ?

Philippe Martin

► **To cite this version:**

Philippe Martin. La prévoyance d'entreprise en Europe : fragment ou vecteur de protection sociale ?. 2005. halshs-00823543

HAL Id: halshs-00823543

<https://shs.hal.science/halshs-00823543>

Preprint submitted on 17 May 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La prévoyance d'entreprise en Europe : Fragment ou vecteur de protection sociale ?

Philippe Martin
Chargé de recherche CNRS
COMPTRASEC – Université Montesquieu Bordeaux IV

La prévoyance d'entreprise occupe une place singulière dans les systèmes de protection sociale. Traditionnellement liée à l'employeur et à la relation de travail dans l'entreprise, elle est source d'une protection sociale qu'on peut qualifier d'atomisée. C'est dire que les droits qui y sont attachés sont éminemment variables d'une entreprise à l'autre ou d'une catégorie de salariés à une autre. Cette observation semble valable lorsqu'on compare la situation dans différents pays européens. Cependant, sous l'influence conjuguée de la construction européenne et du vaste mouvement de recomposition des systèmes de protection sociale, par lequel les pouvoirs publics nationaux cherchent, notamment, à promouvoir l'accès aux dispositifs susceptibles de fournir une protection sociale complémentaire, se manifeste aujourd'hui une certaine dynamique harmonisatrice. Non pas que les droits acquis via l'entreprise s'uniformisent dans leur substance même ; on observe plutôt un mouvement d'extension et de sécurisation de la couverture complémentaire fournie par ou via l'entreprise. La présente étude s'attache tout particulièrement à mettre en évidence les différentes techniques juridiques mobilisées en Europe pour atteindre cet objectif, ainsi que les difficultés rencontrées.

La prévoyance d'entreprise constitue un ensemble composite de dispositifs aujourd'hui considérés, en général, comme relevant de la protection sociale complémentaire. Ce rattachement fonctionnel au système général de la protection sociale ne doit toutefois pas masquer la réalité : la prévoyance d'entreprise est un espace juridique fort hétérogène. On sait en effet qu'en Europe, à partir du XIX^e siècle, se sont développés sur la base de l'entreprise des institutions et des dispositifs en réponse à la maladie, au chômage, à l'invalidité, à la vieillesse des salariés, dispositifs particuliers car étroitement liés à la relation de travail existant entre le salarié (ou un groupe de salariés) et son employeur¹. L'avantage concédé par l'entreprise et garanti par elle seule n'est d'ailleurs, à l'origine, pas vraiment considéré comme un droit – et *a fortiori* un *droit social* – mais plutôt comme une libéralité de l'employeur, voire un acte de bienfaisance. Ce n'est que progressivement, sous l'influence du droit du travail et du droit de la sécurité sociale en Europe, que la prévoyance d'entreprise va être considérée comme un vecteur de droits sociaux susceptibles de compléter les prestations dues au titre des régimes généraux obligatoires de sécurité sociale (P. Martin, 2003). Ce rôle complémentaire de la couverture d'entreprise prend cependant des proportions variables d'un

Le présent article fait suite à une communication au Forum sur les systèmes de protection sociale dans une Europe en voie d'élargissement, organisé par la MiRe/drees du Ministère français des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, qui s'est tenu à Paris du 20 au 22 mars 2003.

¹ Caisses, mutuelles d'entreprises, engagements pris auprès d'organismes assureurs, provisions au bilan, fonds de pensions, etc...

pays à l'autre, en fonction notamment de la couverture assurée par les régimes de base², ainsi que, le cas échéant, par les régimes complémentaires obligatoires généraux, tels que ceux qui existent en France³. Nonobstant ces différences, la prévoyance d'entreprise occupe une place importante dans la protection sociale complémentaire. Elle demeure toutefois tributaire de ses caractéristiques originelles. De par son caractère volontaire⁴ (G. Lyon-Caen, 1986) - d'où, souvent, des dispositifs facultatifs - elle se présente comme un modèle de « solidarité fragmentée» (Ap Roberts, 1999). Il faut à cet égard préciser que si, le plus souvent, les dispositifs de prévoyance d'entreprise sont collectifs dans le sens où ils sont assumés par l'entreprise au bénéfice de l'ensemble de ses salariés ou d'une certaine catégorie de salariés, il existe cependant, de manière certes marginale, des avantages individuels prodigués par l'entreprise. En outre, en matière de retraite, se développent aujourd'hui des produits d'épargne retraite à adhésion individuelle pour les salariés, qui témoignent d'une redistribution de la prise en charge des risques sociaux par l'Etat, l'entreprise et l'individu (Behrendt, 2000).

L'analyse comparée des fondements et des structures juridiques déterminant ces *avantages* particuliers dans quelques pays européens (Allemagne, Espagne, France, Italie, Grande-Bretagne) permet ici de prendre la mesure de la spécificité des droits relevant de ce qu'on appelle parfois la protection sociale d'entreprise. En première analyse, la prévoyance d'entreprise semble en effet caractérisée par une logique de la différenciation des droits qui tient pour l'essentiel à l'autonomie dont dispose l'entreprise pour s'engager dans la prise en charge de tel ou tel risque social. Dans cette perspective, la prévoyance d'entreprise apparaît comme fortement inégalitaire, les inégalités résidant aussi bien dans l'accès aux droits (clivage entre grandes entreprises et PME ; formes de discrimination selon le type d'emploi; inégalités d'accès entre les salariés d'une même entreprise) que du point de vue du contenu des droits (possibilités d'individualisation de la couverture; grande diversité dans le niveau d'engagement et le type de garanties offertes aux salariés). Elle constitue donc une forme de protection sociale qu'on peut qualifier « d'atomisée ».

Si la prévoyance d'entreprise est classiquement source de droits sociaux spécifiques, car étroitement liés à la relation d'emploi et en général réalisés par le truchement

² Il existe divers indicateurs statistiques permettant de comparer la place respective des dispositifs d'entreprise dans la couverture sociale, spécialement en matière de retraite. De manière générique, on parle de fonds de pension, qu'il s'agisse de dispositifs organisés et financés à l'intérieur de l'entreprise ou de dispositifs articulés à une institution financière distincte de l'entreprise (fiducie, compagnie d'assurance, ...). Concernant le taux de couverture de la population active par un fonds de pension, il varie considérablement en Europe, avec des taux de l'ordre de 90% dans les pays nordiques et pour les Pays-Bas et des taux de 5% pour l'Italie, 15% pour l'Espagne. L'Allemagne se situe à un niveau de 50% (Source : *Etude des régimes de retraite des Etats membres de l'UE*, Commission européenne, mai 2000). Concernant les actifs financiers des fonds de pension en pourcentage du PIB national, on constate aussi des écarts considérables entre, notamment, les Pays Bas (115,2%), la Grande Bretagne (85,1%), l'Allemagne (3,3%), la Belgique (5,7%) et l'Italie (4,5%). Aucune donnée n'est disponible pour la France. Source : *Statistiques des fonds de pension*, Statistique en bref, thème 4-1/2003, Eurostat.

³ La prévoyance ou protection sociale d'entreprise/de branche est en général considérée comme constitutive du « 2^e pilier » en matière de retraite. On peut cependant estimer qu'en France, les régimes complémentaires obligatoires, gérés en répartition et institués sur la base d'accords nationaux interprofessionnels (les régimes AGIRC et ARRCO) ne correspondent pas véritablement à un second pilier. De par leurs caractéristiques, ils se rapprochent du régime de sécurité sociale de base et sont d'ailleurs entrés depuis le 1^{er} janvier 2000 dans le champ du règlement européen 1408/71 relatif à la coordination des régimes de sécurité sociale pour les travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté.

⁴ La volonté d'instaurer un régime de prévoyance d'entreprise peut être individuelle et résider dans un acte unilatéral de l'employeur ; elle peut aussi s'exprimer collectivement, spécialement par la voie de la négociation collective d'entreprise.

du marché (rôle des organismes assureurs), son évolution semble néanmoins guidée par une certaine dynamique d'harmonisation. Cette dynamique, on le verra, n'affecte pas tant le contenu des droits, mais se présente plutôt comme un mouvement d'extension de la protection sociale d'entreprise en tant qu'élément clef de la protection sociale complémentaire. L'enjeu est de taille. Il s'agit en effet de compenser le recul des protections publiques dites « de base », notamment en matière de retraite. C'est le scénario de recombinaison des systèmes de protection sociale (Daniel et Palier, 2001) qui suppose aujourd'hui une meilleure coordination des différents « piliers » (Commission européenne, 2000). On constate à cet égard, depuis quelques années, que l'Union européenne et un certain nombre de pays européens mettent en œuvre des politiques visant notamment à élargir l'accès à la protection sociale complémentaire d'entreprise et à garantir la couverture des bénéficiaires « par delà » l'entreprise. Dans ce mouvement, la prévoyance d'entreprise apparaît moins liée à l'employeur et, dans une certaine mesure, les droits nés dans l'entreprise tendent à s'objectiver en tant que compléments des droits « basiques » prodigués par les systèmes de sécurité sociale.

I - La prévoyance d'entreprise : une protection sociale atomisée

L'idée d'une protection atomisée est accréditée par la prise en compte d'une double réalité juridique, conséquence de l'autonomie dont jouit l'entreprise en matière de prévoyance. D'une part, la protection accordée est conditionnée par l'appartenance à l'entreprise. Qu'elle soit considérée comme faisant partie du *statut collectif* du personnel, ou plutôt comme un avantage lié au contrat individuel de travail, elle ne vaut que dans l'espace interne de l'entreprise. D'autre part, il incombe aux seuls promoteurs des plans d'entreprise de déterminer le niveau des engagements que l'entreprise contracte au profit de son personnel. On peut donc considérer que la protection est contractuellement délimitée.

A) Une protection conditionnée par l'appartenance à l'entreprise

1) Prévoyance et marchés internes du travail

Les régimes de prévoyance d'entreprise, et notamment les retraites d'entreprise sont classiquement l'apanage des grandes entreprises⁵, des entreprises publiques ainsi que de la fonction publique, des entreprises du secteur bancaire et des assurances. Au XIX^e siècle, avec les caisses de secours, il s'est agi d'assurer le recrutement et la fidélité d'une main d'œuvre ouvrière dans des industries qui, comme les mines, sont réputées pour leurs dangers (Ewald, 1986). Dans le modèle fordiste qui s'est ensuite propagé, la logique présidant à l'institution de ces régimes, notamment de retraite, a été de salarier et de gérer de manière durable la main d'œuvre. Cette logique de gestion de la main d'œuvre au sein de l'entreprise fait de la prévoyance d'entreprise un instrument de la construction de ce qu'on appelle parfois des « marchés internes » du travail.

⁵ Il semble difficile, actuellement, de connaître le nombre et le type d'entreprises disposant d'un dispositif de prévoyance, notamment pour la retraite. Cette difficulté est patente en France et réside en grande partie dans l'absence d'un cadre expressément dédié aux fonds de pensions comme il en existe dans d'autres pays, exigeant l'agrément des plans d'entreprise pour des raisons fiscales. Lorsqu'un tel système existe, on peut en effet comptabiliser au moins le nombre de plans et fonds agréés. Il est néanmoins possible de connaître l'évolution de la retraite par capitalisation collective en France au travers de l'évolution du montant des primes recueillies par les contrats d'assurance, en fonction des différentes formules proposées aux entreprises privées, mais aussi aux travailleurs indépendants (contrats dits « Loi Madelin ») ainsi qu'aux fonctionnaires. Le montant de ces primes aurait triplé entre 1996 et 2000, signe sinon d'une extension de la prévoyance d'entreprise, du moins de sa vitalité (Observatoire des retraites, 2002).

Au plan juridique (notamment en droit allemand), l'engagement de l'entreprise est analysé comme une *promesse* dont l'objet est le maintien à un certain niveau de la rémunération acquise en fin de carrière. La cause de cet engagement réside dans l'existence d'un lien d'emploi voulu durable. En conséquence, l'avantage n'est en principe acquis au salarié que s'il demeure lié à l'entreprise pendant une durée suffisamment longue, en général fixée par le « règlement de retraite »⁶. Le niveau de la pension, directement fonction du niveau de salaire, est en outre fortement déterminé par les hiérarchies professionnelles au sein de l'entreprise.

Il faut ici rappeler qu'avant de devenir des régimes complémentaires de retraite, ces dispositifs à prestations définies, facultatifs et volontaires, largement voire exclusivement financés par l'employeur, souvent non provisionnés et gérés de manière interne à l'entreprise⁷ ont constitué en eux-mêmes *le* régime de pension de retraite des salariés concernés. En France, le régime de retraite des agents d'EDF-GDF s'apparente dans une certaine mesure à cet archétype de la retraite d'entreprise reposant sur l'idée de continuation de la rémunération du salarié employé à vie. Ce régime spécial applicable aux industries électriques et gazières françaises (secteur public)⁸ a la particularité d'être entièrement financé par les comptes d'exploitation des entreprises qui le cogèrent avec les syndicats. Or, il est intéressant de remarquer que dans la période récente animée par la tentative de réforme de ce régime, l'idée forte mise en avant par les syndicalistes est que l'Etat devrait garantir la pérennité et le fonctionnement du régime qui verse « les salaires et pensions d'inactivité ». Dans cette optique, il faut comprendre que les retraités – mais on parle ici d'inactifs – continuent de percevoir un salaire à la charge des entreprises. Cette idée de « salaire d'inactivité », pour provocatrice qu'elle puisse paraître, n'en est pas moins rigoureusement conforme à l'analyse juridique qui est d'ailleurs faite par la Cour de Justice des Communautés européennes ainsi que par le Conseil d'Etat en France. Selon cette analyse, appliquée à la question de l'égalité entre hommes et femmes dans ces régimes d'entreprise, la pension est une rémunération notamment dès lors qu'elle intéresse une catégorie de travailleurs, qu'elle est directement fonction du service accompli et que son montant est directement calculé sur la base du dernier traitement⁹.

2) *La prévoyance et les frontières de l'entreprise*

Avantage réservé aux salariés de certaines entreprises, souvent à l'origine créé par décision unilatérale de l'employeur, la prévoyance d'entreprise est, de fait, source d'inégalités entre travailleurs sur le marché du travail¹⁰. Cette caractéristique est néanmoins corrigée dès lors que les entreprises d'une même branche, par effet de la convention collective, s'obligent à fournir aux salariés qu'elles emploient des prestations de maladie, maternité, invalidité, vieillesse ou chômage. On remarquera cependant que l'organisation de la prévoyance

⁶ Souvent, les normes d'entreprise exigeaient la présence du salarié dans l'entreprise jusqu'à la cessation de toute activité professionnelle. En Europe, un certain nombre de dispositifs législatifs sont venus atténuer ces exigences (v. infra).

⁷ On parle parfois de « régime d'employeur », notamment pour désigner les régimes anglo-saxons qui correspondent à ces caractéristiques (Michas Béguerie, 1998).

⁸ Les salariés d'EDF-GDF ne sont pas affiliés au régime général de la sécurité sociale pour ce qui est du risque vieillesse.

⁹ A propos du régime EDF-GDF, Conseil d'Etat 18 décembre 2002, *Plouhinec et A. c/EDF-GDF*, n° 247224. V. aussi CJCE 17 avril 1997, aff. C-147/95 et CJCE, *Griesmar*, 29 novembre 2001, aff. C-366/99.

¹⁰ Les institutions du patronage ayant constitué, à l'origine, des libéralités de l'employeur, il était estimé au XIX^e siècle que le fait de la concurrence en empêcherait la généralisation (Ewald, 1986, sp. p. 267).

collective via la négociation de branche ne s'est pas également développée dans les différents pays européens. Très présente en France, dans le domaine de la prévoyance *stricto sensu*¹¹, elle l'est aussi aux Pays Bas en matière de retraite complémentaire mais s'est montrée jusqu'à récemment quasi absente en Allemagne. La Grande Bretagne, de son côté, privilégie le niveau de l'entreprise, tout comme, semble-t-il, l'Espagne et la Belgique¹² pour ce qui est des pensions complémentaires. L'Italie, pour sa part, a instauré à partir de 1993 un cadre légal pour la mise en place de fonds de pensions « négociés » notamment au niveau sectoriel.

La protection sociale complémentaire, organisée au niveau de la branche, opère une certaine égalisation dans l'accès à la prévoyance collective. Cette égalisation sera du reste d'autant plus forte que la convention collective obligera, le cas échéant, les salariés à adhérer au dispositif et à cotiser pour son financement. Dans cette hypothèse, non seulement la concurrence entre les entreprises est neutralisée, mais c'est aussi la concurrence entre prestataires de « produits » de la prévoyance qui est éventuellement affectée, dans les cas où le bénéfice du « marché » est attribué à un organisme désigné par la convention collective¹³. Sur ce dernier aspect, précisons que le droit français admet *a priori* la validité de ces « clauses de désignation ». La Cour de cassation a exclu les organismes gestionnaires de régimes de prévoyance du droit de la concurrence¹⁴. La loi du 8 août 1994 (art. L. 912-1 C. de la sécurité sociale) prévoit que de telles clauses, justifiées par un souci de mutualisation des risques, devront être réexaminées tous les cinq ans. En droit communautaire, la Cour de justice des Communautés a estimé que si les fonds de pensions sectoriels néerlandais, d'affiliation obligatoire, sont bien des entreprises en ce qu'ils exercent une activité économique en concurrence avec les compagnies d'assurance, les conventions collectives les ayant créés échappent au droit de la concurrence dès lors qu'elles poursuivent des objectifs de politique sociale¹⁵.

B) Une protection contractuellement délimitée

1) La détermination des bénéficiaires du régime d'entreprise

C'est l'acte par lequel le régime d'entreprise est créé (décision unilatérale du chef d'entreprise, accord collectif, *référendum*¹⁶, ...) qui détermine le champ d'application personnel du régime, c'est à dire les catégories de bénéficiaires. En principe, les employeurs,

¹¹ La législation française distingue la prévoyance au sens strict et la retraite. La loi du 31 déc. 1989 a défini la prévoyance comme l'ensemble « des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ou du risque chômage ». Il semble qu'en pratique, la couverture des frais médicaux soit plus décentralisée que celle des « gros risques » de la prévoyance et s'organise plutôt au niveau des établissements (Ap ROBERTS et REYNAUD, 1998).

¹² En Belgique, il faut distinguer cependant les régimes de pensions complémentaires d'entreprise dont le cadre juridique a été fixé par une loi du 1^{er} janvier 1996 et les plus anciens « fonds de sécurité d'existence » institués par voie de conventions collectives de branche et dédiés plutôt à la couverture complémentaire des risques chômage, incapacité de travail, charges de famille. Pour une analyse de l'intérêt récemment montré par les syndicats en Grande Bretagne sur la question des pensions complémentaires, v. Carby Hall, 2004.

¹³ Cette pratique des clauses dites « de désignation » est fort répandue en France. Une étude de l'IRES réalisée en 1999 montrait que sur 130 accords de branche comportant un volet relatif à la prévoyance, 81 désignaient un ou plusieurs organismes assureurs (une institution paritaire de prévoyance dans la très grande majorité des cas).

¹⁴ Cass. soc. 10 mars 1994, *Bayer France*, Droit social avril 1994, p ; 385, obs. DUPEYROUX.

¹⁵ CJCE, 21 septembre 1999, *Albany International*, aff. C-67/96. Pour une analyse : PRETOT, 2000 ; GADBIN, 2001.

¹⁶ Figure propre au droit français. L'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale évoquant les différentes modalités possibles de mise en place de régimes de prévoyance d'entreprise prévoit l'hypothèse de « ratification à la majorité des intéressés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise ».

les partenaires à la négociation, ont toute latitude sur ce point. Si le régime est par hypothèse collectif, dans la mesure où c'est l'entreprise qui s'engage et passe éventuellement contrat avec un organisme assureur pour la mise en œuvre, il peut être ouvert à l'ensemble des salariés (de manière obligatoire ou facultative)¹⁷ ou bien seulement à certaines catégories (cadres) ou bien encore à certains individus (dirigeants). Dans ce dernier cas, il s'agit plutôt d'un avantage individuel qui peut, le cas échéant, faire l'objet d'un traitement fiscal distinct¹⁸ sans pour autant perdre sa qualité d'élément de la protection sociale complémentaire¹⁹. De fait, on constate généralement que les retraites d'entreprise sont des dispositifs qui bénéficient plutôt aux hauts revenus²⁰.

Cette faculté de déterminer le champ des bénéficiaires du dispositif de prévoyance d'entreprise est cependant limitée par l'application de règles de non discrimination, de source nationale et communautaire. Dans certains cas, l'interdiction de discriminer est assez générale. Le droit belge impose à l'employeur qui conclut un engagement de pensions au profit de ses salariés de ne pas créer de distinctions illicites entre les travailleurs de son entreprise qui appartiennent à une même catégorie. Le droit espagnol, avec la loi 8/1987 relative aux plans et fonds de pensions a contraint les entreprises à confier la gestion de leurs engagements à une entité externe. Les plans de pensions externes, lorsqu'ils concernent des travailleurs salariés, doivent être constitués dans le respect de certaines règles d'ordre public, notamment la règle de non discrimination. La législation espagnole entend ainsi garantir l'accès au plan de pension à toute personne physique qui remplit certaines conditions et considère que le plan doit inclure tout le personnel justifiant d'au moins deux ans d'ancienneté. Or, il n'est pas rare que les dispositifs de prévoyance-retraite d'entreprise constitués antérieurement à cette législation aient été réservés à certaines catégories de salariés. C'est pourquoi la loi a fixé un délai (24 mois) aux entreprises pour se mettre en conformité avec ses prescriptions, notamment relatives à la non discrimination entre salariés²¹.

¹⁷ Un régime obligatoire emportera en général une obligation de cotiser à la charge du salarié. Cette obligation ne peut résulter que d'un accord collectif, dans les systèmes juridiques dans lesquels la convention collective ou l'accord collectif de travail revêt une nature « réglementaire » au stade de sa mise en œuvre (droit français, droit belge, droit espagnol, notamment). C'est la raison pour laquelle dans un certain nombre de pays, les dispositifs de prévoyance d'entreprise – souvent de retraite complémentaire – sont nécessairement facultatifs (droit allemand, droit britannique, droit italien).

¹⁸ V. en droit français les contrats individuels type « art. 82 du Code Général des Impôts » dits en sursalaire. En Grande-Bretagne, sous l'administration Thatcher, ont aussi émergé des plans individuels de pensions pouvant être souscrits dans l'entreprise, plans à cotisations définies soutenus à l'époque par des mesures fiscales intéressantes.

¹⁹ En France, la législation établissant un cadre général pour la protection sociale complémentaire des salariés (art. L. 911-1 et suiv. du Code de la sécurité sociale) se fonde sur la notion de *garanties collectives*. Les garanties individuelles instituées dans le seul cadre du contrat individuel de travail sont donc a priori exclues du champ de la loi. La Cour de cassation française saisie d'un problème d'exonération de cotisations de sécurité sociale dans le cas de primes versées à un régime individuel (bénéficiant au seul salarié de l'entreprise) a néanmoins estimé que cette circonstance ne devait pas priver ledit régime de l'exonération prévue pour les garanties collectives (Cass. soc. 18 novembre 1999, RJS 1/2000, n° 89).

²⁰ Pour le cas français, v. GAUDEMET, 2001 ; v. aussi DEL SOL, 2000. Se référant à une étude du CREDES de 1996, cet auteur note que la protection sociale tend à favoriser les salariés les plus haut placés dans la hiérarchie : plus le revenu est élevé, plus la part de contrat prise en charge par l'entreprise est importante. Pour la Grande-Bretagne, v. LELIEVRE, 2002.

²¹ Pour le cas d'un plan interne constitué au seul profit des cadres supérieurs dans les conditions juridiques antérieures à la législation de 1987 et la question du délai pour modifier le plan et bénéficier du nouveau cadre fiscal, v. la décision du Tribunal Suprême du 30 septembre 2002 (STS 3.a 30 sept. 2002, Relaciones Laborales, nov. 2002, n° 22, p. 67).

De manière plus spécifique, les promoteurs des dispositifs de prévoyance collective sont invités à éradiquer les discriminations en raison du sexe, notamment par application du droit communautaire. La Cour de justice des Communautés a, on le sait, élaboré une importante jurisprudence fondée sur le respect du principe d'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins, principe appliqué aux régimes de pensions d'entreprise assimilés à des éléments de la rémunération²². La directive 86/378 du 24 juillet 1986 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale complète l'œuvre jurisprudentielle évoquée dont l'application se limite à un certain type de régime d'entreprise²³. La directive, telle que modifiée par la directive 96/97 du 20 décembre 1996 donne des indications très concrètes et précises sur les dispositions et pratiques jugées discriminatoires²⁴. Il faut cependant remarquer que toute différence de traitement entre hommes et femmes n'est pas discriminatoire en droit communautaire, notamment dans des cas où la différence peut être justifiée par la poursuite d'un objectif d'égalité des chances²⁵. Les législations nationales des pays membres de l'UE ont dû mettre en œuvre ce principe de non discrimination en raison du sexe dans les ordres juridiques nationaux²⁶.

2) La détermination de la couverture

Par hypothèse, chaque entreprise a la faculté de bâtir son propre régime. L'entreprise est donc autonome pour fixer le type de garanties et le niveau d'engagement qu'elle entend assumer dans la prise en charge de tel ou tel risque. Elle est en outre, en principe, libre du choix de l'assureur²⁷ (sauf lorsque s'applique une « clause de désignation » comme évoqué supra). Ce dernier aspect peut avoir une incidence sur la détermination de la couverture, notamment dans le cas où l'engagement de prévoyance est le fait de l'employeur seul. La démarche auprès de l'organisme assureur peut alors être déterminante sur l'offre de prévoyance.

Concernant le type de garantie et le niveau d'engagement, l'exemple des retraites d'entreprise montre combien la protection assurée par l'entreprise peut être fragile. Au plan juridique, elle ne saurait d'ailleurs être pérenne. On sait en effet que le modèle « classique » de la retraite d'entreprise reposant sur un engagement dit « à prestations définies » tend à s'essouffler depuis quelques années. Nombre d'entreprises ne voient plus l'intérêt d'assumer le risque financier de systèmes dont la raison d'être était principalement de fidéliser et

²² Notam. CJCE 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus*, aff. 170/84, Rec. p. 1607, CJCE 17 mai 1990, *Barber*, C-262/88, Rec. I. 1889.

²³ La directive s'applique aux régimes qui ont pour objet de fournir aux travailleurs, salariés ou indépendants, groupés dans le cadre d'une entreprise ou d'un groupement d'entreprises, d'une branche économique ou d'un secteur professionnel, des prestations destinées à compléter les prestations des régimes légaux ou à s'y substituer, que l'affiliation à ces régimes soit obligatoire ou facultative.

²⁴ Cf. art. 6 de la directive qui prévoit entre autres : le fait de se fonder sur le sexe pour définir les personnes admises à participer à un régime professionnel, pour fixer le caractère obligatoire ou facultatif de la participation à un régime professionnel, pour établir des règles différentes en ce qui concerne l'âge d'entrée dans le régime ou en ce qui concerne la durée minimale d'emploi ou d'affiliation au régime pour l'obtention des prestations, ...

²⁵ La CJCE a jugé que, dans un plan à prestations définies, le taux de contribution des salariés masculins devait être fixé au même niveau que celui des femmes mais que, pour obtenir en principe une égalité de résultats (l'espérance de vie des femmes étant supérieure à celle des hommes), il est admis que l'employeur prévoit un abondement plus élevé pour les femmes que pour les hommes (CJCE 28 sept. 1994, aff. C-200/91, *Coloroll Pension Trustees Ltd c/ James Richard Russell*, Rec. p. 4389).

²⁶ En France, l'art. L. 913-1 du Code de la sécurité sociale; en Belgique, la loi du 6 avril 1995.

²⁷ En droit français, pour ce qui est de la prévoyance *stricto sensu* (c'est à dire hormis les régimes de retraite), l'entreprise ne peut cependant plus faire le choix de l'auto-assurance.

stabiliser la main d'œuvre. Par ailleurs, l'incitation à externaliser la gestion de ces dispositifs et l'obligation de provisionner les engagements ont conduit un certain nombre d'entreprise à fermer ces régimes ou, en tout cas, à modifier singulièrement leurs engagements envers leur personnel²⁸. L'alternative est représentée par la mise en œuvre de régimes « à cotisations définies », dans lesquels c'est le salarié qui supporte le risque de la capitalisation, régimes d'ailleurs promus par un certain nombre de législations nationales récentes²⁹. Or, au fond, rien n'empêche juridiquement un employeur de modifier la teneur de ses engagements passés³⁰; il devra, pour ce faire, respecter des règles de forme³¹. La seule limite, en matière de pension, réside le cas échéant dans la préservation des droits acquis par le passé, question abordée par un certain nombre de législations nationales en Europe.

II – Une dynamique d'extension de la protection sociale complémentaire d'entreprise

Depuis un certain nombre d'années déjà, est avancée par l'Union européenne l'idée selon laquelle le droit à une protection sociale adéquate, droit fondamental reconnu par la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, ne pourra être réalisé que par une meilleure coordination des différents piliers, notamment en matière de retraite (Commission européenne, 2000). La recommandation n° 92/442/CEE du Conseil du 27 juillet 1992 relative à la convergence des objectifs et politiques de la protection sociale incite expressément les Etats membres à mettre en œuvre « des mécanismes permettant aux anciens travailleurs salariés qui sont en retraite après une carrière complète de bénéficier d'un taux de remplacement raisonnable pendant toute la période de leur retraite, en tenant compte, le cas échéant, des systèmes légaux et complémentaires ». Dans cette perspective, c'est bien la protection sociale d'entreprise (le « deuxième pilier ») qui est sollicitée pour participer à la couverture sociale de la population, nonobstant les limites inhérentes à sa nature de protection « atomisée ». Le projet de rapport de la Commission pris dans le cadre de la méthode de coordination ouverte en matière de pensions³², adopté le 17 décembre 2002 atteste de cet intérêt porté aux régimes privés, spécialement existant sur une base professionnelle. La Commission estime notamment « qu'un des moyens particulièrement efficaces pour accroître l'affiliation à des régimes de pension complémentaire passe par les conventions collectives, couvrant des secteurs entiers ». La prévoyance d'entreprise, organisée collectivement au niveau de la branche serait donc le modèle à développer, sans doute en l'adaptant aux exigences de liberté (de circulation des salariés) et de sécurité (des droits) et en offrant des

²⁸ La réforme de la retraite d'entreprise chez Volkswagen, en Allemagne, fournit un exemple de ce phénomène. Le coût du régime initial, à prestations définies et géré en interne étant devenu trop important, la direction, en accord avec le conseil central d'entreprise, a décidé en 2001 d'externaliser le fonds désormais fonctionnant comme un régime à cotisations définies (UIMM International, mars 2001, p. 8).

²⁹ En Allemagne, les plans « Riester », issus de la loi du 11 mai 2001 ; en Espagne, les *compromis de pension* dans le cadre de la loi n° 8/1987 ; en Grande Bretagne, les plans individuels promus en 1986 et les nouveaux *Stakeholders Pensions Schemes* de la loi de novembre 1999 ; en Italie, les plans négociés prévus par la législation de 1993.

³⁰ En Allemagne, depuis la loi du 1^{er} janvier 1999 portant réforme des retraites, l'employeur n'est plus obligé de garantir les promesses de retraites complémentaires en cas de difficultés économiques sérieuses.

³¹ En droit français, consultation et information obligatoire du comité d'entreprise. La modification du régime devra en outre se faire dans le respect des formes qui ont présidées à sa création : dénonciation ou révision de l'accord collectif selon les règles légales si le régime provenait d'un accord collectif ; révocation de l'avantage concédé par décision unilatérale, modification du contrat de travail en cas d'avantage incorporé, en général selon les règles fixées par la jurisprudence (droit français et droit allemand, notamment).

³² Sur la mise en œuvre de la « méthode ouverte de coordination » en matière de pensions de retraite, v. notam. Math et Pochet, 2001.

possibilités analogues aux salariés atypiques et aux non salariés³³. Ces points sont repris dans le rapport conjoint de la Commission et du Conseil élaboré en 2003 (Commission européenne, 2004).

De fait, on peut observer l'émergence et le développement en Europe de politiques visant à l'élargissement de l'accès à la prévoyance collective. En outre, certaines évolutions juridiques semblent attester d'une volonté de rechercher une certaine continuité de la couverture complémentaire « par delà » l'entreprise.

A) Des politiques visant à l'élargissement de l'accès à la prévoyance collective

Au plan communautaire ainsi qu'au plan national, se manifeste une certaine volonté d'offrir aux salariés dits atypiques, aux salariés des PME ainsi qu'aux non salariés des possibilités de couverture complémentaire analogues à celles des salariés. Plusieurs types de mécanismes traduisent cette orientation générale.

1) Le mécanisme de l'obligation de négocier des accords de prévoyance

Ce mécanisme peut être particulièrement observé dans le droit français. En principe et à l'origine, il n'y a pas d'obligation de négocier sur la prévoyance et la retraite au niveau de l'entreprise. La loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 créant la Couverture Maladie Universelle (CMU) a cependant introduit à l'article L. 132-27 du Code du travail un alinéa 2 précisant que « dans les entreprises (visées par l'obligation annuelle de négocier), lorsque les salariés ne sont pas couverts par un accord de branche ou par un accord d'entreprise définissant les modalités d'un régime de prévoyance maladie, l'employeur est tenu d'engager chaque année une négociation sur ce thème ». Une disposition similaire a été introduite à l'article L. 132-27 par la loi du 19 février 2001 relative à l'épargne salariale qui, bien que distincte formellement de la prévoyance, peut éventuellement constituer un vecteur de complément de retraite (Cuzacq, 2002). La loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites en France a sur ce point clarifié les choses puisqu'elle institue un véritable dispositif d'épargne retraite d'entreprise, le « plan partenarial d'épargne salariale volontaire » qui ne peut être mis en place que par accord collectif d'entreprise ou inter-entreprise. La négociation au niveau de l'entreprise est facultative, mais la loi instaure une obligation de négocier tous les cinq ans au niveau des branches professionnelles, lorsqu'il n'existe aucun accord conclu à ce niveau en matière d'accès à l'épargne retraite.

La loi met donc l'accent sur le rôle des partenaires sociaux, via la négociation collective, dans le développement et l'extension de la prévoyance collective, tant au niveau de l'entreprise qu'au niveau de la branche, ainsi qu'en atteste l'article L. 133-5 du code du travail. Cette disposition relative aux conditions d'extension des conventions collectives par le ministre s'est en effet, elle aussi, enrichie de deux alinéas provenant des deux lois précédemment évoquées. Désormais, les conventions susceptibles d'être étendus doivent prévoir « les modalités d'accès à un régime de prévoyance maladie » ainsi que les modalités

³³ Cf. Rapport conjoint du Comité de protection sociale et du Comité de politique économique sur les objectifs et méthodes de travail dans le domaine des pensions approuvé par le Conseil européen de Laeken en décembre 2001 : Les Etats membres doivent « veiller à ce que les systèmes de pensions soient compatibles avec les exigences de flexibilité et de sécurité qui sont celles du marché du travail, à ce que (...) la mobilité professionnelle dans les Etats membres et au-delà des frontières ainsi que les formes d'emploi atypiques ne soient pas pénalisantes pour les droits à pensions, et à ce que l'emploi non salarié ne soit pas découragé du fait des systèmes de pensions ».

de mise en œuvre des dispositifs de participation financière des salariés prévus par la loi et notamment les dispositifs d'épargne salariale.

2) L'obligation d'informer les salariés sur la possibilité d'adhérer (individuellement) à un dispositif de prévoyance d'entreprise

Ce mécanisme est typique, semble-t-il, des récentes formules d'épargne salariale orientées (spécifiquement ou non) vers la retraite apparues dans un certain nombre de pays européens. Ainsi, en Grande Bretagne, le *Welfare Reform and pensions Act 1999* créant de nouveaux plans à cotisation définie à adhésion individuelle (les *Stakeholders Pensions Schemes*) impose à l'employeur de permettre à ses salariés d'accéder à un plan de ce type, notamment dans le cas où l'entreprise n'offre pas de plan collectif de retraite complémentaire. Rappelons à ce titre que la législation britannique, depuis 1958, rend obligatoire l'affiliation des salariés à un régime de pension complémentaire. Un régime public, le SERPS (*State Earnings Related Pension Scheme*), devenu le *Second State Pension* avec la réforme de 1999, a été instauré, mais la législation a laissé la possibilité aux employeurs de proposer à leurs salariés une couverture de leur choix qui ne peut cependant être agréée que si elle est au moins équivalente à la couverture offerte par le régime public. C'est le système du *contracting out* qui a permis, notamment après guerre, le développement des plans d'entreprise traditionnels (*occupational pension schemes*). Le nouveau système d'épargne retraite ne se substitue pas à la couverture offerte par les plans traditionnels (en général à prestations définies). Il a été conçu principalement pour permettre aux travailleurs ne bénéficiant pas de tels plans³⁴, et au regard des insuffisances des plans individuels (*personal pensions*) apparus dans les années 1980, de pourvoir à des pensions de retraite adéquates.

En Allemagne, une formule comparable est apparue avec la loi du 11 mai 2001 qui instaure de nouveaux plans d'entreprise (les « plans Riester »). L'épargne retraite constituée dans l'entreprise vient en appui à une politique de réduction du taux de remplacement des pensions publiques et s'offre en alternative aux classiques retraites d'entreprises à prestations définies mises en place et financées par les seuls employeurs (Kessler, 2000). Légalement, pour ce qui est de la mise en place de ces nouveaux plans, aucune obligation ne pèse sur les employeurs. L'accord de branche intervenu dans la métallurgie en 2002 afin de mettre en œuvre les nouvelles formules d'épargne retraite a par contre contraint les employeurs concernés à proposer de telles formules aux salariés. En France, un mécanisme similaire s'est récemment mis en place dans le secteur du bâtiment et des travaux publics (BTP). L'accord de branche conclu le 20 janvier 2003 institue les plans d'épargne interentreprises prévus par la loi du 19 février 2001 ainsi que le plan partenarial d'épargne salariale volontaire (PPESV) qui permet de réaliser une épargne à long terme. La particularité du système réside, d'une part, dans ce que l'accord est *d'application directe*, ce qui signifie que les salariés peuvent adhérer aux plans sans qu'un accord d'entreprise ne soit nécessaire et, d'autre part, dans le fait que les entreprises qui adhèrent à l'accord ont l'obligation d'informer à la fois l'administration du travail, les représentants du personnel et l'ensemble de leur personnel de l'existence du dispositif³⁵.

³⁴ A la veille de la réforme, on estimait qu'environ 50% de la population active ne bénéficiait pas de la couverture d'un plan de pension professionnel. La protection contre le risque vieillesse était jugée inadéquate pour certaines catégories de personnes, notamment les travailleurs indépendants (*self employed*) et les salariés des PME n'offrant pas de retraite d'entreprise (Green Paper, 1998).

³⁵ V. Liaisons sociales, Bref social, jeudi 23 janvier 2003, n° 13814.

Au fond, l'idée générale qui se dégage est celle de la possibilité pour chaque salarié d'adhérer individuellement à un plan de pension en capitalisation, spécialement lorsqu'il n'a pas la possibilité (ou la volonté) d'accéder à un plan collectif³⁶.

3) Des cadre juridiques pour les PME, les salariés atypiques, les non salariés

L'un des traits marquant des récentes formules d'épargne retraite apparues dans un certain nombre de pays réside dans le fait que, s'agissant de dispositifs à adhésion individuelle et à cotisations définies, ils sont censés théoriquement s'adresser à un autre public que celui des traditionnelles retraites d'entreprise. La figure du *stakeholder* britannique est à ce titre emblématique puisque le salarié peut adhérer à un plan existant hors de son entreprise. L'engagement et la gestion en étant singulièrement allégés pour l'entreprise, ces formules devraient d'ailleurs intéresser les PME. On peut aussi remarquer que certaines législations tentent d'offrir un cadre juridique adapté pour la conclusion d'accords collectifs intégrant notamment les PME. En Espagne, par exemple, un décret de 1999 prévoit la possibilité des plans de pensions de groupe et de plans interentreprises. En France, la loi du 19 février 2001 crée les plans d'épargne interentreprises (PEI) dans le but exprès de favoriser l'extension de l'épargne salariale aux PME. La loi française prévoit que cette modalité s'applique aussi aux plans d'épargne à long terme dont on sait qu'ils peuvent constituer une formule « masquée » d'épargne retraite. La loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites et substituant un véritable produit d'épargne retraite (le PPESVR) à l'épargne salariale à long terme de la loi de 2001 maintient ce souci de s'adresser aux PME et prévoit que le PPESVR peut être créé sous la forme de plan interentreprises dans les conditions prévues par l'article L. 443-1-1 du Code du travail. On notera en outre que, moins liées au statut d'emploi et à la « fidélité à l'entreprise » que les classiques retraites d'entreprise, les formules d'épargne retraite devraient convenir (toujours théoriquement) à des salariés plus mobiles, voire à des travailleurs à temps partiel. Du reste, certaines formules sont offertes aussi aux travailleurs non salariés, à l'instar des *stakeholders* britanniques ou des nouveaux plans individuels allemands qui intéressent certaines catégories d'artisans, les chômeurs indemnisés, les préretraités et les assurés ayant un « emploi de faible importance ».

4) L'intervention de l'Etat

L'Etat peut mener une politique de soutien financier et d'incitation à la prévoyance collective, comme il peut être tenté de suivre une voie plus autoritaire, celle de l'obligation de contracter auprès d'un régime complémentaire.

La politique de soutien est illustrée, notamment, par le cas britannique et par le cas allemand. En Grande Bretagne, on peut dire que le législateur a « ciblé » le public susceptible de bénéficier des nouveaux plans de pension qui ont été conçus pour les salaires moyens (travailleurs gagnant entre 9000 et 18 500 livres par an). Le soutien réside dans les dispositions fiscales voulues attractives, notamment pour les bas salaires puisque est instauré un impôt négatif pour les personnes non imposables. En Allemagne, l'Etat a opté pour un système d'abondement aux cotisations versées par les salariés souscrivant un contrat d'épargne individuelle de retraite.

Pour l'heure, ces politiques témoignent d'un soutien clair à des formules d'épargne tendant à se détacher de l'entreprise et à adhésion individuelle et volontaire. Un scénario

³⁶ Ainsi de la législation italienne qui privilégie la constitution de « plans fermés » collectifs mais qui permet aux individus de ne pas y adhérer et de contracter auprès d'un plan individuel (dit « plan ouvert »).

alternatif se profile toutefois, promu notamment par la Banque Mondiale : celui d'une adhésion obligatoire à des formules d'épargne retraite complémentaire sur la base de régimes à cotisations définies (type régime « 401 K » américain). Ce scénario a, semble-t-il, été évoqué en Grande-Bretagne³⁷. De manière plus spectaculaire, les réformes opérées en Hongrie et en Pologne³⁸, respectivement en 1998 et 1999, semblent s'être conformées à ce schéma puisque ont été mis en place des systèmes d'épargne retraite complémentaires gérés en capitalisation, rendus obligatoires pour une certaine catégories de salariés (les salariés entrant sur le marché du travail). Un modèle se cherche sans doute, avec des hésitations cependant puisqu'en avril 2002, peu avant les élections, le gouvernement hongrois a supprimé le caractère obligatoire du nouveau système.

B) La continuité de la protection par delà l'entreprise

On constate aujourd'hui qu'un certain nombre de règles prescrites par les législations nationales et le droit communautaire tendent à l'adaptation des dispositifs de prévoyance d'entreprise aux exigences de mobilité sur le marché du travail et de sécurité des droits constitués via l'entreprise. La protection se détache de la relation subjective employeur-salarié et les droits constitués acquièrent une certaine validité au delà du seul espace de l'entreprise.

1) Protection sociale d'entreprise et mobilité des salariés

La mobilité du salarié constitue aujourd'hui un impératif largement pris en considération dans les réformes affectant notamment les systèmes de protection sociale. Cet impératif connaît d'ailleurs, en Europe, une traduction juridique sous la forme du principe de la libre circulation des travailleurs qui a valeur de principe fondamental en droit communautaire. Pour la Commission, la perspective de la perte des droits à pension complémentaire est manifestement un frein à la mobilité et constitue un obstacle sérieux à l'exercice du droit de libre circulation³⁹. Or, il est patent que les régimes « classiques » de retraites d'entreprises, de par leurs caractéristiques juridiques propres, constituent de tels freins à la mobilité d'une entreprise à l'autre sur le territoire d'un même pays et, *a fortiori*, dans une perspective de mobilité transfrontalière. La prise en considération de ce problème a donné lieu à un certain nombre d'évolutions juridiques. D'une part, se pose la question de l'acquisition des droits dans l'entreprise d'origine qui renvoie notamment au problème des conditions d'ancienneté exigées du salarié pour bénéficier de la pension. D'autre part se pose le problème de la portabilité des droits d'un fonds vers un autre.

a) L'acquisition des droits dans l'entreprise d'origine

Comme on l'a vu, l'archétype de l'engagement de l'entreprise en matière de retraite constitue une promesse portant sur l'octroi d'un montant déterminé mais liée à une condition,

³⁷ Cf. Rapport PICKERING remis au gouvernement en juillet 2002 qui estime que les employeurs devraient pouvoir obliger leurs employés à cotiser aux fonds de retraite qu'ils ont mis en place.

³⁸ La réforme en Hongrie semble avoir été fortement motivée par le souci d'équité : l'ancien système de pension publique étant jugé trop flou (intrication entre assistance et assurance sociale), il s'est agi de mettre en place une méthode de calcul plus transparente (pension forfaitaire) pour le premier pilier complété par un second pilier contributif en comptes individuels. Des considérations analogues semblent avoir guidé la réforme en Pologne dont le régime public de pensions était en outre confronté à d'importantes difficultés financières (Müller, 2001 ; Fultz et Ruck, 2001 ; BIT, 2002).

³⁹ Cf. Rapport du groupe de haut niveau sur la libre circulation des personnes (présidé par Mme Veil) remis à la Commission le 18 mars 1997.

à savoir la présence du salarié dans l'entreprise jusqu'à la cessation de toute activité professionnelle. En droit français, ce genre de modalité est réglementé par le droit fiscal : ce sont les « retraites de l'article 39 » du Code général des impôts.

Dans sa communication du 22 juillet 1991, la Commission a cependant estimé que des délais d'acquisition et d'attente exagérément longs peuvent freiner une mobilité de la main d'œuvre en rendant l'obtention d'un niveau de retraite adéquat trop tributaire de l'accomplissement de longues périodes ininterrompues au service d'un même employeur. Ce point de vue, réitéré dans la communication du 11 mai 1999 (Commission européenne, 1999) s'accorde avec l'évolution d'un certain nombre de législations nationales qui tendent à raisonner en termes de « droits acquis ».

En Allemagne, le problème est connu depuis longtemps et la loi de 1974 prévoit que les droits du salarié résultant d'un régime de retraite d'entreprise deviennent pérennes lorsque le salarié est âgé d'au moins 35 ans et que la promesse de l'employeur s'est manifesté pendant au moins 10 ans ou que le salarié a appartenu à l'établissement pendant au moins 12 ans et que la promesse de l'employeur remonte à 3 ans au moins. En Espagne, c'est la loi n° 30/1995 qui instaure une certaine garantie des *droits acquis* du salarié. Avant cette loi, le salarié perdait tout droit à pension si le contrat de travail venait à cesser avant le terme normal ou convenu. La loi de 1995 prévoit un droit à récupérer ce que le travailleur a apporté. En droit belge, la loi du 6 avril 1995 a introduit la notion de *prestations acquises* en matière de pension complémentaire. L'affilié âgé d'au moins 25 ans peut faire valoir des prestations acquises après un an de service auprès de l'employeur duquel émane l'engagement de pension. En France, certains auteurs font remarquer que depuis les lois Evin du 31 décembre 1989 et Veil du 8 août 1994, les retraites d'entreprises dites « retraites chapeau » visées par l'article 39 du CGI pourraient bien être analysées comme des droits acquis par les salariés, même si ceux-ci ne remplissent pas les conditions d'ancienneté et de présence dans l'entreprise (Bourdias et Bourdias ; 2000).

b) La portabilité des droits d'une entreprise à une autre

En matière de pensions, un certain nombre de législations prévoient aujourd'hui la possibilité de transférer les droits acquis d'un plan d'entreprise à un autre plan. On remarquera que cette possibilité ne pose guère de problèmes techniques dès lors qu'il s'agit de droits acquis dans des régimes à cotisations définies fonctionnant, par hypothèse, sur la base de comptes individualisés. La législation espagnole, par exemple, le permet mais uniquement dans le cas où le salarié quitte l'entreprise d'origine (rupture du contrat de travail). En Grande Bretagne, les droits acquis dans les nouveaux *stakeholders pensions schemes* peuvent aussi être transférés d'un plan d'entreprise vers un autre sans pénalités. On notera que la législation française de 1997 (la « loi Thomas ») relative aux plans d'épargne retraite, loi jamais appliquée et finalement abrogée, appliquait le même principe.

Dans le cadre communautaire, cette question de la portabilité des droits à pension complémentaire est également abordée. La directive 98/49/CE du 29 juin 1998 relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non salariés à l'intérieur de la Communauté réalise un premier pas. Elle tend en effet à éviter que les salariés qui quittent l'entreprise pourvoyeuse d'un régime complémentaire pour aller travailler dans un autre pays membre de la Communauté ne soient lésés. Ses dispositions se contentent cependant, pour l'essentiel, de garantir que le travailleur dans ce cas de figure ne sera pas plus mal traité que celui pour lequel les cotisations au régime ne sont plus versées mais qui reste

dans le même Etat membre⁴⁰. Elle exige aussi que puissent être payées sur le territoire d'un autre Etat membre les prestations dues sur le territoire du pays de l'entreprise d'origine. La directive n'impose donc pas, à proprement parler, la portabilité des droits dans le cas d'une mobilité transfrontalière. La Commission a cependant lancé une consultation des partenaires sociaux sur ce thème, demandant si une action européenne est pertinente en la matière et dans l'affirmative, sous quelle forme. L'idéal serait de parvenir à une véritable coordination des régimes d'entreprise, d'un pays membre à un autre, de manière à ce que les salariés mobiles puissent voir s'opérer une véritable totalisation de leurs droits acquis dans les différents régimes. Il faudrait pour cela que la Communauté puisse exercer ses compétences législatives sur ce sujet, ce qui est précisément en discussion aujourd'hui.

2) Protection sociale d'entreprise et sécurité des droits

Logiquement, une dynamique d'extension et d'harmonisation des droits nés dans le cadre de la prévoyance d'entreprise devrait se traduire aussi par l'instauration de protections mettant, autant que possible, ces droits à l'abri de certains événements susceptibles d'affecter le lien d'emploi, la vie-même de l'entreprise, ou encore le contrat d'assurance servant de support à la réalisation du régime. Sur ce plan, le droit français peut constituer une référence, certes perfectible, dans la mesure où cette problématique est précisément au cœur des dispositions des lois de 1989 et de 1994 qui tentent d'instaurer un véritable régime juridique de la protection sociale complémentaire des salariés.

D'une part, ces dispositions organisent, dans certaines hypothèses, le maintien de la couverture après la rupture du contrat de travail⁴¹. La législation française prévoit aussi que la couverture complémentaire en cas de décès doit être maintenue en cas d'incapacité de travail ou d'invalidité affectant le bénéficiaire. D'autre part, le droit français protège les droits à retraite supplémentaire du salarié dans les cas de faillites et de restructurations d'entreprises. L'article L. 913-2 du Code de la sécurité sociale énonce qu'« aucune disposition entraînant la perte des droits acquis ou en cours d'acquisition à des prestations de retraite, y compris à la réversion des salariés ou anciens salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur ou de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements à un autre employeur, résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion, ne peut être insérée à peine de nullité dans les conventions, accords ou décisions unilatérales mentionnées à l'article L. 911-1 ». De manière plus générale, le droit du travail exige le maintien, au moins temporaire, du régime auprès du nouvel employeur lorsque la restructuration s'est traduite par un transfert d'entreprise au sens de la législation française et du droit communautaire. La jurisprudence tend à exiger le maintien du régime de prévoyance dès lors que celui-ci peut être analysé comme un élément du « statut collectif » du personnel. La Cour de cassation a ainsi jugé que l'engagement unilatéral pris par un employeur - en l'espèce, en matière de retraite complémentaire - est transmis en cas d'application de l'article L. 122-12 au nouvel employeur qui ne peut y mettre fin qu'à condition de prévenir individuellement les salariés et les institutions représentatives du personnel dans un délai permettant d'éventuelles négociations⁴².

⁴⁰ En France, ces dispositions ont été transposées par une loi du 17 janvier 2002, dans l'article L. 913-3 du code de la sécurité sociale.

⁴¹ Les contrats de prévoyance collective fixant une couverture santé obligatoire sont maintenus pour les anciens salariés bénéficiaires d'une rente d'incapacité ou d'invalidité ou d'une pension de retraite ainsi que pour les salariés privés d'emploi indemnisés. Ce maintien n'est cependant pas automatique ; l'intéressé doit en faire la demande dans les six mois qui précèdent la rupture de son contrat de travail.

⁴² Soc. 4 février 1997, SA Sté Total raffinage distribution c. Rocaboy et autres, RJS 3/97, n° 256.

Le droit français tente par ailleurs d'organiser une certaine protection des droits dans les cas où c'est le contrat liant l'entreprise à l'organisme assureur qui est menacé. S'agissant de contrats garantissant collectivement des salariés contre le risque décès, les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité ou les risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, il est prévu qu'en cas de résiliation ou de non renouvellement, les bénéficiaires du régime ont droit – à leur demande – au maintien de la couverture auprès de l'organisme assureur sans conditions de période probatoire ni d'examen ou de questionnaires médicaux. Enfin, une certaine continuité de la couverture est recherchée lorsque se produit un changement d'organisme assureur, notamment du fait de l'entreprise. En effet, dans un contexte fortement marqué par la concurrence, les entreprises n'hésitent pas à changer d'organisme assureur en fonction des prix du marché et de l'évolution des « produits » de la prévoyance. Pour ce qui est des pensions complémentaires, se pose ici, particulièrement, le problème de la transférabilité des droits d'un contrat d'assurance vers un autre. En France, il n'existe pas de régime juridique propre aux « fonds de pensions », et les retraites supplémentaires sont en général organisées par le truchement d'un contrat d'assurance groupe passé avec un organisme assureur. A ce sujet, le Code des assurances français (art. L. 132-23) exige que les contrats d'assurance groupe en cas de vie dont les prestations sont liées à la cessation de l'activité professionnelle comportent une clause de transférabilité.

Conclusion : Une généralisation de la prévoyance collective suppose une certaine limitation de l'autonomie de l'entreprise ou, en tout cas, l'existence de règles légales favorisant la diffusion la plus large possible des formes collectives de couverture complémentaire. Cela passe, à notre sens, par l'instauration d'un cadre fiscal clair privilégiant d'une part les formules collectives par rapport aux formules individuelles – ce qui suppose de clarifier la distinction⁴³ – et d'autre part les formules expressément dédiées à la couverture d'un risque social - ce qui suppose de s'entendre sur cette notion - par rapport aux formules indéterminées (l'épargne). Or, il n'est pas certain qu'on voie aujourd'hui émerger un *modèle* européen en la matière. Ce qui demeure flou et incertain, particulièrement au sujet des pensions de retraite complémentaires, c'est la nature-même des droits constitués via l'entreprise. Veut-on y voir des droits sociaux complétant de manière utile et nécessaire les prestations de sécurité sociale ? Les législations s'attacheront alors à les intégrer autant que possible au système général, tout en favorisant une certaine harmonisation de leur régime (accès à la couverture, niveau de couverture, garanties en cas de défaillance, ...). Veut-on au contraire sauvegarder l'autonomie de l'entreprise en la matière ? On favorisera alors des formules indéterminées dans leur finalité (épargne salariale/droits patrimoniaux) permettant aux salariés d'individualiser leurs projets tout en se maintenant dans la logique entrepreneuriale de gestion de la main d'œuvre. Face à cet enjeu, l'Union européenne se montre hésitante. La méthode ouverte de coordination est certes pragmatique, mais, par hypothèse, ne saurait donner lieu à une harmonisation juridique. Il pourrait être tentant, néanmoins, de prôner la mise en œuvre de systèmes obligatoires de protection sociale complémentaire impliquant l'entreprise. On quitte alors le domaine de la prévoyance qui suppose, on l'a dit, une démarche volontaire. La voie médiane se situe cependant, sans doute, dans la mise en œuvre des moyens et techniques par lesquels peut s'exprimer et s'imposer collectivement la volonté des intéressés. La négociation collective sectorielle, telle qu'elle est notamment pratiquée dans certains pays (Danemark, Pays-bas, Suède, France) devrait jouer un rôle plus important encore dans le développement de la protection sociale complémentaire.

⁴³ Pour une analyse du problème en droit français, v Barthélémy, 2003.

Bibliographie

Andrietti, V. 2001. « La transférabilité des droits à pension de retraite complémentaire dans l'Union européenne », *Revue internationale de sécurité sociale*, vol. 54, p. 67.

Ap Roberts, L. 1999 « La protection sociale d'entreprise ou la solidarité fragmentée », *Revue de l'IREES*, n°30, p. 93.

Ap Roberts, L. ; Reynaud, E. 1998. *Un panorama de la protection sociale complémentaire*, Rapport pour la MIRE, fév. 1998.

Barthélémy, J. 2003. « réforme des retraites et protection sociale complémentaire », *Droit social*, n° 11, p. 970.

Behrendt, C. 2002. « Pensions privées : une alternative viable ? Leurs effets de répartition dans une perspective comparative », *Revue internationale de sécurité sociale*, vol. 53, p. 3.

Bosco, A ; Hutsebaut, M. (edit.). 1997. *Social protection in Europe. Facing up to changes and challenges*. European Trade Union Institute, Brussels.

Bourdias, P. ; Boudias, L. 2000. « Les retraites « chapeau » ou les limites de certaines formes d'ingénierie juridique », *Semaine Sociale Lamy*, 9 oct. 2000, n° 998.

B.I.T. 2002. *La réforme des pensions en Europe centrale et orientale. Restructuration avec privatisation : les cas de la Hongrie et de la Pologne*.

Commission européenne. 1997. *Livre vert sur les retraites complémentaires*.

Commission européenne. 1999. *Vers un marché unique pour les retraites complémentaires*. Communication du 11 mai 1999. COM (99) 134 final/2.

Commission européenne. 2000. *L'évolution à venir de la protection sociale dans une perspective à long terme : des pensions sûres et viables* ». Communication du 11 octobre 2000. COM (2000) 622 final.

Commission européenne. 2004. *Pensions viables et adéquates. Rapport conjoint de la Commission et du Conseil*.

Carby Hall, J. 2004. "Whence and what art thou. Collective bargaining in occupational pensions ?", in *Managerial Law*, Vol. 46, N° 4/5, p. 21.

Cuzacq, N. 2002. « L'épargne salariale à long terme est-elle un support adapté au financement de la retraite ? », *JCP entreprise*, n° 30, 25 juillet 2002, 1163.

Daniel, C. ; Palier, B. (edit.). 2001. *La protection sociale en Europe. Le temps des réformes*. La documentation française.

Del Sol, M. 2000. « La protection sociale d'entreprise », *Bulletin social F. Lefebvre*, n° 5/2000, p. 233.

Ewald, F. 1986. *L'Etat providence*, Grasset, Paris.

Fultz, E. ; Ruck, M. 2001. «La réforme des régimes de retraite dans les PECO : enjeux et nouvelles tendances », *Revue internationale du travail*, vol. 140, p. 23.

Gadbin, D. 2001. « Les fonds de pension obligatoires face au droit communautaire de la concurrence : des positions dominantes à préserver dans le futur marché intérieur des services financiers », *Droit social*, n° 2, p. 178.

Gaudemet, J.-P. 2001. « Les dispositifs d'acquisition à titre facultatif d'annuités viagères en vue de la retraite : une diffusion limitée », *Economie et statistiques* n° 348, 2001-8, p. 81.

Gouvernement du Royaume-Uni. 1998. *A new contract for welfare partnership for pensions. Green Paper*. The Stationery Office Limited.

Kessler, F. 2000, «L'épargne d'entreprise au secours des retraites », *Liaisons sociales Europe*, n° 14, p. 4.

Lelievre, M. 2002. « Eléments de contexte et enjeux du Stakeholder Pension, le nouveau plan de retraite individuel du New Labour au Royaume-Uni », *Revue française des affaires sociales*, n°2, p. 179-210.

Lyon-Caen, G. 1986. « La deuxième jeunesse de la prévoyance sociale » , *Droit social*, p. 290.

Martin, P. 2003. « Epargne salariale et retraite : les avatars de la protection sociale d'entreprise en Europe », *Droit social*, n° 2, p. 202.

Math, A ; Pochet, P. 2001. «Les pensions en Europe : débats, acteurs et méthodes », *Revue Belge de sécurité sociale*, n° 2, p. 345.

Michas Béguerie, S. 1998. *Régimes privés de retraites complémentaires, perspectives comparative et européenne*, LGDJ, Paris.

Müller, K. 2001. « Les réformes de la prévoyance vieillesse en Europe orientale : analyse politico-économique », *Revue internationale de sécurité sociale*, vol. 54, 2-3, p. 69.

Observatoire des retraites. 2002. *La retraite en France. Statistiques, définitions, tendances, comparaisons, projections*. Dossier spécial n° 3.

Observatoire des retraites. 2004. *Les retraites en Europe, en Amérique du Nord et au Japon. Statistiques, définitions, tendances, comparaisons, projections*. Dossier spécial n° 4.

Prétot, X. 2000. « La Cour de justice des Communautés européennes et les fonds de pension néerlandais », *Droit social* n° 1, p. 106.

Reynaud, E. (coord.). 1998. *Les retraites dans l'Union européenne*. L'Harmattan.