



Chapitre de livre

1998

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Pacte, convention, contrat et sécurité sociale

Greber, Pierre-Yves

How to cite

GREBER, Pierre-Yves. Pacte, convention, contrat et sécurité sociale. In: Pacte, convention, contrat : mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin. Dufour, Alfred ; Winiger, Bénédicte (Ed.). Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 1998. p. 61–277. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:43983>

Pacte, convention, contrat et sécurité sociale

Pierre-Yves GREBER

1. INTRODUCTION

1. Le thème général des Mélanges réalisés en l'honneur du professeur Bruno SCHMIDLIN est donc «Pacte, convention, contrat». Travaillant dans le domaine de la sécurité sociale, je vais essayer – sans prétention systématique – d'examiner dans quelle mesure ces termes interpellent ma discipline. Cela permet un éclairage de quelques points de droit international, de droit communautaire et de droit suisse. Le pacte est un intitulé qui nous ramène à un fondement du droit international émanant des Nations Unies. Le mot convention peut être relié également au droit international, notamment selon l'orientation de l'harmonisation des systèmes nationaux et celle de la coordination de ces derniers, visant à régler les questions transfrontières. Le contrat enfin peut remplir plusieurs fonctions en droit interne, dont celle de support des protections complémentaires aux régimes légaux.

2. PACTE ET SÉCURITÉ SOCIALE

2. L'association des mots pacte et sécurité sociale fait immédiatement penser au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966. Le quatrième considérant de cet instrument le situe. «Par ce nouveau pas en avant, les Nations Unies poursuivent leur but de stimuler le respect universel et l'application des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langage ni de religion, suivant la proclamation par l'Assemblée générale, le 10 décembre 1948, de la Déclaration universelle des droits de l'homme comme l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations.» L'art. 9 du Pacte dispose que: «Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales».

3. Pour le droit international de la sécurité sociale, l'art. 9 du Pacte constitue une disposition essentielle. D'une part, il est inclus dans un texte de principe, c'est-à-dire qu'il figure parmi les fondements de la discipline comme l'a si bien montré Guy PERRIN¹, d'autre part, il représente le terme d'une longue évolution historique. En effet, le préambule de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail, adoptée en 1919², relie la protection sociale au statut de travailleur («Attendu qu'il existe des conditions de travail...»). La Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du Travail, de 1944 et incluse en 1946 dans la Constitution de l'OIT, va au-delà dudit statut et commence à s'ouvrir à l'universalité³. Et ce sont les Nations Unies qui ont mené l'évolution à son terme: tout d'abord par la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 22, 23 et 25) (1948), ensuite par le Pacte (1966). Ces deux instruments votés par l'Assemblée générale des Nations Unies sont fondés sur l'universalité, c'est-à-dire sur la reconnaissance à toute personne (indépendamment d'un statut professionnel), sans aucune discrimination, du droit à la sécurité sociale. Il est clair qu'il s'agit encore largement d'un but à atteindre: très lointain pour les Etats en développement, presque réalisé dans la partie occidentale de notre continent (encore que la persistance, plus encore la résurgence de la pauvreté montrent le chemin qui reste à faire). Le mérite des textes des Nations Unies est d'avoir tranché le débat universalité/généralisation/sélectivité sur le plan théorique⁴. Le droit international montre ainsi l'évolution inachevée des textes de principes européens – Charte sociale européenne (1961), Charte sociale européenne révisée (1996), du Conseil de l'Europe; Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs (1989), Déclaration des libertés et droits fondamentaux adoptée par le Parlement européen (1989), pour l'Union

¹ Guy PERRIN, «Les fondements du droit international de la sécurité sociale», *Droit social* 1974, pp. 479 ss.

² Guy PERRIN, *Histoire du droit international de la sécurité sociale*, tome V de: *La Sécurité sociale, son histoire à travers les textes*, Paris 1993, pp. 109 ss. – Nicolas VALTICOS/Geraldo VON POTOBOSKY, *International Labour Law*, 2e éd., Deventer/Boston 1995, pp. 18-19.

³ Eddy LEE, «La Déclaration de Philadelphie: rétrospective et prospective», *Revue internationale du Travail*, vol. 133, 1994, N° 4, pp. 513 ss. – Nicolas VALTICOS, *Droit international du travail*, 2e éd., Paris 1983, N° 102. – Guy PERRIN, Les fondements (n. 1), pp. 480-481.

⁴ Jean-Jacques DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, 12e éd., Dalloz, Paris 1993, pp. 79 ss.

européenne – qui s’approchent de l’universalité sans oser la consacrer pleinement⁵. Il met en évidence les lacunes des systèmes nationaux.

4. Mais ne s’agit-il pas d’une reconnaissance purement théorique, dont l’utilité est discutable? Sur le plan du droit international, une concrétisation par étapes est guidée par les instruments normatifs de l’Organisation internationale du Travail et du Conseil de l’Europe^{6,7}. De cette manière, le but est indiqué, soit l’universalité, et les Etats, selon leurs possibilités, sont invités à s’en rapprocher progressivement. La conjugaison de textes de principes et de textes normatifs est cohérente. Mais qu’en penser dans le contexte actuel, caractérisé par l’instabilité économique, le chômage, le retrait du politique et du social par rapport aux règles du marché, par le vieillissement des populations?⁸ Quelle utilité alors que le courant néo-libéral conteste fortement le concept même de sécurité sociale, sous l’angle de sa légitimité et de sa capacité à répondre aux besoins, alléguant que l’universalité tendrait à transformer chacun en un assisté en puissance, attendant tout de l’Etat?⁹ C’est justement dans une période de mutations profondes qu’un grand texte de principes peut fournir des repères, marquer des limites, à l’image du phare qui signale

⁵ Guy PERRIN, «La reconnaissance du droit à la protection sociale comme droit de l’homme», in: *Actes du 108e Congrès national des sociétés savantes*, Paris 1983, pp. 153 ss (p. 163).

⁶ Gérard LYON-CAEN/Antoine LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, 8e éd., Paris 1993, pp. 133 ss. – S. Günter NAGEL/Christian THALAMY, *Le droit international de la sécurité sociale*, Paris 1994, pp. 14 ss. – Guy PERRIN, *Histoire* (n. 2), pp. 495 ss.

⁷ Question évoquée ci-après, voir le N° 14.

⁸ ASSOCIATION INTERNATIONALE DE LA SÉCURITÉ SOCIALE (AISS), «Développements et tendances de la sécurité sociale, 1993-1995», *Revue internationale de sécurité sociale*, 2/1996, pp. 5 ss. – AISS, *La sécurité sociale demain: permanence et changements*, Etudes et recherches, N° 36, Genève 1995. – *Rapport mondial sur le développement humain 1997*, Publié pour le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) par Economica, Paris 1997. – *La sécurité sociale en Europe à l’aube du XXIe siècle. Mutations, nouvelles voies, réformes du financement*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996.

⁹ Un rapport, qui a été sous les feux de l’actualité, se rattache à ce courant: – *Averting the Old Age Crisis. Policies to Protect the Old and promote Growth. A World Bank Policy Research Report*, New York 1994 (La crise du vieillissement. Mesures destinées à protéger les personnes âgées et à promouvoir la croissance. Résumé, Banque mondiale, Washington 1994). – Cf. Roger BEATTIE/Warren MCGILLIVRAY, «Une stratégie risquée: réflexions sur le rapport de la Banque mondiale La crise du vieillissement», *Revue internationale de sécurité sociale*, 3-4/1995, pp. 5 ss. – Et pour une optique plus large, voir Ivo RENS, «Le néo-libéralisme, panacée ou imposture? Réflexions en marge du décès de Friedrich von Hayek», *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale*, N° 9-1992, pp. 7 ss.

les récifs. C'est justement dans une période révélatrice de fragilités (des familles, de l'emploi) et d'inégalités qu'une protection sociale montre son importance et sa nécessité, pour répondre aux besoins, préserver la cohésion et la paix sociale¹⁰. La reconnaissance à chaque être humain d'un droit à la sécurité sociale écarte aussi le recours à la seule sélectivité (ou ciblage de la protection), c'est-à-dire à une concentration des prestations sur les plus défavorisés¹¹, comme principe de protection. La sélectivité peut certes être utilisée dans un système de sécurité sociale, nonobstant les difficultés qu'elle présente, mais elle ne doit pas remplacer l'universalité, indiquée par le Pacte des Nations Unies comme le but. Le débat, les enjeux sont bien loin d'être seulement théoriques!¹²

5. Il convient de rappeler que la Suisse est liée par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966). L'instrument d'adhésion a été déposé le 18 juin 1992 et le Pacte est entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992 (RO 1993 724, 725). Dans son Message du 30 janvier 1991¹³, le Conseil fédéral a notamment relevé que:

- Le Pacte contient un catalogue de droits que chaque Etat partie s'engage à instituer progressivement, en fonction notamment des ressources disponibles;
- l'ensemble des droits a un caractère de programme;

¹⁰ Jos BERGHMAN, «The new social risks: a synthetic view», in: J. VAN LANGENDONCK (Ed.), *The New Social Risks/Les nouveaux risques sociaux*, EISS Yearbook 1996/Annuaire IESS 1996, London/Den Haag/Boston 1997, pp. 251 ss. – Jos BERGHMAN, «La résurgence de la pauvreté et la lutte contre l'exclusion: un nouveau défi pour la sécurité sociale?», *Revue internationale de sécurité sociale*, 1/1997, pp. 3 ss. – Alain EUZEBY, «Sécurité sociale: une solidarité indispensable», *Revue internationale de sécurité sociale*, 3/1997, pp. 3 ss.

¹¹ Les autres parties de la population étant renvoyées aux protections privées et à l'épargne.

¹² Helen BOLDESON/Deborah MABBETT, «Maîtrise des coûts des régimes complexes de sécurité sociale: les limites du ciblage», *Revue internationale de sécurité sociale*, 1/1996, pp. 3 ss. – Neil GILBERT/Neung-Hoo PARK, «Privatisation, prestations et ciblage: tendances et implications politiques pour la sécurité sociale aux Etats-Unis», *Revue internationale de sécurité sociale* 1/1996, pp. 21 ss. – Bea CANTILLON, «Les transformations des modèles du travail et de la famille et leurs implications sur la sécurité sociale», in: J.-P. FRAGNIÈRE (éd.), *Repenser la sécurité sociale*, Lausanne 1995, pp. 115 ss (pp. 135 ss). – James SCHULZ, «Le débat continue, sélectivité, oui, mais jusqu'où?», in: AISS, *La sécurité sociale demain* (n. 8), pp. 45 ss.

¹³ Message sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme et une modification de la loi fédérale d'organisation judiciaire, du 30 janvier 1991, FF 1991 I, pp. 1129 ss. – Rappelons que le deuxième instrument est le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, également ratifié par la Suisse (RO 1993 747, 750).

- l'instrument va moins loin que les textes correspondants du Conseil de l'Europe, l'adhésion de la Suisse représente dès lors un objectif important de politique étrangère sur le plan universel;
- «Le Pacte I et la Charte sociale européenne se différencient par le fait que les droits contenus dans le Pacte I ont souvent un énoncé très général, qui s'apparente dans la plupart des cas à de simples déclarations de principe. Ils impliquent des exigences en règle générale beaucoup moins élevées et précises que les droits semblables de la Charte. Ainsi l'article 9 du Pacte I, selon lequel les Etats parties reconnaissent le droit de toute personne à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales, est réalisé en Suisse, alors que l'article 12 de la Charte, qui pose des exigences détaillées et élevées dans le même domaine, n'était pas acceptable pour la Suisse (cf. message du 13 juin 1983, FF 1983 II 1324 ss, ch. 224)»;
- «Il découle du texte clair du Pacte I (...) que celui-ci a été conçu dans l'ensemble comme un instrument fixant des objectifs de politique des droits de l'homme dans le domaine social, qui impose aux Etats des obligations de droit international à caractère programmatique, que les Etats s'engagent à réaliser progressivement (...) il en résulte sans équivoque que les dispositions du Pacte I ne s'adressent en principe pas aux particuliers, mais aux législateurs des parties contractantes, qui doivent dès lors considérer ces dispositions comme des lignes directrices pour leur activité législative. Par conséquent, conformément à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, les dispositions du Pacte I ne créent en principe pas de droits subjectifs et justiciables, sauf d'éventuelles rares exceptions (cf. art. 8, par. 1, let. a: droit de former un syndicat); elles ne peuvent dès lors (pas) être directement invoquées par les particuliers devant les autorités administratives ou judiciaires suisses; tout au plus le juge pourrait-il s'inspirer, le cas échéant, de l'une de ces dispositions pour interpréter une loi»^{14, 15}.

6. Le Tribunal fédéral des assurances a eu l'occasion de traiter la question de l'application du Pacte I à propos d'un cas d'assurance-invalidité, dans lequel un ressortissant non suisse ne remplissant pas la condition d'assurance (art. 6, al. 2, LAI) invoquait notamment cet instrument (art. 2 al. 2 et 9 du Pacte I) (TFA, 20 juillet 1995, cause T. ATF 121 [1995] V 246). Le Tribunal fédéral des assurances relève que: «A la différence des garanties découlant du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (RO 1993 750; RS

¹⁴ Messages Pactes droits de l'homme (n. 13), pp. 1133, 1135, 1137, 1142 (citation).

¹⁵ Au contraire de ce qui vaut pour le Pacte II, l'adhésion de la Suisse au Pacte I n'inclut aucune réserve.

0.103.2), dont l'applicabilité directe est généralement reconnue, les dispositions du Pacte (I) se bornent à prescrire aux Etats, sous la forme d'idées directrices, des objectifs à atteindre dans les divers domaines considérés. Elles leur laissent la plus grande latitude quant aux moyens à mettre en oeuvre pour réaliser ces objectifs. On doit donc admettre, conformément d'ailleurs à la jurisprudence et à l'opinion de la doctrine, qu'elles ne revêtent pas, sous réserve peut-être de quelques exceptions, le caractère de normes directement applicables (...). Le Tribunal ajoute que l'art. 9 «a une portée très générale et (qu'il) ne saurait, pour cette raison, fonder concrètement le droit à une prestation d'assurance donnée. Quant à l'art. 2 al. 2, il n'a pas de portée autonome»¹⁶. Sous réserve d'exceptions, les dispositions du Pacte I, à caractère de programme, ne garantissent à l'individu aucun droit subjectif qui pourrait être invoqué devant l'administration et les tribunaux suisses (TF, 9 juillet 1997, cause H. ATF 123 [1997] II 472, consid. 4d). Il y a donc pleine concordance entre le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral.

7. Bettina KAHIL-WOLFF souligne ainsi, à juste titre, que «quand bien même les instruments internationaux consacrés aux droits de l'homme tendent à instaurer un standard de protection censé être indépendant du droit national, ils dépendent de la coopération qu'apporte le droit national à leur bonne mise en oeuvre»¹⁷.

8. Dans le cas jugé par le Tribunal fédéral des assurances (cf. ci-dessus le N° 6), le requérant s'était vu refuser une rente d'invalidité AI parce qu'il ne remplissait pas, lors de la survenance de l'invalidité, la condition de dix années entières de cotisations ou de quinze années ininterrompues de domicile (ancien droit, modifié par la 10e révision AVS depuis le 1er janvier 1997) exigée des ressortissants non suisses. Le Tribunal a donc nié l'application directe de l'art. 9 du Pacte I (droit à la sécurité sociale) et jugé, ce qui est conforme à son texte, que l'art. 2 al. 2 (interdiction des discriminations) n'a pas de portée autonome mais concerne les droits garantis par le Pacte I.

9. Que penser de la position helvétique, telle que formulée par le gouvernement avant la ratification du Pacte et par la juridiction suprême? D'une manière générale, elle paraît adéquate. Il est cependant difficile de soutenir que les droits contenus dans l'instrument s'apparentent dans la plupart des cas «à de simples déclarations de principe»¹⁸. L'Etat qui ratifie doit, selon l'art. 2,

¹⁶ TFA, 20 juillet 1995, cause T. ATF 121 (1995) V 246, consid. 2c et 2d.

¹⁷ Bettina KAHIL-WOLFF, «L'individu en tant que sujet de droit international public», *Revue de droit suisse*, NF, Band 116, 1997, I, Heft 2, pp. 121 ss (pp. 137-138).

¹⁸ Conseil fédéral, voir le N° 5, 4e tiret.

§ 1 du Pacte, s'engager «à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives». Il vaudrait mieux parler d'engagements de principes: le Pacte entend déclencher ou soutenir une attitude dynamique face aux besoins sociaux; ceux-ci, en évoluant, peuvent «interpeller» toute législation, même développée. L'art. 9 du Pacte est-il «réalisé en Suisse»?¹⁹ D'une manière générale, oui, mais pour l'éventualité maternité, les indemnités de maladie (perte de gain)? La relation avec l'art. 12 de la Charte sociale européenne mériterait d'être affinée; p. ex. le Pacte opte pour l'universalité alors que le texte du Conseil de l'Europe s'arrête à la généralisation aux travailleurs et à leurs ayants droit. Il faudrait aussi, me semble-t-il, que la négation de toute applicabilité directe, d'un droit subjectif²⁰, ne vide pas le Pacte de toute sa substance. Tel n'est pas le cas, au regard de l'art. 9 du Pacte, dans la mesure où le Tribunal fédéral reconnaît que la Constitution fédérale contient un droit non-écrit à des conditions minimales d'existence (ATF 121 [1995] I 367 consid. 2, 370 ss, 112 [1996] I 101)^{21, 22}.

3. CONVENTION ET SÉCURITÉ SOCIALE

10. En droit international de la sécurité sociale, les conventions jouent un rôle important, au titre des fondements, de l'harmonisation et de la coordination. Evoquons brièvement la question des fondements dans sa partie des textes de principes²³. Sur le plan universel, parallèlement à la reconnaissance à chaque être humain du droit à la sécurité sociale²⁴, les Nations Unies luttent contre les discriminations. L'Assemblée générale a ainsi adopté la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination

¹⁹ Conseil fédéral, voir le N° 5, *idem*.

²⁰ Tribunal fédéral, voir le N° 6.

²¹ Andreas AUER, «Le droit à des conditions minimales d'existence: un nouveau droit social?», in: *Problèmes actuels de droit économique. Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997, pp. 27 ss.

²² Pour continuer, voir: Walter KÄLIN/Giorgio MALINVERNI/Manfred NOWAK, *Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte/La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, 2e éd., Bâle/Bruxelles 1997.

²³ Guy PERRIN, *Les fondements* (n. 1), pp. 479 ss.

²⁴ Voir la deuxième subdivision de cette étude.

raciale le 21 décembre 1965. Les Etats parties, selon son art. 5, «s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toutes ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique» dans la jouissance notamment d'une série de droits énumérés par la Convention. Parmi ceux-ci, figure le «droit à la santé, aux soins médicaux, à la sécurité sociale et aux services sociaux» (art. 5, lit. e, iv). La Suisse a ratifié la Convention le 29 novembre 1994, qui est entrée en vigueur pour notre pays le 29 décembre 1994 (RO 1995 1163, 1164; RS 0.104). Dans son Message concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention, le Conseil fédéral relève que ce texte complète, dans un domaine important, les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme²⁵. A propos de l'art. 5, en général, le gouvernement précise que: «Bien que le texte ne le dise pas expressément, il ressort de l'article 2, paragraphe 1, lettre c, que cette disposition doit s'appliquer non seulement à la législation (égalité dans la loi) mais aussi à l'application du droit (égalité devant la loi)»²⁶. Le Conseil fédéral remarque que: «Dans les domaines de la santé publique, des soins médicaux, de la sécurité sociale et des services sociaux, on ne relève aucune réglementation fondée sur une discrimination raciale»²⁷. Il n'y a, en matière de droit de la sécurité sociale, effectivement pas de problème d'égalité dans la loi et il ne semble pas non plus que des problèmes d'égalité devant la loi se soient posés²⁸.

11. Dans le même esprit, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes le 18 décembre 1979. Les Etats parties, selon son art. 11, «s'engagent à prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine de l'emploi, afin d'assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les mêmes droits, et en particulier: (...) e) Le droit à la sécurité sociale, notamment aux prestations de retraite, de chômage, de maladie, d'invalidité et de vieillesse ou pour toute autre perte de capacité de travail (...)». L'art. 12 se réfère à l'accès non discriminatoire aux soins de santé et l'art. 13 au bénéfice des allocations familiales.

²⁵ Message concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la révision y relative du droit pénal, du 2 mars 1992, FF 1992 III, pp. 265 ss (p. 266).

²⁶ *Idem*, p. 278.

²⁷ *Idem*, p. 289.

²⁸ Pour un domaine voisin, celui du travail (transformation de l'autorisation saisonnière en une autorisation à l'année), voir ATF 123 (1997) II 472, consid. 4e.

12. Le dispositif fondamental onusien consacré aux droits de l'être humain, outre la Déclaration universelle, les deux Pactes de 1966, les deux Conventions sur l'élimination des discriminations, déjà évoqués, comprend la Convention relative aux droits de l'enfant, du 20 novembre 1989. Son art. 26, § 1, dispose que les «Etats parties reconnaissent à tout enfant le droit de bénéficier de la sécurité sociale, y compris les assurances sociales, et prennent les mesures nécessaires pour assurer la pleine réalisation de ce droit en conformité avec leur législation nationale». D'autres dispositions de la Convention traitent plus particulièrement des enfants handicapés (art. 23), de l'accès aux soins de santé (art. 24), du droit à un niveau de vie suffisant (art. 27).

13. Au titre des fondements, d'autres textes conventionnels doivent être mentionnés, tout d'abord la Convention européenne des droits de l'homme, du Conseil de l'Europe, ratifiée par la Suisse (RO 1974 2148, 2151; RS 0.101). C'est un instrument consacré aux droits civils et politiques. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme applique l'art. 6 § 1 CEDH, relatif au droit à un procès équitable, au contentieux des assurances sociales. Celui-ci relève, selon la Cour, des contestations à caractère civil au sens de la Convention et est soumis, en principe, à la publicité des débats (affaire Schuler-Zgraggen c/ Suisse, 24 juin 1993, série A, vol. 263)²⁹. En passant, il peut être utile de rappeler que l'art. F, § 2, du Traité sur l'Union européenne dispose que l'Union respecte les droits fondamentaux garantis par la CEDH; la Cour de justice des Communautés européennes se réfère à la CEDH. Mais, comme relevé, cela ne concerne que peu la sécurité sociale³⁰. La Charte sociale européenne (1961) et l'instrument révisé (1996), du Conseil de l'Europe, sont également des fondements du droit international de la sécurité sociale, à caractère conventionnel. Ils portent sur la protection sociale au sens large et sur le droit à la sécurité sociale³¹. La Charte révisée contient des éléments nouveaux sur l'égalité de traitement entre femmes et hommes, le droit (universel) des personnes âgées à une protection, les prestations en cas d'insolvabilité de l'employeur, le droit (universel) à une protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale.

²⁹ Jean-Maurice FRESARD, «L'applicabilité de l'art. 6 § 1 CEDH au contentieux de l'assurance sociale et ses conséquences sous l'angle du principe de la publicité des débats», *Revue Suisse d'Assurances*, 1994, N° 7/8, pp. 191 ss. – Ulrich MEYER-BLASER, «Die Bedeutung von Art. 4 der Bundesverfassung für das Sozialversicherungsrecht», *Revue de droit suisse*, NF 111, 1992, II, pp. 299 ss (pp. 453 ss).

³⁰ Bettina KAHIL, *Europäisches Sozialrecht und Subsidiarität*, Baden-Baden 1996, pp. 233-234. – Joël RIDEAU, *Le droit des Communautés européennes*, Paris 1995, pp. 68 ss.

³¹ Bettina KAHIL, *Europäisches Sozialrecht* (n. 30), p. 234.

14. Les conventions constituent, en droit international de la sécurité sociale, un instrument important d'harmonisation des systèmes nationaux. L'Organisation internationale du Travail (OIT) et le Conseil de l'Europe ont adopté des constructions normatives à plusieurs étages, que les Etats sont invités à ratifier au fur et à mesure de leurs développements et de leurs possibilités. L'instrument de base demeure la Convention OIT N° 102 concernant la norme minimum de sécurité sociale, qui tend à garantir un premier socle de protection pour les neuf éventualités classiques. Elle est partiellement ratifiée par la Suisse (RO 1978 1491, 1626; RS 0.831.102). La norme minimum fait l'objet d'élévations, par conventions et par recommandations, qu'il n'est malheureusement pas possible d'exposer ici en raison des limites imparties à cette étude³². En synthétisant, l'apport des conventions de l'OIT et du Conseil de l'Europe consacrées à l'harmonisation est le suivant:

- l'idée de base est de rapprocher les droits nationaux sur des points essentiels et dans le sens d'une amélioration progressive de la protection. Le processus n'est pas assimilable à de l'unification;
- les instruments apportent ainsi une première définition des éventualités (vieillesse, invalidité, chômage, etc.), que les législateurs nationaux affinent;
- ils prévoient des normes relatives au champ d'application personnel (personnes protégées), qui doivent être au moins atteintes, et qui sont exprimées en fonction des salariés, de la population économiquement active ou des résidents, afin de pouvoir s'adapter à la diversité des régimes de sécurité sociale;
- ils prévoient des normes relatives aux sortes de prestations et surtout au niveau que celles-ci doivent au moins atteindre. Afin de garantir une protection réelle, les instruments expriment le montant des prestations (de maladie, de vieillesse, etc.) en fonction des gains obtenus dans l'Etat qui ratifie, soit selon les gains antérieurs (avec possibilité de fixer un plafond) des intéressés, soit en fonction d'un salaire de manoeuvre (prestations à taux fixe) soit, dans certains cas, en tenant compte des ressources du bénéficiaire et de sa famille;
- ils prévoient d'autres normes à caractère général sur la responsabilité de l'Etat, la participation, le financement, les recours.

³² Alexandre BERENSTEIN, «Le droit international de la sécurité sociale», *Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle* 1989, pp. 121 ss. – S. Günter NAGEL/Christian THALAMY, *Le droit international* (n. 6), pp. 14 ss. – Guy PERRIN, *Histoire* (n. 2), pp. 495 ss.

15. Ces conventions relatives à l'harmonisation des systèmes de sécurité sociale ont joué un grand rôle lors de l'émergence du concept de sécurité sociale et elles ont inspiré, guidé les législateurs quant au développement de leurs systèmes. Elles ont aussi leurs limites: l'égalité entre femmes et hommes n'est apparue que dans les instruments les plus récents, les missions essentielles gagneraient à être mieux exprimées dans le contexte actuel, les Etats ne trouvent guère d'idées pour faire face aux problèmes de financement actuels des systèmes.

16. Il convient de mentionner l'absence de conflit avec le droit communautaire de la sécurité sociale. En effet, la Communauté travaille dans ce domaine d'une autre manière, qui s'avère complémentaire:

- l'harmonisation est effectuée par la voie de directives et a été essentiellement consacrée à la réalisation de l'égalité entre femmes et hommes;
- une stratégie dite de convergence des objectifs et des politiques de protection sociale constitue un deuxième volet, de nature non contraignante;
- l'instrument utilisé est la recommandation – mais qui peut inspirer judicieusement les Etats membres de l'Union (face à leurs problèmes communs: coût de la santé, vieillissement, pauvreté, etc.), et continuer de donner un sens à un «modèle social européen»³³.

17. Les conventions jouent également un rôle important dans le domaine de la coordination des systèmes de sécurité sociale. Il s'agit ici, d'une part, d'éliminer les dispositions qui peuvent être discriminatoires à l'égard des non-nationaux³⁴ et, d'autre part, de résoudre la question des situations transfrontières (les systèmes de sécurité sociale sont conçus et pilotés à l'éche-

³³ Yves CHASSARD/Odile QUINTIN, «La protection sociale dans la Communauté européenne: Vers la convergence des politiques», *Revue internationale de sécurité sociale*, 1-2/1992, pp. 105 ss. – Yves CHASSARD, «La protection sociale dans l'Union européenne: Tendances récentes et perspectives», *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale*, N°18-1997, pp. 7 ss. – «Convergence des objectifs et politiques de protection sociale», *Revue belge de sécurité sociale*, 1994, N° 4, pp. 1115 ss, sous la direction de Michel DISPERSYN. – Bettina KAHIL, «L'égalité entre hommes et femmes», in: J.-L. DUC (éd.), *L'espace social européen*, IRAL N° 10, Lausanne 1993, pp. 119 ss. – Bettina KAHIL, «L'influence du droit communautaire sur le développement de la sécurité sociale: vers une union sociale européenne?», in: *La sécurité sociale en Europe à l'aube du XXIe siècle* (n. 8), pp. 89 ss. – Michel VOIRIN, «Sécurité sociale et marché intérieur européen: Quelles mesures communautaires pour faire face à l'échéance de 1993?», *Revue internationale de sécurité sociale*, 1-2/1991, pp. 49 ss.

³⁴ BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Introduction à la sécurité sociale*, 3e éd., Genève 1986, pp. 151-152. – BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *La sécurité sociale des travailleurs migrants*, Genève 1974, pp. 31 ss.

lon national, alors que les individus sont susceptibles de passer d'un Etat à un autre, pour des raisons professionnelles ou privées). Un droit interne peut déjà contenir des normes de coordination, mais il n'a pas la faculté de régler unilatéralement l'ensemble des situations transfrontières, par exemple, d'éviter les conflits de lois positifs ou négatifs³⁵. Ainsi, les conventions internationales, bi- ou multilatérales, jouent un rôle fort utile dans la coordination et ceci de longue date. Guy PERRIN cite, au titre des premières, une Convention entre la France et le Duché de Parme réglant le service des pensions, qui remonte à 1827³⁶; l'OIT a adopté en 1925 la Convention N° 19 concernant l'égalité de traitement des travailleurs étrangers et nationaux en matière de réparation des accidents du travail³⁷, un instrument ratifié par la Suisse (RO 14; RS 0.832.27).

18. Alors que les conventions bilatérales sont négociées d'Etat à Etat, les conventions multilatérales, plus complexes, sont généralement conçues dans le cadre d'une Organisation internationale. Les premières sont choisies pour leur simplicité: choix de l'Etat avec lequel un pays souhaite entrer en négociation, adaptation de l'accord à deux systèmes de sécurité sociale puis à leur évolution, choix des dossiers, réalisation plus ou moins approfondie des principes de la coordination. La simplicité a aussi son revers: une coordination restreinte aux mouvements entre deux pays (sous réserve de l'exportation des prestations qui peut, elle, être illimitée), ne concernant, sauf exceptions, que les ressortissants des deux Etats contractants, avec des principes partiellement garantis. Et la simplicité peut être toute relative (cf. les relations de la Suisse avec l'Allemagne, l'Autriche ou l'Italie, qui conjuguent convention originaire et accords complémentaires, se modifiant entre eux partiellement)³⁸.

³⁵ Eberhard EICHENHOFER, *Internationales Sozialrecht*, München 1994, p. 8.

³⁶ Guy PERRIN, *Histoire* (n. 2), p. 16.

³⁷ *Idem*, pp. 170-171.

³⁸ Alexandre BERENSTEIN, «Le droit international de la sécurité sociale dans la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances», in: *Mélanges pour le 75e anniversaire du Tribunal fédéral des assurances*, Bern 1992, pp. 3 ss. – Verena BROMBACHER, «Internationales Sozialversicherungsrecht als Parallelentwicklung zur europäischen Integration», *idem*, pp. 53 ss. – Jean MEYER, *Le statut des travailleurs immigrés dans la sécurité sociale suisse*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1990. – Christoforo MOTTA, «Die Schweiz und die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit», *Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung* 1977, pp. 133 ss. – Charles VILLARS, *La Convention européenne de sécurité sociale et la Suisse*, Genève 1975. – Une source très utile pour le praticien: Ueli KIESER, *Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung*, Zürich 1996 (voir Anhang 1. Entscheide zu Staatsverträgen, pp. 319 ss).

La voie bilatérale est celle traditionnellement choisie par la Suisse³⁹. Les conventions multilatérales sont plus complexes: elles doivent pouvoir être ratifiées par un grand nombre d'Etats, aux législations différentes, qui de plus évoluent constamment. En revanche, elles présentent l'avantage de relier plusieurs Etats et sont dès lors susceptibles de mieux prendre en compte les déplacements et les migrations. Elles jouent également un rôle de modèle. L'Organisation internationale du Travail et le Conseil de l'Europe ont élaboré une série d'instruments de coordination, qui ne peuvent qu'être (partiellement) cités ici: Convention OIT N° 19 (déjà mentionnée), Convention OIT N° 118 concernant l'égalité de traitement des nationaux et des non-nationaux en matière de sécurité sociale, Convention OIT N° 157 concernant l'établissement d'un système international de conservation des droits en matière de sécurité sociale (complétée par la Recommandation OIT N° 167)⁴⁰; Accords intérimaires européens de sécurité sociale, Convention européenne de sécurité sociale⁴¹.

19. La Communauté européenne fonde sa coordination sur des règlements communautaires: le Règlement (CEE) N° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté et le Règlement (CEE) N° 574/72 fixant les modalités d'application du premier. Ces instruments ne sont pas de nature conventionnelle, mais ils s'apparentent à de véritables lois, européennes (cf. art. 189 TCE)⁴². Les deux règlements cités ont succédé au Règlement N° 3 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants et au N° 4 fixant les modalités d'application du premier. Or, ces derniers trouvent leur origine historique dans une convention élaborée dans le cadre de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA). La Haute autorité avait préparé, avec la coopération technique du BIT, une Convention européenne concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants. Signée le 9 décembre 1957, cette convention était destinée à se substituer aux accords bi- et multilatéraux en vigueur entre les

³⁹ La Suisse est liée avec une vingtaine d'Etats par des conventions bilatérales de sécurité sociale (superposées par une convention quadripartite Suisse-Allemagne-Autriche-Liechtenstein). Voir la table des matières du recueil systématique du droit fédéral (RS) (0.83) (et le RO pour la mise à jour depuis sa parution).

⁴⁰ La Convention OIT N° 157 révisé la Convention OIT N° 48.

⁴¹ Alexandre BERENSTEIN, *Le droit international* (n. 32), pp. 132 ss. – S. Günter NAGEL/Christian THALAMY, *Le droit international* (n. 6), pp. 66 ss. – Guy PERRIN, *Histoire* (n. 2), pp. 357 ss.

⁴² Guy ISAAC, *Droit communautaire général*, 5e éd., Paris 1996, pp. 126-127.

Etats membres. L'adoption du Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne a rendu possible une étape supplémentaire sur la base des art. 49 et 51 TCE. PANAYOTOPOULOS relève ainsi que les pouvoirs alors conférés par le nouveau traité «ont permis l'adoption du règlement N° 3. A cette fin, le Conseil n'a pas établi un texte spécial mais il a pris la convention européenne de sécurité sociale de 1957, élaborée dans le cadre de la CECA, et a transformé sa nature juridique en règlement du Conseil des ministres qui est directement applicable dans l'ordre juridique interne des Etats membres de la Communauté. Cette procédure a permis l'application directe du contenu de la Convention européenne de 1957 car, si elle avait conservé sa forme initiale de convention internationale, il aurait fallu attendre les ratifications des Etats signataires»⁴³. Inutile de souligner que la possibilité de ce passage d'une convention à un règlement européen est tout à fait spécifique à l'ordre juridique communautaire.

20. Le Règlement (CEE) N° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté⁴⁴ se substitue dans le cadre de son champ d'application personnel et matériel, à toute convention de sécurité sociale qui lie deux ou plusieurs Etats membres de l'Union européenne (en vertu de son art. 6)⁴⁵. Quid s'il résulte une perte d'avantages de sécurité sociale de la non-application d'une telle convention? La Cour de justice des Communautés européennes a jugé qu'une telle situation devait être examinée au regard des art. 48 à 51 TCE: la substitution du Règlement à une convention⁴⁶, lorsqu'elle conduit à placer un travailleur dans une situation moins favorable, est-elle compatible avec le principe de la libre circulation des travailleurs? Après avoir souligné que le règlement doit être interprété à la lumière dudit principe, la Cour a répondu par la négative: le Traité s'oppose à ce que l'inapplicabilité, par suite de l'entrée en vigueur du Règlement 1408/71, d'une convention conclue entre deux ou plusieurs Etats membres aboutisse à la perte d'avantages de sécurité sociale (CJCE, aff. C-

⁴³ Marios PANAYOTOPOULOS, «La sécurité sociale des travailleurs migrants», *Centre d'études juridiques européennes*, Genève 1973, pp. 8-9.

⁴⁴ Nicole CATALA/René BONNET, *Droit social européen*, Paris 1991, pp. 247 ss. – Bettina KAHIL, *Sécurité sociale et libre circulation des personnes en droit communautaire*, IRAL N° 8, Lausanne 1992. – Pierre GUIBENTIF, *La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale*, thèse de Genève, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997. – Ph. GOSSERIES, «Sécurité sociale des travailleurs migrants, Ses principes fondamentaux», *Journal des tribunaux du travail* 1988, pp. 169 ss.

⁴⁵ Sous réserve des art. 7, 8, 46 § 4 du Règlement 1408/71.

⁴⁶ Dans le cas jugé, il s'agissait d'une convention conclue entre l'Allemagne et le Danemark.

227/89, 7 février 1991, Rönfeldt)⁴⁷. Une telle solution est évidemment favorable aux personnes qui se déplacent à l'intérieur de l'Union. En revanche, la juxtaposition d'un règlement communautaire et de conventions bilatérales rend plus difficile la compréhension du droit de la coordination – qui souffre déjà de trop de complexité – et ne facilite guère la tâche des institutions de sécurité sociale: comment apprécier la situation, quand est-elle plus favorable (faut-il trancher globalement, par article)?

21. Pour terminer cette subdivision rappelons, sans pouvoir les traiter, que la coordination repose sur une série de principes: égalité de traitement, maintien des droits en cours d'acquisition, maintien des droits acquis, détermination de la législation applicable, coopération administrative⁴⁸.

4. CONTRAT ET SÉCURITÉ SOCIALE

22. Les limites imparties à cette étude ayant été franchies, ce point n'est mentionné ici que pour mémoire. Les systèmes de sécurité sociale reposent avant tout sur des régimes publics et obligatoires, qui garantissent l'égalité de traitement⁴⁹ et qui sont fondés sur le principe de la légalité. Cependant, ils n'ont généralement pas – et de moins en moins sous la pression des coûts – la prétention de couvrir l'ensemble des besoins de protection. Déjà BEVERIDGE, dans son célèbre plan «Social Insurance and Allied Services» (1942), réservait une place à l'assurance facultative pour compléter le premier socle de protection⁵⁰. Un intérêt existe depuis longtemps quant aux protections professionnelles ou individuelles, complémentaires en matière de sécurité sociale⁵¹. C'est l'objet de débats politiques intenses: quel poids donner, à l'ave-

⁴⁷ Raymond SPIRA, «La mise en oeuvre du droit social européen: point de vue d'un magistrat», in: *L'Espace social européen*, IRAL N° 10, Lausanne 1993, pp. 217 ss (pp. 224-225).

⁴⁸ Voir les références indiquées à la note 44 de même que: Guy PERRIN, «Introduction au droit international de la sécurité sociale. Coordination des législations nationales», *Revue belge de sécurité sociale* 1991, janvier-février, pp. 3 ss.

⁴⁹ Que l'on soit considéré comme un «bon» ou «mauvais» risque.

⁵⁰ William BEVERIDGE, *Social Insurance and Allied Services. His Majesty's Stationery Office*, London/New York 1942. – AISS, «Le Rapport Beveridge, 50 ans après», *Revue internationale de sécurité sociale*, 1-2/1992. – EISS/IESS, *Yearbook/Annuaire* 1992, Acco, Leuven/Amersfoort 1993.

⁵¹ EISS/IESS, *Yearbook/Annuaire* 1990, Leuven/Amersfoort 1991. – Jacques-André SCHNEIDER, *Les régimes complémentaires de retraite en Europe: libre circulation et participation*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994.

nir, à la sécurité sociale, à la solidarité, à la privatisation, à la responsabilité individuelle?⁵²

23. Les protections complémentaires aux régimes publics de sécurité sociale reposent sur des contrats, conclus à titre individuel ou par un employeur en faveur de son personnel. La liberté contractuelle peut être plus ou moins grande. Prenons un exemple suisse. Sous l'ancien régime d'assurance-maladie (LAMA 1911), des contrats pouvaient être conclus avec les caisses-maladie pour garantir une protection supralégale. Cette dernière était toujours considérée comme appartenant à l'assurance-maladie sociale. Ainsi, les grands principes de droit public – proportionnalité notamment – étaient appliqués par le Tribunal fédéral des assurances à cet étage complémentaire, de même que des raisonnements par analogie à but social (dans le domaine des réserves d'assurance). Tel n'est plus le cas sous l'empire du nouveau régime (LAMal 1994)⁵³: des contrats peuvent être conclus avec les caisses-maladie et les institutions d'assurances privées pour garantir des prestations supplémentaires, mais celles-ci ne relèvent plus de l'assurance-maladie sociale (art. 1, al. 1 LAMal). Elles sont régies par le droit privé et ne bénéficient plus du contentieux des assurances sociales. Le domaine a été privatisé. Intentionnellement, le législateur – ayant développé l'assurance-maladie/soins de santé – a opté en faveur de la liberté contractuelle pour les protections améliorées^{54, 55}. L'expérience ne tardera pas à montrer s'il s'agit d'une liberté réelle ou illusoire.

BRÈVE CONCLUSION

24. L'objet de cette petite étude a été de montrer quel sens les termes de pacte, convention et contrat peuvent avoir en droit de la sécurité sociale. Le chemin suivi a permis de croiser un grand texte des Nations Unies, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, des

⁵² AISS, «Développements et tendances de la sécurité sociale», *Revue internationale de sécurité sociale*, 2/1996, pp. 5 ss. – Niels PLOUG/Jon KVIST, *Social Security in Europe: Development or Dismantlement?* Kluwer, Den Haag/London/Boston 1996.

⁵³ Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal), du 18 mars 1994, RS 832.10.

⁵⁴ Message concernant la révision de l'assurance-maladie, du 6 novembre 1991, FF 1992 I, pp. 77 ss (pp. 122-123).

⁵⁵ Voir les études de Bernard VIRET, Alfred MAURER et Vincent BRULHART, in: *LAMal-KVG*, IRAL N° 17, Lausanne 1997, pp. 663 ss. – Voir les études de Jean-Louis DUC et Bettina KAHIL, in: *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale*, N° 15-1995.

conventions de cette même Organisation qui revêtent également un caractère de textes de principes, des conventions dont le but est l'harmonisation des systèmes de sécurité sociale, d'autres vouées à la coordination (protection des personnes en déplacement), avec un petit «crochet» vers l'Union européenne, pour terminer en deux mots sur les compléments de type contractuel. Peut-être ce parcours a-t-il pu montrer le vaste domaine couvert tant par le titre de ce volume en l'honneur du professeur Bruno SCHMIDLIN que par la sécurité sociale.