

## Réflexions sur les rapports entre le 1<sup>er</sup> et le 2<sup>ème</sup> pilier de la protection sociale en matière de prévoyance lourde

**Par Jacques BARTHÉLÉMY**, *Avocat – Conseil en droit social, ancien professeur associé à la faculté de droit de Montpellier, Fondateur en 1965 du Cabinet éponyme.*

Les assurances sociales s'assignaient surtout comme objectif la réparation du préjudice lié aux aléas de la vie humaine, notamment du fait de la perte de revenus professionnels. La sécurité sociale a en plus l'ambition de promouvoir de la solidarité au point que, pour la doctrine, les deux sont indissociables ; mais aussi de mettre en œuvre de la prévention de sorte que soit mieux assurée la protection de la santé. Les instruments de cette double ambition sont au service des droits fondamentaux de l'Homme, spécialement de celui à la santé mais aussi à la dignité.

On peut expliquer par ce prisme la volonté de Pierre LAROQUE de favoriser l'émergence d'une sécurité sociale conventionnelle destinée à compléter celle légale ; il s'agissait dans son esprit d'améliorer le niveau des prestations du régime légal – spécialement s'agissant des indemnités journalières ou des rentes en cas d'incapacité de travail temporaire ou d'invalidité – mais aussi d'y suppléer l'absence de garanties, dans un domaine particulier, – par exemple en cas d'inaptitude. D'où l'article 18 de l'ordonnance de 1945 codifié ensuite en L. 4, s'assignant cet objectif au travers du concept d'institution de prévoyance. Celle-ci n'était pas un organisme d'assurance (comme elle l'est depuis la loi du 8 août 1994) ; son existence reposait sur le double paritarisme, de conception et de gestion, permettant par ce truchement de donner une réelle consistance juridique à la collectivité de travail ; à cet égard est significatif un parallèle avec le comité d'entreprise, personne morale instrument de l'expression collective du personnel.

En matière de retraite, cette construction a eu très vite des effets concrets grâce à la convention collective nationale du 14 mars 1947 ayant créé le régime des cadres ; elle a été le catalyseur d'initiatives conventionnelles pour les autres catégories, ce qui a conduit en 1961 à la création de l'ARRCO.

En matière de prévoyance, des tissus conventionnels de branche apparaissent aussi très vite, surtout pour les cadres en raison de l'article 7 de la convention collective nationale de 1947 obligeant les entreprises à affecter 1,50 % du plafond SS à la couverture des risques prévoyance, spécialement décès. Pour une des raisons ayant conduit à la création de l'AGIRC, à savoir la limitation de l'assiette des prestations du régime général au plafond SS, s'exprimera très vite une demande en ce domaine ; par contre l'objectif de solidarité y était initialement peu présent. Les partenaires sociaux de la branche limitent souvent leur ambition à seulement fixer la nature et le niveau des prestations, ce qui caractérise un élément de rémunération différée. Les garanties collectives de prévoyance au niveau de l'entreprise se développaient initialement du fait de l'absence fréquente de telles garanties dans la convention collective de branche. Il y a donc une très grande variété de situations tenant à plusieurs raisons, de caractère quantitatif (niveau et type de garanties – modalités de financement – prestations annexes) mais aussi qualitatif (spécialement l'existence ou non d'un objectif de solidarité et d'une politique de prévention). Cela contribue à marquer la différence entre retraite et prévoyance.



Le provisionnement des engagements a été rendu obligatoire depuis la loi ÉVIN et celle du 8 août 1994 ayant transposé les directives vie et non vie relatives à la libre prestation de service ; il permet en effet plus aisément à une entreprise de changer d'assureur dès lors qu'à défaut le service des prestations s'arrête à l'issue du contrat d'assurance, à moins que ne soient versés au premier assureur les capitaux de couverture des indemnités et rentes à venir. Ceci vaut pour l'incapacité et l'invalidité mais aussi pour le décès si sont prévues des rentes de conjoint survivant et (ou) d'orphelin. Ceci étant, c'est la rente au niveau atteint qui est maintenue dès lors que le capital constitutif est évalué seulement en fonction de celle-ci. La loi ÉVIN a dû de ce fait être complétée pour définir des règles relatives aux revalorisations ultérieures et au maintien des garanties annexes.

L'importance, au plan technique mais aussi de la politique sociale, de ces provisions est significative. Elles peuvent du reste être complétées par des provisions pour égalisation des risques si est mise en place dans la branche, pour mener à bien un objectif de solidarité, une mutualisation des contributions ; elles permettent en effet d'écartier les effets, en termes de cotisations, des différences de sinistralité entre les entreprises. De délicates questions se posent alors concernant la propriété comme du reste le positionnement de ces provisions et réserves dans la perspective de la nécessaire présentation sincère des comptes, notamment au regard de l'exigence de solvabilité des organismes assureurs. Il était de ce fait bien plus urgent de s'intéresser, au plan interprofessionnel, à la prévoyance que de généraliser, comme cela a été fait par l'ANI<sup>1</sup> du 11 janvier 2013 puis la loi du 14 juin 2013, la couverture complémentaire santé, d'autant que le panier minimum, légalement obligatoire, ne résout pas vraiment les difficultés rencontrées par les travailleurs et aurait pu être intégré dans le régime général !

Autre élément en vue d'ouvrir une réflexion utile sur les évolutions souhaitables en ce domaine. La problématique n'est pas la même s'agissant de ce qui relève de l'assurance maladie ou de la législation sur les ATMP<sup>2</sup>. Dans le second cas, non seulement le niveau des prestations en espèces du régime de base est plus élevé, en pourcentage du salaire pris ici de surcroît en totalité, mais encore on est sur le terrain de la responsabilité de l'employeur qui a en charge la protection des salariés. De ce fait, les besoins de garanties supplémentaires sont moins importants et surtout se posent des questions de qualification. En particulier, l'obligation générale de sécurité, qui reste forte malgré la récente jurisprudence ayant relativisé l'obligation de résultats incombant à l'employeur, ne peut que conditionner la nature des garanties collectives de prévoyance lourde ; spécialement pour ce qui se rapporte à la prévention, est-il concevable que le salarié acquitte une partie de la cotisation ?

On ne peut enfin passer sous silence que le droit social a été conçu par et pour la civilisation de l'usine. Or, notamment du fait des progrès des TIC<sup>3</sup> et demain encore plus du numérique, la relation du travailleur avec l'entreprise sera marquée par plus d'autonomie, voire par l'indépendance technique, ouvrant largement l'accès au libre choix du travailleur, s'agissant du moment du travail mais aussi des conditions de travail en général. Ainsi la mobilité – qui s'inscrit à la fois dans le droit objectif à l'emploi et dans l'aspiration à la liberté, droit d'essence constitutionnelle pose avec plus d'acuité la question de la transférabilité des garanties collectives d'une entreprise à une autre, d'un statut social à un autre. De

---

1 Accord national interprofessionnel

2 Accidents du travail / maladies professionnelles

3 Technologies de l'information et de la communication

même que, dans la perspective de flexicurité, la protection sociale complémentaire sera de plus en plus la contrepartie, au nom des droits de l'Homme, de l'adaptation de la nature et du niveau de l'emploi ; le droit subjectif à l'employabilité appelle la mutualisation de contributions dans un fonds sur lequel le travailleur a un droit de tirage.

## I- Le concept de prévoyance

Le concept de retraite est identifié, au nom de sa fonction sociale, par l'interdiction à la fois de la sortie en capital et de l'accès à l'épargne accumulée avant l'échéance, faute de quoi ce que l'on construit c'est de l'épargne en vue de la retraite. Au contraire celui de prévoyance a des frontières mal cernées ; le texte de l'article L. 911-2 du code de la sécurité sociale y contribue en donnant une liste assez longue de ses manifestations, de surcroît simplement indicative ce dont atteste l'adverbe « notamment ».

Il faut alors mobiliser le concept de garantie sociale ; il ne peut être identifié que par son opposition à celui de conditions de travail, les deux étant toutefois objets de négociation collective ; on peut du reste s'interroger sur les raisons du traitement particulier réservé aux garanties sociales par le recours à l'expression « ainsi qu'aux garanties sociales » dans l'article L. 2221.1 du code du travail. Leur dissociation ne peut se justifier que par le constat que les conditions de travail se traduisent en avantages dont l'employeur a la responsabilité directe tandis que s'agissant des garanties sociales, l'avantage pour le travailleur est le fait d'être assuré, donc d'avoir un « droit de tirage social » sur un « pot commun ». De ce fait, le montant de l'avantage, c'est la cotisation car elle évalue actuariellement un risque.

Dès lors, il faut revoir la cohabitation des indemnités journalières versées par un assureur au titre d'un état d'incapacité temporaire de travail avec le maintien du salaire en cas de maladie en vertu de l'article 7 de l'ANI du 10 décembre 1977 sur la mensualisation. Certes, la jurisprudence a bien tenu compte de ce que la couverture par l'assurance du risque de mensualisation - qui concrétise en quelque sorte un contrat d'assurance de responsabilité civile - n'induit pas la soumission de la prime à la CSG. Par contre est erronée la théorie de l'administration selon laquelle le point de départ des indemnités journalières complétant celles de la sécurité sociale ne peut être antérieur à la fin de la période pendant laquelle l'employeur doit maintenir le salaire en vertu de l'article 7 de cet ANI. Certes, celui-ci précise que si l'employeur a la faculté de s'assurer (il n'était pas nécessaire de le prévoir dans l'accord car cela résulte de son pouvoir de gestion), il peut mettre à la charge du salarié une partie de la prime correspondante : ceci ne peut, au vu de la démonstration ci-dessus, concerner que le maintien direct du salaire (par l'employeur), y compris lorsque, par accord collectif ou usage d'entreprise, la durée de ce maintien est plus longue que celle légale. Ce ne saurait écarter, au nom de l'ordre public relatif ou social, un dispositif (notamment conventionnel) prévoyant par exemple 80 % du brut du 31<sup>ème</sup> jour d'arrêt pendant toute la durée de l'incapacité temporaire et en cas d'invalidité de 2<sup>e</sup> catégorie jusqu'à l'âge de la retraite avec une cotisation répartie 50/50. Un tel dispositif conventionnel est par définition plus favorable que l'application stricte de la loi du 19 janvier 1978 ayant annexé l'ANI du 19 décembre 1977. Dans un arrêt BAZE/BUSSARD, la Cour de Cassation a considéré que faisait potentiellement un tout indivisible, sur lequel doit être portée la comparaison en vue de décliner le principe de faveur, non seulement l'ensemble composé du maintien direct du salaire et des indemnités journalières versées par un assureur mais également le droit à l'indemnité conventionnelle de licenciement ; en effet, le maintien quasi intégral du salaire en cas d'incapacité temporaire puis d'invalidité au-delà de la rupture du contrat de travail a pour effet que la fin de celui-ci ne crée pas de préjudice de perte de revenus.

Le même problème est du reste posé s'agissant des indemnités de fin de carrière. Celles-ci sont dues par l'employeur et sont un salaire. Le fait de s'assurer pour ce risque incombant directement à



l'employeur est donc neutre aux plans fiscal et social. Il en est de même si l'ancienneté prise en compte pour l'évaluation de l'indemnité est celle dans la branche ce qui favorise la mobilité, à condition que le droit à la prestation reste conditionné par la présence dans les effectifs de ces entreprises de la branche le jour du départ en retraite. Par contre si est créé un droit à capital de fin de carrière qui s'acquiert progressivement tout au long de la carrière, la contribution nécessaire à la création du fonds sur lequel ces indemnités seront prélevées est nécessairement un salaire ; il ne peut du reste pas entrer dans la règle de neutralité sous plafond, dès lors qu'il s'agit d'un produit de retraite mais en sortie autre qu'en rente. Sans doute des modifications règlementaires s'imposent-elles ici, d'autant que cette acquisition progressive de droits écarte la critique d'entrave à la libre circulation des travailleurs ; elle favorise donc la mobilité, ce qui positionne une telle construction sur le terrain de l'intérêt général.

Dernier point : ont la qualification de garanties de prévoyance celles couvrant les risques d'invalidité et de chômage. D'un côté, les assurances chômage complétant le régime UNEDIC sont rendues possibles par le code du travail ; elles pourraient, de ce fait, faire l'objet d'une gestion par une institution de prévoyance. Cette voie pourrait au demeurant être une solution concernant le régime des intermittents du spectacle qui n'a aucune raison sérieuse de relever de la solidarité nationale, générale, interprofessionnelle, donc de l'UNEDIC. De tels régimes pourraient au demeurant être inter-transférables avec ceux similaires mis en place au profit de travailleurs non-salariés par un groupement Madelin. D'un autre côté, les garanties d'invalidité – cf. le régime IPRIAC en vigueur dans les transports – ont l'immense mérite de faciliter des reclassements dans un emploi moins qualifié dès lors qu'elles ont pour objet de compenser la perte de revenus. En cela, elles sont un instrument efficace au service d'un droit instauré par le code du travail. Pour l'un et l'autre de ces « contrats d'assurance », se posent de délicates questions liées au sort fiscal et social des cotisations qui pourraient aisément être satisfaites en se référant au droit, d'essence constitutionnelle, à l'égalité des citoyens devant les charges publiques.

## II- La qualification juridique des garanties de prévoyance

Elles sont par nature un élément de rémunération. Il importe peu à cet égard qu'un degré élevé de solidarité en fasse une « convention collective de sécurité sociale ». La CJUE a par exemple considéré que les droits aux retraites AGIRC et ARRCO matérialisent un revenu professionnel, peu important d'un côté la mission d'intérêt général assumée par les caisses et d'un autre côté la solidarité nationale, interprofessionnelle, générale qu'elles mettent en œuvre. Il en sera de même s'agissant de garanties de prévoyance issues d'un accord mettant en œuvre une solidarité seulement professionnelle, de surcroît ciblée (sur tel ou tel avantage).

De ce constat résulte la soumission de ces garanties au principe d'égalité de traitement dont le droit de la sécurité sociale a fait application pratique particulière s'agissant du sort social des cotisations. On ne s'y étendra pas ici, d'autant que ceci ne concerne pas que la prévoyance lourde. Par contre et s'agissant des discriminations liées à l'âge ou au sexe, une discrimination indirecte peut apparaître ; c'est le cas (par exemple) lorsque les travailleurs ayant une ancienneté inférieure à celle requise pour bénéficier des garanties sont majoritairement des femmes ou des jeunes.

Surtout est susceptible de poser problème un système de rente de conjoint survivant lorsque le montant de la rente totale est composé de deux parties, l'une assise sur la carrière arrêtée par le décès, l'autre sur celle potentielle jusqu'à l'âge (de ce fait théorique) de la retraite. L'ACOSS a tendance à considérer que les différences de montants qui en résultent, étant liées à l'âge, matérialisent une discrimination. Techniquement la différence est justifiée par le fait que pour la première période la rente complète, des pensions de sécurité sociale, ARRCO éventuellement AGIRC, au contraire de la seconde. À tout le moins, si discrimination il y a, elle dispose d'un but légitime lié à l'intérêt d'un montant identique des droits de réversion. Au demeurant si, comme le pratiquent certains assureurs, on évalue en points (AGIRC et ARRCO) – par référence à la carrière et à l'âge – le montant de la rente de réversion en incluant les droits potentiels de la période postérieure au décès, on évalue les droits à partir d'un même nombre de points que celui acquis avant le décès ; de ce fait, cette critique tombe. Or, l'économie des deux systèmes est identique, le but à atteindre étant le même.

S'agissant des indemnités journalières d'incapacité temporaire et des rentes d'invalidité est-il concevable qu'additionnées aux prestations du régime général elles conduisent à un revenu (net ?) supérieur au salaire ? Certes, ici ne vaut pas (contrairement à la solution pour la couverture complémentaire santé) le principe selon lequel l'assurance ne peut être source de profit. Pourtant l'objet de ces garanties étant (légalement du reste) de compléter celles du régime général, on peut s'interroger sur la pertinence d'une telle construction. Surtout s'agissant des rentes d'invalidité de deuxième catégorie dans la mesure où le contrat de travail étant rompu, elles ne subissent plus les cotisations de sécurité sociale sur la part correspondant à la quote-part patronale de la contribution. Dès lors en effet, le revenu brut et le net sont identiques

Dernier élément de réflexion : les garanties incapacité temporaires et invalidité ont vocation à ne faire qu'un, peu important les règles juridiques propres à chacune, en particulier venant du code des assurances. Le sinistre ouvrant droit à prestations invalidité doit de ce fait d'autant plus être considéré comme étant le même que celui permettant l'accès aux indemnités journalières résultant d'incapacités temporaires que, du fait de la loi Évin, les provisions doivent être constituées, pour l'un et l'autre risque, dès la survenance du sinistre. La même réponse doit être apportée s'agissant des garanties annexes (maintien des garanties décès pendant les périodes d'incapacité et d'invalidité). La jurisprudence est hésitante sur cette question. Les solutions différentes s'expliquent suivant que l'approche du problème est faite à partir du droit des assureurs (et ici, le code sollicité peut avoir un rôle) ou du droit des assurés (influencé nécessairement par la fonction protectrice du droit social).

Il n'y a pas par contre lieu de faire de distinction suivant que le sinistre intervient durant l'exécution du contrat de travail ou pendant la période de portabilité. En effet, les garanties de prévoyance ne deviennent pas, malgré le nécessaire choix de l'intéressé pour en bénéficier, un contrat individuel. De fait, la technique de portabilité a pour effet que l'intéressé continue à faire partie de la collectivité des actifs de l'entreprise, mais seulement pour les garanties collectives de prévoyance. Ceci devrait conditionner l'approche strictement assurantielle du problème.

### III- Sort fiscal et social des contributions et des prestations

Étant donné que la règle de neutralité sous plafond des cotisations est commune à la retraite et à la prévoyance lourde même si les paramètres pour évaluer les seuils sont différents, on n'abordera pas ici cette question. Par contre, elle a un impact particulier sur les garanties de prévoyance dans la mesure où elle produit des effets sur le sort (fiscal et social) des prestations. Il n'est dès lors pas inutile de rappeler que la règle de neutralité fiscale, historiquement résultant de positions administratives, a eu pour effet, par comparaison avec le statut social de la fonction publique, de décliner le principe constitutionnel



d'égalité devant les charges publiques. Il est aussi important de souligner que si les formules retenues en droit fiscal et en droit social sont différentes, c'est essentiellement parce que, au plan fiscal, c'est la totalité de la cotisation qui est susceptible d'entrer dans l'assiette de l'impôt sur le revenu tandis qu'au plan de la sécurité sociale, seule la quote-part patronale est concernée... de surcroît tant que le contrat de travail n'est pas rompu. Ceci étant, cette référence peut aisément se décliner pour la retraite ; pour l'administration dans son 1<sup>er</sup> BOCD de 1963, les contributions destinées au financement des retraites supplémentaires, qui ont en théorie la qualification de salaires, devaient être exonérées de l'impôt sur le revenu tant que leur montant ne permettait pas un total de revenus de substitution au salaire égal à la pension d'un fonctionnaire, soit 2 % du dernier salaire multiplié par le nombre d'années d'activité. C'est cela qui a conduit à la règle des 19 %, laquelle a ensuite conditionné, du fait de la loi du 29 décembre 1979 et de son décret du 23 juillet 1985, la règle de neutralité sociale... qui conduisait à la légalisation (loi du 11 juillet 1995) de la règle fiscale.

On peut admettre que ce principe constitutionnel vaille aussi pour la prévoyance lourde dès lors que le statut de la fonction publique prévoit le maintien du traitement en cas d'arrêts prolongés de travail mais la règle concrète est ici beaucoup moins rationnelle. C'est évidemment sans fondement pour la couverture complémentaire santé puisque dans la fonction publique, cette garantie n'est pas obligatoire. D'où du reste, la modification récente (LFSS 2014) inspirée des réflexions anciennes de M. FRAGONARD.

Les indemnités journalières d'incapacité de travail sont versées à l'occasion du travail et de ce fait entrent dans le champ du premier alinéa de l'article L. 242.1 du code de la sécurité sociale... lorsque les contributions nécessaires sont acquittées par l'employeur. Il n'en est pas de même si elles sont versées par le salarié car cela écarte toute relation avec le contrat de travail. Par voie de conséquence, si la contribution totale est partagée, seule la part des prestations correspondant à la quote-part patronale entre dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale. Étant donné que cette quote-part n'est neutre que dans une certaine limite, la part excédentaire, qui subit les cotisations de sécurité sociale, a pour effet que la part correspondante de prestations n'entre pas davantage dans l'assiette des cotisations. Bien qu'initiée par une situation créée avant la rupture du contrat de travail, les indemnités correspondant à une période postérieure à la rupture du contrat n'entrent plus dans cette assiette. Même si la gestion administrative de cette règle est malaisée, le principe en est clair.

S'agissant des rentes d'invalidité de 2<sup>ème</sup> catégorie, on pourrait admettre que, dans la mesure où, par définition, l'intéressé ne peut plus effectuer aucun travail, elles n'entrent pas de droit dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale. La même règle a été cependant retenue que celle en vigueur pour les indemnités journalières dans la mesure où, malgré cet état, est exigée une initiative de l'employeur (c'est-à-dire un licenciement) pour que la rupture du contrat de travail soit consommée. À défaut, l'intéressé fait toujours partie des effectifs et donc pourra prétendre, à l'âge de la retraite, à l'indemnité légale ou conventionnelle de fin de carrière.

Une difficulté sérieuse apparaît toutefois lorsque l'acte fondateur des garanties (un accord collectif, voire, si elles sont mises en place au niveau de l'entreprise, un référendum ou une décision unilatérale de l'employeur précédée de la consultation du CE ou des DP) a pour effet la création simultanée des risques décès et incapacité-invalidité. La différence

entre les deux tient au fait que les prestations en espèces en cas de décès ne sont jamais susceptibles d'être soumises aux cotisations de sécurité sociale, qu'elles prennent la forme d'un capital ou d'une rente. Cette différence vient notamment du fait que le capital entre directement dans le patrimoine du bénéficiaire (ce qui du reste empêche qu'il entre dans l'assiette de l'impôt en cas d'héritage) et que les rentes d'orphelins ou de conjoint survivant, imposables fiscalement, sont versées à une ou des personnes n'ayant jamais été liées à l'entreprise par un contrat de travail.

La pratique s'est donc instaurée – dans certaines conventions collectives de branche – d'affecter la totalité de la contribution destinée au décès à l'employeur et de celle relative à l'incapacité temporaire au salarié. La seule justification de telles constructions, c'est de faire échapper aux cotisations de sécurité sociale les prestations en espèces. La construction est donc fictive. Elle est un bel exemple d'abus de droit, d'autant qu'il n'y a qu'un seul système (ou régime) couvrant deux types de risques. La cotisation est, dans son principe, globale. Sans même recourir à la thèse de l'abus de droit, il peut être mis en exergue que si on sépare les deux, la garantie incapacité-invalidité – dont la contribution est entièrement acquittée par le salarié – perd la qualification d'élément de statut collectif et devient potentiellement une activité sociale impliquant le caractère facultatif du dispositif.

Ces pratiques se sont instaurées – et n'ont jamais donné lieu à la moindre critique du ministère du Travail dans le cadre de l'extension, ce qui est tout de même surprenant – parce que la Cour de Cassation a admis, il y a fort longtemps, que, dans la mesure où la prestation était entièrement financée par le salarié, elle n'avait pas à subir les cotisations de sécurité sociale. Sans aller plus loin. Et il est curieux que l'ACOSS, souvent tatillonne quant à la détermination de l'assiette des cotisations, l'accepte !

Il est un dernier point qui mérite d'autant plus un développement que la position de la DSS, donc de l'ACOSS, est sujette à discussion. Relèvent de la qualification de prévoyance des garanties, comme celle liée à l'incapacité, ne complétant pas des prestations de sécurité sociale. Pour l'administration, les contributions y afférentes ne bénéficient de ce fait pas de la règle de neutralité sociale sous plafond résultant des alinéas 6 à 8 de l'article L. 242.1 du code de la sécurité sociale. Pourtant, en s'inspirant aussi bien de l'esprit des textes (en se référant à l'article 18 de l'ordonnance de 1945) qu'à la lettre du code de la sécurité sociale, il est possible de soutenir que sont concernées par la règle de neutralité sous plafond les contributions alimentant des prestations qui complètent la sécurité sociale (donc y compris lorsque n'existe pas de garantie de base) et pas seulement celles qui complètent les prestations de sécurité sociale. Pour l'incapacité, la question a été traitée par circulaire mais indirectement en introduisant une tolérance administrative, ce qui n'est pas totalement satisfaisant.

## IV- L'intérêt général

Prévoir des revenus de substitution au salaire en cas d'arrêt de travail pour maladie peut être considéré comme relevant de l'ordre public en raison du calage de prestations sur le principe de dignité dont découle l'exigence de revenus raisonnables pour vivre et faire vivre sa famille. Non seulement les indemnités journalières servies par le régime général de sécurité sociale se situent dans cette perspective mais il en est de même de compléments versés par l'employeur, prévus par l'ANI du 10 décembre 1977 annexé à la loi sur la mensualisation du 19 janvier 1978. L'éclairage d'un même objet par deux codes – c'est assez fréquent s'agissant des travailleurs salariés – induit potentiellement des incohérences ainsi que des coûts de gestion injustifiés. Mais aussi une complexité inutile matérialisée par des solutions différentes pour des paramètres identiques (délai de carence, durée d'indemnisation, montant de l'indemnité, etc.).



D'où une première interrogation : ne serait-il pas préférable que, pendant une durée de x mois, la totalité des indemnités journalières soit mise à la charge de l'employeur et qu'elles soient exonérées de cotisations de sécurité sociale ou que à l'inverse les indemnités journalières versées par la CPAM soient portées à hauteur de 100 % du net ? Dans ces conditions, le relais avec les garanties complémentaires serait mieux balisé et le coût de gestion de la paye singulièrement simplifié.

La solidarité, principe du droit communautaire, hérité de la charte des droits fondamentaux qui a valeur de traité, permet l'accès, lorsqu'elle est un des objectifs de l'accord collectif de branche, à l'intérêt économique général s'agissant des garanties collectives de prévoyance ; sa mise en œuvre est un progrès social indiscutable en écartant les effets, sur le terrain des cotisations, de la sinistralité propre à une entreprise mais aussi en créant des droits non contributifs au profit de certaines populations. La solidarité malmène fortement le principe d'égalité de traitement, en même temps qu'elle titille à la fois la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle, conférant toutefois aux atteintes à celle-ci, de ce fait proportionnées, un but légitime. Au nom de l'intérêt général, il serait donc utile de revoir, s'agissant du régime identifié par la solidarité, les règles de déclinaison des effets du principe d'égalité de traitement telles qu'elles résultent des articles R. 242-1-1 à 6 du code de la sécurité sociale ; elles sont par contre en parfaite harmonie avec la qualification d'élément de rémunération différée d'un simple système de prévoyance dans lequel on se contente de fixer la nature et le niveau des prestations. Cette remarque vaut tout particulièrement pour la politique de prévention (composante de la solidarité) car elle a un effet positif sur le rapport sinistre/prime, y compris au bénéfice du régime de base.

Enfin, le souci de cohérence mais aussi d'intelligibilité de la loi – principe constitutionnel – milite pour une définition identique de l'état d'invalidité, de première comme de deuxième catégorie, dans le régime légal de sécurité sociale et dans les contrats d'assurance collective. Certes, certains acteurs du marché prennent la même définition mais d'autres s'inspirent plutôt de la règle (N – 33) / 33 résultant du code des assurances, ce qui peut conduire à des différences de niveau de prestations et surtout d'accès à celles-ci.

En (courte) conclusion, on peut soutenir que, au nom de l'intérêt général, est éminemment souhaitable une harmonisation totale des droits du travail et de la sécurité sociale en matière de garanties collectives de prévoyance, ceci malgré les finalités différentes de l'une et de l'autre de ces disciplines, car elles ont en commun une fonction protectrice génétique du travailleur. Cette exigence d'harmonisation s'impose d'autant plus que le droit de la protection sociale complémentaire est, comme le droit du travail, un droit du contrat. Mais alors il faut tenir compte de ce que l'éventuelle poursuite d'un objectif de solidarité – souhaitable puisque celle-ci est un principe du droit communautaire et contribue aux droits de l'Homme – rapproche les régimes relevant du 2<sup>ème</sup> pilier de la qualification de sécurité sociale puisque, selon Jean-Jacques DUPEYROUX, sécurité sociale et solidarité sont consubstantielles.