

# L'égalité femmes-hommes dans les régimes de protection sociale complémentaire

Par Vincent ROULET,

Maître de conférences à l'Université de Tours



Vincent Roulet est responsable du Master 2 Juriste d'Entreprise - Relations de travail de l'Université de Tours et avocat au sein du cabinet BRL Avocats.


L'apparence est sauve. La loi est forte ; elle est claire. L'égalité entre les sexes préside à l'organisation des garanties complémentaires dont profitent les salariés. Le contentieux n'existe pas ! Mais pour qui ne se tient pas à l'apparence et doute même des dogmes, le tableau n'est pas si léché. Cette égalité-là n'est peut-être pas l'horizon indépassable de la politique sociale ; à bien des égards, la loi du 19 mai 1874<sup>1</sup> réjouit davantage que celle du 9 mai 2001<sup>2</sup>. Peut-être même, par les lumières qu'elle attire, l'égalité femmes-hommes plonge-t-elle dans l'ombre d'autres inégalités géographiques, culturelles, financières, sociales, bref... de classes. Sa consistance est douteuse. Les uns la voient de droit ; les autres l'espèrent de fait. Les premiers ne supportent pas l'énoncé ambigu, peu important son effet utile ; les seconds ne rechignent pas au compromis, pourvu que la fin soit justement poursuivie<sup>3</sup>. D'aucuns scrutent l'organisation interne du régime : ceux-là qui perçoivent sont-ils ceux qui contribuèrent ? D'autres, mêlant impôt et assurance, espèrent non l'égalité elle-même mais la tendance à l'égalité au-delà du régime grâce à la redistribution par le régime ; ils appellent cela solidarité<sup>4</sup>. La discorde s'aggrave encore lorsque, comme en l'espèce, sont en cause des risques humains et sociaux. Les cadres et les non cadres, les gens du nord et ceux qui viennent du sud, les femmes et les hommes sont des groupes aux caractéristiques propres au regard de la maladie ou de la mort, de l'emploi ou de la rémunération. Que faire de ces réalités statistiques ? Et que faire du temps ? Un même régime de retraite couvre ensemble la jeune femme, brillante, grassement rémunérée, promise à un avenir professionnel sans limite, qui n'attend ni ne souhaite de l'homme aucun secours, et la grand-mère, fidèle aux principes de ses aïeules, qui n'a jamais eu pour seule activité que de servir, au foyer ou à l'atelier, son travailleur d'époux et d'élever leurs enfants. L'une crée elle-même ses droits à la retraite ; l'autre a bien besoin, l'heure sonnée, de puiser dans les droits de sa moitié les moyens de sa subsistance. L'accomplissement de sa finalité sociale exige du régime qu'il se plie à la diversité des situations, qu'il épouse l'émancipation de l'une et la dépendance de l'autre. Être

1 Art. 7, al. 2 : « Les filles et les femmes ne peuvent être admises dans [les] travaux » souterrains des mines, minières et carrières.

2 Laquelle supprima définitivement l'interdiction du travail de nuit pour les femmes.

3 Illustre ce conflit, insoluble de manière satisfaisante - sauf à vouloir le trancher au regard d'autres valeurs que l'égalité, en l'espèce, l'utilité sociale de la prestation -, la question de l'utilisation des tables de mortalité différenciées par sexe, aujourd'hui bannies (CJCE, 22 décembre 1993, *Neath*, aff. C-152/91 ; CJCE, 28 septembre 1994, *Coloroll Pension Trustees Ltd.*, aff. C-2000/91 ; CJUE, 1<sup>er</sup> mars 2011, *Test-Achats ASBL* aff. C-236/09).

4 A. Suptot, *La solidarité civile et ses ennemis*, in *Mélanges en l'honneur de J.-P. Laborde*, Dalloz, 2015, p. 481.



*pour l'égalité ne suffit pas à s'accorder avec son voisin qui, lui aussi, est pour...* Énoncées les banalités d'usage, il est très douteux que l'égalité elle-même renferme un idéal, traductible dans les faits par l'action de la règle, et communément admissible par beaucoup, si ce n'est par tous. De là à penser que l'égalité n'est rien d'autre que ce que considère comme telle celui qui dispose du pouvoir, il n'y a qu'un pas.

Pas qui est franchi sans réserve, mais dignement. Ce n'est faire insulte à personne, c'est peut-être même rehausser la fonction politique, que prétendre que celui qui l'occupe, loin d'être soumis à un mot vague, a le devoir de doter celui-ci de la substance utile à la paix sociale et à la satisfaction (sous leur contrôle) de ceux qui l'ont porté à cette fonction. L'honneur est plus sauf encore lorsque, le temps passant, la substance du mot est déclinée - dépassée - pour servir, en toute cohérence, des ambitions plus grandes, dont le droit, du reste, s'est déjà saisi, tantôt bruyamment, tantôt discrètement. La Cour de justice de l'Union européenne se refusa à brûler les régimes de protection sociale d'entreprise au prétexte que ceux-ci s'étaient, un temps, affranchis des exigences de l'égalité et ne disposaient pas, alors, des ressources pour compenser les libertés prises : « *des considérations impérieuses de sécurité juridique s'opposent à ce que des situations juridiques qui ont épuisé leurs effets dans le passé soient remises en cause, alors que, dans un tel cas, l'équilibre financier de nombre de régimes de pensions conventionnellement exclus risquerait d'être rétroactivement bouleversé* »<sup>5</sup>. Si inégalitaire (au regard des sexes) qu'il soit, le régime est toujours utile à l'égalité (sociale) ; surtout, son existence est nécessaire à l'évitement de la misère. Parfois, les compromissions se nichent dans les détails. De prime abord, la prise en charge des frais engendrés par la maternité est un facteur d'égalité des droits de la femme et de l'homme. Au regard de la technique de l'assurance, la maternité est assimilable à une « maladie » (attention aux mots !) : elle n'est jamais sûre (aléa), elle engendre des frais (prestations en nature) et affecte les revenus (prestations en espèces). Mais est-elle seulement cela ? Soulignant que la prohibition de la discrimination ne fait pas obstacle aux mesures de prise en charge de la maternité, le législateur trahit le doute qui l'étreint, que ces mesures soient - intellectuellement ? juridiquement ? - constitutives d'une discrimination assise sur le sexe<sup>6</sup>. D'ailleurs, s'il impose le principe de la prise en charge, il n'en régit pas le *quantum*. Une bonne, ou une médiocre, prise en charge, témoignent de la bienveillance, ou d'une indifférence feutrée, à l'égard de la maternité : l'idée « nataliste » n'est (ne devrait être) jamais très éloignée. L'égalité, *in fine*, n'est jamais parfaitement neutre ; elle est une fin, mais tantôt supporte, tantôt se plie à d'autres fins.

5 CJCE, 17 mai 1990, aff. C-262/88, *Barber*.

6 V. p. ex. : C. trav., art. L. 1242-3 où le législateur estime nécessaire de préciser que ne constitue pas une discrimination illicite la disposition d'une convention collective prenant en considération le sexe des salariés lorsque cette clause a pour objet « la protection de la grossesse et de la maternité ». L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 913-1 du Code de la sécurité sociale, construit sur le même modèle et applicable aux régimes de protection sociale complémentaire prévoit qu'« aucune disposition comportant une discrimination fondée sur le sexe ne peut être insérée à peine de nullité dans les conventions, accords ou décisions unilatérales » insistant les régimes, puis précise immédiatement que « l'alinéa précédent ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme à raison de la maternité ».

Là réside sa richesse. L'intérêt humain, politique et juridique de l'égalité femmes-hommes ne s'épuise pas dans sa proclamation bruyante. C'est en bas, dans les détails de sa mise en œuvre, dans les contradictions sociales qu'elle révèle puis dans l'énergie déployée pour dépasser ces dernières que le slogan se mue en principe de l'action publique et privée. À cet égard, les régimes de protection sociale complémentaires sont exemplaires. Leur soumission à l'article 119 du Traité de Rome<sup>7</sup>, au milieu des années 1980, priva les femmes des rares mesures favorables dont elles bénéficiaient dans le monde du travail (notamment au sein des régimes de retraite de base et complémentaire : majorations et bonifications, âges de départ en retraite avancés...). L'égalité *de droit* produisit de curieux effets en termes *d'égalité de fait*. Trente années plus tard, la lutte contre les discriminations a changé de paradigme. Il ne s'agit plus d'agir au sommet de la hiérarchie des normes, mais dans ses bas-fonds : la circulaire a avantageusement remplacé le traité. Il ne s'agit plus de penser les inégalités en termes de sexe, mais en termes d'emplois (ou de situations dans l'emploi). L'efficacité est sans commune mesure, y compris - et surtout - au profit des femmes.

Telle fut l'histoire de l'égalité femmes-hommes dans les régimes de protection sociale complémentaires. Fermement affirmée (I), elle ne s'est départie de son ambiguïté (II) pour s'accomplir et concourir aux autres égalités qu'au jour où le législateur - l'administration - s'est engagé dans son dépassement (III).

## I- L'affirmation

De la qualification juridique des régimes de protection sociale complémentaires, devait dépendre un temps la puissance de leur soumission au principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes. La Cour de Justice des communautés européennes jugeait encore que les régimes légaux de sécurité sociale échappaient au principe d'égalité des rémunérations posé à l'article 119 du Traité<sup>8</sup> quoiqu'ils entrassent dans le champ de la directive n° 79-7 du 1978. Mais, avant même que l'article 119 étende son emprise à ces régimes étatiques<sup>9</sup>, la directive n° 86-378 du 24 juillet 1986 s'assigna pour mission de mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement dans les régimes professionnels de sécurité sociale. L'ambition était claire ; les moyens de la satisfaire beaucoup moins. Quoique s'attachant à identifier les domaines de risque de discrimination (éligibilité au régime et conditions de sortie de celui-ci, modalités d'acquisition de droit en cas de suspension du contrat de travail, détermination du montant des pensions)<sup>10</sup>, la directive autorisait de substantielles dérogations au principe d'égalité<sup>11</sup>. La Cour de Justice rappela à l'ordre le législateur communautaire (et les entreprises qui s'y fiaient) : « *à la différence des prestations servies par les régimes légaux nationaux de sécurité sociale, les pensions versées par les régimes conventionnellement exclus constituent bien des avantages*

7 Devenu art. 157 TFUE.

8 CJCE, 25 mai 1971, *aff. C-80/70, Defrenne c./ Etat Belge* : « une pension de retraite instituée dans le cadre d'un régime légal de sécurité sociale ne constitue pas un avantage payé indirectement par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier, au sens de l'article 119, alinéa 2 ».

9 CJCE, 29 novembre 2001, *aff. C-366/99, Griesmar* (RJS 2/02, p. 114, chron. F. KESSLER) où la Cour de Justice fixe des conditions (qui n'en sont pas v. P. MORVAN, *Droit de la protection sociale d'entreprise*, n° 978) à l'extension aux régimes légaux de sécurité sociale des dispositions de l'article 119 du Traité.

10 Art. 6.

11 *Idem*.



payés par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier et que, par conséquent, elles relèvent du champ d'application de l'article 119 du traité ». Il importait peu qu'en l'espèce les libertés prises par le régime de retraite *contracted-out*<sup>12</sup> fussent prévues par la directive ; l'article 119 du Traité est d'effet direct. Du principe ainsi posé, les conséquences devaient être fructueuses. Son emprise s'étendit à tous les régimes de protection sociale complémentaire ; l'organisation juridique, pourvu que l'employeur contribuât au financement était indifférente<sup>13</sup>. Il régit non seulement les conditions déterminant le montant de la prestation mais encore celles de l'affiliation au régime<sup>14</sup>.

Ce qui, ailleurs, provoqua tremblements, effleura à peine la France. Par accident plus que par vertu, elle était bonne élève<sup>15</sup>. Son législateur n'eut donc guère de difficulté à ériger en norme la pratique. Il le fit avec une telle conviction que la proclamation vira au bégayement. Les régimes complémentaires de protection sociale sont institués dans les entreprises au moyen d'actes juridiques relevant du droit du travail<sup>16</sup>, lesquels obéissent aux articles L. 1132-1 et L. 3221-2 du Code du travail. L'auteur de la norme (employeur, organisations syndicales) s'avise-t-il qu'en raison de son objet, celle-ci échappe aux dispositions de droit commun ? Il est ramené à la raison : « *Aucune disposition comportant une discrimination fondée sur le sexe ne peut être insérée, à peine de nullité (...)* » dans l'édiction des régimes complémentaires<sup>17</sup>. L'assureur joue-t-il le tentateur ? Le législateur pense aussi à lui<sup>18</sup> ! La pédagogie est l'art de la répétition ; la leçon fut apprise. Le juge n'est jamais saisi et l'administration sociale, toujours prompte à chasser les discriminations pour faire « sauter » les exonérations de charges sociales, n'a, dans sa très nombreuse doctrine, pas même évoqué l'égalité femmes-hommes<sup>19</sup>.

12 L'État anglais impose le principe de l'adhésion à un régime de retraite complémentaire mais laisse les assurés choisir entre une adhésion au régime complémentaire « public » ou à l'un des régimes privés (dits « *contracted-out* ») censés offrir des garanties équivalentes.

13 CJCE, 17 mai 1990, préc. ; CJCE, 28 septembre 1994, aff. C-128/93, *Fischer* ; CJCE, 24 octobre 1996, aff. C-435/93, *Dietz*. La règle était identique que le régime soit géré en interne (l'employeur paye lui-même les prestations), par l'intermédiaire d'un organisme assureur ou celui d'un trust.

14 CJCE, 13 mai 1986, aff. C-170/84, *Bilka* ; CJCE, 28 septembre 1994, préc. : « le droit à l'affiliation à un régime de pension professionnel entre dans le champ d'application de l'article 119 du Traité et relève donc de l'interdiction de discrimination ».

15 Les régimes de retraite supplémentaire étaient sensiblement plus rares et moins importants que dans d'autres États. Ce furent, pour l'essentiel, les régimes spéciaux de sécurité sociale qui accusèrent le coup : v. p. ex. : CJCE, 29 novembre 2001, aff. C-366/99, *Griesmar*, RJS2/02, chr. F. KESSLER (préc.), puis CE, 29 juillet 2002, *Griesmar*, Dr. soc. 2002, 1131, chr. X. PRÉTOT

16 C. séc. soc., art. L. 911-1.

17 L'article L. 913-1 du Code de la sécurité sociale connut cependant quelques difficultés. Dans sa rédaction originelle, il contenait un alinéa troisième disposant que le premier alinéa « *ne s'appliqu[ait] pas aux dispositions relatives à la fixation de l'âge de la retraite et aux conditions d'attribution des pensions de réversion* ». La disposition était évidemment protectrice des femmes. Elle fut néanmoins supprimée, à effet du 17 mai 1990 (Ord. n° 2001-178 du 22 février 2001), date de prononcé de l'arrêt *Barber*.

18 Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, art. 8, créant un article L. 112-1-1 au sein du Code de la mutualité et un article L. 931-3-2, disposant, chacun que « *aucune différence en matière de cotisations et de prestations ne peut être fondée sur le sexe* ». Dans leurs rédactions originelles, ces textes toléraient toutefois la pratique des tables de mortalité différenciées, pratique censurée par la Cour de Justice de l'Union européenne, puis effacée par le législateur (Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013, art. 79).

19 V., p. ex. : DSS/SD5B/2013/344 du 25 septembre 2013.

Rien d'étonnant à cela. Les régimes de protection sociale complémentaire sont de grosses machines. Leur organisation est extrêmement rationnelle, leur financement adaptable : autant que la norme nouvelle n'est pas rétroactive, ils l'absorbent sans peine. Cette gouvernance froide, par les nombres, a quelque mérite. Elle place les participants à l'abri des discriminations ordinaires, celles qui naissent de la décision individuelle ou de la « marge d'appréciation » dont dispose celui qui, dans la relation de travail, décide de l'octroi de tel ou tel avantage. L'assureur d'une collectivité de salariés n'apprécie pas le travail de l'assuré, ni ne juge son comportement, sa relation à l'entreprise, ou son physique plus ou moins avenant. S'il discrimine, c'est en masse, de manière manifeste, parce qu'une clause expresse du contrat l'y invite : or les mœurs comme la norme n'invitaient pas à de si grossières pratiques, et l'expérience, à propos d'autres critères de discrimination, révèle que celle-ci n'est le plus souvent ni nécessaire, ni profitable<sup>20</sup>. Exception faite des mesures historiquement favorables aux femmes - socialement acceptées - il était peu probable que la discrimination s'étalât dans les normes collectives instituant les garanties, ou les rapports contractuels liant les entreprises aux assureurs.

Elle existait cependant. Mais il fallait lever la tête, porter loin le regard, au-delà de ces « mesurées » instituées au crédit des femmes. La discrimination était là-bas, à la source. Il ne pouvait en aller différemment à propos de régimes s'inscrivant dans la tradition bismarckienne ; l'Histoire les commandait. Les régimes complémentaires sont « professionnels » : leur bénéfice est dépendant d'un statut dans l'emploi ; les régimes sont assurantiels, l'ampleur des prestations qu'ils servent est dépendante des cotisations, lesquelles sont assises, sur la rémunération. Il est bien facile de prédire que la discrimination est indirecte et qu'elle est la conséquence d'une discrimination préexistante dans l'emploi. La France d'ailleurs, et à très faible dose, ne connut judiciairement que ces espèces-là de discriminations, et c'est à propos des régimes de protection sociale complémentaire que la Cour de cassation donna vie à la discrimination indirecte au regard du sexe<sup>21</sup>.

Il était dès lors difficile d'évoquer l'égalité femmes-hommes sans traiter de la situation dans (et hors) l'emploi. L'une amenait à penser à l'autre. Et davantage, il était gênant de penser spécifiquement l'égalité femmes-hommes car il n'était pas certain que les femmes fussent la catégorie de travailleurs la plus discriminée. En raison des mesures discriminatoires établies à leur profit, en raison aussi de leur espérance de vie, elles trouvaient quelques compensations et espoirs (peut-être limités, mais réels), tandis qu'au-devant de l'ouvrier ou du travailleur précaire ne s'ouvrait aucune perspective réjouissante. L'ambiguïté était là.

20 À titre d'exemple, les assureurs ne font qu'exceptionnellement usage de la faculté que leur laisse la loi de soumettre les salariés à un questionnaire voire un examen de santé. Le coût de ces enquêtes précontractuelles leur paraît prohibitif au regard du gain qu'ils tireraient de ce supplément d'informations.

21 L'AGIRC, sans apporter de justification pertinente, refusait d'admettre au bénéfice du régime certaines fonctions très majoritairement occupées par des femmes. La Cour de cassation y vit, après quelques hésitations, une discrimination indirecte (Soc., 6 juin 2012, n° 10-21.489, JCP G, 2012, 908, note M. Mercat-Bruns ; Dr. Rural 2012, comm. 11, commentaire T. Tauran ; JCP S 2012, 1375, note Ph. Rozec, V. Manigot). Quelques jours plus tard, elle déclinait la solution à un régime supplémentaire de retraite (Soc., 3 juillet 2012, n° 10-23.013, JCP S 2012, 1490, note J.-Ph. Tricoit).



## II. L'ambiguïté

L'âme de bonne volonté - celle qui ne craint pas d'examiner froidement les faits, ni de rester dubitative sur les conclusions à en tirer - n'aurait guère de mal à s'en convaincre.

Qu'elle examine un instant le sort d'un couple hétérosexuel, marié sous le régime de la communauté de biens dont l'union s'achève par le décès de l'un de ses membres après que chacun d'eux a liquidé sa propre pension de retraite<sup>22</sup>. À s'en tenir aux règles régissant les régimes complémentaires (ARRCO et AGIRC), le survivant bénéficie d'une pension de réversion complémentaire<sup>23</sup>. Première observation : l'égalité dans l'emploi existe... pourvu que l'AGIRC, régime des cadres, s'autofinance. Deuxième observation : à l'égard de l'égalité femmes-hommes, la règle elle-même est neutre mais la différenciation indirecte est flagrante tant l'écart d'espérance de vie entre les femmes et les hommes est importante<sup>24</sup>. Ce qui conduit à une première conclusion, énonçable de façon volontairement provoquante<sup>25</sup> : la retraite de la femme-bourgeoise est payée par l'homme-ouvrier<sup>26</sup>. En dehors du droit régissant le régime complémentaire de retraite<sup>27</sup>, le conjoint survivant recueille la moitié de la communauté et un quart du patrimoine du défunt. Unique observation : ces règles sont d'autant plus sensibles que le patrimoine du *de cuius* est important<sup>28</sup>. Unique conclusion : quoiqu'apparemment neutres, elles profitent, encore, à la femme aisée plus qu'à la femme ouvrière ou, *a fortiori* à l'homme ouvrier. La perspective change quelque peu cependant si l'œil est porté sur la façon dont se sont constitués les droits des parties en présence. L'homme a certes plus gagné, il a donc plus contribué à la richesse commune... mais, par hypothèse, cette différence est le fruit d'une discrimination dans l'emploi dont il a profité. Première observation : la réversion a un effet « compensateur » entre les sexes. Deuxième observation : cette compensation joue davantage chez les cadres. Troisième observation : à mesure que se réduisent les écarts de rémunération entre les sexes, l'effet compensateur s'atténue et la réversion s'apprête à devenir elle-même

---

22 Quoiqu'en voie de disparition, cet idéal-type a encore aujourd'hui une consistance certaine.

23 Dans les régimes supplémentaires, la proposition, au jour de la liquidation de la retraite, d'une « option » réversion est obligatoire. Le titulaire de la pension est libre de choisir ou de refuser l'option (ce qui a un impact sensible sur la rente que lui-même perçoit) mais les termes de l'option (bénéficiaire de la réversion) sont imposés par la loi (C. séc. soc., art. L. 912-4).

24 Ce à quoi il faut ajouter que, très majoritairement, l'époux est plus âgé que l'épouse.

25 Comp. néanmoins J.-J. DUPEYROUX, 1945-1995, *Quelle solidarité ?*, Dr. soc. 1995, 713.

26 L'observation dépasse le seul cadre de la protection sociale d'entreprise, et la seule époque actuelle : à propos des régimes matrimoniaux et du droit des successions, il a pu être écrit, en 1904 : « *les femmes de la bourgeoisie sont, dans une certaine mesure, les enfants gâtés de la loi moderne. Le contraste est frappant et un peu douloureux si l'on compare leur sort à celui des femmes des classes non possédantes, puisque celles-ci, dépourvues de toute espérance successorale, attendent encore les dispositions protectrices (...) qui doivent leur assurer au moins la sauvegarde de leur salaire* » (A. COLIN, *Le droit des successions dans le Code civil, in Livre du centenaire*, rééd. Dalloz, 2004, p. 295).

27 Les transferts de valeurs au moment du décès résultant du droit des régimes matrimoniaux et du droit des successions doivent être pris en compte pour apprécier la réalité des situations respectives des époux au regard de la protection contre le risque vieillesse. La famille est encore le premier lieu d'exercice de la solidarité (le législateur « impose » cette solidarité), et le droit des régimes complémentaires s'est aussi inspiré du droit civil : par exemple, l'article L. 912-4 du Code de la sécurité sociale, et notamment son alinéa 2, est clairement une transposition, dans le droit de la protection sociale complémentaire, des règles régissant la communauté réduite aux acquêts.

28 Ici néanmoins, l'ouvrier (l'employé) ne paye pas pour le cadre.

discriminatoire. Unique conclusion : la mesure discriminatoire aujourd'hui - ou non discriminatoire hier - peut changer de nature par le passage du temps. Or, les régimes de protection sociale d'entreprise couvrent des risques sur des périodes très longues (cinquante années souvent) et couvrent des personnes d'âges - donc de mœurs - divers.

De l'exemple, certes soigneusement choisi, il est permis de déduire que la première des inégalités n'est pas celle assise sur le sexe, mais bien celle assise sur la nature de l'emploi. La Cour de cassation, si prompte à lutter contre la première, justifie sans peine - et sans rire - la seconde : « en raison des particularités des régimes de prévoyance couvrant les risques maladie, incapacité, invalidité, décès et retraite (...) l'égalité de traitement ne s'applique qu'entre les salariés relevant d'une même catégorie professionnelle »<sup>29</sup>. Nul ne prétend que l'égalité femme-homme est un leurre bourgeois destiné à distraire l'attention des inégalités entre « catégories professionnelles », mais chacun doit convenir qu'il y a comme une distorsion difficilement justifiable par l'égalité. L'ouvrier n'est pas moins malade que la femme ; il n'a pas moins besoin qu'elle de sa pension de retraite. Du reste, le dépassement de cette distorsion n'était pas impossible.

### III. Le dépassement

Dès lors qu'il était établi que la discrimination femmes-hommes résultait de l'inégalité existant dans l'emploi et que l'inégalité dans l'emploi affectait également d'autres « groupes » sociaux que ceux déterminés par l'appartenance de sexe, il n'y avait plus guère de difficulté à construire une politique globale d'égalité (dont l'égalité femmes-hommes aurait été l'initiatrice et serait la bénéficiaire). Cette politique fut - est encore - menée, de main de maître. Elle tient en deux mots : généralisation et uniformisation des garanties complémentaires. Elle se tient sur deux jambes : circulaires et URSSAF. Depuis 2003<sup>30</sup>, avec une constance qui défie les alternances politiques, l'administration n'eut de cesse d'inciter - de forcer - les entreprises à fermer leurs régimes de protection sociale complémentaire élitistes<sup>31</sup>, pour en « ouvrir » de nouveaux au profit d'un ensemble toujours plus large de salariés. Ces nouveaux régimes seuls bénéficient des exonérations de charges sociales et d'impôt dont tous profitaient jusqu'alors.

Ce mouvement d'« égalisation » de la protection sociale complémentaire résulte clairement de l'action quasi-exclusive de l'administration. Certes, les partenaires sociaux apportèrent des pierres significatives à l'édifice : ils initièrent la portabilité des garanties et la généralisation de la complémentaire santé<sup>32</sup>. Mais le législateur, lui, se fit pour le moins discret : depuis 2003, il n'a procédé qu'à de très légers (quoiqu'utiles) ajustements de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale<sup>33</sup>. Ses rares interventions plus marquées<sup>34</sup> furent provoquées

29 Soc., 13 mars 2013, n° 11-20.490 et s. (entre autres). Qu'il soit clair que l'affirmation « *en raison des particularités techniques...* » est fautive. Rien, techniquement, n'impose cette solution éminemment politique, dont il faut très sérieusement se demander si elle survivra à la fusion des régimes ARRCO et AGIRC.

30 Loi n° 2003-771 portant réforme des retraites du 21 juillet 2003.

31 P. ex. : fin des exonérations de charges sociales dont bénéficiaient les régimes « cadres dirigeants » (D. n° 2012-25 du 9 janvier 2012, Circ. DSS/SD5B/2013/344 du 25 septembre 2013).

32 Ani des 11 janvier 2008 et 11 janvier 2013.

33 Article qui prévoit le principe d'assujettissement à charges sociales de la rémunération et fixe les conditions d'exonération de charges sociales, notamment à propos des contributions patronales finançant les régimes de protection sociale complémentaire.

34 C. séc. soc., art. L. 911-7, L. 911-7-1, L. 911-8 et L. 912-1.



par l'administration<sup>35</sup>, les partenaires sociaux<sup>36</sup>, ou le Conseil constitutionnel<sup>37</sup>. L'administration au contraire, fut omniprésente<sup>38</sup>, agissant tantôt par circulaires<sup>39</sup>, tantôt par décrets<sup>40</sup>. Elle fixa un cap toujours plus précis<sup>41</sup> : le régime doit « *bénéficier de façon générale et impersonnelle à l'ensemble du personnel salarié ou à certaines catégories objectives de personnel* »<sup>42</sup>. Elle identifia les récifs à éviter : « *l'accès au bénéfice du régime ne peut reposer sur des critères relatifs à la durée du travail [ou] à la nature du contrat de travail (...)* »<sup>43</sup>. Elle proposa les moyens de parvenir à bon port en édictant une doctrine technique du droit de la protection sociale complémentaire<sup>44</sup>.

L'objet de la politique d'égalisation est des plus méritants. Le mérite, en premier lieu, de la justesse de l'analyse : l'inégalité au regard de la protection sociale d'entreprise résulte toujours d'une inégalité dans l'emploi. Agir autrement que sur l'égalisation des emplois, à l'aune d'un autre critère de discrimination - sexe mais aussi âge, origine ethnique ou géographique<sup>45</sup> - laisse subsister les discriminations non traitées (sauf à multiplier les actions) et, surtout, ne permet pas de solder les discriminations « par ricochets », celles qui résultent de la discrimination préalable dans l'emploi. Le mérite, en second lieu, de l'ampleur. Les travailleurs « précaires », au sein desquels les femmes sont les plus représentées<sup>46</sup>, furent les premiers bénéficiaires. Il s'est agi d'assurer leur accès effectif aux régimes complémentaires en effaçant les obstacles de droit (anéantissement des différences assises sur la nature du contrat de travail ou la durée de travail<sup>47</sup>, cantonnement puis disparition des conditions d'ancienneté<sup>48</sup>, généralisation des garanties frais de santé<sup>49</sup>) et de fait (autorisation de l'aide au financement des garanties pour les salariés à temps partiel<sup>50</sup>, versement santé<sup>51</sup>), puis leur maintien dans l'assurance collective (portabilité des droits à couverture<sup>52</sup>).

35 V. p. ex. : S. Blondeau, V. Roulet, *Généralisation des garanties frais de santé : la création de la règle de droit par la rumeur*, SSL 2015, n° 1683, p. 2, puis C. séc. soc., art. L. 911-7, II.

36 C. séc. soc., art. L. 911-7, L. 911-8 et L. 912-1.

37 C. séc. soc., art. L. 912-1.

38 Ce qui, en soi, peut toutefois être débattu d'autant que ce mode d'action emporte des difficultés juridiques importantes, notamment la faiblesse et la précarité de la norme.

39 Pour ne citer que les plus importantes : Circ. DSS/5B/2005/396 du 25 août 2005 ; Circ. DSS/5B/2009/32 du 30 janvier 2009 ; Circ. DSS/SD5B/2013/344 du 25 septembre 2013.

40 Not. décret n° 2012-25 du 9 janvier 2012 & décret n° 2015-1883 du 30 décembre 2015.

41 V. aujourd'hui, C. séc. soc., art. R. 242-1-1 et s.

42 Circ. DSS/5B/2005/396, préc.

43 Idem ; v. aujourd'hui, C. séc. soc., art. R. 242-1-1.

44 Parmi les thèmes qu'elle contribua à éclairer (et quoique les avis divergent parfois sur l'interprétation de l'administration) : les conditions de validité du référendum, les effets du transfert d'entreprise, la portée de l'article 11 de la loi n° 89-1009.

45 Exception faite du critère tenant à l'état de santé qui, lui, a été traité depuis longtemps de manière très efficace (loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, art. 2 et 3) en dépit de très légers doutes (E. Geslot, *TPE employant travailleurs handicapés cherche assureur pour gérer ses couvertures prévoyance*, SSL 2014, 1656) à la suite de la disparition des clauses de désignation.

46 Insee, enquête emploi 2014 : 6,7 % des salariés hommes sont en CDD contre 10,7 % des femmes ; 7,8 % des hommes sont à temps partiel contre 30,8 % des femmes.

47 En dernier lieu, C. séc. soc., art. R. 242-1-1.

48 C. séc. soc., art. R. 242-1-2 ; L. 911-7.

49 C. séc. soc., art. L. 911-7.

50 C. séc. soc., art. R. 242-1-4.

51 C. séc., soc., art. L. 911-1.

52 C. séc. soc., art. L. 911-8.



L'égalité s'imposa encore aux travailleurs installés dans l'emploi. En frappant durement, par les armes sociales et fiscales, les avantages octroyés aux salariés les plus haut placés dans la hiérarchie de l'entreprise (et la grille de rémunération), l'administration encourage la réaffectation des ressources aux autres salariés. La distinction demeure ; elle est moins « sélective » : le régime de retraite offert hier aux « cadres dirigeants » (des hommes vraisemblablement) profite aujourd'hui aux cadres (toujours des hommes, mais moins<sup>53</sup>).

Enfin, l'arme dont s'est dotée l'administration est efficace. Chacun sait les difficultés que rencontrent les victimes de discrimination à faire reconnaître leur situation. Elles s'aggravent encore au sein des régimes de protection sociale d'entreprise. Les victimes n'ont pas toujours la culture technique nécessaire (le fonctionnement des régimes est complexe : il faut parfois une expertise certaine pour en saisir l'effet discriminatoire<sup>54</sup>) ni l'émancipation culturelle suffisante (la situation discriminante est acceptée de tout temps : par exemple, l'absence d'équivalent de l'article 7 de la convention AGIRC dans le régime ARRCO) pour apprécier leur situation. En chargeant un corps « intéressé » et formé, l'URSSAF, de punir, par le redressement, les dispositions discriminantes ou inégalitaires, l'État s'assure de la mise en œuvre rapide de ces investives dans les entreprises.

Il y a fort à parier que, au jour - proche - où sera pleinement déployée cette politique, la situation des femmes au regard des régimes de protection sociale complémentaire aura sensiblement évolué. Bien d'avantage - et bien plus favorablement - en tous cas qu'au lendemain de la mise à l'écart partielle de la directive du 24 juillet 1986 au prétexte de l'article 119 du Traité.

53 Insee, enquête emploi 2014 : les femmes représentent 40,3 % des cadres.

54 La question des tables de mortalité est un exemple.