

DU DROIT DU TRAVAIL AU DROIT DE L'ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE

le point sur la situation juridique et sociale de l'indépendant

Me Jacques Barthélémy

L'explosion des nouvelles formes de travail indépendant bouleverse le paysage social et juridique. Jacques Barthélémy, un des plus fins connaisseurs du monde du travail actuel, fait le point de l'évolution récente de la réglementation et de la protection sociale à l'aube du 21^{ème} siècle. Ca bouge, et ce n'est qu'un début !

Depuis le moment où le Conseil Economique et Social m'a demandé d'être le rapporteur de l'avis sur le travail indépendant et l'entreprise individuelle, avis qui a largement inspiré la loi Madelin, un certain nombre de choses se sont passées, et, comme on pouvait l'imaginer, l'opposition manichéenne et irréductible entre contrat de travail et contrat d'entreprise s'est atténuée, pour mettre en évidence que le bloc des salariés, comme le bloc des indépendants, ne constitue pas un tout homogène.

C'EST AUTANT LA PROTECTION SOCIALE QUE LE STATUT JURIDIQUE QUI DÉFINIT L'INDÉPENDANT

C'est parce que le droit du travail, et donc le statut de salarié, est né de la civilisation de l'usine qu'a été cristallisée cette opposition manichéenne entre travail indépendant et travail salarié. La tendance expansive du salariat, accentuée par la loi et la jurisprudence, s'est en plus accrue par l'absence de protection sociale des indépendants, si bien que, contrairement à ce que l'on imagine généralement, les contentieux de la requalification de travail indépendant en travail salarié ne sont pas d'abord des contentieux du licenciement, mais des contentieux de l'accès à la protection sociale.

En ce début de siècle, et même de millénaire, la civilisation de l'usine est en train d'être mise à mal grâce aux progrès des technologies de l'information et de la communication, qui aboutissent à ce que :

- l'accès direct au savoir est fortement facilité
- les organisations hiérarchiques cèdent le pas aux organisations modulaires, et, par voie de conséquences, le concept de *cadre* bâti autour de l'idée de chef de commandement est en passe de s'effriter au profit du développement des fonctions d'expertises.

Quand votre Président disait il y a un instant : « Vous êtes indépendant, donc, vous êtes obligé d'aller chercher les clients, » je constate que, dans les entreprises aujourd'hui, c'est aussi la responsabilité que l'on demande, non à tous les salariés, mais à ceux qui exercent des fonctions d'expertise similaires à celles d'un travailleur indépendant, et que l'on évalue beaucoup plus un cadre technicien à partir de sa capacité à être un patron face à un client que d'apporter une pierre technique à l'édifice.

Cette évolution dans l'organisation du travail ne peut qu'en affecter l'organisation juridique, d'autant plus facilement que l'harmonisation de la protection sociale est aujourd'hui très avancée. Sans en faire l'historique, en matière de retraite de sécurité sociale, les artisans et les commerçants sont dans une situation identique à celle des salariés. Pour les libéraux, ce n'est pas tout à fait exact, premièrement parce que le régime de la Caisse nationale d'assurance vieillesse des professions libérales est un régime qui introduit d'abord une retraite automatique à 65 ans, mais je suppose que tout le monde y arrivera bientôt ; et deuxièmement, parce

que le montant des retraites, sur la base d'une rémunération dépassant le plafond de la sécurité sociale, est de l'ordre de 50 000 F pour les libéraux alors qu'il est de 80 000 F pour les salariés. Mais l'harmonisation s'est poursuivie au-delà, au niveau des régimes complémentaires, où le régime des artisans, par exemple, est strictement identique dans ses effets au régime ARRCO des salariés.

Ce n'est pas par hasard. C'est parce que l'artisan exerce un métier plus proche du salarié que du chef d'entreprise qui a, lui, pour ambition le profit et pour stratégie le long terme. On peut dire aussi que, dans les professions libérales, à l'instar de l'artisanat, des réflexes similaires existent. Mais par professions libérales, on a tendance généralement à désigner, dans un sens trop limitatif, les professions réglementées. Or c'est justement dans le secteur des professions libérales que va se développer l'activité indépendante consécutive à la mutation du travail engendrée par les progrès des technologies de l'information, et tous ici, vous êtes des professionnels libéraux. Il y a un indice qui est révélateur pour attester de cette évolution : la CIPAV, la caisse de retraite des ingénieurs et conseils, qui rassemble les professionnels libéraux n'appartenant à aucune profession réglementée, est la caisse qui actuellement explose au plan des adhésions. Le rapport cotisants/retraités de la CIPAV est de nature à faire pâlir de jalousie tous les régimes de retraite existant en Europe, sans même parler de la France.

Au niveau du régime complémentaire, il y a cependant une harmonisation qui reste difficile, c'est celle de la coordination, j'y reviendrai après ce rappel synthétique de la situation.

Si l'on avait limité l'ambition de l'harmonisation aux seuls régimes de base et complémentaires obligatoires, il est clair que l'intérêt pour le non-salariat n'aurait pas été suffisant, il fallait aussi s'intéresser aux régimes supplémentaires. Voilà pourquoi j'avais proposé au Conseil Economique et Social de transposer la règle de neutralité fiscale sous le plafond des régimes de retraite supplémentaires qui existent pour les salariés, c'est à dire la fameuse règle du 19 % de 8 fois le

LA FRONTIÈRE JURIDIQUE : LA SUBORDINATION

La jurisprudence nouvelle définit une frontière nette entre salarié et non salarié qui, premièrement est la même en matière de sécurité sociale et en matière du droit du travail, alors que précédemment, le champ du salariat en matière de sécurité sociale était plus vaste que celui du droit de travail.

Deuxièmement, elle définit la subordination juridique qui détermine la qualification de salarié à partir de trois critères convergents : des tâches effectuées sur instructions et ordres

plafond S.S. qui existe pour les salariés depuis très longtemps – depuis la loi du 11 juillet 1985, et en réalité bien avant, en raison d'instructions de l'administration fiscale, pour être précis du B.O.C.D du 27 avril 1967 – ce qui manifestement constituait une des causes principales de la mise en société d'un grand nombre de petites entreprises.

Approximativement, il existe 1 700 000 entreprises en nom personnel en France, et 850 000 sociétés, c'est un chiffre qu'il faut garder en tête. La tendance à considérer que l'entrepreneur en solo est un salarié qui s'ignore, tendance qui est un peu celle de l'administration du travail et de l'URSSAF, est évidemment mise à mal par un tel constat. On peut discuter de la réalité du statut du travailleur indépendant pour certains d'entre eux pour lesquels la jurisprudence permet la requalification vers un statut de salarié, mais c'est l'exception, exception qui va se manifester beaucoup plus dans les activités manuelles, soit dans le bâtiment, soit dans le transport, c'est à dire là où les ouvriers sont susceptibles d'exercer, s'ils sont travailleurs indépendants, une profession d'artisan. Dans les professions intellectuelles, le problème ne se pose pas du tout de la même manière. En revanche, sur les 850 000 sociétés, 200 000, si ce n'est plus, sont totalement fictives car elles n'ont, malgré les apparences, qu'un seul associé. Les autres associés sont des prête-noms, moyen de permettre l'accès au statut de salarié et principalement au statut de cadre et à ses régimes supplémentaires bénéficiant d'un privilège fiscal.

La loi Madelin a rendu effective ma proposition d'appliquer la même règle aux travailleurs indépendants, et tant que le montant total des cotisations sociales n'excède pas 19 % de 8 fois le plafond de S.S., les contributions sont déductibles de la base de l'impôt sur le revenu des personnes physiques. Dans ces conditions, la tendance expansive du salariat a pu être freinée et c'est bien ce que la jurisprudence a confirmé, puisque depuis un Arrêt de la Cour de cassation très important du 13 novembre 1996, l'Arrêt Société Générale concernant des conférenciers que l'URSSAF prétendait requalifier en salarié, ceux-ci ont été considérés comme n'étant pas des salariés.

du donneur d'ordre ; lequel donneur d'ordre peut contrôler l'activité du prestataire ; et peut sanctionner disciplinairement les manquements.

Enfin, et ceci est extrêmement important, le critère de participation à un service organisé, largement utilisé pendant 30 ans par la Cour de cassation pour qualifier le salarié – critère qui bien évidemment avait pour effet d'élargir sans cesse le champ du salariat puisque tout le monde participe

plus ou moins à une part de service organisé –, a été abandonné par la Cour de cassation pour n'être réduit qu'à une valeur de simple indice, indice qui est « de surcroît » et qui ne peut être invoqué par les Urssaf ou devant les prud'hommes que dans l'hypothèse où les conditions de travail sont définies unilatéralement par le donneur d'ordre.

Vous voyez, au travers de ces critères, qu'une distinction plus objective est susceptible d'être faite entre celui qui, freelance, apporte à une entreprise donneur d'ordre des prestations intellectuelles de consultant ou d'expert, et celui qui est véritablement intégré dans le processus industriel. Pour le premier, les conditions de travail ne sont pas définies unilatéralement par le donneur d'ordre mais contractuellement, et les seules sanctions possibles sont des sanctions de caractère civil ou commercial liées à une exécution fautive de la prestation – il n'y a pas de possibilité de sanction disciplinaire comme envers un salarié lié par sa subordination.

Cette jurisprudence n'est pas toujours suivie par les tribunaux inférieurs. On en a eu d'ailleurs une expérience

UNE DÉFINITION PAR LA NÉGATIVE, QUI CACHE LA VÉRITABLE FRONTIÈRE ENTRE SALARIÉS ET INDÉPENDANTS

C'est la raison pour laquelle je suis gêné d'entendre parler de statut de « l'entreprise en solo », préférant celui de « freelance ». Le fait d'avoir ou de ne pas avoir de salariés n'est pas en soi déterminant, bien que s'il y a un nombre important de salariés, il soit plus facile d'imaginer qu'on est un chef d'entreprise que si on en a pas du tout. Ce qui est déterminant, c'est que l'on qualifie ce groupe des travailleurs indépendants, à partir à la fois de la protection sociale et du droit du travail, négativement. Sont travailleurs indépendants ceux qui ne sont pas salariés.

Cette définition négative a forcément une conséquence, que l'on a tendance à globaliser, à savoir que les travailleurs indépendants, quelle que soit leur forme de travail, quel que soit l'objet de leur travail, ont un statut identique. C'est faux, parce que dans le groupe des indépendants, on peut distinguer des catégories au même titre que dans le groupe des salariés. Il est évidemment facile de comprendre qu'entre un

LA PARA-SUBORDINATION

Il est indispensable qu'on en vienne à les distinguer. C'est dans cette perspective qu'il me semble souhaitable, et j'ai beaucoup écrit sur ce sujet, de créer une catégorie juridique intermédiaire entre le contrat d'entreprise et le contrat de travail, fondée sur ce que j'ai appelé la *para-subordination*, qui peut s'appliquer de la même manière au cadre de très haut niveau ou au professionnel expert à l'intérieur de l'entre-

fâcheuse récemment concernant le groupe Accor, puisque les patrons, indépendants théoriquement, des hôtels Formule 1 se sont vus requalifier en salariés en raison d'une décision de Première Instance à Paris. Cette décision est d'autant plus surprenante que ces personnes ont quelquefois 10 à 15 salariés ; comment peut-on être salarié soi-même tout en ayant 10 à 15 salariés ? Il est vrai que le Code du Travail consacre déjà cette règle puisque son Livre 7 énumère une liste de tous les travailleurs qui, au regard des principes généraux de la subordination juridique qualifiant le salariat, ne devraient pas être salariés mais qui le sont par la volonté du législateur.

Par exemple, les travailleurs à domicile, dont il est dit dans le Code du Travail que, même s'il n'y a pas de subordination juridique, ils sont néanmoins salariés. C'est aussi le cas pour ces gérants de succursales de l'alimentation, qui sont salariés vis-à-vis de la grande distribution, et qui sont patrons des salariés qu'ils emploient. Ce n'est donc pas incompatible, en revanche il est clair que le nombre de salariés à ce moment-là est forcément limité.

ouvrier et un cadre dirigeant, il y a des nuances, lesquelles ?

D'abord un degré d'autonomie, donc de responsabilité. Si, dans le cadre de la loi Aubry 2, on distingue trois catégories de cadres pour l'application de la réglementation, et si l'on exclut de la réglementation le cadre supérieur, c'est bien parce que l'on admet, au regard de la subordination et donc de la capacité à négocier l'équilibre contractuel, des relations de travail très différentes de celles d'un ouvrier. Pour les non salariés, le problème est identique, entre le travailleur indépendant qui est dirigeant d'une entreprise exploitée en nom personnel, qui a le profit comme objectif et qui, de ce fait, développe des stratégies de long terme, et celui qui loue sa force de travail à la journée – j'emploie à dessein cette image car c'était au départ la définition du salarié – mais autrement que dans un état de subordination juridique, il y a des nuances que ne reflète pas la définition négative du travailleur indépendant.

prise, qui jouit d'une indépendance technique et pour lequel il est évident que le bénéfice du droit du travail à un effet pervers dans la mesure où il accroît de manière anormale sa protection. Pour l'ouvrier ou pour l'employé, il est certain que l'équilibre contractuel n'existe pas et, qu'en conséquence, le contrat de travail ne peut faire la loi des parties. On a donc besoin du filet protecteur du droit du travail. Mais pour l'expert, cela

ne peut avoir que des effets pervers ; comme je le dis souvent, ce n'est pas pour les ouvriers qu'on a inventé les « golden parachutes ». Dans certains Etats, l'Allemagne par exemple, cette distinction a été faite. Une partie du droit de travail s'applique à ces professionnels, une partie du droit de la sécurité sociale aussi, mais pas tout. En revanche, ils ont des droits différents, notamment un droit d'information sur la marche de l'entreprise beaucoup plus important et surtout individuel, que n'ont pas les autres salariés. Pourquoi ? parce que la nature de la relation contractuelle est beaucoup plus *intuitu personae*.

De la même manière, de l'autre côté de la ligne jaune qui marque la frontière entre salariat et non-salariat, on devrait tenir compte du fait qu'il peut y avoir des influences économiques qui déséquilibrent la relation contractuelle. Seulement, à la différence du salarié pour lequel ce déséquilibre contractuel est impossible à corriger – ce qui fait que la finalité du droit du travail, c'est d'en corriger les effets sous forme d'avantages –, pour cette catégorie-là, au contraire, l'équilibre contractuel est susceptible d'être réalisé grâce notamment aux techniques contractuelles. Si l'on rend *substantielles* les règles de procédure de négociation, si l'on rend *nuls* les engagements contractuels dès l'instant que n'ont pas été respectées un certain nombre de règles formelles permettant aux professionnels contractants avec un donneur d'ordre, comment dirais-je, de prendre du recul avant de s'engager, on peut effectivement imaginer de rétablir réellement l'équilibre entre les parties.

Peu de choses suffisent pour y parvenir, il suffit d'emprunter au droit du travail un certain nombre de ses outils – sans que pour autant le droit du travail des salariés s'applique –, je pense en particulier à la convention collective. Que sont en effet, sinon des conventions collectives, les accords tarifaires signés entre les médecins et les organismes de



sécurité sociale. On peut affirmer aujourd'hui que les médecins, et le corps médical dans son ensemble, sont en état de dépendance économique à l'égard des organismes de sécurité sociale. Malgré les apparences, ce n'est pas le patient qui est le client du médecin puisque ce n'est pas le patient qui paie. La grève qui a illustré il y a quelques semaines ma profession est là aussi pour attester que, pour une partie des avocats, le problème se pose exactement de la même manière, dès l'instant où la moitié ou les trois quarts de leurs honoraires résultent de l'aide juridictionnelle. Je ne vais évidemment pas épiloguer sur ce qui s'est passé en la matière, mais on voit bien ce qu'apporte un accord collectif.

Un autre exemple à cet égard est celui des agents généraux d'assurances. Les agents généraux d'assurances sont des travailleurs indépendants, mandataires d'une compagnie d'assurances – avec la plupart du temps un mandat exclusif puisque la réglementation ne leur permet pas, en théorie, d'avoir des mandats avec plusieurs compagnies –, ce qui les distingue notamment du courtier qui est un commerçant. Or ce contrat est un contrat déséquilibré, non pas en raison d'un état de subordination juridique, mais du fait d'un état de dépendance économique. Le syndicat des agents généraux d'assurances, la FNSAGA, a négocié avec la fédération française des sociétés d'assurances un accord qui est une véritable convention collective. J'ai d'ailleurs rédigé un article dans la revue *Droit Social*, que j'avais intitulé « Vers une convention collective de travailleurs indépendants ? » Il est intéressant de constater que, dans cette convention collective, un tiers du texte est consacré aux règles de procédures du mandat, c'est à dire au nombre de réunions qui doivent se tenir avant que le contrat puisse être signé pour permettre la réflexion suffisante du mandataire, aux informations qui doivent être remises par le donneur d'ordre au mandataire, de manière à ce que celui-ci sache exactement ce et sur quoi il négocie. C'est un ensemble d'éléments de ce type qui permet l'équilibre contractuel.

Le deuxième volet, mais j'y reviendrai dans un instant, est celui de la protection sociale. Les agents sont des travailleurs indépendants, mais leurs ressources venant de commissions versées par des compagnies d'assurances, il est logique qu'une partie de leurs cotisations de protection sociale soit acquittée directement par le donneur d'ordre. C'est ce qui est prévu dans le texte, mais par voie de conséquence, les compagnies ont demandé à contrôler la gestion des caisses. Vous voyez qu'on se rapproche du statut des salariés.

A contrario, les sous-traitants qui travaillent aujourd'hui avec l'industrie aéronautique n'ont pas pour autant passé un accord collectif avec leurs donneurs d'ordre sur les conditions tarifaires, pour éviter qu'il n'y ait une politique de perroquet en permanence entre eux. Finalement, la libre concurrence

classique les détruira tous, d'autant qu'en raison de la mise en place des 35 H, leurs clients ont tendance à transférer la précarité sur les sous-traitants. Ce sont eux, surtout s'ils sont

LE PATRIMOINE D'AFFECTATION

A partir de ce moment, on peut dessiner le contour de la division entre un exploitant de personnel dirigeant d'une entreprise, et un autre qui est indépendant, et qui revendique d'être indépendant parce qu'il refuse d'être en état de subordination juridique.

Cette frontière objective, le droit peut la construire à partir de ce que j'appellerai le « patrimoine d'affectation ». Il s'agit de permettre aux travailleurs indépendants, sous statut d'entreprise en nom personnel, de matérialiser l'affectation d'une partie du patrimoine en vue de l'exercice de leur profession. Dans notre droit français, une telle proposition heurte les civilistes orthodoxes, car il y a un principe qui remonte à Napoléon, c'est à dire à la confection du code civil, selon lequel une même personne, physique ou morale, ne peut avoir qu'un seul patrimoine. Toutes les disciplines techniques, en particulier le droit fiscal, et même le droit du travail, ont bafoué cette règle au nom du réalisme, mais elle reste quand même très prégnante. Ce respect des principes met en cause le seul moyen de donner une personnalité distincte à l'entreprise par rapport à l'exploitant, il incite donc fortement à la constitution de sociétés, puisque n'importe quelle pizzeria ambulante est aujourd'hui en SARL. Cela n'a économiquement aucun intérêt, sauf pour notre profession et pour les experts-comptables. Ne le répétez pas...

La première chambre civile de la cour de cassation vient dans un arrêt du mois de novembre 2000 de consacrer l'existence du fond libéral. Il existe depuis longtemps le fonds de commerce mais c'est la loi qui l'a prévu, depuis quelques années le fonds artisanal, c'est aussi la loi qui l'a prévu. Aujourd'hui, c'est la Cour de cassation, qui pour la première fois définit le fonds libéral, qui existe donc indépendamment d'un dispositif législatif. De surcroît le fonds libéral n'est pas matérialisé par la clientèle. Le fonds libéral, c'est le savoir-faire, c'est toute la patrimonialité immatérielle, par les pratiques qui résultent de la connaissance d'une technique. C'est important parce que, de ce fait, le cabinet du médecin, qui aujourd'hui théoriquement ne peut être vendu, pourra l'être

L'HARMONISATION DE LA PROTECTION SOCIALE

Le troisième élément sur lequel je voudrais insister est relatif à l'harmonisation de la protection sociale. Celle-ci est théoriquement effective aujourd'hui dans la mesure où, en matière de retraite et de santé, on arrive pratiquement à des prestations en nature similaires. En ce qui concerne les pres-

moins de 20 salariés, qui vont subir pleinement les effets de la réduction effective du temps de travail du donneur d'ordre.

demain. Cela veut dire que cette idée de séparer le patrimoine professionnel du patrimoine domestique est en train de rentrer dans la réalité par le biais de cette formidable évolution jurisprudentielle.

La deuxième évolution extrêmement importante est en apparence négative par rapport à ce que je viens de dire. C'est la suppression, dans le cadre de la loi Aubry 2, de l'article de L.120-3 du Code du Travail, qui, au sein de la loi Madelin, avait instauré une présomption d'absence de contrat de travail pour toutes les personnes inscrites au Registre du Commerce, au Registre des Métiers ou à l'Urssaf. Le Ministère du Travail dit avoir abrogé la loi Madelin – en fait, un article sur 60 ! Il est vrai que cet article était d'une maladresse folle, il a été le chiffon rouge qui a fait qu'à gauche et dans le milieu salarié, on s'est inquiété des conséquences de cette disposition qui pouvait apparaître comme permettant de qualifier en travailleurs indépendants de vrais salariés. En réalité, non seulement ce texte n'avait aucun intérêt mais en plus, il ne pouvait pas avoir un tel effet. Pourquoi ? parce que cette présomption de statut de non salarié existe même sans l'article L.120-3 et que la possibilité de requalifier un faux indépendant a toujours existé, avant et après la loi Madelin. La présomption d'absence de contrat de travail n'était qu'une présomption simple, dont la preuve contraire pouvait être rapportée dès l'instant que la personne se trouvait en état de subordination juridique permanente.

Mais la raison fondamentale pour laquelle il ne faut pas donner trop d'importance à l'abrogation de ce texte, c'est qu'il s'accompagnait d'un dispositif identique dans le Code de la Sécurité Sociale, l'article 311.11 au terme duquel on introduit la même règle pour la définition des salariés en matière de sécurité sociale. Cet article 311.11 n'a pas été abrogé. Vous avez un article extrêmement bien rédigé, réalisé par Philippe Coursier qui est professeur de Droit de la Sécurité Sociale à la Faculté de droit de Montpellier, qui résume parfaitement la question.

tations en espèces, c'est à dire les indemnités journalières et les rentes d'invalidités, les régimes de non salariés sont actuellement en train de combler leur retard, retard qui d'ailleurs n'était dû qu'à eux-mêmes car depuis toujours le code de la sécurité sociale prévoit que la Canam, la Caisse d'assurance

maladie des non salariés, peut créer des régimes d'indemnités journalières. Si on en a pas mis en place, c'est parce que les commerçants, les artisans et les professions libérales n'en voulaient pas. Aujourd'hui, les artisans l'ont mis en place depuis juillet 1995, les commerçants depuis le 1^{er} janvier 2001, et les professions libérales sont en train de l'étudier sérieusement. Les professions libérales sont réticentes parce que, dans leur sein, il y a les agents généraux d'assurance à qui cette mesure va faire perdre une partie des recettes – ça aussi, c'est entre nous...

Ce mouvement d'harmonisation est d'autant plus en train de se réaliser qu'il s'accompagne aussi d'un mouvement de coordination des régimes de sécurité sociale au plan européen, pour assurer la libre circulation du travailleur. Si vous avez un statut en France moins favorable que celui que vous avez en Allemagne, le passage de France en l'Allemagne ne se fera pas. Depuis longtemps, l'article 51 du traité de Rome prévoit la coordination des régimes de base et cette coordination s'est réalisée au travers d'un règlement qui, par définition, oblige aussi chaque Etat à coordonner ses différents régimes internes. Au niveau des régimes complémentaires, il y a eu plusieurs projets de directives visant à leur harmonisation. On y arrivera nécessairement le jour où sera défini dans le droit communautaire ce qu'est un fond de pension, ce qui encore loin d'être réalisé. En ce qui concerne le troisième pilier, celui des régimes surcomplémentaires bénéficiant d'un privilège de neutralité fiscale, c'est-à-dire en gros la règle des

LA PLURIACTIVITÉ

Le principal problème qui se pose en matière de protection sociale c'est celui du continuum. Aujourd'hui, vous êtes salarié et vous devenez non salarié, demain vous quittez votre fonction d'expert indépendant pour redevenir salarié, que se passe-t-il en matière de protection sociale ? Je ne suis pas ici pour aborder la solution des entreprises de portage qui est un moyen, effectivement, de résoudre le problème puisqu'on reste entièrement dans le régime de salarié, mais pour dire que, si on change de statut, il y a effectivement des dégâts, et qu'il faut absolument réduire ces dégâts à néant. En ce qui concerne le régime de base, en théorie, il ne devrait pas y en avoir compte tenu des règles de coordination qui existent, non seulement à l'intérieur de la France entre les différents régimes, mais aussi sur le plan européen.

En ce qui concerne les régimes complémentaires, il y a une difficulté parce qu'ils utilisent la technique de la répartition dans un espace limité, et ne permettent, une fois atteints les 65 ans, que de toucher des petits morceaux. Prenons l'exemple de la profession libérale, qui nous concerne tous ici : la durée moyenne de vie d'un professionnel libéral en tant que cotisant au régime de la Caisse nationale d'assu-

19 % dont je vous parlais tout à l'heure, il faut bien reconnaître – et cela aussi je le mettrais entre guillemets parce que je ne veux pas avoir d'ennuis avec certains de mes clients – que les compagnies d'assurances ont un peu perverti le système.

Pourquoi ? Parce qu'à l'origine, l'idée qui était la mienne dans le rapport du Conseil Economique et Social, et qui était aussi présente dans les travaux de l'équipe préparant la loi Madelin, c'est qu'on voulait créer, pour les travailleurs indépendants, l'équivalent des institutions de prévoyance qui existent pour les salariés : des organismes à but non lucratif ayant une personnalité morale. Dans le cadre de la loi Madelin, cela s'est matérialisé par des groupements des travailleurs indépendants sous forme d'association selon la loi de 1901, qui devaient mettre ces contrats de prévoyance à la disposition de leurs adhérents. Dans la réalité, c'est l'assureur qui a fabriqué des associations « faux nez ». Au lieu d'être des régimes collectifs de retraite à titre obligatoire comme pour les salariés, ce sont devenus des assurances groupées à adhésion individuelle, gérées directement par les assureurs.

Dans les professions où les membres ont eux-mêmes bâti le système, le problème ne s'est pas posé de la même manière. Les boulangers, par exemple, ont créé une structure Madelin, qui fonctionne tout à fait comme un régime de sécurité sociale conventionnel ; les experts-comptables ont bâti un système identique. Les contrats d'assurance sont remis à plat tous les 5 ans en faisant appel au marché.

rance vieillesse des professions libérales est de 20 ans, ce sont les statistiques de la Caisse qui le disent. Comme la quasi-totalité des professionnels libéraux, qu'ils appartiennent ou pas aux professions réglementées, ont été ou deviennent alors pour le reste de leur carrière salariés, donc cadres, il me semblerait logique que la règle de coordination financière qui a été mise en place, entre l' Agirc et l'Arcco par exemple, soit étendu entre les régimes complémentaires de ces professions libérales et le régime Agirc. Ce n'est pas facile à réaliser, et chaque fois qu'il y a eu des passerelles rendues obligatoires, pour les experts comptables et les avocats, ou pour les agents d'assurances par exemple, on s'est trouvé devant des difficultés sérieuses. Pour contourner la difficulté en ce qui concerne les avocats, on a fait relever les avocats salariés du régime des non salariés. Les agents généraux d'assurances, qui ne pouvaient pas alors constituer de société de capitaux, mais qui le peuvent depuis quelques années en devenant Présidents Directeurs Généraux ou Gérants minoritaires d'une SARL, relèvent aussi du régime de non salariés, et non pas du régime des salariés, en matière de retraite. Enfin, pour les experts comptables, nous avons été beaucoup plus loin parce que l'expert comptable salarié relève à la fois du régime salarié

et du régime non salarié, ce qui pose quelques problèmes insolubles en terme de coûts. Pourquoi insolubles ? parce que ces régimes de non salariés fonctionnent suivant la technique de la répartition et que, si on ouvre la porte au salariat, il y a un risque de paupérisation extrêmement important de ces régimes. Il faut donc protéger le système, et la meilleure protection, ce sont les règles de coordination qui permettent d'éviter que la population ne soit trop limitée.

Ce problème va se poser aussi, et à peu près dans les mêmes termes, pour les salariés. Il est vraisemblable qu'un jour on va fusionner l'Agirc et l'Arrco et donc limiter la compétence du régime des cadres à quatre fois le régime de base. Or, en 1988, on a intégré à l'Agirc le régime des cadres supérieurs, très défavorable en terme de rapport démographique. Soit les ouvriers paieront les pensions des cadres supérieurs, ce qui est un peu surprenant, soit on sortira les gens qui ont un salaire supérieur à 4 fois le plafond S.S. et se posera aussi un problème de même nature que celui que je viens d'évoquer.

Le problème du continuum se pose aussi pour les régimes supplémentaires bénéficiant de la règle de neutralité fiscale sous plafond (art. 82 ou 83 du CGI pour les salariés, régime Madelin pour les non salariés). On en a un commencement d'exécution dans la loi du 12 juillet 1996 relative à la transférabilité des réserves mathématiques acquises par un assuré dans un contrat groupe vers un autre contrat groupe : si je souscris un contrat d'assurance-vie, toute clause m'interdisant de racheter l'épargne cumulée avant l'échéance est

nulle. A l'échéance, je peux toucher soit une rente, soit un capital. De leur côté, les régimes qui bénéficient du principe de neutralité fiscale sous plafond sont des régimes collectifs, pour lesquels le code des assurances interdit tout rachat avant l'échéance s'il s'agit d'un régime de retraite – c'est à dire tout rachat avant l'âge du départ en retraite – et, de surcroît, exige que soit versée une rente à l'exclusion de toute autre prestation, en particulier de capital, parce que c'est le seul moyen de sauvegarder la nature sociale de ces régimes. Ces capitaux que l'on ne peut pas transférer à partir d'une assurance-vie puisqu'il y a interdiction absolue de les racheter avant terme (sauf invalidité ou chômage), ces capitaux que l'on a constitué par exemple dans un contrat suivant l'article 83 du CGI dans une entreprise lorsqu'on était cadre, la loi du 12 juillet 1996 permet de les transférer, soit sur un autre contrat groupe dans une autre entreprise, soit sur un contrat Madelin. C'est-à-dire qu'au moment où le cadre devient expert indépendant, il peut exiger que la réserve mathématique constituée par les cotisations employeur lorsqu'il était cadre soit transférée dans son contrat Madelin.

Le problème se pose aussi, et de manière plus dramatique, au sujet du chômage. Le régime actuel résulte d'un accord interprofessionnel qui concerne les seuls salariés, et vous savez bien que, si des mesures ont été prises pour que les prestations chomages puissent continuer à être versées lorsqu'on reprend une activité salariée modeste, la même clause n'existe pas pour les non salariés. Ceci est anormal, il faudrait absolument obtenir cette modification.

Voilà, rapidement, les évolutions qui se mettent en pratique, mais cette pratique n'est que la conséquence des mutations profondes que subit le monde de l'entreprise, liées aux progrès des technologies de l'information et de la communication. Le droit du travail, tel que nous le connaissons, est encore hérité de la civilisation d'usine ; il voit son champ se réduire. Mais en même temps va se développer *un droit de l'activité professionnelle* qui couvrira l'ensemble des formes de travail, du travail le plus subordonné au travail réellement indépendant, avec des statuts différenciés en fonction du degré d'autonomie. Cette évolution avait déjà été prévue par un éminent universitaire, voici déjà quarante ans, qui s'appelait Paul Durand, dans un article prémonitoire qu'il avait intitulé « *Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle* ». Cette évolution sera grandement facilitée par l'harmonisation de la protection sociale, voire même, pourquoi pas, par l'uniformisation de la sécurité sociale car quel intérêt avons-nous, dès l'instant où le niveau de la prestation est identique, à disposer de caisses différentes ?

Jacques BARTHÉLÉMY

