

L'évolution de la réglementation et de la jurisprudence européennes en matière de retraite

.....
par Marina Mauclaire

Cet article est une mise à jour du Questions Retraite n° 2002-52 publié en septembre 2002. Il intègre les modifications apportées à la réglementation depuis lors.



Questions Retraite en direct sur votre e-mail

Si vous souhaitez recevoir automatiquement chaque mois la version pdf de Questions Retraite, il vous suffit de vous abonner gratuitement sur le site www.cdc.retraites.fr

à la rubrique Questions Retraite. Vous pouvez également, à partir du site, télécharger tous les Questions Retraite parus à ce jour.

Aussi sur www.cdc.retraites.fr :

- ▶ études et informations sur la retraite et l'indemnisation des risques professionnels pour les employeurs, les affiliés et les retraités de la CNRACL, de l'Ircantec et de Fonpel,
- ▶ simulateurs de calcul de pensions,
- ▶ observatoire des débats parlementaires, recueil hebdomadaire des textes et analyses, observatoire des fonds de pension, revue de presse et analyse bimensuelle, monographie des régimes de retraite publique en Europe, comparaison des dispositifs, risques professionnels.

1. *Les dispositions relatives aux droits des individus : la libre circulation des travailleurs et l'égalité entre les sexes*

4

2. *Les conditions de fonctionnement des organismes gestionnaires de retraite : la libre circulation des services et la constitution d'un marché intérieur des services financiers*

17

Remarques de conclusion

26



CAISSE DES DÉPÔTS
ET CONSIGNATIONS
Direction des Retraites

Publication du Service des études de la Direction des Retraites de la Caisse des dépôts — 67, rue de Lille 75007 Paris
Directeur de la publication : Jérôme Gallot — réalisation : direction de la Communication
Contacts : Laurent Vernière tél. : 01 58 50 99 62 — courriel : laurent.vernieres@caissedesdepots.fr
Marina Mauclaire tél. : 01 58 50 99 77 — courriel : marina.mauclaire@caissedesdepots.fr

Les vues exprimées dans cette publication ne reflètent pas nécessairement celles de la Caisse des dépôts et consignations.

L'évolution de la réglementation et de la jurisprudence européennes en matière de retraite



Les conclusions rendues par les derniers Conseils européens montrent que la question des retraites est au cœur des réformes à mener dans les prochaines décennies. Cette intrusion du Conseil européen, organe d'im-

pulsion des politiques européennes, dans le domaine des retraites peut donner l'impression que les institutions de l'Union européenne (UE) *stricto sensu* n'ont pas de moyens d'actions et que cette question ne peut, dès lors, être traitée qu'au niveau politique.

Il est vrai que le poids des retraites dans les finances publiques donne toute légitimité aux autorités européennes pour donner des conseils, voire des lignes directrices, aux Etats membres afin de les diriger dans leur processus de réformes des systèmes de retraite. Mais la médiatisation des prises de position du Conseil européen ne doit pas faire oublier que les traités communautaires comportent des dispositions autorisant les institutions européennes à réglementer différents aspects des systèmes nationaux de retraite.

Chronologie des traités

5 mars 1957, *Traité de Rome* : il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958 et a institué la Communauté économique européenne.

17 et 28 février 1986, *Acte unique européen* : il est entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987 et a apporté les adaptations nécessaires à l'achèvement du marché intérieur.

7 février 1992, *Traité de Maastricht* : il a instauré l'Union politique entre les Etats membres et a considérablement modifié les traités existants. Le *Traité* a créé l'Union européenne, une notion englobant les Communautés européennes (terme qui, à cette occasion, a été remplacé par la Communauté européenne), ainsi que d'autres formes de coopération.

2 octobre 1997, *Traité d'Amsterdam* : il est entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993 et a amendé et renuméroté le *Traité de Maastricht* qui comprenait les traités sur l'Union européenne et sur la Communauté européenne.

26 février 2001, *Traité de Nice* : il modifie les traités existants. Il est entré en vigueur le 1^{er} février 2003 et a pour objectif d'adapter le fonctionnement des institutions en vue de l'élargissement de la Communauté européenne à 10 nouveaux Etats membres.

En effet, les droits sociaux, et notamment les droits à retraite, sont vite apparus comme des accessoires indispensables à la libre circulation des travailleurs, et donc à la constitution du marché unique. Afin de réaliser cet objectif fondateur de la Communauté européenne, les institutions communautaires ont été chargées de réglementer des points précis, mais ayant des incidences réelles sur les régimes de retraite. Il en est ainsi, par exemple, s'agissant de la libre circulation des travailleurs pour laquelle le *Traité de Rome* (1957) prévoit dans son article 51 la rédaction d'un règlement relatif aux droits sociaux, notamment à pension, des travailleurs migrants.

Certes, s'agissant plus largement de la protection sociale, le *Traité d'Amsterdam* (1992) pose une compétence partagée entre les Etats membres et l'UE (ce qui signifie que toute

décision dans cette matière est soumise à la règle de l'unanimité) et permet aux institutions communautaires d'édicter seulement des prescriptions minimales ⁽¹⁾. L'intégration pour la première fois d'un titre spécifique à la protection sociale souligne, cependant, la volonté des autorités européennes d'accompagner socialement le développement économique de l'UE.

Même si elles restent fortement liées à l'accomplissement du marché unique, les dispositions communautaires (cf. annexe 1) concernant directement ou indirectement les retraites peuvent être classées en deux catégories :

- celles relatives aux droits des individus ;
- celles concernant le fonctionnement des organismes gestionnaires de retraite.

Les dispositions relatives aux droits des individus concernent la préservation des droits à retraite en cas de migration des travailleurs salariés, mise en œuvre par le règlement n° 1408/71 du 14 juin 1971 ⁽²⁾, et l'égalité entre les sexes. Ce dernier volet, qui constitue aujourd'hui un objectif à part entière du Traité d'Amsterdam ⁽³⁾, a trouvé grâce à la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) une pleine application en matière de retraite.

(1) Article 136 : « La Communauté soutient et complète l'action des Etats membres [...] le Conseil peut arrêter par voie de directives, des prescriptions minimales applicables progressivement, compte tenu des conditions et des réglementations techniques existant dans chaque Etat membre ».

(2) Remplacé par le Règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de Sécurité sociale.

(3) Article 3-2 : « Pour toutes les actions visées au présent article, la Communauté cherche à éliminer les inégalités, et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes ».

Quant au fonctionnement des organismes gestionnaires de retraite, il est étroitement lié à la libre circulation des services, et notamment des services financiers.

Les acteurs au niveau européen

La Commission européenne incarne et défend l'intérêt général de l'Union. Elle est le moteur du système institutionnel communautaire :

- *détentrice du droit d'initiative législative, elle propose les textes de loi qui sont soumis au Parlement et au Conseil ;*
- *instance exécutive, elle assure l'exécution des lois européennes (directives, règlements, décisions), du budget et des programmes adoptés par le Parlement et le Conseil ;*
- *gardienne des traités, elle veille au respect du droit communautaire, conjointement avec la Cour de justice ;*
- *représentante de l'Union sur la scène internationale, elle négocie des accords internationaux, essentiellement de commerce et de coopération.*

Le Conseil constitue la principale instance de décision de l'Union européenne. Il est l'émanation des Etats membres, dont il réunit régulièrement les représentants au niveau ministériel.

Selon les questions à l'ordre du jour, le Conseil se réunit en différentes formations : affaires étrangères, finances, éducation, télécommunications...

Le Conseil assume plusieurs fonctions essentielles :

- *il est l'organe législatif de l'Union ; pour un large éventail de compétences communautaires, il exerce ce pouvoir législatif en codécision avec le Parlement européen ;*
- *il assure la coordination des politiques économiques générales des Etats membres ;*
- *il conclut, au nom de la Communauté, les accords internationaux entre celle-ci et un ou plusieurs Etats ou organisations internationales ;*
- *il partage le pouvoir budgétaire avec le Parlement ;*
- *il prend les décisions nécessaires à la définition et à la mise en œuvre de la politique étrangère et de sécurité commune, sur la base des orientations générales définies par le Conseil européen ;*
- *il assure la coordination de l'action des Etats membres et adopte les mesures dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale.*

Le Parlement européen a trois fonctions essentielles :

- *il partage avec le Conseil la fonction législative, c'est-à-dire l'adoption des lois européennes (directives, règlements, décisions). Sa participation contribue à garantir la légitimité démocratique des textes adoptés ;*

- *il partage avec le Conseil la fonction budgétaire, et peut donc modifier les dépenses communautaires. En dernière instance, il adopte le budget dans son intégralité ;*
- *il exerce un contrôle démocratique sur la Commission. Il approuve la désignation de ses membres et dispose du pouvoir de la censurer. Il exerce également un contrôle politique sur l'ensemble des institutions.*

La Cour de justice des Communautés européennes assure le respect et l'interprétation uniforme du droit communautaire. Elle est compétente pour juger les litiges auxquels sont parties les Etats membres, les institutions communautaires, les entreprises et les particuliers. Le Tribunal de première instance lui a été adjoint en 1989.

Le Conseil européen a un rôle d'impulsion politique. Instance politique, il est composé des chefs d'Etat et de gouvernement et se réunit régulièrement afin de débattre des questions au cœur de l'avenir de l'UE. C'est lui qui décide des lignes directrices des politiques à mener au niveau communautaire.

1. Les dispositions relatives aux droits des individus : la libre circulation des travailleurs et l'égalité entre les sexes

1.1 L'instauration d'une coordination des régimes de Sécurité sociale pour favoriser la libre circulation des travailleurs

La libre circulation des travailleurs étant un des éléments fondateurs du marché unique, l'article 51 du Traité de Rome ⁽⁴⁾ prévoit dès l'origine que « le Conseil adopte dans le domaine de la Sécurité sociale les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs, en instituant notamment un système permettant d'assurer aux travailleurs migrants et à leurs ayants droit :

- a) la totalisation, pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations, ainsi que pour le calcul de celles-ci, de toutes périodes prises en considération par les différentes législations nationales ;*
- b) le paiement des prestations aux personnes résidant sur les territoires des Etats membres ».*

C'est sur cette base qu'est édicté l'un des premiers textes applicables en matière de Sécurité sociale : le règlement n° 1408/71 du 14 juin 1971 ⁽⁵⁾, qui a pour objectif de rendre applicables les principes posés par l'article 51 du Traité de

(4) Article 42 du Traité d'Amsterdam.

(5) Règlement n° 1408/71/CEE du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de Sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté.

Rome. A ce texte s'est substitué, le 29 avril 2004, le Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil portant sur la coordination des systèmes de Sécurité sociale.

Son but n'est, en aucun cas, d'harmoniser les législations nationales afin que chacun se voie appliquer les mêmes règles, mais de coordonner ces législations pour que le travailleur migrant ne soit pas lésé par rapport au travailleur non migrant. Aussi, le travailleur migrant doit-il pouvoir conserver le bénéfice des droits sociaux précédemment acquis, continuer à en acquérir et être traité de la même manière que les ressortissants de l'Etat où il occupe un emploi.

1.1.1 Le champ d'application du règlement n° 1408/71 relatif aux droits sociaux des travailleurs migrants ⁽⁶⁾

Le champ d'application du règlement n° 1408/71 comprend trois composantes :

- **territoriale** : il s'applique à l'Espace économique européen (EEE) ⁽⁷⁾ ainsi qu'à la Suisse depuis le 1^{er} janvier 2002 en vertu de l'accord passé entre ce pays et l'Union européenne ;
- **personnelle** : peuvent bénéficier des dispositions du règlement n° 1408/71 les individus ayant la qualité de travailleur, qui possèdent la nationalité d'un des Etats membres ⁽⁸⁾ (ou qui sont apatrides ou réfugiés) et qui se déplacent au sein de l'EEE (et en Suisse) ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants. Il convient de noter que le règlement n° 883-2004 ne fait plus référence à la qualité de travailleur ⁽⁹⁾. Il intègre, en ce sens, la jurisprudence communautaire qui avait une vision extensive de la notion de travailleur ⁽¹⁰⁾ ;

- **matérielle** : le champ d'application matériel fixé par l'article 4 du règlement n° 1408/71 vise l'ensemble des branches de la Sécurité sociale et stipule que le règlement s'applique à « *toutes les législations relatives aux branches de la Sécurité sociale qui concernent les prestations de maladie et de maternité ; les prestations d'invalidité, y compris celles qui sont destinées à maintenir ou à améliorer la capacité de gain ; les prestations de vieillesse ; les prestations de survivants ; les prestations d'accident du travail et de maladie professionnelle ; les allocations de décès ; les prestations de chômage ; les prestations familiales...* ». Le règlement n° 883/2004 a ajouté à ces différentes branches les prestations de paternité et les prestations de préretraite ⁽¹¹⁾.

Parmi les organismes intervenant dans les domaines définis à l'article 4 ⁽¹²⁾ susvisé, seuls les régimes qui répondent à la définition du terme « législation » sont tenus de respecter le règlement n° 1408/71. Le terme législation

(6) Remplacé par le règlement n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de Sécurité sociale.

(7) L'Espace économique européen est composé des 15 pays membres de l'Union européenne ainsi que de la Norvège, du Liechtenstein et de l'Islande.

(8) La condition de nationalité est appréciée au moment où le travailleur a effectué ses services et non au moment de la demande de retraite. Cette condition n'est pas opposable à la famille du travailleur migrant (CJCE, 30/04/1996, aff.308/93).

(9) Il définit désormais le champ d'application personnel comme suit : « Le présent règlement s'applique aux ressortissants de l'un des Etats membres, aux apatrides et aux réfugiés résidant dans un Etat membre qui sont ou ont été soumis à la législation d'un ou de plusieurs Etats membres, ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants... ».

(10) Ont cette qualité ceux qui sont ou ont été assujettis en raison de leur emploi à une branche de Sécurité sociale relevant du règlement c'est-à-dire y compris les retraités et les chômeurs (CJCE, 11/06/1998, aff. 275/96).

(11) Article 3 du règlement n° 883/2004.

(12) Article 3 du règlement n° 883/2004.

désigne « pour chaque Etat membre, les lois, les règlements, les dispositions statutaires et toutes autres mesures d'application, existants ou futurs, qui concernent les branches et régimes de Sécurité sociale visés à l'article 4... »⁽¹³⁾. Pour être soumis au règlement n° 1408/71, les régimes doivent donc obligatoirement être liés à une décision des pouvoirs publics. Les régimes qui répondent à cette exigence sont qualifiés de « régimes légaux de Sécurité sociale » et correspondent globalement aux « régimes de base ». Le règlement n° 1408/71 a, par conséquent, peu d'impact dans les pays où les régimes légaux se sont très peu développés par rapport aux régimes professionnels ou aux fonds de pension comme au Royaume-Uni ou aux Pays-Bas.

Cependant, le règlement n° 1408/71 laisse la possibilité aux Etats membres d'étendre son champ d'application à des régimes qui ne remplissent pas *a priori* les conditions⁽¹⁴⁾. C'est ainsi que le gouvernement français a fait une déclaration au Conseil afin de soumettre à compter du 1^{er} janvier 2000 les régimes de retraite complémentaire ARRCO et AGIRC au règlement n° 1408/71⁽¹⁵⁾. Ces régimes sont donc depuis considérés comme des régimes légaux de Sécurité sociale, ce qui les met à l'abri de l'application des règles communautaires en matière de concurrence ; en contrepartie ils sont tenus de mettre en œuvre les règles particulièrement lourdes liées à la coordination des régimes européens⁽¹⁶⁾.

En outre, pour faire suite à la jurisprudence communautaire⁽¹⁷⁾, l'application du règlement n° 1408/71 a été étendue aux régimes spéciaux de fonctionnaires par le règlement n° 1606/98 du 29 juin 1998. En effet, la CJCE a estimé que

l'exclusion explicite des régimes spéciaux de fonctionnaires du champ d'application du règlement n° 1408/71 était contraire à l'obligation imposée par l'article 51 du Traité de Rome. Elle a, cependant, reconnu que les spécificités de ces régimes justifiaient de s'écarter pour partie des règles édictées par le règlement n° 1408/71 en matière de totalisation. C'est ainsi que les régimes spéciaux de fonctionnaires sont tenus de totaliser uniquement les périodes relevant d'autres régimes de fonctionnaires.

1.1.2 Les instruments mis en place par le règlement n° 1408/71 pour favoriser la libre circulation des travailleurs

L'égalité de traitement pour tous les travailleurs ressortissant des Etats membres

Le principe de l'égalité de traitement posé par l'article 3 § 1 du règlement n° 1408/71⁽¹⁸⁾ a pour

(13) Article 1 § j du règlement n° 1408/71 remplacé comme suit par l'article 1 § 1 du règlement n° 883/2004 : « Le terme législation désigne pour chaque Etat membre, les lois, règlements et autres dispositions légales et toutes autres mesures d'application qui concernent les branches de Sécurité sociale visées à l'article 3 § 1 ».

(14) Cette disposition a été reprise par l'article 1 § 1 sus-visé : « ce terme [législation] exclut les dispositions conventionnelles autres que celles qui servent à la mise en œuvre d'une obligation d'assurance résultant des lois et règlements visés au point précédent ou qui ont fait l'objet d'une décision des pouvoirs publics les rendant obligatoires ou étendant leur champ d'application, pour autant que l'Etat membre concerné fasse une déclaration en ce sens... ».

(15) Notification du gouvernement français au Conseil en date du 29 mars 1999.

(16) C'est aussi le cas de l'IRCANTEC qui est un régime de retraite complémentaire mais qui entre dans le champ d'application du règlement n° 1408/71 (cf. Circulaire n° DSS/DAEI/2000/396 du 12 juillet 2000).

(17) CJCE, 22/11/1995, aff. 443/93, Vougioukas.

objectif de mettre les ressortissants communautaires ayant la qualité de travailleur migrant dans la même situation que les nationaux de leur pays d'emploi. Aussi, sont prohibées les discriminations directes ou indirectes fondées sur la nationalité ⁽¹⁹⁾ et qui auraient pour conséquence de priver le travailleur migrant ⁽²⁰⁾ de droits accordés aux nationaux. Ainsi le principe fondamental qui prévaut en matière de validation des droits à retraite est que le ressortissant communautaire doit être considéré comme un ressortissant national.

Pour respecter le principe d'égalité de traitement, les textes nationaux conditionnant l'acquisition ou la liquidation de droits à la nationalité française devaient donc être modifiés. Aujourd'hui, les différents régimes ont étendu à l'ensemble des ressortissants communautaires la possibilité de cotiser, d'acquérir des droits et de percevoir une pension d'un régime français, dans la mesure où ils ont été soumis à la législation française.

Par ailleurs, le règlement n° 859/2003 du 14 mai 2003 a étendu les dispositions du règlement n° 1408/71 aux ressortissants des Etats tiers résidant légalement sur le territoire de l'UE et qui ne sont pas déjà couverts par ce règlement uniquement en raison de leur nationalité. Désormais et depuis le 1^{er} juin 2003, les résidents de l'UE bénéficient des mêmes droits que les ressortissants.

La totalisation des périodes d'assurance et la coordination des régimes

Conformément à l'article 51 du Traité de Rome, le règlement n° 1408/71 a notamment

pour but d'éviter que le travailleur migrant ⁽²⁰⁾, de par ses déplacements, ne perde le bénéfice de ses périodes d'emploi et ne soit ainsi défavorisé par rapport à la situation qui aurait été la sienne s'il avait effectué toute sa carrière dans un seul Etat membre.

L'article 45 ⁽²¹⁾ du règlement n° 1408/71 instaure, à cet effet, un système de totalisation de l'ensemble des périodes d'emploi, qui peuvent ainsi entrer en ligne de compte pour l'ouverture et le maintien du droit à des prestations de même nature dans différents Etats membres et pour le calcul de leur montant. Ainsi, lorsqu'un régime légal prévoit une période de cotisation minimale afin d'ouvrir les droits à retraite, il doit prendre en compte toutes les périodes cotisées, y compris celles cotisées sous la législation d'un autre Etat membre.

Pour être effectif, ce système nécessite, bien entendu, une coordination et un échange d'informations entre tous les régimes concernés.

(18) Remplacé par l'article 4 du règlement n° 883/2004 « A moins que le présent règlement n'en dispose autrement, les personnes auxquelles le présent règlement s'applique bénéficient des mêmes prestations et sont soumises aux mêmes obligations en vertu de la législation de tout Etat membre que les ressortissants de celui-ci ».

(19) CJCE 11/07/1980, aff. 150/79 et CJCE 12/07/1979, aff. 237/78.

(20) Il convient de rappeler que cette notion a été remplacée par celle de ressortissant par le règlement n° 883/2004.

(21) Remplacé par l'article 6 du règlement n° 883/2004: « A moins que le présent règlement n'en dispose autrement, l'institution d'un Etat membre dont la législation subordonne :

- l'acquisition, le maintien, la durée ou le recouvrement du droit aux prestations,
- l'admission au bénéfice d'une législation,
- l'accès à l'assurance obligatoire, facultative continuée ou volontaire, ou la dispense de ladite assurance, à l'accomplissement de périodes d'assurance, d'emploi, d'activité non salariée ou de résidence accomplies sous la législation de tout autre Etat membre, comme s'il s'agissait de périodes accomplies sous la législation qu'elle applique ».

Cette coordination, organisée par le règlement n° 574/72 du 21 mars 1972 fixant les modalités d'application du règlement n° 1408/71, est fondée sur la volonté de simplifier les démarches à effectuer par le futur retraité. Ainsi, celui-ci doit envoyer une demande unique à l'institution compétente de son pays de résidence ⁽²²⁾ et non auprès des institutions de chaque Etat membre dans lequel il aurait eu une activité ⁽²³⁾. Cependant, afin de protéger les droits des individus, la CJCE a reconnu que le fait de déposer sa demande à une autre institution que celle du lieu de résidence (notamment à celle de l'Etat membre dont le demandeur est ressortissant) ne peut pas être invoqué par l'organisme de retraite, afin de ne pas liquider la prestation à la date de cette première demande ⁽²⁴⁾. C'est à cette première institution que revient ensuite la charge de transmettre le dossier aux institutions compétentes.

L'exportabilité des pensions

L'exportabilité des pensions, c'est-à-dire le fait de pouvoir recevoir sa pension dans un pays différent de celui de l'organisme versant la pension, est organisée par l'article 10 du règlement n° 1408/71 ⁽²⁵⁾.

En application de ce principe, l'institution d'un Etat membre ne peut refuser de liquider ou de verser les droits à retraite au motif que le titulaire réside dans un autre Etat membre ⁽²⁶⁾. Ainsi, les dispositions des législations des Etats membres prévoyant une condition de résidence dans ledit Etat pour liquider ou continuer de verser une pension sont contraires au droit communautaire ⁽²⁷⁾. Il est à noter

que cette disposition n'a pas d'incidence pour la France car la réglementation nationale prévoit généralement que les pensions peuvent être versées dans le monde entier. La possibilité de recevoir sa pension d'une institution d'un autre Etat que celui de sa résidence ne doit, toutefois, pas aboutir à voir ses revenus taxés deux fois.

L'unicité de législation applicable

En raison de la diversité des politiques fiscales, les travailleurs migrants (cf. note 20) pourraient, en effet, voir leurs revenus soumis à deux législations en matière fiscale et risqueraient ainsi d'être imposés deux fois. Pour éviter ce problème, le principe de la territorialité a pour objectif de déterminer la législation applicable en cas de conflit entre les législations des Etats membres. La règle est que le travailleur migrant est soumis à la législation de l'Etat dans lequel il exerce son activité, même s'il réside dans un autre Etat membre. Cette règle se double du principe d'unicité de la législation applicable. Cela signifie que la détermination d'une législation applicable

⁽²²⁾ Article 36 du règlement n° 574/72.

⁽²³⁾ CJCE, 9/11/1977, aff. 41/77.

⁽²⁴⁾ CJCE, 24/10/1996, aff. 335/95, *Inasti contre Michel Picard*.

⁽²⁵⁾ Remplacé par l'article 7 du règlement n° 883/2004 : « A moins que le présent règlement n'en dispose autrement, les prestations en espèces dues en vertu de la législation d'un ou de plusieurs Etats membres ou du présent règlement ne peuvent faire l'objet d'aucune réduction, modification, suspension, suppression ou confiscation du fait que le bénéficiaire ou les membres de sa famille résident sur le territoire d'un Etat membre autre que celui où se trouve l'institution débitrice ».

⁽²⁶⁾ CJCE, 24/02/1987, aff. 379, 380 et 382/85.

⁽²⁷⁾ CJCE, 12/07/1990, aff. 236/88.

dans un Etat membre a pour effet que seule la législation de cet Etat membre lui est applicable ⁽²⁸⁾.

L'article 13 § 2b du règlement n° 1408/71 ⁽²⁹⁾ exclut, en outre, que l'Etat de résidence puisse, au titre de sa législation sociale, imposer des cotisations sur la rémunération perçue par le travailleur (cf. note 20) à l'occasion d'une activité exercée dans un autre Etat membre ⁽³⁰⁾. Le travailleur migrant (cf. note 20) ne devra donc s'acquitter de ses impôts et cotisations sociales que sur la base d'une seule législation. Cette règle a trouvé une application dans une affaire jugée par la CJCE relative à des travailleurs français employés en Belgique ⁽³¹⁾. Ces derniers subissaient à la fois des prélèvements sociaux des autorités belges et étaient soumis par voie de rôle à la CSG et à la CRDS par le gouvernement français car ils avaient leur résidence fiscale en France. La CJCE a considéré que la CSG et la CRDS ne pouvaient être prélevées sur les revenus d'activité et de remplacement des personnes qui, tout en résidant fiscalement en France, n'étaient pas à la charge du régime français de Sécurité sociale. Ce faisant, elle qualifie indirectement la CSG et la CRDS de cotisations sociales alors que le gouvernement français y voyait un impôt. Les dispositions du Code de la Sécurité sociale ⁽³²⁾ en cause ont dû être modifiées et la soumission à la CSG et à la CRDS est désormais subordonnée à deux critères : être résident fiscalement en France et relever, à quelque titre que ce soit, du régime français d'assurance maladie.

1.2 L'extension aux régimes complémentaires des mesures relatives aux régimes légaux : la portabilité des droits

Comme nous venons de le voir, le règlement n° 1408/71 a des implications directes sur la vie des citoyens européens. Son interprétation extensive par la CJCE en fait un instrument fort d'amélioration de la protection sociale des travailleurs migrants. Cette protection ne peut, cependant, être complète si elle ne tient pas compte des régimes professionnels de retraite qui sont prédominants dans certains pays. C'est en raison de ce constat que la directive n° 98/49 du 29 juin 1998 ⁽³³⁾ relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire est apparue nécessaire. Contrairement au règlement n° 1408/71, cette directive qui concerne les régimes de retraite complémentaire au sens européen, c'est-à-dire les régimes professionnels ⁽³⁴⁾, a un objectif à la fois social et financier, car elle constitue

(28) CJCE, 3/05/1990, aff. 302/84.

(29) Remplacé par l'article 11 du règlement n° 883/2004. Les articles 11 à 16 énumèrent les cas qui peuvent se présenter et la législation applicable en l'espèce.

(30) CJCE, 5/05/1977, aff. 102/76.

(31) CJCE, 15/02/2000, aff. ; 169/98 et 34/98.

(32) Article L136-1 du Code de la Sécurité sociale.

(33) Directive n° 98/49 du 29 juin 1998 relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non salariés qui se déplacent à l'intérieur de l'Union européenne.

(34) La directive n° 96-97 du 20 décembre 1996 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de Sécurité sociale définit les régimes professionnels comme les régimes « qui ont pour objet de fournir aux travailleurs, salariés ou indépendants, groupés dans le cadre d'une entreprise ou d'un groupement d'entreprises, d'une branche économique ou d'un secteur professionnel ou interprofessionnel, des prestations destinées à compléter les prestations des régimes légaux de Sécurité sociale ou à s'y substituer que l'affiliation à ces régimes soit obligatoire ou facultative ».

le premier texte d'un ensemble de travaux communautaires destinés à la fois à éliminer les entraves à la libre circulation des travailleurs et à réaliser le marché unique dans le domaine de la retraite complémentaire.

Partant du constat que les travailleurs migrants relèvent en général à la fois d'un régime légal et d'un régime professionnel, les institutions communautaires ont jugé utile de compléter la législation existante par un texte concernant ce type de droit social. L'objectif de cette directive est donc d'assurer la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs migrants. Compte tenu de son champ d'application large et hétérogène, la directive se contente d'exposer des principes généraux et laisse aux Etats membres la compétence de définir les modalités d'application, l'essentiel étant que la sauvegarde des droits soit réalisée. Ces principes généraux sont les suivants :

- égalité de traitement entre les travailleurs migrants et non migrants ;
- exportabilité des pensions ;
- information des affiliés ;
- continuité d'affiliation pour les travailleurs détachés.

1.2.1 Le champ d'application de la directive n° 98/49 du 29 juin 1998

En vertu de son article 1er, la directive s'applique à tous les « régimes complémentaires tant volontaires qu'obligatoires, à l'exception des régimes couverts par le règlement n° 1408/71 ». Dès lors qu'un régime servant des prestations de retraite ne relève pas expressément du règlement n° 1408/71, il est donc soumis à cette directive sur les régimes professionnels et acquiert,

de ce fait, la qualité de régime professionnel ; ce qui n'est pas anodin, notamment en matière de droit de la concurrence. De façon plus précise, l'article 3 ajoute qu'« aux fins de la présente directive, on entend par... régime complémentaire de pension : tout régime professionnel établi conformément à la législation et à la pratique nationales, tel qu'un contrat d'assurance de groupe, un régime par répartition conclu par une ou plusieurs branches ou par un ou plusieurs secteurs, un régime par capitalisation ou une promesse de retraite garantie par des provisions au bilan des entreprises, ou tout autre dispositif collectif ou comparable, destiné à servir une pension complémentaire à des travailleurs salariés ou non salariés ».

Il convient de noter que les régimes de retraite complémentaire obligatoires français ne sont plus concernés par cette directive depuis qu'ils ont rejoint le règlement n° 1408/71. Seuls les organismes servant des prestations de retraite supplémentaire tels que les contrats de groupe passés entre les employeurs ou les branches professionnelles et les organismes de prévoyance afin de couvrir un risque vieillesse sont donc soumis à ces dispositions.

En ce qui concerne le champ d'application matériel, la directive se limite aux prestations de retraite, éventuellement assorties de prestations invalidité et de survie, contrairement au règlement n° 1408/71 qui s'étend à l'ensemble des prestations de protection sociale.

1.2.2 Les principes édictés par la directive

Les principes édictés par la directive n°98/49, c'est-à-dire l'égalité de traitement, l'exportabi-

lité des pensions et l'obligation d'informer les affiliés, sont inspirés de ceux du règlement n°1408/71. En réalité, la directive exige simplement des Etats membres que les ressortissants communautaires qui se déplacent et sont, de ce fait, amenés à cesser de cotiser soient soumis aux mêmes règles que les nationaux dans le même cas. Le seul apport réel de la directive est le sort particulier réservé aux salariés détachés puisque les dispositions prévues par le règlement n°1408/71 sont étendues aux régimes professionnels. Ainsi, en cas de détachement d'un salarié dans un autre Etat membre, celui-ci est autorisé à continuer à verser des cotisations à un régime complémentaire de son Etat membre de départ. A l'inverse, il ne peut être obligé à cotiser à un régime complémentaire dans un autre Etat membre et notamment dans son Etat d'accueil.

Par conséquent, ces principes ont une moindre incidence que ceux édictés par le règlement n°1408/71 en matière de droits de Sécurité sociale. En effet, l'égalité de traitement posé par l'article 4 de la directive, tout comme l'exportabilité des pensions, étaient déjà appliquées en France par les organismes concernés alors que l'obligation d'information des salariés s'avère minime. Pour mémoire, il convient de rappeler que la directive n°98/49 a été transposée par l'article 15 du projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine social du 10 mai 2000. Pour la France, sont concernés par le champ de cette transposition, les régimes et couvertures complémentaires mis en œuvre par les caisses de non salariés, les institutions de retraite supplémentaire de salariés, les organismes assureurs et les régimes organisés sous la

forme d'engagement d'employeur représenté par des provisions au bilan de l'entreprise.

Si cette directive n'a pas vraiment rempli son objectif d'origine relatif à la portabilité des droits à pension complémentaire dans la mesure où elle ne va pas jusqu'à imposer un transfert ou une totalisation des droits, elle a tout de même le mérite de montrer la préoccupation qu'ont les autorités européennes de traiter globalement la question des retraites, que celles-ci soient d'origine légale ou contractuelle. L'une des missions du Forum des pensions récemment officialisé est ainsi de réfléchir à un nouveau texte concernant les retraites complémentaires, et plus spécifiquement, sur les conditions d'acquisition des droits, leur transférabilité et la possibilité d'une affiliation transfrontalière.

1.3 L'égalité entre les sexes

L'égalité entre les sexes constitue le second volet social favorisant l'émergence du marché unique. En effet, l'égalité entre les sexes est abordée par le Traité de Rome sous l'angle des rémunérations professionnelles et comme un élément en faveur de l'abolition des obstacles à la libre circulation et à la libre concurrence. Le Traité d'Amsterdam donnera ensuite à ce principe toute son ampleur en l'élargissant à une obligation d'égalité globale entre les hommes et les femmes.

1.3.1 Egalité de rémunération et égalité de traitement

Le principe de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes est posé par l'arti-

cle 119 du Traité de Rome ⁽³⁵⁾. Cet article dispose que « *chaque Etat membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail* » ⁽³⁶⁾. Il précise en outre que « *par rémunération il faut entendre, au sens du présent article, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier* ». Cette définition assez large de la « rémunération » a été précisée par plusieurs arrêts de la CJCE ⁽³⁷⁾. Cette dernière a ainsi affirmé que toute pension de retraite versée en raison de l'emploi occupé était une rémunération au sens de l'article 119 précité.

Il convient de ne pas confondre ce principe avec celui de l'égalité de traitement dans le travail qui, lui, est fondé sur l'article 118 du Traité de Rome ⁽³⁸⁾. En application de cet article complété par la directive n°76/207 du 9 février 1976 ⁽³⁹⁾, deux directives sont venues étendre le principe de l'égalité de traitement au domaine des retraites :

- la directive n° 79/7 du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de Sécurité sociale ;
- la directive n° 86/378 du 24 juillet 1986 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de Sécurité sociale, modifiée en raison des évolutions jurisprudentielles par une nouvelle directive n° 96/97 du 20 décembre 1996.

1.3.2 La mise en œuvre de l'égalité de traitement dans les régimes légaux de Sécurité sociale

La directive n°79/7 relative aux régimes légaux de Sécurité sociale ⁽⁴⁰⁾ inclut explicitement les pensions de retraite dans son champ d'application. Elle impose ainsi de ne pas faire de discrimination fondée sur le sexe concernant :

- le champ d'application des régimes et les conditions d'accès aux régimes ;
- l'obligation de cotiser et le calcul des cotisations ;
- le calcul des prestations ;
- les conditions de durée et de maintien du droit aux prestations ⁽⁴¹⁾.

Il n'est donc apparemment pas possible d'introduire, par exemple, un traitement différent entre les hommes et les femmes, compte tenu de l'écart de l'espérance de vie entre les sexes. Or, l'article 7 de cette directive donne en même temps « *la faculté aux Etats membres d'exclure de son champ d'application* :

- *la fixation de l'âge de la retraite pour l'octroi de pensions de vieillesse* ;
- *les avantages accordés en matière d'assu-*

⁽³⁵⁾ Article 141 du Traité d'Amsterdam.

⁽³⁶⁾ La CJCE a reconnu dans son arrêt Defrenne du 8 avril 1976 un effet direct à cet article, ce qui signifie qu'il est directement invocable par des particuliers lors d'un litige.

⁽³⁷⁾ Arrêt Bilka, 13/05/1986 ; Arrêt Beune, 28/09/1994 ; Arrêt Barber, 17/05/1990.

⁽³⁸⁾ Article 137 du Traité d'Amsterdam.

⁽³⁹⁾ Directive n°76/207 du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

⁽⁴⁰⁾ Cf. point 1.1.1.

⁽⁴¹⁾ Article 4 de la directive n°79/7.

rance vieillesse aux personnes qui ont élevé des enfants...

• l'octroi de droits à prestations de vieillesse ou d'invalidité au titre des droits dérivés de l'épouse... ».

Tout en posant le principe de l'égalité de traitement entre les sexes, la directive tolère donc des dérogations sur des éléments substantiels comme un âge différent de départ à la retraite ou des avantages supplémentaires accordés aux femmes du fait qu'elles ont élevé des enfants.

Le principe aurait donc pu être vidé de sa substance si la CJCE ⁽⁴²⁾ n'avait affirmé que ces dérogations étaient facultatives et devaient être interprétées de manière restrictive, compte tenu de l'importance fondamentale du principe de l'égalité de traitement. La CJCE a donc invité les États membres à procéder périodiquement à un examen des matières ainsi exclues du champ d'application de l'égalité de traitement, afin de vérifier si, compte tenu de l'évolution sociale, elles sont toujours justifiées. Elle n'a cependant pas été jusqu'au bout de sa position en jugeant elle-même si les dérogations nationales étaient légitimes. En effet, saisie de recours contre les régimes légaux, la CJCE a toujours refusé de considérer les prestations de ces régimes comme des rémunérations payées indirectement par l'employeur au sens de l'article 119 du Traité de Rome ⁽⁴³⁾. La Cour a considéré que les prestations des régimes légaux sont davantage liées à des considérations de politique sociale qu'au rapport de travail qui lie l'employeur et le salarié et qu'elles sont versées à l'assuré, non en raison de la contribution patronale mais du seul fait que celui-ci réunit les conditions légales exigées. Ce faisant, elle a jugé

que le principe de l'égalité de rémunération ne pouvait être invoqué afin de réduire la portée des dérogations de la directive n°79/7.

1.3.3 L'application de l'égalité de traitement aux régimes professionnels

La directive n°86/378 modifiée qui concerne les régimes professionnels ⁽⁴⁴⁾ de retraite pose l'interdiction d'établir des règles différentes pour les hommes et les femmes en ce qui concerne :

- les conditions d'entrée dans le régime ;
- le montant des cotisations et des prestations (pensions de retraite et de survivants), sauf si ces montants sont liés à des facteurs actuariels ⁽⁴⁵⁾ ;
- les conditions d'octroi de ces prestations.

Le champ d'application, qui est sensiblement le même que pour les régimes légaux, ne souffre ici d'aucune dérogation et le principe d'égalité de traitement doit être strictement respecté.

En outre et contrairement aux régimes légaux, la CJCE a qualifié de rémunération au sens de l'article 119 du Traité de Rome les pensions versées par les régimes professionnels ⁽⁴⁶⁾. Au-delà de l'application de la directive relative à l'égalité de traitement, les régimes profession-

(42) CJCE, Arrêt Roberts, 26/02/1986.

(43) CJCE, Arrêt Defrenne I, 25/05/1971.

(44) Cf. point 1.2.

(45) Il convient de noter que le projet de directive du 5 novembre 2003 mettant en oeuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services et la fourniture de biens et services envisage de supprimer l'inégalité de traitement entre les sexes en matière de facteurs actuariels.

(46) Arrêt Barber précité pour les droits directs ; Arrêt Ten Oever, 6/10/1993 pour les pensions de survie.

nels de retraite sont donc tenus de rendre effectif le principe d'égalité de rémunération posé par l'article 119 du Traité de Rome, s'agissant tant du montant de la prestation que de l'accès au régime. Compte tenu des impacts financiers de cette décision, la CJCE a admis que l'arrêt Barber, qui affirme cette position de principe, n'avait pas d'effet rétroactif, et en a défini des modalités d'application :

- les droits acquis avant le 17 mai 1990 (date de l'arrêt) ne sont pas modifiés par la jurisprudence européenne ;
- les droits acquis, à partir du 17 mai 1990 et jusqu'à l'établissement de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes par le régime, doivent être calculés sur la base la plus favorable ;
- les droits acquis après l'adoption d'un nouveau règlement égalisant les droits des hommes et des femmes doivent être calculés selon cette nouvelle règle qui peut être moins favorable que l'ancienne.

Cette décision signifie que des révisions de pension selon la règle la plus favorable doivent être faites en cas de litige jusqu'à l'adoption de règles établissant une totale égalité entre les hommes et les femmes.

1.3.4 Les apports récents de la jurisprudence

La CJCE a joué un rôle majeur dans l'application de l'égalité entre hommes et femmes. Elle a, notamment, été saisie de nombreux litiges concernant l'égalité de rémunération en matière de retraite. En effet, outre la question de savoir si les retraites pouvaient être considérées comme des rémunérations, se posait la

question de savoir si les régimes concernés étaient des régimes légaux ou des régimes professionnels afin de déterminer leur situation au regard de l'égalité de traitement.

C'est ainsi que l'ARRCO et l'AGIRC ont été attaquées sur une disposition litigieuse concernant les pensions de réversion qui pouvaient être perçues par les femmes à partir de 50 ans alors que les hommes devaient attendre 65 ans. Depuis l'accord du 1er février 1994 pour l'AGIRC et l'accord du 25 avril 1996 pour l'ARRCO, l'âge d'obtention d'une pension de réversion a été aligné à 60 ans à l'AGIRC et 55 ans à l'ARRCO. Après la mise en place de cette égalité, la CJCE a estimé dans son arrêt Podesta ⁽⁴⁷⁾ que les pensions versées par ces régimes de retraite complémentaire étaient des rémunérations, en raison d'un lien prépondérant d'emploi ⁽⁴⁸⁾ et que l'ARRCO et l'AGIRC étaient donc soumis à la jurisprudence Barber ⁽⁴⁹⁾. Les pensions de réversion versées par ces régimes sont donc susceptibles d'être traitées différemment selon la période concernée.

D'autre part, cet arrêt ne tient pas du tout compte de l'intégration de l'ARRCO et l'AGIRC dans le champ d'application du règlement n°1408/71, alors que les régimes légaux sont exonérés de l'application de l'égalité de rémunération en vertu de la directive n°79/7. En fait, depuis l'arrêt Beune ⁽⁵⁰⁾, la CJCE a fait

(47) CJCE, aff.50/99, 25/05/2000.

(48) C'est-à-dire entre l'activité que le salarié a occupée et le versement de sa pension de retraite.

(49) Pour faire suite à cet arrêt, l'ordonnance du n°2001-178 du 22 février 2001 a modifié l'article L 913-1 du Code de la Sécurité sociale en cause. Désormais, la seule exclusion possible en matière d'égalité de traitement est la protection de la maternité.

(50) CJCE, aff. 7/93 du 28 septembre 1994.

poindre un nouveau critère concernant les discriminations en matière de rémunération, à savoir le critère d'emploi. Ainsi, s'agissant de l'application de l'égalité de traitement, la CJCE a récemment publié deux arrêts concernant le régime français des pensions civiles et militaires de retraite, qui est considéré comme un régime légal au niveau communautaire. Il s'agissait de savoir si l'article 119 du Traité de Rome relatif à l'égalité de rémunération était applicable au régime français des pensions civiles et militaires de retraite. Dans ces deux arrêts ⁽⁵¹⁾, la CJCE a conclu :

- au caractère de rémunération au sens de l'article 119 du Traité de Rome des pensions versées par le régime des pensions civiles et militaires ;
- à l'incompatibilité des dispositions en cause avec le principe d'égalité des rémunérations posé à l'article 119.

Ces deux arrêts sont très intéressants car la CJCE se fonde sur l'application directe de l'article 119 du Traité de Rome pour juger les litiges et non, comme on aurait pu le penser, sur la directive relative à l'égalité de traitement dans les régimes légaux de Sécurité sociale. En définissant explicitement les pensions versées par le régime des pensions civiles et militaires comme des rémunérations, la CJCE permet de clarifier la qualification des prestations de retraite versées par un régime du secteur public. Cette qualification n'était pas évidente dans la mesure où le régime des pensions civiles et militaires de retraite, ayant intégré depuis 1998 le règlement n°1408/71 (devenu le règlement n°883/2004) est considéré comme un régime légal de Sécurité sociale.

La CJCE confirme ainsi que la soumission au règlement n°1408/71 n'exonère pas du

respect du principe d'égalité de rémunération défini par le traité, car il découle d'un texte supérieur. Avec ces deux jurisprudences, il est clairement affirmé que le critère déterminant est désormais celui de l'emploi, et donc du caractère de rémunération des prestations. Le raisonnement se fait en deux temps : s'il s'agit d'un régime professionnel, le principe d'égalité de rémunération s'applique directement ; si l'on est face à un régime légal, il convient de vérifier si celui-ci est basé sur la solidarité nationale ou sur un lien d'emploi. Depuis l'arrêt *Beune*, il est considéré qu'un régime légal verse des « *prestations de rémunération* », c'est-à-dire fondées sur un lien d'emploi, et non des prestations de Sécurité sociale, lorsqu'il remplit les critères suivants :

- la pension n'intéresse qu'une catégorie particulière de travailleurs ;
- la pension est directement fonction du temps de service accompli ;
- la pension est calculée sur la base du dernier traitement.

Si ces critères sont remplis, le régime légal est alors soumis au respect des mêmes principes relatifs à l'égalité entre les hommes et les femmes que les régimes professionnels. Dans ce cas, l'Etat se comporte comme tout employeur privé qui rémunère ses salariés au titre des services effectués, et non en tant que puissance publique agissant au nom d'un principe de solidarité. Quant aux régimes légaux fondés sur un principe de solidarité, la CJCE accepte, pour l'instant, qu'ils restent dans une situation dérogatoire par rapport à

(51) CJCE, aff.366/99 *Griesmar* du 29/11/2001 : application des bonifications aux pères de famille; CJCE, aff. 206/00 *Mouflin* du 13 /12/2001 : liquidation de retraite anticipée pour s'occuper du conjoint atteint d'une maladie incurable.

l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, justement en raison des impératifs de solidarité que doivent supporter ces régimes. Le régime français de Sécurité sociale, qui comporte toujours des mesures plus favorables aux femmes, semble pour l'instant, à l'abri de toute contestation.

Concernant les autres régimes de retraite français ⁽⁵²⁾, l'arrêt Podesta a été l'occasion de rendre conforme au droit communautaire les dispositions du Code de la Sécurité sociale en affirmant un principe général d'égalité de traitement entre les sexes, dont la seule exception possible reste la protection de la maternité. Les régimes dont les réglementations font référence au Code de la Sécurité sociale devraient donc, désormais, être conformes au droit communautaire en ce domaine.

Il restait donc à adapter le Code des pensions civiles et militaires, autre grand texte de référence, afin de rendre la majeure partie de la législation des régimes de retraite français compatibles avec les dispositions communautaires. C'est ce que tâche de faire le Conseil d'Etat. En effet, tirant les conclusions de la position de la CJCE sur la qualification de rémunération des prestations versées par le régime français des pensions civiles et militaires, il a jugé, sans recourir à une question préjudicielle, dans un arrêt Choukroun ⁽⁵³⁾ que la différence faite entre les hommes et les femmes par les dispositions de ce régime relatives aux pensions de réversion était contraire au principe communautaire d'égalité des rémunérations.

La loi n°2003-375 du 21 août 2003 a, en outre, tenté d'adapter le corpus de règles nationales

au principe communautaire d'égalité entre les sexes. C'est ainsi que le régime des pensions civiles a étendu aux hommes la possibilité de bénéficier de bonifications pour enfants, mais en ajoutant pour tous une condition liée à l'éducation effective des enfants. En effet, le parent doit avoir arrêté son activité professionnelle dans le but d'élever son enfant ⁽⁵⁴⁾. Cette loi est cependant loin d'être satisfaisante, en ce qui concerne le principe d'égalité entre les sexes, dans la mesure où plusieurs mesures discriminatoires demeurent :

- dans le régime des pensions civiles : retraite anticipée après 15 ans de service réservée aux mères de trois enfants ⁽⁵⁵⁾ et majoration de la durée d'assurance de deux trimestres par enfant pour les femmes fonctionnaires ayant accouché après leur recrutement ⁽⁵⁶⁾ ;
- dans le régime général : majoration de la durée d'assurance d'un trimestre par enfant élevé pour les femmes assurées sociales, dans la limite de huit trimestres par enfant ⁽⁵⁷⁾.

(52) *En dehors du régime général qui, en application de la directive sur les régimes légaux et de la jurisprudence communautaire, peut conserver des dispositions contraires au principe d'égalité de traitement entre les sexes.*

(53) Arrêt du 5 juin 2002, Req. n°202667.

(54) Article 44 de la loi du 21/08/2003 : « Le temps passé dans une position statutaire ne comportant pas l'accomplissement de services effectifs au sens de l'article L5 ne peut entrer en compte dans la constitution de droits à pension, sauf : 1°) dans la limite de trois ans par enfant légitime, naturel ou adoptif, né ou adopté à partir du 1er janvier 2004 sous réserve que le titulaire de la pension ait bénéficié : a) d'un temps partiel de droit, b) d'un congé parental, c) d'un congé de présence parentale, d) d'une disponibilité pour élever un enfant de moins de huit ans... ».

(55) *Maintien de cette disposition alors qu'elle a été censurée par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 29 janvier 2003 qui l'a appliquée à un père de famille.*

(56) Article L12 bis du Code des pensions civiles et militaires.

(57) Article L351-4 du Code de la Sécurité sociale.

2. Les conditions de fonctionnement des organismes gestionnaires de retraite : la libre circulation des services et la constitution d'un marché intérieur des services financiers

2.1 La libre circulation des services appliquée au monde des retraites

Le respect des règles de concurrence est l'un des éléments fondamentaux de la constitution d'un marché intérieur. Le principe de la libre concurrence a été posé par les articles 85 et 86 du Traité de Rome ⁽⁵⁸⁾. Ceux-ci indiquent, en effet, que les accords entre entreprises, qui ont pour effet de fausser le jeu de la concurrence, sont interdits. Cette disposition s'applique de la même façon que l'entreprise soit publique ou privée ⁽⁵⁹⁾. Par ailleurs, l'article 86 du Traité de Rome tolère que des entreprises soient en situation de monopole (légal ou de fait), mais il prohibe toute exploitation abusive de ce monopole ⁽⁶⁰⁾.

La question s'est alors posée de savoir si les organismes gérant des régimes de retraite pouvaient être considérés comme des entreprises et si leur situation de monopole pouvait être compatible avec le traité. Dans ce domaine, la CJCE a eu un rôle décisif dans la protection des systèmes de Sécurité sociale. S'agissant de la mise en œuvre d'un haut niveau de protection sociale qui est un objectif du traité ⁽⁶¹⁾ au même titre que le respect de la concurrence, la CJCE n'a pas considéré que le domaine de la protec-

tion sociale échappait par principe à l'application des règles de la concurrence. Face à ce conflit entre objectifs prioritaires, la Cour a bâti toute une jurisprudence précisant les conditions dans lesquelles les règles de la concurrence édictées par le traité s'appliquent ou non aux organismes de Sécurité sociale.

Ainsi, saisie d'une question préjudicielle afin de savoir si les organismes gérant un régime légal de Sécurité sociale étaient des entreprises, la Cour a répondu que : « *la notion d'entreprise... comprend toute entité exerçant une activité économique. En sont donc exclus les organismes concourant à la gestion du service public de la Sécurité sociale, lesquels remplissent une fonction de caractère exclusivement social et exercent une activité, fondée sur le principe de solidarité nationale* » ⁽⁶²⁾.

Afin de vérifier que l'organisme en question est effectivement un organisme de Sécurité sociale, et non une entreprise, la CJCE prend en compte les critères suivants :

- **application générale du régime** : l'ensemble d'une catégorie de travailleurs doit être concerné par le régime ;
- **caractère obligatoire du régime** : le régime doit s'appliquer obligatoirement à l'ensemble d'une catégorie de travailleurs ;

(58) Article 81 et 82 du Traité d'Amsterdam.

(59) Article 86 du Traité d'Amsterdam.

(60) « Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci... ».

(61) Article 136 du Traité d'Amsterdam.

(62) Arrêt *Poucet et Pistre*, aff. 159-91 et 160-91, 17/02/1993.

- **objectif social** : l'activité doit être sociale, c'est-à-dire autre qu'industrielle et commerciale ;
- **principe de solidarité** : le régime doit comporter une certaine redistribution, ce qui est notamment le cas pour la CJCE des régimes en répartition qui sont fondés sur une solidarité entre les générations.

La CJCE reconnaît, en outre, la possibilité pour un Etat de confier à cette catégorie d'organisme un monopole légal. Ce faisant, elle affirme que l'obligation d'affiliation et de cotisation aux organismes de Sécurité sociale n'est pas contraire à la liberté de concurrence instituée par le traité. La Cour a, par la suite, confirmé son analyse dans un arrêt ⁽⁶³⁾ concernant la conformité au regard du droit communautaire d'un décret confiant à la Caisse centrale de la Mutuelle sociale agricole (MSA), en sus de son régime obligatoire, la gestion d'un régime complémentaire facultatif par capitalisation. La CJCE a jugé que celle-ci était, dans l'exercice de cette dernière activité, une entreprise. Par conséquent, les dispositions du décret qui mettaient la Caisse en position d'exploiter sa situation de monopole de façon abusive étaient illégales ⁽⁶⁴⁾. Elle a considéré, par ailleurs, que le monopole dont bénéficiait la MSA pour son régime obligatoire était conforme au droit communautaire. La CJCE a même reconnu par la suite qu'un Etat peut rendre obligatoire l'affiliation à un fonds de pension sectoriel créé par un accord collectif, en raison de l'objet social de cet organisme ⁽⁶⁵⁾, et ainsi lui conférer un droit exclusif. Alors que la Cour qualifie ces fonds de pension d'entreprise, l'accomplissement de cet objectif social justifie que ces fonds soient dans une situation dérogatoire par rapport aux

règles communautaires de la concurrence. Les critères de solidarité et d'objet social remplis par l'organisme, aussi flous soient-ils, constituent ainsi le seul rempart à l'application des règles de la concurrence. La CJCE semble avoir pour l'instant une vision large de ces critères et préserver ainsi l'essence des régimes publics de protection sociale, qu'ils trouvent leur origine dans une décision des pouvoirs publics ou dans un accord collectif.

2.2 La réalisation d'un marché intérieur des services financiers

Le marché intérieur des services financiers est une composante du marché intérieur des services. Son contrôle et son organisation constituent, de ce fait, une compétence de l'UE, qui peut prendre des décisions dans ce domaine par le biais de règlements ou de directives votés à la majorité qualifiée. Il est donc plus facile de légiférer sur ce thème qu'en matière de protection sociale, qui reste soumise à l'unanimité. Or, en dehors de leur volet social, les organismes de retraite, notamment ceux gérant des régimes fonctionnant par capitalisation, jouent aussi un rôle essentiel en matière d'investissement financier puisqu'ils sont amenés à investir en masse sur les marchés financiers afin de couvrir les besoins futurs en termes de prestations. Le commissaire européen alors responsable de la DG

(63) Arrêt *Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA)* du 16/11/95.

(64) *L'affiliation à ce régime facultatif permettait aux intéressés de bénéficier d'une exonération fiscale de leurs cotisations ; ce qui n'est pas possible a priori dans les autres régimes facultatifs.*

(65) Arrêts *Albany, Brentjens et Bokken* du 21/09/99.

« marché intérieur » (DG XV), Sir Leon Brittan, soulignait d'ailleurs dans un discours du 2 juillet 1990 que le tiers de la Bourse de Londres était détenu par les fonds de pension britanniques et que le marché unique financier ne serait pas achevé tant qu'il n'intégrerait pas les retraites complémentaires.

Une directive concernant les assurances ⁽⁶⁶⁾ avait déjà été rédigée afin de faire un premier pas vers la constitution du marché intérieur des services financiers. Sur la base du discours du 2 juillet 1990, une directive relative aux activités des institutions de retraite professionnelle a été adoptée le 3 juin 2003.

2.2.1 Le marché intérieur des services d'assurance : la directive n° 79/267 du 5 mars 1979 modifiée

La directive assurance-vie concernait à l'origine les sociétés ayant la qualité de société d'assurance au sens de la législation nationale. Elle a été étendue aux institutions de prévoyance par la loi n°94-678 du 8 août 1994 et, plus récemment, aux mutuelles ⁽⁶⁷⁾.

Dans le but de réaliser un marché unique, la directive assurance-vie revêt un double aspect : celui de la liberté d'établissement et celui de la libre prestation de services, c'est-à-dire la possibilité de s'établir dans n'importe quel Etat membre et d'avoir une activité transfrontalière. La création de ce marché intérieur passe par la reconnaissance des normes prudentielles entre les Etats membres et l'existence d'un agrément administratif unique pour l'ensemble des Etats membres, facilitant ainsi les activités transfrontalières. Ces dispo-

sitions sont assorties de mesures favorisant la protection du consommateur.

La démarche retenue dans cette directive consiste à réaliser l'harmonisation nécessaire pour parvenir à une reconnaissance mutuelle des agréments et des systèmes de contrôle prudentiel, qui permette l'octroi d'un agrément unique valable dans toute l'UE et l'application du principe du contrôle par l'Etat membre d'origine. La directive n° 92/96 a ainsi pour objet de subordonner l'accès et l'exercice de l'activité d'assurance à l'octroi d'un agrément administratif unique, délivré par les autorités de l'Etat membre où l'entreprise a son siège social ; cet agrément unique doit permettre à l'entreprise de se livrer à des activités sur tout le territoire de la Communauté, soit en régime d'établissement, soit en régime de libre prestation de services.

Quant à la protection du consommateur, elle est réalisée par la surveillance de la solidité financière de l'entreprise et la communication d'information sur les produits proposés. En application de la directive assurance-vie, il incombe désormais aux autorités compétentes de l'Etat membre d'origine d'assurer la surveillance de la solidité financière de l'entreprise d'assurance, notamment en ce qui concerne son état de solvabilité et la constitu-

(66) Directive n°79/267 du 5 mars 1979 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe sur la vie et son exercice modifiée par la directive n° 92-96 du 10 novembre 1992 qui vient achever le processus de création du marché intérieur dans le secteur de l'assurance directe sur la vie, initié par les directives n° 79/267 du 5 mars 1979, n° 90/619 du 8 novembre 1990 et n° 91/674 du 19 décembre 1991.

(67) Transposition aux mutuelles par l'ordonnance 2001-350 du 19 avril 2001 relative au Code de la mutualité.

tion de provisions techniques suffisantes, ainsi que la représentation de ces provisions par des actifs congruents. Il est, en effet, nécessaire pour la protection des assurés que chaque entreprise d'assurance constitue des provisions techniques suffisantes et que leur calcul repose sur des principes actuariels. Ces principes doivent ensuite être coordonnés afin de faciliter la reconnaissance mutuelle des dispositions prudentielles applicables dans les différents Etats membres. Il convient, par ailleurs, de coordonner les dispositions minimales pour que le consommateur reçoive une information claire et précise sur les caractéristiques essentielles des produits qui lui sont proposés et sur les coordonnées des organismes habilités à connaître des réclamations des preneurs, assurés ou bénéficiaires du contrat. La dernière directive assurance-vie n°92/96 du 10 novembre 1992 est venue ainsi parachever la constitution d'un marché intérieur des assurances.

2.3 L'émergence d'un marché intérieur des services financiers : la directive n° 2003/41 du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des Institutions de retraite professionnelle

La directive concernant les Institutions de retraite professionnelle (IRP) complète la directive n°98/49 sur la sauvegarde des droits à pension complémentaire dans la mesure où toutes deux portent sur les régimes exclus du règlement n°1408/71. Ces deux textes recouvrent ainsi le même champ d'application, la directive n°98/49 intéressant les affiliés et la directive n°2003/41 se plaçant du point de vue des organismes de retraite. Mais la directive

n°2003/41 a surtout pour objectif d'assouplir les conditions d'investissement des IRP afin que celles-ci contribuent à la création d'un marché intérieur des services financiers.

Elle est, en effet, le résultat d'un long processus de travail et de concertation. Elle trouve son origine dans le discours de Sir Leon Brittan du 2 juillet 1990 à partir duquel la Commission a précisé dans un document de travail de la même année les trois libertés qui devraient être assurées aux fonds de retraite :

- la **liberté de prestation** de services pour les gestionnaires de fonds de retraite ;
- la **liberté d'investissement des actifs** d'un fonds de retraite à travers les frontières ;
- la **liberté d'adhérer** à un fonds de retraite à travers les frontières, afin de rendre possible la création de fonds de retraite transfrontaliers.

Sur la base de ce document, une première proposition de directive « concernant la liberté de gestion et d'investissement des fonds collectés par les institutions de retraite » a été soumise au Conseil le 21 octobre 1991, mais face aux divergences provoquées par le projet, celui-ci a été retiré ⁽⁶⁸⁾. Le débat a ensuite été relancé en juin 1997 par la publication par la Commission d'un livre vert sur « les retraites complémentaires dans le marché unique ». Après consultation de nombreux acteurs sur ce texte, la communication de la Commission du 11 mai 1999 en a tiré des conclusions et a établi un programme de travail pour 1999 et 2000. Une nouvelle proposition de directive concernant les activités des

(68) Pour plus de détails sur ces divergences, voir la lettre n°11 de l'Observatoire des retraites, « L'Europe et la retraite ».

Institutions de retraite professionnelle a été présentée au Conseil le 13 novembre 2000. Compte tenu des amendements faits par le Parlement européen en juillet 2001 et des contributions des Etats membres, la version définitive de la directive a été adoptée le 3 juin 2003.

2.3.1 Le champ d'application

L'objet de la directive est de réglementer l'activité d'organismes qui ne sont couverts actuellement par aucun texte européen. Dans la mesure où des directives européennes existent déjà, la proposition ne s'applique pas aux organismes gérant des régimes légaux de Sécurité sociale, aux sociétés d'assurance et aux organismes gérant des OPCVM. Ceux-ci restent régis par les textes déjà en vigueur ⁽⁶⁹⁾. La directive précise son champ d'application en donnant des définitions explicites des expressions « *institution de retraite professionnelle* » ⁽⁷⁰⁾ et « *prestations de retraite* » ⁽⁷¹⁾.

Plusieurs éléments sont à relever dans ces définitions et peuvent servir de critères afin de savoir, au cas par cas, si un organisme relève de la directive :

- **l'obligation d'un financement par capitalisation**, ce qui exclut de fait les régimes en répartition ;
- **le lien avec une activité professionnelle**, ce qui exclut des contrats individuels sans aucun lien avec l'employeur de type contrats d'assurance-vie ;
- **la couverture obligatoire et à titre principal du risque vieillesse** et, accessoirement, couverture facultative d'autres risques liés (invalidité, décès...).

La sortie obligatoire en rente proposée par le Parlement européen n'a pas été retenue par le Conseil qui accepte le versement d'un capital unique.

Par ailleurs, il convient de noter que ces critères sont indépendants de la nature juridique de l'organisme et sont strictement liés au produit géré. Ainsi, une institution gérant un régime légal de Sécurité sociale et proposant un produit de retraite facultatif serait soumise pour la première de ces activités au règlement n° 1408/71, et, pour la seconde, à la directive IRP et à la directive relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire ⁽⁷²⁾. De même, les entreprises d'assurance-vie peu-

(69) Ainsi l'article 2 précise que : « La présente directive s'applique aux institutions de retraite professionnelle... Elle ne s'applique pas aux a) institutions qui gèrent des régimes de Sécurité sociale couverts par le règlement (CEE) n° 1408/71, et par le règlement (CEE) n° 574/72; b) institutions qui relèvent de la directive 73/239/CEE, de la directive 85/611/CEE, de la directive 93/22/CEE, de la directive 2000/12/CE et de la directive 2002/83/CEE ; c) institutions qui fonctionnent en répartition ; d) institutions où les employés des entreprises d'affiliation n'ont pas de droit à des prestations et où l'entreprise d'affiliation peut reprendre les actifs à tout moment sans nécessairement remplir ses obligations de paiement de prestations de retraite ; e) entreprises qui constituent des provisions au bilan en vue du versement de retraites à leurs salariés ».

(70) L'article 6 définit une IRP comme : « ...Un établissement, quelle que soit sa forme juridique, qui fonctionne selon le principe du financement par capitalisation et qui est établi séparément de toute entreprise ou groupement d'affiliation dans le but de fournir des prestations de retraite liées à une activité professionnelle, sur la base d'un accord ou d'un contrat individuel ou collectif entre le ou les employeurs et le(s) salarié(s) ou leurs représentants respectifs, ou conclu avec des travailleurs non salariés, conformément à la législation des Etats membres d'accueil et d'origine et qui exerce des activités qui découlent directement de ce but... ».

(71) Les prestations de retraite sont ensuite définies dans le même article comme « ...Des prestations attribuées par référence à la retraite ou à la perspective d'atteindre la retraite ou, lorsqu'elles viennent en complément desdites prestations et sont fournies à titre accessoire, sous la forme de versements en cas de décès, d'invalidité ou de cessation d'activité, ou sous la forme d'aides ou de services en cas de maladie, d'indigence ou de décès ; pour contribuer à garantir la sécurité financière pendant la retraite, ces prestations revêtent généralement la forme d'une rente viagère ; cependant, elles peuvent également consister dans le versement d'une rente temporaire ou d'un capital unique... ».

vent être soumises à la directive IRP pour leurs activités de fourniture de retraite professionnelles ⁽⁷³⁾. En France, sont visés par la directive, quelle que soit leur nature juridique, les organismes gérant des opérations collectives à adhésion obligatoire ou facultative et des opérations individuelles proposées par l'employeur en matière de retraite.

2.3.2 Les objectifs de la directive

L'étude du contenu de la directive montre que les trois libertés (prestation de services, adhésion et investissement) définies par le premier document publié par la Commission en 1990, ont été reprises et développées. Compte tenu du contexte boursier moins favorable que dans les années 1990, elles ont été assorties de mesures destinées à protéger la situation des affiliés et des bénéficiaires.

La liberté de prestation de services et son corollaire, la liberté d'adhésion

Ces deux libertés (prestation de services et adhésion) sont les éléments fondateurs de la création d'un marché unique des retraites dans le cadre de la création « *d'un véritable marché intérieur pour les services financiers* ». La directive consacre un long article ⁽⁷⁴⁾ à l'émergence d'une activité transfrontalière, c'est-à-dire la possibilité d'adhérer à une IRP située dans un autre Etat membre et la possibilité pour une IRP de proposer ses services à des entreprises situées dans tout Etat membre. Le recours à une IRP située dans un autre Etat membre est cependant soumise au préalable à une procédure d'autorisation concertée entre

l'Etat membre où est établie l'IRP (Etat membre d'origine) et l'Etat membre dans lequel se situe l'entreprise désirant s'affilier (Etat membre d'accueil) ⁽⁷⁵⁾. L'IRP est alors soumise au respect des dispositions du droit social et du droit du travail relatives aux retraites professionnelles de l'Etat membre d'accueil ainsi qu'aux dispositions spécifiques de la directive concernant les activités transfrontalières ⁽⁷⁶⁾.

La liberté d'investissement

La liberté d'investissement revêt deux aspects : la liberté de placement et la liberté dans le choix du gestionnaire d'actifs.

La liberté de placement est reconnue aux IRP dans le sens où ces institutions ne sont pas soumises au respect de règles quantitatives strictes comme le sont les organismes d'assurance car la directive préconise une approche plus qualitative des politiques de placement. Ainsi, dans le respect du principe de prudence, « *les actifs doivent être placés au mieux des intérêts des affiliés et des bénéficiaires... Les*

(72) Article 3 : « Les institutions de retraite professionnelle qui gèrent aussi des régimes de retraite obligatoire liés à un emploi considérés comme des régimes de Sécurité sociale couverts par les règlements (CEE) n°1408/71 et (CEE) n°574/72 relèvent de la présente directive pour ce qui concerne leurs activités non obligatoires en matière de retraite professionnelle. Dans ce cas, les engagements et les actifs correspondants sont cantonnés et il n'est pas permis de les transférer aux régimes de retraite obligatoires qui sont considérés comme des régimes de Sécurité sociale ou vice versa ».

(73) Article 4.

(74) Article 20.

(75) Pour le détail de cette procédure, voir l'article 20.

(76) Articles 9 (approbation des conditions de fonctionnement), 14 (pouvoirs d'intervention de l'autorité compétente), 16 (financement des provisions techniques), 18-7 (règles de placement des actifs).

actifs représentatifs des provisions techniques doivent également être placés selon des modalités adaptées à la nature et à la durée des prestations de retraite futures prévues »⁽⁷⁷⁾.

Tirant les leçons de l'affaire Enron, le Conseil a assorti cette liberté de contraintes plus importantes que ne l'avait fait la proposition de directive qui lui avait été présentée initialement. Les actifs doivent principalement être placés sur des marchés réglementés, alors que les placements en actifs non négociés, en instruments dérivés ou émis par l'entreprise d'affiliation, doivent être limités. Ces contraintes sont durcies en cas d'activités transfrontalières ou sur décision justifiée de l'Etat membre. En outre, la faculté laissée aux Etats membres d'appliquer aux IRP les règles prudentielles posées par la directive n°92/96 relative aux assurances est renforcée dans le sens où elle est désormais indépendante de l'exercice d'activités d'assurance par les IRP. Enfin, les IRP doivent tous les trois ans ou après chaque changement majeur de la politique de placement réaliser un document décrivant les principes de la politique de placement choisie à destination de l'autorité compétente et de ses affiliés.

La liberté de choix dans le gestionnaire d'actifs constitue un élément fondamental de la création d'un marché intérieur des services financiers. Ce principe est donc clairement affirmé dans l'article 19 de la directive. Il est interdit aux Etats membres de restreindre « *la liberté des institutions de désigner un gestionnaire de placement établi dans un autre Etat membre* » et « *la liberté des institutions de confier la conservation de leurs actifs à des dépositaires établis dans un autre Etat membre et dûment agréés pour cette activité...* ».

La protection du consommateur

Dans le contexte boursier récent, l'angle financier initialement retenu par la directive a été assoupli pour donner plus d'importance aux droits des affiliés et bénéficiaires, car, au-delà des masses financières à investir, il s'agit de préserver des droits individuels. C'est pourquoi la directive insiste sur le fait que la sécurité des retraites est un objectif primordial. Pour cela, trois idées forces ont été retenues :

- l'information des affiliés ;
- le contrôle strict des conditions de fonctionnement ;
- l'application de normes prudentielles rigoureuses.

Les affiliés et bénéficiaires doivent disposer d'une information complète provenant des IRP sur les conditions générales de fonctionnement de l'institution, sur les règles du régime et sur leur situation individuelle. Ainsi, les affiliés ou leurs représentants reçoivent les comptes et les rapports annuels, toute information pertinente concernant des modifications apportées aux dispositions du régime de retraite et le plan de rétablissement des actifs⁽⁷⁸⁾ en cas de difficulté de l'institution ainsi que sur leur demande, la déclaration de principe fondant la politique de placement⁽⁷⁹⁾. Une information particulière doit être fournie aux affiliés sur les modalités du régime⁽⁸⁰⁾ leur permettant ainsi d'avoir une vision claire et transparente sur le régime et de prendre leur décision en connaissance de cause. Les retri-

⁽⁷⁷⁾ Article 18.

⁽⁷⁸⁾ Article 16.

⁽⁷⁹⁾ Article 11.

tés reçoivent, en outre, une information adéquate sur les prestations de retraite qui leur sont dues et sur leurs modalités de paiement.

Afin de limiter les risques financiers, l'IRP doit avoir une existence juridique distincte de l'entreprise d'affiliation. A ce titre, son domaine d'activité doit être strictement limité à celui décrit par la directive et l'IRP doit obligatoirement avoir été immatriculée ou autorisée ⁽⁸¹⁾. Ces contraintes ont pour objectif de clairement identifier chaque institution de manière à exercer un contrôle efficace sur son fonctionnement. C'est ainsi que les autorités compétentes des Etats membres disposent d'un droit à l'information ⁽⁸²⁾ et ont un pouvoir d'intervention et de contrôle sur pièces et sur place ⁽⁸³⁾, assorti d'un pouvoir de sanctions (administratives ou financières) ⁽⁸⁴⁾. Les contrôles portent essentiellement sur les points suivants ⁽⁸⁵⁾ :

- immatriculation ou autorisation accordée à l'institution ;
- compétence et honorabilité des dirigeants et administrateurs ;
- existence de règles régissant le fonctionnement du régime ;
- calcul ou certification des provisions techniques par un actuair ou un autre spécialiste de ce domaine, sur la base de méthodes actuarielles reconnues ;
- engagement financier de l'entreprise d'affiliation ;
- fourniture aux affiliés d'une information suffisante sur les modalités du régime de retraite ⁽⁸⁶⁾.

S'agissant de l'application de normes prudentielles rigoureuses, la directive pose dans ses considérants le principe suivant : « Les règles prudentielles énoncées dans la présente directive visent autant à garantir un niveau

élevé de sécurité pour les futurs retraités, en imposant des règles de supervision, qu'à permettre une gestion efficace des régimes de retraite professionnelle ». Les normes prudentielles peuvent donc être librement fixées par chaque institution, mais elles doivent avoir pour objectif final de respecter les intérêts des affiliés en assurant leurs droits futurs. Ce principe est conforté par le fait que l'autorité compétente peut interdire ou restreindre les activités d'une IRP qui « ne protège pas de manière adéquate les intérêts des affiliés et des bénéficiaires » ⁽⁸⁷⁾ car le rôle principal d'une IRP n'est pas de faire des investissements financiers mais de garantir des droits individuels à retraite.

La directive IRP est le résultat d'une position de compromis qui essaie de réaliser un équilibre entre la volonté européenne de créer un marché intérieur des services financiers et la nécessité de préserver les droits des individus

(80) Information sur les modalités du régime : droits et obligations des parties, risques financiers et techniques et autres risques liés au régime de retraite, nature et répartition de ces risques (article 9) et niveau que les prestations doivent atteindre, niveau des prestations en cas de cessation d'emploi, éventail des options éventuelles de placement et portefeuille de placements existant, modalités du transfert des droits à la retraite à une autre IRP en cas de résiliation du contrat de travail, financement des droits individuels accumulés (article 11).

(81) Articles 7, 8 et 9.

(82) Information par le biais de la politique de placement, des comptes et des rapports annuels et du plan de rétablissement des actifs le cas échéant.

(83) Article 13.

(84) Article 14.

(85) Article 9.

(86) Droits et obligations des parties, risques financiers et techniques et autres risques liés au régime de retraite et nature et répartition de ces risques.

(87) Article 14.

des risques financiers inhérents à l'activité sur les marchés boursiers. En ce sens, elle s'inscrit dans les défis lancés par la Commission visant à préserver la capacité des régimes à atteindre leurs objectifs sociaux, tout en maintenant la viabilité financière des régimes. Elle a, cependant, un impact réduit quant à la réalisation d'un marché intérieur des services financiers, dans la mesure où l'accent est surtout mis sur l'émergence d'institutions transfrontalières alors que la mise en œuvre de principes et de règles communes est repoussée dans le temps.

Remarques de conclusion

Que ce soit de manière contraignante, par le biais de la mise en œuvre des dispositions du traité, ou par l'utilisation de méthodes de coordination, l'Union européenne s'immisce au cœur du fonctionnement des systèmes de retraite nationaux et désire être partie prenante à leur évolution. Alors qu'il est clairement affirmé que l'organisation de la protection sociale reste du domaine de compétence des Etats membres, force est de constater que les instances européennes ont utilisé tous les moyens à leur disposition pour régler ou influencer ce domaine. C'est ainsi que l'UE a réglementé la situation des travailleurs migrants et que la CJCE s'est souciée d'ériger l'égalité entre les sexes en principe général du droit et d'arbitrer entre le droit de la concurrence et le nécessaire monopole des régimes nationaux de protection sociale. A ce titre, la Cour a joué un rôle majeur en usant de sa fonction créatrice. Elle s'est efforcée de clarifier les dispositions du droit communautaire qui, dans le domaine de la protection sociale, sont toujours le résultat d'un compromis entre Etats membres avec le souci de défendre les droits des individus. Par son interprétation large, elle est même allée au-delà des compétences déléguées par les Etats membres en invalidant les dispositions du droit communautaire dérivé ⁽⁸⁸⁾ pour faire émerger des principes découlant directement des traités. L'action de l'UE fondée sur les dispositions du traité est cependant en passe d'atteindre ses limites. Sur ce thème, la seule

(88) Le droit communautaire dérivé désigne les règlements, directives et décisions émis par les institutions communautaires.

marge de manœuvre reste l'activité de la CJCE qui est la seule à pouvoir faire évoluer ces normes.

La directive sur les IRP montre que les autorités européennes tentent d'intervenir par d'autres biais dans le domaine des retraites en faisant émerger de nouveaux types d'organismes. L'avenir de cette directive reste toutefois incertain, car elle dépend de la volonté des Etats membres d'intégrer ce type de structures dans leur système de protection sociale.

Le Traité d'Amsterdam ayant bien précisé que les compétences européennes étaient restreintes et s'exerçaient de manière subsidiaires, l'évolution du droit européen en matière de retraite semble, en dehors du rôle que peut y jouer la CJCE, limitée. L'influence de l'UE se situe aujourd'hui davantage dans les politiques d'impulsion et de coordination mises en œuvres pour aider les Etats à réformer leurs systèmes de retraite ⁽⁸⁹⁾.

(89) Sur ce point, cf. *Questions Retraite* n°42, septembre 2001, « La politique de l'Union européenne en matière de retraite », Y. Guegano.

Annexe 1

Dispositions communautaires applicables en matière de retraite

1. Libre circulation des travailleurs

- Article 51 du Traité de Rome (Article 42 du Traité d'Amsterdam).
- Règlement n°1408/71 du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de Sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent au sein de la Communauté européenne.
- Règlement n°883/2004 du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de Sécurité sociale.
- Directive n°98/49 du 29 juin 1998 relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non salariés qui se déplacent au sein de l'Union européenne.

2. Egalité entre les sexes

- Article 119 du Traité de Rome (Article 141 du Traité d'Amsterdam).
- Directive n°76/207 du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

- Directive n°79/7 du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de Sécurité sociale.
- Directive n°86/378 du 24 juillet 1986 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de Sécurité sociale, modifiée par la directive n°96/97 du 20 décembre 1996.

3. Libre circulation des services

- Articles 85 et 86 du Traité de Rome (Articles 81 et 82 du Traité d'Amsterdam).

4. Marché intérieur des services financiers

- Directive n°79/267 du 5 mars 1979 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires, et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe sur la vie et son exercice modifiée par la directive n°92/96 du 10 novembre 1992.
- Directive n°2003/41 du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle.

Annexe 2

Bibliographie

Ouvrages

« *Union européenne et protection sociale* », .
Bourrinet et D. Nazet-Allouche, La documen-
tation française.

« *Code annoté européen de la protection
sociale* », F. Kessler et J-Ph. Lhernould, éd.
Revue Fiduciaire.

Droit Social – Juillet 2002, « *L'impact sur le droit
de la protection sociale de la jurisprudence de
la CJCE relative à la libre prestation des servi-
ces* », F. Kessler et J-Ph. Lhernould.

Droit social – Novembre 2003, « *La réforme
des retraites* »

Les Cahiers de la Fonction publique - Décem-
bre 2003

Articles

Droit Social – 1996, « *L'intrusion du droit com-
munautaire de la concurrence dans le champ
de la protection sociale* », Ph. Laigre.

La lettre de l'Observatoire – Mars 1999, « *L'Eu-
rope et la retraite* » (mise à jour en septembre
2000).

Droit Social – 2000, « *La CJCE et les fonds de
pension néerlandais* », X. Pretot.

Questions Retraite n°42 – Septembre 2001,
« *La politique de l'Union européenne en
matière de retraite* », Y. Guegano.

Droit Social – Février 2002, « *L'égalité entre
hommes et femmes dans le régime spécial
des fonctionnaires* », M-T Lanquetin.

Sites Internet

www.europa.eu.int : toute la législation com-
munautaire.

www.curia.eu.int : la jurisprudence de la
CJCE.

www.legifrance.gouv.fr : toute la législation
nationale