

Retraite par capitalisation et Union européenne : retour sur la directive institutions de retraite professionnelle

*Gaël CORON **

Le 6 juin 2003, l'Union européenne a définitivement adopté une directive destinée à encadrer les activités des institutions de retraite professionnelle (I.R.P.). Cet événement est l'occasion de revenir sur le processus historique qui l'a précédé. Nous proposons, dans cet article, de lire ce processus non seulement sous l'angle des résultats juridiques obtenus, mais aussi en s'attachant aux oppositions que le texte a rencontrées et aux compromis qui ont été nécessaires à son adoption. Il s'agit de montrer à la fois le jeu politique complexe qui s'est instauré autour des projets de la Commission européenne et la construction par l'Union européenne de nouvelles catégories d'action publique qui peuvent aussi servir de cadre aux réformes nationales.

Cet article s'appuie sur une recherche menée grâce au programme du CNRS « identité européenne en question » (Coron, 2003). L'enquête était consacrée à l'influence du droit communautaire sur l'évolution du système de retraite français. Elle a permis de démontrer que, bien avant le lancement du processus de méthode ouverte de coordination (M.O.C.), la Commission et la Cour de justice ont, durant la décennie 90, posé les bases d'une intervention communautaire en matière de retraite dans la double perspective de l'achèvement du marché unique et de l'application du droit de la concurrence. Cette influence est assez largement sous-estimée notamment parce que la coupure entre institutions juridique (la Cour) et politiques (Commis-

* GREE-CNRS, université Nancy 2.

sion, Conseil et Parlement) induit aussi une division des tâches entre observateurs juristes et politistes. Dès lors, la portée politique des processus juridictionnels et le travail continu de certains acteurs, publics et privés pour anticiper les évolutions du droit communautaire sont insuffisamment pris en compte. Pour remédier à ce biais nous avons procédé non seulement à une étude des textes juridiques (arrêts ou textes préparatoires), mais aussi à une vingtaine d'entretiens semi-directifs de fonctionnaires nationaux et communautaires et de représentants des groupes d'intérêt qui ont en commun de veiller à l'application du droit communautaire ou qui cherchent, en amont, à influencer son évolution.

Concernant la directive IRP, il faut noter le rôle moteur de la Commission qui a porté le projet depuis le début de la décennie 90. En outre, la légitimation du futur texte va de pair avec la grille de lecture en trois piliers qui est constamment développée par les acteurs communautaires (voir notamment Bonoli et Palier, 2000 ; Math, 2001 et Dantec, 2003). C'est pourquoi nous nous intéresserons, dans une première partie, aux implications de cette distinction et à son usage dans le contexte spécifique de l'Union.

Nos deux parties suivantes seront consacrées à l'historique de la directive :

- une première qui correspond à la période 1990-1997 expliquera à quelles circonstances et à quelle coalition d'intérêts est dû l'échec initial du projet,

- une seconde appréciera les enjeux de la réussite obtenue en mai 2003.

Pour guider le lecteur, nous indiquons dès maintenant les quelques dates importantes du processus :

La directive IRP en quelques dates	
1990	Discours de Leon Brittan Document de travail
1991	Projet de directive déposé par la Commission
1993	Avis du Parlement européen
1994	Echec de la proposition de directive au Conseil Adoption de la Communication
1995	Plainte de la France et de l'Espagne
1997	Arrêt de la Cour annulant la Communication Livre vert « Les Retraites complémentaires dans le Marché Unique »
1998	Résumé des réponses au Livre vert
2000	Nouveau projet de directive Institutions de Retraites Professionnelles (IRP)
2001	Débat au Parlement
2002	Adoption d'une position politique au Conseil
2003	2 ^{ème} lecture au Parlement. Adoption définitive par le Conseil

L'affirmation d'un cadre pour penser les retraites

La détermination d'un cadre pour les initiatives communautaires en matière de retraite par capitalisation doit d'abord être replacée par rapport au rôle central de la Commission européenne et, particulièrement, de la direction générale « Marché intérieur ». Il faut ensuite expliciter le cadre de pensée qui permet d'affirmer l'identité des régimes de retraite professionnels avec la capitalisation. Nous nous poserons ensuite la question de savoir si cette grille de lecture fait d'ores et déjà partie du droit communautaire. Pour finir, nous étudierons les enjeux du futur texte qui coïncide, dans son champ d'application, avec le deuxième pilier.

La direction générale Marché intérieur, un acteur central

Un enjeu juridico-politique

L'assimilation de la retraite professionnelle à un produit financier est, en partie, rendue possible au niveau communautaire parce qu'elle repose sur deux éléments :

- la définition des systèmes de retraite en des termes qui favorisent le développement des dispositifs par capitalisation. Cette définition s'opère par la lecture en trois piliers de la retraite ;

- l'affirmation d'un acteur compétent pour promouvoir à la fois la montée en puissance des retraites par capitalisation et leur régulation au niveau européen. Cet acteur, la direction générale Marché intérieur, dispose, grâce aux modes de fonctionnement juridiques de l'UE, d'une grande stabilité et a pu développer, durant plus d'une décennie, des projets articulés autour du même objectif, sans qu'une alternance politique ne vienne interférer.

Mais la DG Marché intérieur doit néanmoins affirmer politiquement sa compétence propre en matière de retraite, là où les traités préservent le rôle des Etats. C'est précisément pour cette raison qu'elle promeut la lecture en trois piliers. En s'appuyant sur cette distinction, elle peut substituer implicitement à son champ d'activités juridiquement défini, le marché intérieur des capitaux, un autre beaucoup plus large, le deuxième pilier de la retraite. En effet, la division de la retraite en piliers à travers notamment, un premier pilier légal par répartition et un deuxième pilier professionnel par capitalisation, implique aussi une répartition des compétences : aux Etats, la gestion du premier pilier, aux instances européennes, la régulation du second. Les enjeux, dans notre objet, sont toujours d'une double nature : au développement de la retraite par capitalisation s'ajoute l'affirmation que cette dernière est un enjeu européen et doit donc être réglementée à ce niveau comme le sont les produits d'assurance ¹.

1. Les textes communautaires qui se sont succédé depuis la directive de 1979 encadrent les conditions d'établissement des assureurs européens, les règles prudentielles applicables, la signature de contrats entre assurés et assureurs d'Etats membres différents.

Une analyse constamment affirmée durant la décennie 90

Pour préciser la vision des systèmes de retraite défendue par la Commission, on propose la lecture de deux documents importants qui ont tous les deux servi à lancer la réflexion autour des processus législatifs. L'un est un document interne, datant du 9 octobre 1990, « l'achèvement du marché intérieur dans le domaine des retraites privées » (15/224/90)¹. Il suit le discours de Leon Brittan de la même année par lequel ce dernier affirmait la nécessité de terminer le marché unique des capitaux en créant le marché unique des fonds de pension. Le second est le Livre vert de 1997 qui se situe après l'échec essuyé devant la Cour de justice et qui sert de prélude aux nouvelles initiatives qui ont finalement abouti en 2003. On retrouve dans les deux cas la définition des piliers qui recoupe la question du champ d'application du texte.

Commençons, donc, par le document de 1990. Dans un premier temps, il y est affirmé, de manière neutre, que les retraites peuvent provenir de trois sources différentes (*i.e.* les trois piliers) :

- régimes de sécurité sociale,
- régimes complémentaires liés à un emploi ou à une profession,
- systèmes de retraite individuelle privés.

Tout en reconnaissant les difficultés que pose l'emploi de cette distinction, la Commission affirme, à la fois, le fait qu'elle est présente, « en principe », partout en Europe et qu'elle servira de base à la définition du champ d'application du futur texte :

« Ces précautions de définition étant prises en compte, le présent document sera consacré au deuxième pilier et en particulier, aux institutions financières autres que les entreprises d'assurance qui ont pour caractéristique de fournir des prestations de retraite privées individuelles ou collectives liées à un emploi ou à une profession, même si ces régimes de retraite remplacent partiellement ou intégralement des prestations qui, sinon, seraient fournies par des organismes de sécurité sociale. » (Commission européenne, 1990, p. 2).

On remarque d'emblée que le texte prend comme référence la réalité anglaise. En effet, c'est par rapport à la notion de *contracting out* qu'est insérée la notion de substitution « à des prestations qui, sinon, seraient fournies par des organismes de sécurité sociale »².

1. Nous remercions l'équipe de l'Observatoire des retraites pour avoir mis à disposition ses archives.

2. Depuis la réforme de 1985, l'opportunité a été donnée aux employés britanniques de quitter (*to opt out*) le système complémentaire par répartition s'ils achetaient une retraite privée personnelle, en capitalisation, avec un soutien financier de l'Etat (Bonoli et Palier, 2000). Dans cette situation l'institution financière se substitue donc à un organisme de sécurité sociale.

D'une manière générale, la Commission ne se limite pas à définir le deuxième pilier par sa source, la relation d'emploi, mais elle affirme l'existence d'un mode « naturel » de gestion de la retraite professionnelle. Notons que le premier glissement sémantique consiste à affirmer que les régimes « de base » n'ont pas de caractère professionnel. Mais le cas français est aussi particulièrement intéressant car il permet de saisir le deuxième aspect du glissement sémantique et la systématisme du lien professionnel = capitalisation. Le traitement dans les projets communautaires des régimes AGIRC et ARRCO¹ est à ce titre révélateur car la Commission affirme toujours que ces dispositifs ont un caractère « accidentel » et ne peuvent être vus que comme des éléments du premier pilier :

« Les systèmes de répartition impliquent une affiliation obligatoire et un contrat social entre les cotisants (ceux qui sont encore actifs et les bénéficiaires). Pratiquement tous les systèmes de sécurité sociale dans la Communauté sont financés de cette manière. Le recours à ce système pour la constitution de retraites privées est essentiellement limité à la France (...) En fait ces régimes seraient considérés plutôt comme une extension du système de sécurité sociale qu'un élément du deuxième pilier (retraites complémentaires). » (Commission européenne, 1990, p. 6)

Le même tracé est effectué sept ans plus tard. Là aussi, jusqu'à un certain point, l'entreprise de définition reste neutre car la Commission affirme qu'« en France, il existe un deuxième pilier obligatoire très important géré sur le principe de la répartition » (Commission européenne, 1997, p. 2). Mais au moment de compter la part en Europe des différents piliers, l'identité deuxième pilier / capitalisation est clairement affirmée. Pour le chiffre concernant le premier pilier, une note à la fin du document affirme qu'il « inclut également le deuxième pilier français, système financé par répartition présentant de nombreuses caractéristiques d'un régime public ». (Commission européenne, 1997, non numéroté).

La Commission se lance ensuite dans une comparaison entre premier et deuxième pilier qui ne peut donc se comprendre que par rapport aux avantages / inconvénients de la capitalisation et de la répartition.

Il faut remarquer que les avantages du premier pilier sont logiquement marqués par une lecture anglo-saxonne : « offre une couverture quasi-universelle, favorise la solidarité au sein des générations et entre elles, atténue les problèmes de pauvreté dans la vieillesse et évite aux individus certaines difficultés financières liées à la longévité » (Commission européenne, 1997, p. 3).

1. Les régimes complémentaires français sont inter-professionnels et fonctionnent par répartition sans intervention directe des pouvoirs publics dans leur gestion.

Les régimes de deuxième pilier sont, eux, présentés d'une façon assez avantageuse et qui tait un certain nombre de débats économiques. Il est notamment affirmé qu'il existe « *une grande insensibilité à l'évolution démographique* » (Commission européenne, 1997, p. 4). Du côté des inconvénients, ils viennent, par exemple, du caractère insuffisamment universel ou du fait que les arrangements obligatoires, comme dans le cas de la répartition, sont susceptibles de « fausser le marché de l'emploi ». Cette proposition revient à établir une préférence pour une régulation par la concurrence des institutions par capitalisation. En dernier lieu, dans la liste des inconvénients, il est affirmé que « *le rendement des placements peut ne pas répondre aux attentes* » (Commission européenne, 1997, p. 4).

Les trois piliers, catégories juridiques ?

Malgré l'affirmation continue de cette vision des systèmes de retraite par la Commission, la théorie des trois piliers n'est pas une catégorie explicitement utilisée par le droit communautaire. En effet, la protection sociale n'étant pas une matière européenne, on ne rencontre, dans le droit en vigueur, que des textes qui saisissent la retraite ou plus largement la protection sociale sous un angle spécifique :

- le régime de coordination des systèmes de sécurité sociale concerne les salariés qui se déplacent au sein de l'Union et a pour but de leur permettre de conserver leurs droits acquis auprès des systèmes de sécurité sociale nationaux ;

- le principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes trouve à s'appliquer puisque la Cour de justice des communautés européennes assimile les prestations d'un régime professionnel de retraite à un élément de rémunération ;

- surtout, le droit de la concurrence est aussi susceptible d'être partiellement appliqué à des régimes de protection sociale. La Cour a été saisie, par le biais de renvois en interprétation¹, de demandes qui contestent les monopoles publics instaurés au profit des caisses de retraite gérant des régimes légaux ou complémentaires². Cette jurisprudence est susceptible de re-

1. Procédure de l'article 177 du Traité de Rome par laquelle un juge national, dans un cadre contentieux, demande au juge communautaire une interprétation des textes communautaires pour l'appliquer au cas d'espèce. L'usage extensif de cette procédure a conduit la C.J.C.E. à en faire une occasion de procéder à un examen de la conformité du droit national au droit communautaire.

2. En cela, le destin des régimes de protection sociale est solidaire des autres services publics. Comme l'écrit F. Scharpf, « dans aucun des Etats membres de la communauté européenne, il n'a été possible de lancer une attaque juridique victorieuse contre le statut privilégié du service public ou des *staatsnahe Sektoren* en arguant du fait que la loi les autorisant constituait une infraction au droit de la concurrence. Mais cette victoire qui échappa toujours sur le plan national aux théoriciens du droit de la concurrence leur fut autorisée par la constitutionnalisation de celui-ci au niveau européen » (Scharpf, 2000).

mettre en cause les équilibres entre régimes obligatoires et régimes facultatifs. Surtout, le juge communautaire qui définit *ad hoc* la protection sociale doit fournir un cadre d'interprétation qui détermine sur quelles bases un dispositif est préservé du droit de la concurrence.

Pour se faire, la Commission, qui est aussi un acteur juridique, lui propose de s'appuyer sur la lecture en piliers de la retraite. En effet, la Commission intervient dans le cadre des recours en interprétation pour présenter au juge l'état du droit et des situations nationales et pour proposer des solutions conformes à l'intérêt communautaire. Les études menées par Sweet et Caporaso (Sweet et Caporaso, 1998) ont démontré que, dans une énorme majorité des cas ¹, les solutions proposées par la Commission sont reprises par la Cour. Certes, le dépôt des conclusions n'est pas dû à une direction générale mais au service juridique qui peut opérer une médiation entre les visions antagonistes de certaines directions (comme d'éventuelles divergences entre la DG Marché intérieur et la DG Emploi et Affaires sociales). Mais, comme la théorie des trois piliers se présente non comme un projet mais comme une description de l'existant, elle est aisément reprise par les juristes et présentée à chaque affaire d'importance comme un guide pour l'application des règles de concurrence.

On peut donc, à l'aune de ce qui vient d'être dit, lire la jurisprudence classique sur les rapports entre systèmes de retraite et droit de la concurrence à travers son adéquation à la théorie des piliers. En effet, elle définit des régimes obligatoires gérés par l'Etat, fonctionnant par répartition et qui échappent par principe au droit de la concurrence (premier pilier) et des régimes professionnels en capitalisation dont les acteurs sont avant tout économiques et qui ne peuvent échapper à la concurrence que dans un cadre très restreint (deuxième pilier).

L'arrêt *Pistre et Poucet* de 1993 (C-159 et C-160/91 ; arrêt du 17.02.1993) correspond à la première situation. L'affaire concerne des régimes non salariés / non agricoles français ². La Cour se fonde essentiellement sur deux éléments :

1. 88 % ; (statistiques basées sur 91 affaires en matière de politique sociale traitées entre 1970 et 1992).

2. À la fois un régime d'assurance-vieillesse géré par la Caisse Autonome Nationale de Compensation de l'Assurance Vieillesse de l'Artisan (CANCAVA) et un régime d'assurance maladie-maternité à travers la Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon (CAMULRAC).

D'une manière générale, la protection sociale des travailleurs non-salariés, non-agricoles, artisans et commerçants est gérée par des organismes autonomes. Pour l'assurance-vieillesse coexistent trois assurances obligatoires par répartition dont la première a été instaurée par la loi et les deux autres par décret. De plus, ces mécanismes sont soumis au contrôle de deux ministères.

- l'existence d'un principe de solidarité constitué par l'usage de la répartition, l'existence de droits gratuits (i.e. non contributifs) et de mécanismes de compensation avec les autres régimes ;

- l'absence d'autonomie de l'organisme soumis à une forte tutelle (fixation du taux de cotisation et de prestation).

Etant donné ces éléments, la gestion du régime n'est pas une activité économique et les caisses en cause (CANCAVA et CAMULRAC) ne sont pas des entreprises. Or, l'entreprise, elle-même définie par le fait qu'elle exerce une activité économique, est le critère principal d'application du droit de la concurrence. Donc, puisqu'il n'y a ni entreprise, ni activité économique, il n'y a pas application du droit de la concurrence.

L'arrêt *FFSA* (C-244/94 ; arrêt du 16.11.1995) ou *Coreva* fournit un exemple inverse. Il s'agit d'un régime français (Coreva) facultatif et par capitalisation mis en place au profit des exploitants agricoles et géré par l'organisme qui a en charge le régime de base, la Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse-Maladie des Agriculteurs (CNAVMA) ¹. Un certain nombre d'assureurs français ont mis en cause le fait que la déductibilité fiscale des cotisations n'était acquise que si l'exploitant était affilié à Coreva. Selon eux, cela constituait une atteinte à la concurrence. Durant l'instance, la Commission proposera de considérer Coreva comme un régime de deuxième pilier. Le raisonnement de la Cour est, comme celui de la Commission fortement empreint de droit de la concurrence. Pour examiner si le monopole fiscal de déductibilité des cotisations sociales à Coreva est justifié au regard du droit de la concurrence, la Cour se place dans l'optique du consommateur (l'exploitant agricole) qui a le choix entre différents « produits ». Or, ce choix ne peut être fait dans des circonstances de concurrence pure et parfaite puisque la déductibilité fiscale n'est autorisée que pour Coreva. La jurisprudence *Pistre et Poucet* n'est pas applicable : pas de répartition, pas d'affiliation obligatoire et un fond social faible. Surtout, la Cour a estimé que la CNAVMA jouissait d'une trop grande autonomie dans la mise en place du dispositif. Or, en droit de la concurrence, une atteinte peut être excusée si un acteur économique est totalement contraint dans ses décisions par la réglementation. Une trop grande indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics est, à l'inverse, un indice de non-respect de la concurrence.

La Cour a donc jugé que la gestion de Coreva était une activité économique, ce qui a conduit à dire que la CNAVMA était une entreprise. Mais, cette dernière affirmation ne s'applique pas à la gestion de la protection sociale de base. Il faut remarquer que le raisonnement de la Cour laisse totale-

1. Depuis lors, la CNAVMA est devenue Caisse Centrale de Mutualité Sociale Agricole (CCMSA).

ment de côté tout aspect collectif (gestion par les intéressés du système) puisqu'elle compare, terme à terme, Coreva et les contrats d'assurance-vie que les exploitants concluaient avant l'établissement du régime ¹.

A cette époque, on voit donc une dualité assez simple : d'un côté, le premier pilier confié à l'Etat et géré par répartition sans intervention de la concurrence, de l'autre, le deuxième pilier avec une régulation par le marché des rapports entre assurés et institutions de retraites. Pourtant, la Commission a aussi affirmé, dès cette époque, dans ses conclusions, la possibilité d'un deuxième pilier « solidaire » avec en ligne de mire des situations de types néerlandais. Cette possibilité va être développée dans la suite de la jurisprudence.

En effet, l'arrêt *Albany* de 1999 (C-67/96 ; arrêt du 21.09.1999) complique légèrement le schéma. L'espèce concerne un fonds de pension sectoriel néerlandais avec représentation paritaire et auquel l'affiliation a été rendue obligatoire par une convention collective. Dans ce cas, la Cour reconnaît le caractère d'entreprise de la structure et donc l'application, de principe, du droit de la concurrence. Mais, elle admet la légalité de l'affiliation obligatoire qui était en cause sur la base d'un article du Traité protégeant les missions économiques d'intérêt général. Ceci est dû à l'existence de mécanismes de solidarité, et notamment l'absence de « tri » entre les « bons » et les « mauvais » risques. La Commission avait, en outre, appuyé cette idée durant l'instance. L'effet de l'arrêt est d'admettre dans le deuxième pilier une spécificité pour certaines caisses établies conventionnellement mais aussi de relativiser pour l'application du droit de la concurrence et la définition de la protection sociale la distinction répartition/capitalisation.

Les enjeux du deuxième pilier

Le deuxième pilier, en tant que champ d'application du futur texte, doit donc être vu comme un espace fermé et à deux dimensions :

- Fermé, parce que le débat exclut implicitement la question du choix entre répartition et capitalisation. La nature des acteurs et des discussions conduit à se centrer sur les modalités techniques de mise en place d'institutions européennes de retraite par capitalisation. Lorsque des acteurs étrangers au secteur (syndicats ou représentants des administrations sociales) voudront se saisir de la question, le cadre du débat, celui de normes techniques et prudentielles nécessaires au développement des fonds de pension, pourra toujours leur être opposé pour affirmer que leurs propositions ne sont pas pertinentes au regard des sujets en cause. De plus, les défenseurs du texte pourront aussi réaffirmer que les Etats nationaux restent libres de

1. Pour une analyse juridique différente, voir Laigre, 1993.

fixer les termes de l'équilibre entre répartition et capitalisation. On voit ici l'un des principaux effets politiques de la distinction entre piliers : c'est la fragmentation de la question de la retraite telle qu'elle peut être vue au niveau national. L'assimilation du deuxième pilier au marché unique définit les acteurs autorisés à s'exprimer dans le champ qui est en train d'être créé.

La première dimension concerne la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres.

Les oppositions se situent alors essentiellement entre d'une part, les garants de « l'intérêt communautaire », c'est-à-dire les services de la Commission et, d'autre part, les représentants des Etats, institutionnellement représentés au Conseil. Dans la procédure d'adoption des textes, la Commission doit anticiper l'acceptabilité de ses propositions au niveau du Conseil. Elle est donc amenée à tenter de ménager le Conseil en excluant par avance certains sujets sur lesquels l'opposition des Etats est par trop importante.

C'est le cas notamment du mode d'imposition des régimes professionnels de retraite fonctionnant par capitalisation : que faut-il taxer ou plutôt à quel moment ? L'appel des cotisations ? Les revenus des investissements ? Ou le paiement de la prestation finale ? Le mode dominant en Europe consiste à exonérer d'impôts les cotisations par le biais de la déductibilité fiscale, à exonérer les revenus des investissements et plus-values de l'institution de retraite et à taxer les prestations. Ce système est appelé EET. Trois Etats (Danemark, Espagne et Suède) fonctionnent avec des systèmes ETT (cotisations exonérées, revenus des capitaux et prestations taxées). Enfin, deux Etats (le Luxembourg et l'Allemagne pour une part) appliquent des systèmes TEE (cotisations taxées, revenus du capital et prestations exonérées). La question de la fiscalité est essentielle pour l'aboutissement d'institutions capables de gérer de manière transnationale la retraite par capitalisation. Pourtant, il s'agit d'un des champs de compétence les plus farouchement défendus par les représentants des Etats.

Il existe d'autres sujets où le clivage entre représentants des Etats et représentants de l'Union semble pertinent bien qu'il doive être combiné avec d'autres éléments :

- d'abord, le contenu des normes prudentielles quand celles-ci peuvent avoir un impact macro-économique sensible. C'est le cas notamment de l'obligation de congruence qu'incluent un certain nombre de droits nationaux. Les actifs qui vont servir à verser une retraite doivent être libellés, pour une certaine part, dans la même monnaie que la prestation. Cette contrainte est beaucoup moins influente depuis la création de l'Euro. Mais, par exemple, en 1990, les assureurs étaient contraints à placer 80 % des fonds collectés à travers des produits d'épargne-retraite en actifs libellés en francs. Depuis le passage à la monnaie unique, la question est celle de la part des actifs libellés en monnaies autres que l'Euro. Par ailleurs, les nor-

mes prudentielles d'un Etat peuvent obliger une institution de retraite à posséder un certain volume de ses actifs en emprunts d'Etat, ce qui, d'une part, garantit à l'Etat en question un débouché pour ses emprunts et, d'autre part, présente une sécurité accrue pour les futurs retraités ;

- ensuite, si la possibilité de fonds de pension transfrontaliers est admise, quel droit est applicable et qui l'applique ? Cette question est posée aussi bien en termes prudeniels (les normes de gestion des fonds) qu'en termes sociaux (les droits à pension ou les droits à une représentation des salariés). Est-ce l'Etat d'où est originaire l'entreprise qui s'affilie ou celui d'où est originaire l'institution de retraite professionnelle ? Si une entreprise française verse des cotisations à un fonds de pension néerlandais pour la retraite complémentaire de ses salariés, est-ce le droit social français ou néerlandais qui est applicable ? Et est-ce l'Etat français ou l'Etat néerlandais qui exerce le contrôle de l'effectivité de ce droit ?

La deuxième dimension du débat concerne les acteurs économiques aptes à agir sur le marché européen de la retraite par capitalisation. Ces affrontements ont été particulièrement visibles lors de la seconde procédure et nous y reviendrons.

Mais on peut d'ores et déjà signaler qu'ils opposent essentiellement les représentants des assureurs et ceux des fonds de pension, tous les deux disposant de groupes de pression au niveau communautaire :

- le Comité Européen des Assurances (CEA) est une structure qui a pour fonction de représenter les fédérations nationales d'une trentaine de pays au niveau des instances communautaires. Son siège se trouve à Paris bien qu'il dispose évidemment d'un bureau à Bruxelles. Ses activités vont au-delà du lobbying politique. En effet, les assureurs étant partie prenante du marché unique, notamment en ce qui concerne les directives vie et non-vie, le CEA tient lieu d'interlocuteur institutionnel vis-à-vis des instances communautaires y compris pour une multitude de dossiers techniques ayant trait à l'application de la réglementation européenne.

- l'Européen Fédération for Retirement Pensions (EFRP), le lobby qui représente les fonds de pension au niveau européen est dans une situation différente puisque son véritable « objet social » est de faire aboutir la future législation permettant à ces groupes de bénéficier du marché intérieur. Son siège se situe à Bruxelles. Il représente néanmoins des intérêts assez divers qui tendent à bloquer son activité dans certains contextes de crise ¹. Ainsi, certains fonds de pension sont à prestations définies, d'autres à cotisations définies. Cela signifie que dans le premier cas le risque que représente le marché financier pèse sur l'entreprise et que dans le second, il pèse sur le

1. Il n'a par exemple pas été possible d'arriver à une position commune dans l'affaire Albany.

salarié. Par exemple, dans le cas néerlandais, coexistent deux associations de fonds de pension qui, toutes les deux, adhèrent à l'EFRP :

- la première représente les fonds de pension sectoriels. Ces derniers sont généralement gérés paritairement et à prestations définies. Si les employeurs y adhèrent, c'est parce qu'existent dans les conventions collectives des clauses qui les obligent à le faire ;

- la deuxième association regroupe les fonds de pension d'entreprise qui sont à adhésion facultative et donc, à cotisations définies pour inciter les entreprises à y adhérer.

Dans le premier cas, les fonds de pension ont un intérêt à ce que la concurrence entre caisses soit limitée, notamment pour sauvegarder les obligations d'affiliation mais, dans le second, l'établissement d'une concurrence le plus poussée possible dans les relations entre l'entreprise et le fonds de pension ne peut que leur être profitable.

D'après le membre d'une organisation ayant le statut d'observateur au sein de l'EFRP, cette dernière est plus ouverte au point de vue des régimes à cotisations définies :

*« Je pense que le point d'équilibre de l' EFRP c'est quand même typiquement le fonds de pension d'entreprise et la vision des employeurs. »*¹.

Un premier processus marqué par un revers pour la Commission et la réaffirmation du pouvoir des Etats

Le document de travail de 1990

L'argumentaire du document du 9 octobre 1990 de la Commission indiquait qu'à cette date les avoirs des fonds de retraite européens s'élevaient à 700 milliards d'Ecus². Un des objectifs de la DG Marché intérieur était donc, dès cette époque, de permettre le développement de ces secteurs (à la fois celui des gestionnaires financiers et celui des fonds de pension) en permettant d'augmenter les rendements des actifs par une plus grande liberté de placement (liberté d'acquérir plus de valeurs étrangères, liberté d'acquérir plus d'actions, ...).

Le document de travail énonçait les trois grandes libertés que le texte en préparation devait garantir :

1. Liberté de prestation de services pour les gestionnaires des fonds de retraite. Il s'agissait de permettre aux gestionnaires des institutions de retraite de s'adresser aux agents financiers de leur choix. Il fallait donc limiter les procédures d'agrément prévues au niveau national pour ces organismes

1. Entretien Observatoire des retraites, Paris, 29.10.2001.

2. Dénomination finalement abandonnée pour la monnaie unique.

financiers. La logique de la Commission était de considérer que, derrière les motifs prudentiels invoqués, les Etats cherchaient essentiellement à préserver leurs opérateurs nationaux de la concurrence :

« En outre, étant donné qu'en général, c'est au fond qu'incombe la responsabilité de respecter l'engagement de verser une retraite même s'il engage un gestionnaire extérieur et qu'il y a lieu de supposer que les employeurs qui prennent de tels engagements, de même que les membres du conseil d'administration d'un fonds ont le sens de leurs responsabilités et savent ce qu'ils font, il n'y a aucune raison, pour des raisons touchant à la protection des bénéficiaires ultimes de restreindre la liberté de prestation de services dans le domaine des fonds de retraite. » [COM (90) p. 14].

Par conséquent, les projets de réglementation apparaissaient moins stricts que les règles qui sont applicables aux assureurs et qui découlent des directives européennes.

2. Liberté d'investissement des actifs d'un fond de retraite. Il s'agissait d'empêcher les Etats de mettre en place des restrictions aux placements d'actifs qui ne soient pas strictement proportionnés à des objectifs prudentiels. Un des enjeux centraux était le taux de congruence. La Commission accusait les Etats de maintenir une obligation de taux de congruence élevé seulement pour soutenir leurs valeurs financières. L'autre problème était l'obligation d'acquérir certains types d'actifs, comme des emprunts émis par l'Etat, au regard de leur forte fiabilité. Dans ce cas, la Commission reprochait à certains Etats de maintenir un marché captif pour leurs produits financiers.

3. Liberté d'affiliation à un fonds de pension à travers les frontières. Il s'agit là de la possibilité pour un salarié ou un employeur de choisir un fond de pension d'un autre Etat membre, d'abord pour les salariés migrants, puis pour les salariés de multinationales. Bien que la Commission ait toujours prétendu que cela ne remettait pas en cause les obligations d'affiliation édictées par les droits sociaux nationaux, cette affirmation est difficilement crédible.

La proposition de directive COM (91) 301 final et son échec

La première proposition de directive, COM (91) 301 final, concernant la liberté de gestion et d'investissement des fonds collectés par les institutions de retraite, avait un champ plus limité que le document de travail cité plus haut. Il ne s'agissait que des deux premières libertés (liberté de prestation de services et liberté d'investissement), la Commission anticipant un blocage encore plus fort sur la troisième (liberté d'affiliation transfrontalière). Par conséquent, les institutions complémentaires par répartition étaient incluses dans le champ de la directive, pour autant qu'elles constituaient des réserves – *« les dispositions de la directive s'appliquent égale-*

ment à plusieurs types différents d'institutions de retraite, y compris des institutions qui fonctionnent en capitalisation, mais aussi certaines institutions auxquelles l'affiliation est obligatoire et qui fonctionnent en répartition, avec des réserves limitées, sur la base d'une compensation démographique »¹. Sont alors particulièrement visés les régimes AGIRC et ARRCO. Pour autant, les institutions gestionnaires de ces derniers considéraient qu'en acceptant les avantages que le marché unique aurait procurés à leurs actifs, elles se seraient exposées à certains risques, à savoir la mise en concurrence avec les fonds de pension quant à l'affiliation des assurés sociaux. C'est pourquoi elles ont fortement insisté pour rester hors du champ du futur texte.

La Commission, quant au principe de l'obligation d'affiliation, faisait peser une menace nuancée et sibylline :

« Qu'il subsiste des obstacles tant directs qu'indirects, à la libre prestation de services transfrontalières par les institutions de retraite ; qu'il existe aussi à cet égard, une demande de représentants de consommateurs pour prendre en compte la dimension communautaire dans le développement des retraites complémentaires ; que cette dimension pourrait, sous certaines conditions contribuer à la mobilité transnationale des travailleurs ; que des travaux complémentaires en la matière doivent être poursuivis en tenant compte des différences existant entre les types d'institution de retraite, le fonctionnement des institutions auxquelles l'affiliation est obligatoire n'étant pas remis en cause »².

La Proposition de la Commission qui allait devenir, après passage au Parlement COM (93) 237 final, était très ramassée quant à son dispositif. Elle développait surtout la liberté de placement offerte aux institutions de retraite en limitant la capacité des Etats à agir sur le plan prudentiel. Les institutions de retraite avaient donc le droit de choisir un gestionnaire d'actifs dans un autre Etat membre et un certain nombre de comportements étatiques étaient prohibés :

- les Etats membres ne pouvaient imposer aux institutions de retraite l'obligation d'effectuer leurs placements dans des catégories particulières d'actifs, ni de localiser leurs actifs dans un Etat membre déterminé ;

- ils n'imposaient en aucun cas aux institutions de retraite l'obligation de détenir plus de 80 % de leurs actifs dans des monnaies congruentes. Dans le cas des institutions de retraite dont les engagements ne sont pas fixés en termes monétaires, mais sont par exemple liés au niveau des salaires futurs, ce pourcentage était ramené à 60 % ;

1. Considérant non numéroté.

2. Considérant non numéroté.

- les Etats membres ne soumettaient les décisions d'une institution de retraite ou de son gestionnaire en matière de placement à aucune obligation d'approbation préalable ou de notification systématique.

Ce texte a été mal accueilli par les représentants des assureurs, français et communautaires, car il leur semblait insuffisant sur les contraintes en terme de passif. Les organismes d'assurance ont été contraints de constituer d'importantes garanties financières. Si les contraintes pour les fonds de pension européens sont moins importantes, alors ces derniers bénéficieront d'un avantage concurrentiel non négligeable. Or, les libertés offertes aux institutions de retraite par le texte étaient très larges et les marges de manœuvre des Etats faibles, puisqu'il n'y avait ni autorisation préalable, ni notification systématique. Les pays dans lesquels le secteur des assurances est important et où les fonds de pension sont faibles s'estimaient lésés¹.

Lors de la discussion au Conseil, le débat se focalisa sur la règle du taux de congruence. La proposition de directive du 21 octobre 1991 s'efforçait déjà de trouver un compromis entre Etats membres sur ce sujet. De plus, la possibilité était ouverte pour chaque Etat de fixer des exigences inférieures à ce plafond. Mais certains pays où les fonds de pensions ont un poids économique important ont cherché à faire baisser ce seuil, voire à supprimer toute obligation de congruence. A l'inverse, certaines délégations, comme la France, sont restées attachées au principe de l'alignement sur les règles de l'assurance.

Le ministère de l'Economie et des Finances français était particulièrement hostile à cette directive. D'une part, le taux de congruence permettait de soutenir la capitalisation des entreprises françaises. D'autre part, en tant qu'autorité de tutelle des assureurs, le degré plus faible de contrainte auquel étaient soumis les fonds de pension était vu comme une concurrence déloyale.

Lors du débat au Conseil, la Commission a proposé un compromis fixant le seuil maximum à 60 %. Au cours de la dernière discussion au Conseil, une nouvelle tentative de compromis est apparue à travers la proposition du gouvernement belge portant sur un taux de 70 %. Mais un consensus paraissant impossible entre les Etats, la Commission a informé les Etats membres par une lettre du 21 décembre 1994 de sa décision de retirer la proposition de directive, « *omettant toutefois d'indiquer que le 17 décembre, une Communication avait été publiée à la série C du journal officiel* »².

1. La situation du Royaume-Uni qui a soutenu le texte, cumule à la fois un secteur assurantiel et des fonds de pensions importants.

2. Conclusions de l'avocat général Giuseppe Tesaro présentées lors de l'audience du 16 janvier 1997.

**La communication 94 /C 360/08 relative
à un marché intérieur pour les fonds de retraite**

Dans le même temps, en effet, la Commission a repris le texte sous la forme d'une communication. La justification du texte est modifiée par rapport au projet de directive tout en reconnaissant l'existence de l'épisode précédent.

La communication, en droit communautaire, trouve son fondement juridique dans l'idée que la Commission ne fait qu'interpréter le Traité et n'ajoute aucun élément au droit positif. Durant l'instance, la Commission prétendra que le texte est tel et donc, qu'il n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation. Cette idée était déjà présente dans le texte de la communication :

« En résumé, l'intérêt essentiel de la présente communication est d'apporter plus de précision en ce qui concerne l'application des principes fondamentaux du traité aux institutions de retraite. En mettant en place un cadre pour l'application des règles de placement prudentiel, la présente communication permettra aux Etats membres de déterminer plus aisément si leurs règles sont compatibles avec les libertés instaurées par le traité » (considérant 1.13).

En effet, si la « communication » de la Commission en avait réellement été une, elle se serait limitée à des déclarations politiques sans caractère juridiquement contraignant ou à de simples éclaircissements par rapport aux Traités. Mais, le fait de savoir si une Communication en est réellement une ou pas ne dépend pas de l'intitulé que la Commission donne à son texte mais de la lecture qu'en fait la Cour qui peut ainsi requalifier et admettre la validité du recours en annulation (c'est ce que la Cour fera en l'espèce).

En ce qui concerne le contenu de la communication, le dispositif était sensiblement le même que celui du projet de directive. Une différence tenait au fait que le niveau d'exigence en terme de congruence était moins élevé dans la communication puisqu'un seul taux était mentionné, 60 %, que l'obligation soit liée à un niveau de salaire ou non. Vu par un Etat membre désireux de maintenir ses règles prudentielles, la communication était donc plus contraignante que le projet de directive.

**La plainte franco-espagnole et
l'arrêt de la Cour du 20 mars 1997**

La France a déposé une requête introductive d'instance le 3 mars 1995. La procédure a été lancée suite au travail de veille effectué par le secrétariat des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères et le secrétariat général du Comité interministériel pour les questions de coopération économique européenne, alors que la Commission avait limité la publicité autour du texte :

« On a trouvé ce texte tout à fait par hasard [...]. D'où le côté intéressant de la veille juridique. On dit toujours : « la Commission le fait ». Tous les matins, sa lecture favorite, c'est le Journal Officiel de la République Française dans lequel elle va trouver une turpitude ou une question à poser. Et bien, on a fait pareil »¹.

Par ailleurs, les représentants français avaient coordonné leurs efforts avec ceux de l'Espagne afin d'introduire deux plaintes dont les contenus seraient complémentaires.

Même si les arguments tirés de la logique institutionnelle des traités (le non-respect par la Commission du cadre légal) étaient les plus efficaces devant le juge communautaire, les représentants français ont aussi cherché à consolider la position du gouvernement sur le plan législatif. Ils ont donc voulu que la Cour prenne position sur la question de la concurrence entre assureurs et fonds de pension. De telles positions peuvent ensuite être utilisées pour affermir une position nationale dans les débats au Conseil ou rendre impossibles certaines options. Cela illustre, d'une part, que les représentants des Etats ont parfaitement conscience de l'importance de la Cour en tant que lieu de décision politique ; et d'autre part, que le terrain juridique est aussi souvent saisi dans des logiques politiques que les discussions politiques sont bornées par un cadre juridique.

« Partant du principe que ce qui nous inquiétait beaucoup à l'époque, même si ça a évolué, c'était de dire notamment qu'on ne pouvait pas imposer [i.e. aux institutions de retraite] des investissements français. Et puis que quand même, derrière, on voyait bien la main des Anglo-Saxons dans toute cette affaire, de déréglementer, de délocaliser, de faire de grands espaces financiers, etc., qui nous inquiétaient quand même. »².

Les fonctionnaires chargés de l'affaire ont aussi trouvé des appuis à l'extérieur de la sphère étatique, parmi les représentants des assureurs. Ces derniers ont pu faire valoir leurs capacités d'expertise pour aider à construire la position française.

L'arrêt est finalement dicté uniquement par la logique de la hiérarchie des normes qui sous-tend les institutions européennes. La Cour va étudier la recevabilité de la demande, principalement par rapport aux conditions définies dans l'article 173 TR, c'est-à-dire le recours en annulation entrepris contre un acte communautaire. Elle annulera, sur ce fondement, la communication de la Commission après avoir considéré qu'elle produisait des effets juridiques.

1. Entretien ancien agent du secrétariat juridique du ministère des Affaires étrangères, Paris, 13.12.01.

2. Entretien ancien agent du secrétariat juridique du ministère des Affaires étrangères, Paris, 13.12.01.

La mise en échec temporaire des projets de la Commission reposait donc sur trois facteurs : l'efficacité du travail de veille effectué au niveau national, la rencontre entre des intérêts divergents (sociaux, assureurs, ...) et l'adéquation avec la rationalité formelle de la Cour.

La réussite de la nouvelle initiative communautaire

Peu de temps après l'échec devant la Cour, la Commission va relancer une nouvelle initiative destinée à aboutir à une directive « institutions de retraite professionnelle ». Elle va s'entourer de certaines précautions pour obtenir un large consensus autour de cette proposition. Ceci n'empêchera néanmoins pas que certains blocages se manifestent qui ralentiront l'adoption du texte.

Un nouveau contexte

La nouvelle initiative est précédée d'une phase importante dans laquelle la Commission va chercher à s'assurer que la future directive reçoive le soutien qui avait manqué entre 1990 et 1997 : Livre vert sur les retraites complémentaires, puis résumé des réponses au Livre vert, communication sur les retraites complémentaires dans le marché unique et enfin dépôt d'une proposition en 2000.

Durant cette période, on constate d'abord une évolution du style de la présentation qui confine à l'euphémisation de l'entreprise ; la Commission va aussi chercher à rallier les acteurs économiques qui s'étaient opposés au projet dans la période précédente ; elle va aussi « sacrifier » la question fiscale pour éviter l'affrontement direct avec les Etats.

Prudence rhétorique et « autolimitation »

Alors que, dans la première phase, la Commission avait principalement argumenté dans des termes propres au marché intérieur et à la nécessité de son achèvement (en témoignant, par exemple, de sa confiance dans le sens de la responsabilité des gestionnaires), vont se multiplier à partir du livre vert les justifications « exogènes » comme la démographie, les déficits publics ou le marché du travail. C'est ce qui donnera lieu à la comparaison premier pilier / deuxième pilier que nous avons développée dans la première partie. Le débat étant partiellement public (le Parlement est appelé à intervenir dans les cas de co-décision), la proposition se doit d'être articulée à des considérations générales et aussi de ménager les susceptibilités étatiques. Le discours catastrophiste sur les systèmes par répartition étant très largement diffusé au niveau de l'Union aussi bien par les Etats que par d'autres institutions européennes (Math, 2001), le lien est aisément fait et permet de conférer un surcroît de légitimité.

La prudence dont nous parlons est aussi celle qui guide la Commission quand elle entreprend de décrire la portée du texte comme réduite au motif que rien n'empêcherait les Etats de déterminer la part respective de chacun des différents piliers. C'est celle dont témoigne le représentant de la DG Marché intérieur que nous avons rencontré. Elle retranscrit la contrainte juridique qui pèse sur les acteurs et qui interdit d'empiéter sur les compétences réservées des Etats (ici, la définition des politiques de retraite). Mais, elle n'empêche pas de concevoir que ces règles peuvent avoir des rôles importants dans la montée en puissance au niveau européen des fonds de pension :

« C'est que cette proposition de directive en tout cas n'a pas vocation à interférer dans l'organisation des systèmes de pensions nationaux. Je veux dire, si la France n'a pas envie d'avoir ses fonds de pension, la directive ne l'oblige pas à en avoir, ça, que ça soit clair. La directive s'appliquera uniquement aux fonds de pension existants. Alors bien sûr, si un jour elle est adoptée, elle va contribuer à renforcer l'efficacité de ces fonds. Puisqu'elle va leur permettre... d'avoir peut-être des économies d'échelle, permettre aux entreprises d'aller trouver des fonds ou d'utiliser les fonds établis dans d'autres Etats membres. Donc il risque d'y avoir, peut-être, à terme, une certaine réorganisation du monde des fonds de pension en Europe. Alors... peut-être qu'à terme, ça va créer des incitants au développement des fonds de pension. Mais ça, je veux dire, c'est un effet indirect, secondaire ou tertiaire »¹.

En se retranchant derrière la lecture officielle du nouveau projet, l'entretien cité oppose l'objet de la directive, c'est-à-dire son champ d'application, au projet à long terme des services concernés, le développement des fonds de pension. Ce dernier est présenté comme un « effet indirect, secondaire ou tertiaire ». L'autolimitation affichée qui découle du respect de la règle formelle n'empêche toutefois pas l'affirmation de convictions fortes sur le devenir des systèmes de retraite. L'exemple français sert une nouvelle fois de révélateur :

« Q : [En France] le système est peut-être plus bloqué avec le système AGIRC-ARRCO...

R : Mais ça aussi, c'est pas tenable à terme, l'AGIRC, l'ARRCO. Evidemment, le MEDEF et le patronat et les syndicats, c'est leur chasse gardée, je veux dire, c'est une partie de leur raison d'être la gestion de ce système. Mais c'est pas tenable, non plus. Les systèmes par répartition, par définition, ne sont pas tenables à 20 ans. Dans 20 ans, on pourra plus fonctionner sur... pardon, on pourra plus fonctionner uniquement sur de la ré-

1. Entretien DG Marché intérieur, Bruxelles, 21.12.2001.

*partition. Il faut de la répartition plus de la capitalisation. Ou bien, il n'y a plus de pensions »*¹.

L'élargissement des acteurs économiques intéressés au texte

Une des raisons essentielles du succès de la directive est le ralliement des représentants des entreprises d'assurance-vie au projet. Ces derniers estiment qu'ils sont soumis par la réglementation européenne à des mesures plus contraignantes que celles qui étaient prévues dans le projet de 1991, s'agissant des garanties financières, des marges de solvabilité et de l'encadrement des activités transfrontalières.

La situation que pointent les assureurs concerne notamment la concurrence entre entreprises d'assurances faisant des contrats de groupe (*i.e.* des contrats de retraite facultative par capitalisation signés par un employeur au bénéfice de ses salariés) avec des normes prudentielles élevées et des fonds de pension proposant des produits équivalents avec des normes prudentielles basses. C'est ce qu'illustre l'extrait suivant :

*« Et donc, maintenant on a cette situation : si on écarte les assureurs vie de cette future directive il y aura une distorsion de la concurrence du fait qu'il y aura des règles plus sévères qui s'appliquent aux activités des assureurs vie qui font du deuxième pilier par rapport aux institutions de retraite qui peuvent profiter des conditions beaucoup plus allégées ou légères qu'on va retrouver dans cette future directive »*².

La Commission a cherché à associer étroitement les assureurs au projet en leur offrant une place sur le marché de la retraite par capitalisation. Mais ces derniers ne sont pas seulement soucieux de trouver une place sur le marché de la retraite professionnelle. Ils souhaitent aussi que les règles de fonctionnement leur soient favorables, c'est-à-dire le plus proches possible de leur métier traditionnel, l'assurance-vie. C'est pourquoi ils ont souhaité voir inscrire dans les textes l'obligation de verser la retraite sous forme de rente et de couvrir les risques biométriques³. Ils ont aussi plaidé pour une élévation des règles prudentielles, à la fois au niveau de l'actif (limitation de la liberté de placer les fonds) et au niveau du passif (obligation de couvrir les engagements en matière de retraite avec des fonds suffisants). Cette préoccupation pouvait s'articuler à une exigence politiquement fédératrice, garantir les prestations versées aux futurs retraités. Les représentants des assureurs se sont donc transmués en défenseurs du « social » assimilé à une augmentation des règles prudentielles contre le « libéralisme » des fonds de

1. Entretien DG Marché intérieur, Bruxelles, 21.12.2001.

2. Entretien CEA, Paris, 29.11.2001.

3. Qui sont définis dans le texte définitif de la directive comme les risques liés au décès, à l'invalidité et à la longévité.

pension. Une des contraintes qu'ont cherché à imposer les assureurs consiste à garantir que la prestation soit versée sous la forme d'une rente.

A l'inverse les représentants des fonds de pension qui ont souvent été perçus comme les défenseurs naturels du projet se sont montrés hostiles à cette élévation des normes qui les conduit à une modification des règles de fonctionnement même si certaines structures sont déjà contraintes à verser des rentes. Pour permettre à ce point de vue d'être plus légitime, le groupe d'intérêt fait le lien avec la souveraineté des Etats qui serait menacée si on obligeait ces derniers à avoir des règles uniques pour le deuxième pilier :

« C'est comme si on voulait harmoniser le deuxième pilier sans harmoniser le premier »¹.

La question de la fiscalité est reléguée en dehors du champ de la directive

La question de la fiscalité risquait de constituer une pomme de discorde entre les Etats et la Commission. Pour éviter un nouveau blocage, la Commission a préféré contourner cet obstacle. Elle a donc adopté une communication « Elimination des entraves fiscales à la fourniture transfrontalière des retraites professionnelles » [COM (2001) 214 final] qui n'a, on l'a vu, juridiquement pas de valeur contraignante. Mais elle peut, par contre, servir de base à une « politique juridique » de la Commission qui pourra utiliser le texte pour fonder des recours en manquement². La Commission peut ainsi obtenir une jurisprudence plutôt qu'un texte législatif. C'est notamment la signification que lui donne le fonctionnaire que nous avons rencontré :

« Les services compétents en matière de fiscalité doivent s'assurer en quelque sorte du « suivi »³ de la communication et de sa mise en œuvre. C'est ce que la Commission a annoncé. Et elle a commencé à poursuivre des Etats membres devant la Cour de Justice. Il y a un premier cas finlandais, il y aura un deuxième cas suédois sans doute⁴. Tous les Etats membres qui enfreignent la libre prestation de service. On espère que le processus est enclenché maintenant, de manière à essayer d'avoir des progrès parallèles sur le cadre prudentiel qui est l'objet de la proposition [i.e. de la directive IRP] et sur la partie fiscale qui est l'objet de la communication. C'est ce qu'on appelle la soft law, en britannique. Ça n'a pas une valeur juridique contraignante mais ça peut être plus efficace que si on avait fait une proposition de réglementation »⁵.

1. Entretien EFRP, Bruxelles, 10.01.2002.

2. Procédure par laquelle la Commission ou un autre Etat membre (cas très rarement utilisé) poursuit un Etat devant la Cour pour non respect du droit communautaire.

3. Nous utilisons les guillemets pour essayer de restituer l'intention de l'orateur.

4. Il s'agit de l'arrêt rendu en 2002 dans l'affaire Danner (C-136/00, arrêt du 3.10.2002).

5. Entretien DG Marché intérieur, Bruxelles, 21.12.2001.

La communication entend traiter deux types de situation :

- une personne affiliée à une institution de retraite dans un Etat membre s'installe dans un autre Etat membre et souhaite conserver l'affiliation au même régime ;

- un employeur ou un groupe d'employeurs et les représentants des salariés peuvent souhaiter prendre des arrangements pour les retraites de tous les salariés travaillant dans différents Etats membres par l'intermédiaire d'une seule institution européenne de retraite.

D'une manière générale, la Commission veut empêcher que les règles fiscales nationales ne s'appliquent différemment suivant que l'IRP. est ou non établie dans l'Etat membre de l'entreprise qui verse les cotisations. Le texte prend, dès lors, appui sur la jurisprudence que la CJCE a élaborée en matière de produits individuels d'épargne retraite et entend l'appliquer à des mécanismes de retraite collectifs.

La Commission promeut aussi dans ce texte une application plus large du principe EET tout en considérant qu'une adoption généralisée ne suffirait pas à régler tous les problèmes car le niveau des déductions varie aussi beaucoup d'un pays à l'autre.

La communication contient aussi une proposition que la Commission reprend à son compte :

« *La Commission souhaite également porter à l'attention du Conseil, du Parlement européen et du Comité économique et social une proposition du secteur visant à créer des institutions paneuropéennes de retraite* » (COM, 2001, 214, p.17).

Le projet était contenu dans un document de l'EFRP de juillet 2000, « Européen Institution for Occupational Retirement Provision ». La proposition se concentre sur le cas de salariés d'une multinationale et la possibilité pour ces derniers d'être affiliés à une même IRP. Mais, « *il n'y a pas de raison pour qu'elle [i.e. la proposition] ne puisse pas servir de base à des arrangements plus généraux relatifs à la fourniture transfrontalière des retraites au sein de l'Union européenne qui s'appliqueraient à plusieurs entreprises ou à l'ensemble d'un secteur ou d'une profession* » (COM, 2001, 214, p.18).

La rapide présentation de la Commission se limite à quelques principes de fonctionnement (notamment pour assurer le respect des fiscalités nationales) et à souligner les avantages en terme de maintien des droits. Le projet d'institution paneuropéenne est révélateur du partenariat institué entre la Commission et les groupes d'intérêt du secteur concerné ainsi que de la légitimité dont disposent ces derniers.

Les étapes de l'adoption du texte

La Commission a donc relancé un processus législatif afin d'aboutir à l'adoption d'une directive qui concerne les institutions de retraite profes-

sionnelle. La procédure législative suivie est celle de la codécision. Cette dernière fait une place importante à des mécanismes supra nationaux notamment parce que le Parlement a un véritable rôle à jouer et que le vote au Conseil se déroule à la majorité qualifiée. Il faut noter que la directive fait aussi partie d'un plan d'action sur les services financiers. Ce dernier a été proposé par la Commission et adopté au Conseil de Lisbonne de mars 2000. Il comprend un large programme qui doit se dérouler jusqu'en 2005. Dans ce cadre, une autre directive a été adoptée le 21 janvier 2002 qui permet, entre autres, de confier la gestion des fonds destinés à servir une retraite à un organisme de placement collectif de valeurs mobilières (O.P.C.V.M.).

La proposition de la Commission

La Commission a déposé la proposition de texte le 11 octobre 2000 [COM (2000) 507 final].

La proposition témoigne d'une assez grande flexibilité et laisse de larges marges de manœuvre. Elle pose néanmoins un certain nombre de principes :

Elle réaffirme l'exigence de libéraliser les règles d'investissement. Les règles nationales, en effet, « *vont au-delà de ce qui est nécessaire pour garantir la solidité prudentielle des IRP* » (considérant 1.1.b). Par conséquent, la Commission entend privilégier une lecture qualitative des règles de placement. Notamment, l'article 18 précise que les IRP devraient être autorisées à placer jusqu'à 70 % des actifs représentant les provisions techniques dans des actions ou des obligations et déterminer elles-mêmes la part de chaque support. Elles doivent pouvoir placer leurs actifs sur les marchés de capital-risque, c'est-à-dire les marchés qui fournissent des fonds propres aux entreprises dans les premières phases de leurs développements. Cette règle fait écho à l'idée de mettre l'épargne ainsi collectée « *au service de la croissance et de l'emploi* » (considérant 1.2.f). Elle témoigne aussi, peut-être, de l'enthousiasme des milieux économiques quant au développement rapide de petites structures à très forte rentabilité financière, notamment les *start-up*.

D'une manière générale, les propositions de la Commission ont été portées par le contexte boursier de la fin des années 90. C'est la conjoncture d'une bulle spéculative qui permet en grande partie d'expliquer que le recours à la capitalisation, et tout particulièrement au marché des actions, ait pu apparaître comme une panacée dans le financement de la protection sociale, même à des acteurs traditionnellement réticents.

Quant à la définition de son champ d'application, elle reprend bien évidemment la construction en piliers. Elle précise que le texte ne s'applique ni aux régimes qui fonctionnent par répartition, ni à ceux qui appliquent la coordination des systèmes de sécurité sociale.

Le principe concernant la compétence des Etats est double. La proposition distingue, d'une part, l'Etat d'origine où est située l'institution de retraite professionnelle et, d'autre part, l'Etat membre d'accueil où est située l'entreprise d'affiliation, c'est-à-dire l'entreprise qui verse ses cotisations à l'IRP. Concernant la surveillance de l'activité de l'IRP en elle-même, c'est l'Etat d'origine qui est compétent. C'est lui qui exerce la surveillance des activités financières et notamment applique les contraintes prudentielles. Mais, hors du cas d'une activité transfrontalière (article 3), l'IRP n'a pas besoin de recevoir un agrément préalable de l'autorité compétente, même celle de l'Etat d'origine. Quant au droit social applicable, c'est celui qui est en vigueur dans l'Etat membre d'accueil.

Pour résoudre les éventuels conflits entre assureurs proposant des contrats de groupe et les fonds de pension qui agiront dans le cadre du texte, la proposition inclut un article 4. Si une IRP s'apparente à certains égards à une entreprise d'assurance-vie (par le fait qu'elle garantisse un taux d'intérêt déterminé et/ou qu'elle couvre des risques biométriques), les exigences prudentielles, notamment en matière de fonds propres, doivent être équivalentes.

Le texte ne se prononce pas pour un versement de la rente :

« Cette proposition ne prévoit pas que le versement de prestations doive se faire sous la forme d'une rente viagère ou que l'institution doive couvrir certains risques biométriques précis » (considérant 1.3.c).

Le texte pose l'obligation pour l'IRP de détenir à tout moment les fonds pour couvrir les provisions techniques. Mais il autorise aussi l'Etat d'origine à permettre une dérogation à cette règle, dans certaines conditions. Cette dérogation n'est pas envisageable s'il s'agit d'activités transfrontalières. La proposition contraint à fournir certaines informations et fixe par ailleurs des règles concernant la présentation des comptes annuels.

Les zones d'ombre du texte sont particulièrement intéressantes. Ainsi, la proposition comme on l'a vu, réaffirme le principe de neutralité vis-à-vis de l'organisation des systèmes de sécurité sociale alors que le développement des fonds de pension ne peut être sans conséquence à cet égard. Elle est aussi muette sur la représentation des partenaires sociaux dans les institutions mises en place. Cela découle du fait que l'IRP est vue avant tout comme un organisme financier et traduit le découplage entre principes de gestion et préoccupations sociales.

Le débat au Parlement : un affaiblissement des règles prudentielles et une victoire pour les assureurs

Une fois arrivé au Parlement, la proposition a été renvoyée, pour examen au fond, à la commission économique et monétaire du Parlement (commission EMAC) et, pour avis, à la commission de l'emploi et des affaires sociales et à la commission des droits de la femme et de l'égalité des

chances et à la commission juridique et du marché intérieur [C5-0596/2000]. La répartition des tâches traduit logiquement la présence d'une lecture économique de la retraite complémentaire.

Au cours de sa réunion du 6 novembre 2000, la commission économique et monétaire avait nommé Othmar Karas, membre du PPE rapporteur. Cette nomination a été perçue comme un indice que le texte serait plutôt favorable aux assureurs.

Au cours de ses réunions, la Commission des affaires économiques et financières a examiné la proposition de la Commission européenne ainsi que le projet de rapport puis, elle a adopté le projet de résolution législative par 23 voix contre 6 et 10 abstentions. Le consensus politique qui s'est dégagé a été assez large. Le principe est qu'un « bon » rapport doit être voté par une majorité des membres du PPE (droite) et du PDS (sociaux-démocrates).

Les débats au Parlement ont entériné certains points fondamentaux du projet déposé par la Commission européenne mais l'ont aussi complété.

L'absence d'autorisation préalable par l'Etat d'origine, en dehors des cas de prestations transfrontalières, est clairement affirmée. Les amendements du Parlement opèrent ainsi une différence entre « l'enregistrement » des IRP qu'effectuent les autorités compétentes des Etats membres pour les situations purement nationales et « l'approbation » que donnent les autorités de l'Etat membre d'origine pour des opérations transfrontalières.

Les amendements du Parlement ont assoupli encore plus les normes prudentielles aussi bien en ce qui concerne l'affiliation transfrontalière que pour la gestion interne des IRP.

L'article 15 paragraphe 5 de la proposition préservait une marge de manœuvre pour les Etats qui disposent de règles quantitatives élevées. « Les Etats membres peuvent subordonner le calcul des provisions techniques à des exigences additionnelles et plus détaillées, afin d'assurer une protection adéquate des intérêts des affiliés et des bénéficiaires ». Dans le système communautaire, cet article ouvrait la voie à une définition par la jurisprudence de la Cour du degré adéquat des normes quantitatives par rapport à l'objectif de protection des assurés. Les parlementaires ont préféré supprimer purement et simplement l'article. La seule obligation est très limitée :

« Les Etats membres exigent que chaque institution dispose à tout moment pour la totalité des régimes qu'elle gère, en moyenne et calculés sur une période d'un an, d'actifs suffisants et appropriés pour couvrir les provisions techniques » (amendement 76).

Les amendements du Parlement ont légèrement précisé le principe de précaution qui était inclus dans la proposition de la Commission et qui est censé se substituer aux règles quantitatives :

« Le respect du principe de prudence implique dès lors une politique de placement qui soit adaptée à la structure de l'affiliation aux différentes institutions de retraite professionnelle et dans laquelle les prévisions en matière d'engagements, déterminées par voie actuarielle, doivent être le facteur principal à prendre en compte pour déterminer le solde des actifs nécessaires » (amendement 25).

Dans le cas d'une affiliation transfrontalière, le projet de la Commission proposait un financement intégral des provisions techniques. Le Parlement a renforcé l'avantage des pays qui appliquent des normes prudentielles faibles aux IRP.

« Les provisions techniques doivent être financées conformément aux dispositions applicables dans l'Etat membre d'origine » (amendement 79).

Deux éléments importants très favorables aux assureurs ont été ajoutés :

- l'accès au marché leur a été facilité. Il suffit, en effet, de mettre en place un cantonnement de l'actif et du passif dans le bilan d'une société d'assurances pour que cette dernière développe une activité de retraite par capitalisation. Ce nouvel élément est crucial car il ouvre facilement la porte aux assureurs. En effet, pour ces derniers, il suffira d'établir dans leur exercice comptable un actif et un passif spécifiques pour se lancer sur le marché de la retraite complémentaire. Ils n'auront pas besoin de créer des filiales ;

- l'obligation pour l'IRP de proposer une rente est inscrite dans le texte. L'amendement 18 du Parlement énonce : « Le volume des prestations offertes par les institutions de retraite professionnelle devrait en principe inclure le versement d'une rente viagère. Des dérogations doivent s'appliquer dans les cas où le bénéficiaire apporte la preuve qu'il utilise le capital qui lui revient dans le but spécifique de s'assurer une couverture pour la retraite ».

Pendant les débats, certains membres de la Commission des affaires sociales du Parlement, mais aussi de la Commission EMAC, ont souhaité profiter du texte pour inscrire des obligations de représentation des salariés dans les organes de gestion des IRP. La Commission européenne s'est opposée, comme l'explique le fonctionnaire de la DG Marché intérieur que nous avons rencontré :

« La Commission européenne a clairement dit : « C'est quelque chose qui doit rester de la compétence des Etats membres ». La Commission ou l'Union européenne n'a pas vocation à organiser un modèle de relations industrielles, de relations sociales. C'est-à-dire, vous avez des fonds, par exemple en Hollande de taille substantielle [...] mais vous avez des micro fonds, qui peuvent n'avoir que cinq membres. Est-ce qu'on veut aller dire à ces fonds de micro entreprises, par exemple, d'un petit bureau d'études, qu'il faut une parité employeur-employés ? Laissons ça aux Etats membres »¹.

1. Entretien DG Marché intérieur, Bruxelles, 21.12.2001.

L'amendement 88 du Parlement a, en outre, mis en place un calendrier précis pour l'application du texte en laissant cinq ans aux Etats qui n'appliquent pas déjà le principe de prudence pour le mettre en œuvre. Autrement dit, après cette période transitoire, les Etats membres auront dû abandonner leurs normes quantitatives.

**L'adoption d'une position commune au Conseil
et le retour de la compétence étatique**

Depuis que la proposition de directive amendée par le Parlement a été transférée au Conseil, quatre présidences se sont succédé : les présidences suédoise, belge, espagnole et enfin, grecque.

La présidence suédoise a tenté d'obtenir un accord sur les quatre points essentiels de la directive :

- le champ d'application ;
- les règles d'investissement ;
- les dispositions en matière de provisions techniques. la question essentielle était, comme pour le point précédent, le passage à des principes prudentiels « qualitatifs » ou de gestion « en bon père de famille » ;
- l'application du principe de compétence de l'Etat d'origine. Sous quelle forme organiser l'information de l'Etat d'origine qui est censé appliquer, dans la surveillance de l'IRP, le droit social de l'Etat du travailleur qui bénéficiera de la pension ?

Les réticences provenaient notamment d'Etats disposant de normes prudentielles quantitatives qui vont au-delà des normes qualitatives que promeut la Commission. Lorsque la présidence suédoise a présenté cette proposition le 7 mai, croyant acquise la position sur les quatre points principaux, certains Etats membres ont jugé tout accord politique prématuré et ont renvoyé la discussion à une date ultérieure.

La présidence belge a relancé un travail de consultation au niveau des Etats par l'intermédiaire de questionnaires pour mieux comprendre les logiques prudentielles nationales.

Mais, c'est finalement sous la présidence danoise qu'une première position commune a été adoptée. La chute des cours intervenue durant les années 2000 et 2001 n'a pas amené à modifier les options fondamentales du texte. Les discussions ont finalement abouti à des choix visant à sauvegarder les prérogatives des Etats membres. Plusieurs éléments importants sont à souligner :

- le Conseil a, à la fois, entériné le basculement des règles prudentielles vers des règles qualitatives et tenté de laisser ouverte la possibilité aux Etats de compléter par des dispositions nationales plus restrictives les normes communautaires : « *Le Conseil souscrit à la proposition de la Commission selon laquelle le principe de prudence (prudent person rule) doit être le fondement de toutes les règles de placement. Sachant toutefois que plusieurs*

Etats membres n'ont qu'une expérience limitée à cet égard et qu'on peut douter que cette règle suffise à elle seule dans tous les cas, le Conseil a tout d'abord jugé nécessaire d'énoncer précisément le contenu de ce principe ; il a ensuite donné aux Etats membres la possibilité de compléter au besoin d'autres règles » (Position commune du Conseil, p.35) ;

- le Conseil a tiré comme conséquence du principe de compétence de l'Etat d'origine, l'obligation pour les IRP d'obtenir l'agrément des autorités compétentes de leur Etat avant d'accepter des affiliations de la part d'entreprises établies dans d'autres Etats membres ;

- le Conseil a rejeté l'obligation de fournir la prestation sous la forme d'une rente au motif que cela vient perturber la définition par l'Etat de la place des différents piliers de la retraite « *le Conseil n'a pas pu accepter la partie de l'amendement 41 qui fait de la fourniture d'une protection financière à vie l'objet des prestations de retraite, car cela risque de rendre la définition inutilement restrictive et d'interférer avec l'organisation des systèmes nationaux de retraite. De ce fait, ils n'ont pas non plus retenu l'amendement 18 du Parlement »* (Position commune du Conseil, p.32).

Le processus a abouti le 3 juin 2003 suite à un dernier échange entre le Parlement et la Commission. Sur la question du versement sous forme de rente, le compromis trouvé consiste à donner aux Etats la possibilité d'obliger l'institution à verser sous forme de rente. En effet, le nouveau considérant 11b proposé par le Parlement et retenu par la Commission ne tranche pas directement la question puisqu'il affirme que « les paiements de prestations de retraite devraient se faire sous forme de rente viagère. Ceci est fait cependant sans préjudice d'autres formes de paiement ». Par contre, le nouvel article 9.2 précise la répartition des compétences. Il permet aux Etats membres d'autoriser les employeurs, les salariés ou leurs représentants à contraindre l'IRP dans le cadre d'une convention à proposer aux affiliés la couverture des risques de longévité et d'invalidité, les prestations aux ayant droit survivants et une garantie de remboursement des cotisations.

L'adoption définitive du texte par le Conseil, sous la présidence grecque a été l'occasion d'un renforcement des prérogatives des Etats en matière prudentielle. L'Etat d'origine pourra ainsi contraindre les IRP à appliquer des règles quantitatives concernant les types d'actifs sans toutefois dépasser les plafonds autorisés (70 % d'actions, 30 % de congruence) ni empêcher l'IRP d'investir sur les marchés de capital-risque. Le texte prévoit même une intervention des Etats quant aux règles prudentielles. La directive permettra à l'Etat membre d'accueil (où l'entreprise qui verse les cotisations est établie) de demander à l'Etat membre d'origine d'appliquer certaines règles quantitatives aux actifs détenus par des régimes de retraite transfrontaliers, à condition que l'Etat membre d'accueil concerné applique les mêmes règles (ou des règles plus strictes) à ses propres fonds. Ces règles quantitatives concernent les investissements en actifs non admis à la négo-

ciation sur un marché réglementé, les actifs émis par l'entreprise d'affiliation et les actifs libellés dans des monnaies autres que celles de leurs prestations de retraite futures.

Voici en résumé les principales dispositions du texte :

Articles	Principales dispositions
1 à 6 : champ d'application et définition	Exclusion de principe des organismes de sécurité sociale ¹ , des institutions qui gèrent des régimes par répartition, des institutions où les employés des entreprises d'affiliation n'ont pas de droit légal à prestation, des entreprises qui constituent des provisions au bilan pour verser des retraites ² , des compagnies d'assurance, des O.P.C.V.M. et des établissements de crédit ³ . Application facultative aux compagnies d'assurance si elles opèrent un cantonnement au bilan. Possibilité d'exclure les institutions de retraite de petite taille (moins de 100 affiliés) et les régimes statutaires.
Articles 7 et 8	Principe de spécialisation (les IRP se consacrent uniquement à la retraite) sauf s'il s'agit d'activités « qui découlent » d'opérations relatives aux retraites professionnelles et dans le cas des compagnies d'assurance qui ont opté pour le cantonnement au bilan. Principe de séparation juridique entre les entreprises qui cotisent et les IRP.
Article 9	Principales obligations prudentielles à la charge de l'Etat membre d'origine (veiller à l'information des affiliés, à l'honorabilité des gestionnaires, ...). Possibilité pour l'Etat membre d'instaurer des règles plus sévères et d'obliger à une prise en compte des risques bio-métriques (voir ci-dessus). Principe d'un agrément préalable de l'Etat d'origine avant la mise en place d'activité transfrontalière.
Articles 10 à 13	Indications très générales concernant la rédaction des comptes Liste des informations minimum à fournir aux affiliés (ex : « le niveau que les prestations de retraite doivent atteindre le cas échéant » ou les modalités de transfert des droits vers un autre régime). Obligation de fournir aux affiliés des informations sur la politique de placement. Liste des informations à fournir aux autorités compétentes.
Article 14	Evocation des sanctions que peut prendre l'Etat d'origine contre une IRP qui ne respecterait pas les obligations contenues dans le texte.
Articles 15 à 17	Calcul des provisions techniques basé sur le principe de prudence (pas d'obligations chiffrées) mais un Etat peut renchérir sur ces normes minima. L'Etat d'origine peut autoriser l'IRP à déroger temporairement à l'obligation de détenir des « actifs suffisants et appropriés ». Si des risques bio-métriques sont couverts, les fonds propres doivent être calculés de la même manière que pour les activités d'assurance.

■ ■ ■

Article 18	Application des règles qualitatives à la politique de placement des IRP. « Les Etats membres n'imposent pas aux institutions établies sur leur territoire l'obligation d'effectuer leurs placements dans des catégories particulières d'actifs » (voir néanmoins les exceptions évoquées ci-dessus). L'Etat d'accueil peut, sous certaines conditions, intervenir en matière prudentielle (voir ci-dessus).
Article 19	Liberté de l'IRP de choisir son gestionnaire d'actifs.
Article 20	Organisation des activités transfrontalières. Partage des compétences entre Etat d'origine et Etat d'accueil L'IRP est soumis à la surveillance de l'Etat d'accueil en ce qui concerne le respect du droit social. Si l'Etat d'origine se refuse à prendre des sanctions pour non-respect du droit social, l'Etat d'accueil peut intervenir.
Article 21 et 22	Coopération entre la Commission et les Etats pour l'application du texte.

1. Il faut noter que les institutions sont souvent citées par référence à des textes communautaires (par exemple « les institutions qui gèrent des régimes de sécurité sociale couverts par le règlement n° 1408/71 »). Cette formulation montre assez bien un élément très important du droit communautaire : il s'attache à ré-utiliser les catégories juridiques qu'il a mises au point en construisant ainsi une distance vis-à-vis des phénomènes nationaux. Cette tendance est importante pour le succès de la division en piliers dont l'usage ne sera certainement pas limité à la présente directive.

2. La situation implicitement visée est celle des *Unterstützungskassen* allemandes.

3. Ce qui signifie que ces institutions ne sont pas des institutions de retraite professionnelle au sens du texte mais n'empêche pas qu'elles puissent jouer un rôle dans la retraite professionnelle (au sens communautaire) comme les O.P.C.V.M.

L'adoption définitive du texte est, comme on l'a vu, le résultat d'un long processus. L'effet du texte ne se mesure pas uniquement à l'aune de sa seule force juridique. Si on se réfère à la réglementation européenne en matière d'assurances, il faut rappeler que la première directive du 5 mars 1979 qui harmonisait les conditions d'établissement n'a pas suffi, à elle seule, à créer un marché unique de l'assurance. La réalisation de ce projet a nécessité plusieurs autres textes contraignants et une harmonisation des pratiques par les acteurs économiques qui se sont étalés sur une vingtaine d'années. En soi, le premier texte de 1979 représente donc une étape. La même chose pourrait être dite de la directive adoptée en 2003 (d'ailleurs le considérant 6 du texte affirme : « *La présente directive constitue donc un premier pas vers l'institution d'un marché intérieur des régimes de retraite professionnelle organisée à l'échelle européenne* »). Certains éléments qui n'ont pas été inscrits dans le texte de 2003 mais qui s'inscrivent dans la perspective du marché de la retraite professionnelle (par exemple la question de la fiscalité) ont plutôt été reportés qu'annulés.

Pour comprendre l'impact du texte, il faut aussi faire référence à l'influence politique des mobilisations qui ont d'ores et déjà été réalisées. A l'occasion des débats sur le texte, un espace européen s'est constitué qui inclut les acteurs économiques et les autorités de régulation. Cet espace est

susceptible d'évoluer avec la montée en puissance programmée des régimes par capitalisation mais aussi avec l'entrée de nouveaux acteurs¹.

Même si la nécessité de parvenir à un consensus a favorisé des formulations ambiguës dont la pratique jurisprudentielle viendra ultérieurement fixer le sens, la directive est dès aujourd'hui susceptible d'apparaître comme un signe politique concernant l'avenir des retraites et un message en direction des secteurs financiers concernés dont l'intérêt à s'« européaniser »² sera renforcé.

En outre, si le texte ne suffit pas à lui seul à instaurer un marché unique des fonds de pension sans une coopération des Etats membres, il fournit le cadre de cette coopération et inscrit sur les agendas politiques nationaux le développement des retraites par capitalisation.

Dernier élément important, la directive fera entrer *expressis verbis* dans le droit communautaire la définition en piliers de la protection sociale et conduira à renforcer l'unité de l'action de l'Union en ce domaine.

1. Il faut à ce sujet citer le considérant 12 du texte définitif : « La Commission devrait également suivre de manière attentive la situation sur le marché des retraites professionnelles et évaluer la possibilité d'étendre l'application facultative de la présente directive à d'autres institutions financières soumises à réglementation ». Les institutions européennes semblent avoir ainsi laissé la porte entrouverte pour les banques.

2. On entend par là, non seulement le développement, à l'échelle continentale, des firmes mais aussi l'établissement d'un partenariat avec les représentants de l'Union pour la gestion des secteurs concernés.

Références bibliographiques :

- Bonoli L., Palier B. (2000), « La montée en puissance des fonds de pension », in *L'année de la régulation*, vol. 4, pp. 71-112..
- Commission européenne (1997), *Livre vert sur les retraites complémentaires dans le marché unique*, COM (97) 283.
- Coron G. (2003), « La construction d'un référentiel européen en matière de retraite à travers le droit communautaire : l'exemple français », rapport pour le CNRS, GREE-CNRS, mai 2003.
- Dantec A. (2003), « L'Europe ne sonne jamais la retraite » , in *Revue de l'OFCE*, n°84, pp. 182-222.
- EFRP (2000), *A European Institution for Occupational Retirement Provision (EIORP)*, Bruxelles.
- Laigre P. (1993), « Les organismes de sécurité sociale sont-ils des entreprises ? », in *Droit social* n°5, mai 1993, pp. 488-496.
- Math A. (2001), « Réforme des retraites et concurrence », document de travail, *IRES*, n° 01.04, octobre 2001, www.ires-fr.org
- Observatoire des retraites (2000), *l'Europe et la retraite*, Lettre de l'observatoire n° 11, www.observatoire-retraites.org
- Scharp F. (2000), *Gouverner l'Europe*, Presses de Sciences Po, Paris.
- Sweet A.S., Caporaso J.A. (1998), « La Cour européenne et l'intégration », in *Revue française de science politique*, n°48, vol. 2, pp. 195-244.

Arrêts de la cour de justice des communautés européennes

- Affaires *Poucet et Pistre*, C-159 et C-160/91 ; arrêt du 17.02.1993.
- Affaire *FFSA*, C-244/94 ; arrêt du 16.11.1995.
- Affaire *Commission contre France et Espagne*, C-57/95 ; arrêt du 20 mars 1997.
- Affaire *Albany*, C-67/96 ; Affaire *Maatschappij*, C-219/97 ; Affaire *Brentjens*, C-115/97 à C-117/97 ; arrêts du 21.09.1999.
- Affaire *Rolf-Dieter Danner* (C-136/00, arrêt du 3.10.2002)

Textes législatifs

- Commission européenne (1994), Communication relative à un marché intérieur pour les fonds de retraite, COM (94/C 360/08). (annulé).
- Communication relative à l'élimination des entraves fiscales à la fourniture transfrontalières des retraites professionnelles (COM) (2001), 214 final.
- Directive 79/267/CEE du Conseil 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, JO L 63 du 13.3.1979.

Directive 2001/108/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 janvier 2002 modifiant la directive 85/611/CEE du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), en ce qui concerne les placements des OPCVM, JOCE L 41 du 13.12.2002.

Directive 2003/41/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle, JOCE L 235 du 23.9.2003.

Textes préparatoires

Commission européenne (1990), *L'achèvement du marché intérieur dans le domaine des retraites privées*, 15/224/90.

Commission européenne (1991), *Proposition de directive du Conseil concernant la liberté de gestion et d'investissement des fonds collectés par les institutions de retraite*, COM (91) 301 final.

Commission européenne (2000), *Proposition de directive concernant les activités des institutions de retraite professionnelle*, COM (2000) 507 final, journal officiel C 96 E du 27.03.2001.

Conseil européen (2002), *Position commune sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les activités des institutions de retraite professionnelle*, journal officiel C 299 E du 03.12.2002.

Parlement européen (2001), *Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les activités des institutions de retraite professionnelle*, journal officiel C 65 du 14.03.2002.

