

Retraites professionnelles d'entreprise et libertés économiques
par
Sylvie Hennion
Professeur à l'Université de Rennes1
(UMR CNRS 6262 IODE)
Berlin, 28 mai 2009

Les retraites professionnelles se sont installées dans le paysage communautaire depuis la mise en place de la directive 2003/41/CE du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle¹.

Les systèmes de retraites complémentaires dans l'Union européenne sont extraordinairement diversifiés. Une étude publiée par la Commission le 20 octobre 2008 donne certains éléments d'appréciation².

La couverture des régimes obligatoire est variable. Elle s'étend de 25% en Italie à 100% en Suède.

En ce qui concerne les régimes de retraites professionnelles, le Danemark, les Pays Bas et la Suède affichent une couverture de 75% ou plus. Plusieurs pays enregistrent des taux allant de 40% à 75% (Belgique, Allemagne, Irlande, Chypre, R.U.). Mais nombre d'Etats n'affichent que des couvertures actuellement inférieures à 20% (Italie, Autriche, France, Espagne, Finlande, Luxembourg, Portugal et Pologne).

Les travaux du Comité européen de Protection sociale publiée en 2008³ ainsi que le rapport de la Commission du 30 avril 2009 relatif à certains aspects et de la directive 2003/ 41 /CE du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraites professionnelles⁴ permettent d'en témoigner. La présentation de M. Otto Kaufmann vous a permis d'en avoir la dimension.

Mon propos concerne un autre aspect, essentiel dans cette période de crise économique, qui est d'envisager les liens entre les libertés économiques dans l'Union européenne et la gouvernance des retraites professionnelles.

Les retraites professionnelles peuvent être définies comme des mécanismes complémentaires ou sur complémentaires de retraite établis dans le cadre des entreprises selon un principe de financement fondé sur la capitalisation.

Mécanismes de protection sociale en pleine expansion qui relèvent dans leurs modalités d'application des droits nationaux, les retraites professionnelles présentent, sur l'ensemble du territoire de l'Union, des points communs.

La distinction entre régimes légaux de sécurité sociale, dits régimes de premier pilier, et les régimes complémentaires ou sur complémentaires dits de deuxième et de troisième piliers est bien connue.

¹ JOUE, 23 septembre 2003, L 235, p. 10; Les retraites professionnelles en Europe, Droit européen et comparé, S. Hennion-Moreau et O. Kaufmann (dir.), Bruxelles, éd. Bruylant, 2007, 390 p.

² Les régimes privés de retraite et leur apport à des régimes viables offrant des pensions adéquates, oct. 2008 : http://ec.europa.eu/employment_social/spsi/adequacy_sustainability_fr.htm.

³ http://ec.europa.eu/employment_social/spsi/pensions_fr.htm.

⁴ COM(2009) 203 final, 30 avril 2009 ;

La Cour de justice, bien avant toute disposition spéciale, a dissocié le statut des régimes de sécurité sociale « fondée sur le principe de solidarité nationale et dépourvue de tout but lucratif » dans l'arrêt Poucet et Pistre du 13 février 1993⁵, des régimes de protection sociale fondée sur le principe de capitalisation.

Les institutions concernées ont alors la qualité d'entreprise et sont soumises aux normes issues du droit de la concurrence et des grandes libertés économiques. Les arrêts ultérieurs n'ont pas sur ce point varié. Les arrêts connus Albany, Bokken et Brenjen's du 21 septembre 1999 ainsi que l'arrêt Pavlov du 1er septembre 2000 ont admis que l'instauration, par convention collective, d'un régime complémentaire d'assurance vieillesse, selon les principes de capitalisation, relève de la qualité d'entreprise⁶.

L'ensemble du dispositif s'intègre donc dans le champ du marché intérieur.

La gouvernance des retraites professionnelles répond nécessairement aux critères financiers et aux principes de libre circulation des capitaux, des personnes, des services et à la liberté d'établissement.

Toutefois, si la gouvernance des retraites professionnelles doit s'exercer dans le cadre européen du respect des libertés économiques, ce respect ne doit pas amener à estomper l'objet même des retraites professionnelles. Celles-ci ont pour objet de constituer un revenu assimilé à une rémunération qui représente un revenu de remplacement versé une fois l'activité de travail achevée. Toutes les formes de pensions professionnelles constituent un élément de rémunération au sens de l'article 141 du traité CE⁷.

L'objet, donc, des retraites et de garantir un revenu sûr et viable dans les décennies à venir.

La finalité économique des retraites se lie à sa finalité fondamentalement sociale : garantir un revenu suffisant aux retraités dans les différents Etats de l'Union en complément des régimes légaux de sécurité sociale.

La crise économique dans laquelle se débat l'ensemble des Etats de la planète amène à s'interroger, avec d'autant plus d'actualité, sur les conditions de bonne gouvernance afin de permettre la viabilité des retraites professionnelles.

En ces temps troublés, la question même de la capacité de survivre aux tempêtes financières peut être posée.

Ainsi, a priori, les fonds de pension en Europe qui sont fondés sur une gestion à long terme semblent avoir mieux résisté à la crise économique que le système bancaire. Mais les effets de la crise risquent d'imposer dans les années à venir un ajustement du montant des pensions qui sera d'autant plus douloureux que les systèmes relèvent d'un régime à cotisations déterminées plutôt que d'un régime à prestations déterminées⁸.

⁵ CJCE 17 février 1993, Poucet et Pistre, C-159/91 et C 160/91, Rec. p. I-637.

⁶ CJCE, 21 septembre 1999, C-97, C-212/97, C-115 et C-117/97, Rec. p. I-5751, p. I-6121 et p. I-6025 ; 1^{er} septembre 2000, C-115 à C-184/98, Rec., p. I-6451.

⁷ Directive 2006/54/CE, 5 juillet 2006, JOUE, 26 juillet 2006, L 204/23, cons ; 13, art. 5 à 13.

⁸ Europolitique, 9 mars 2009, n° 3709, p ; 16.

Il me revient, en début de ce colloque, d'envisager les rapports premiers entre gouvernance des retraites professionnelles d'entreprises et libertés économiques dans l'espace européen.

Il est nécessaire, en premier lieu, d'étudier les conséquences de l'ancrage des retraites professionnelles d'entreprise dans les libertés économiques (I), tant pour apprécier en quoi les retraites professionnelles peuvent constituer des produits financiers que d'envisager, aussi, le particularisme de ces fonds de retraite dans le cas de la liberté de prestation de services, avant d'aborder un second point essentiel qui porte sur la fragilisation des retraites professionnelles par ces mêmes libertés économiques (II).

I) L'ancrage de la gouvernance des retraites professionnelles dans les libertés économiques

L'ancrage de la gouvernance des retraites professionnelles dans les libertés économiques est la conséquence de l'ensemble des directives sectorielles amenées à s'appliquer aux retraites professionnelles.

Peuvent, ainsi, être amenées à s'appliquer la directive 93/22/CEE du 10 mai 1993 concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières ou la directive 92/96/ CEE du 10 novembre 1992 portant coordination des dispositions législatives réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie⁹. Mais, principalement, la directive 2003 / 41 du 3 juin 2003 se présente comme la directive spéciale du secteur des retraites professionnelles dans le cadre général de la liberté de prestation de services.

La directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, qui représente le régime général de la liberté de prestation de services dans l'Union européenne, n'a pas modifié les données propres aux retraites professionnelles. Cette directive horizontale, qui constitue le régime juridique de droit commun de la liberté de prestation de services, exclut expressément de son champ d'application, dans son article 2,§1,a, les services financiers dans lesquels sont intégrés, à côté des produits de banque et d'assurance « les retraites professionnelles et individuelles ». La directive renvoie, donc, pour les services et produits financiers à l'application des directives spéciales régissant ces sujets.

Mais l'assimilation des institutions de retraites professionnelles à des services financiers (A) n'est pas sans conséquence et retiendra, en premier, notre attention avant d'aborder les conséquences générales de l'intégration du régime des retraites professionnelles dans la liberté de prestation de services (B).

A) L'assimilation des institutions de retraites professionnelles à un service financier

L'assimilation des institutions de retraites professionnelles à un service financier résume l'objet même de la directive sectorielle 2003/41/CE du 3 juin 2003 dont l'objet

⁹ S. Hennion-Moreau, L'impact du droit communautaire sur les retraites professionnelles d'entreprise, in Les retraites professionnelles en Europe, Droit européen et comparé, prec., p. 19.

concerne « les activités et la surveillance des institutions de retraites professionnelles ». Il s'agissait, donc, dès l'abord, de prévoir une gouvernance minimale pour l'ensemble des Etats de l'Union afin de permettre la mise en place de normes prudentielles dans la gestion, de limiter les risques de distorsion de concurrence, et, surtout, d'établir une séparation claire entre l'entreprise créatrice de la retraite professionnelle et l'institution qui gère les fonds.

1) La gouvernance issue de la directive 2003/41/CE du 3 juin 2003.

Les normes de gouvernance principales qui président à la gestion des retraites professionnelles en Europe peuvent être rapidement présentées. Si la compétence de constitution des institutions de retraite professionnelle dépend du droit national, des normes minimales ont été fixées par la directive.

Ainsi, chaque État membre, impose aux institutions établies sur son territoire l'obligation de limiter leurs activités aux opérations relatives aux prestations de retraite et aux activités qui en découlent (article 7 alinéa 1).

Ce principe de spécialité des institutions de retraites professionnelles est complété par celui de la séparation juridique entre les entreprises d'affiliation et les institutions de retraite.

À ce titre chaque État membre veille à ce qu'il existe "une séparation juridique entre une entreprise d'affiliation et une institution de retraites professionnelles afin que, en cas de faillite de la première entreprise, les actifs de l'institution soient sauvegardés dans l'intérêt des affiliés et des bénéficiaires" (art. 8).

La directive 2003/41/CE contient de nombreuses obligations prudentielles de placement sous le contrôle de l'État membre du lieu d'établissement de l'institution de retraite professionnelle. L'article 18 définit les règles de placement qui doivent être prises « au mieux des intérêts des affiliés et des bénéficiaires ». Mais le dispositif légal laisse, toutefois, une large palette de choix de placement. Il s'agit d'indications de gestion. Il est précisé, par exemple, que les actifs doivent principalement être placés sur des marchés réglementés.

Au titre des normes prudentielles, les placements en instruments émis par l'entreprise d'affiliation ne doivent pas dépasser 5 % de l'ensemble du portefeuille de l'institution de retraite (Art. 18,§1,f). Mais les incitations légales de prudence sont complétées par des informations apparemment contradictoires car l'article le 18 relatif aux règles de placement prévoit au point 4 que les Etats ne peuvent empêcher les institutions « de placer leurs actifs sur les marchés de capital-risque » (art. 18, §5, c).

Il revient à chaque État membre le soin de veiller à ce que les autorités compétentes soient dotées, à l'égard de toute institution établie sur son territoire, de pouvoirs et de moyens permettant d'avoir des informations sur la gestion des institutions et de contrôler les relations entre l'institution et d'autres entreprises dès lors que ces dernières ont une influence sur la situation financière de l'institution.

Des comptes annuels et des rapports annuels doivent pouvoir être délivrés à la demande.

La directive 2003/ 41 précise, aussi, les modes de financement des provisions techniques. Dans la mesure où, à l'article 21 de la directive, il est prévu une coopération étroite entre les Etats membres et la Commission européenne, différentes instances ont

été établie au niveau européen¹⁰ pour permettre la publication de rapports réguliers sur l'application de cette directive. L'article 15 § 6 de la directive 2003/41 exige la publication d'un rapport régulier, au moins tous les deux ans, sur les règles relatives au calcul des provisions techniques. Son article 21 §4 requiert, quant à lui, la présentation, dans les quatre années suivant l'entrée en vigueur de la directive d'un rapport sur l'application des règles de placement et sur les progrès réalisés dans l'adaptation des systèmes nationaux de contrôle.

Ces obligations inscrites dans la directive a suscité divers travaux et en particulier une réunion du Comité européen des Assurances et des Pensions Professionnelles du 5 avril 2006. Du fait du retard pris par de nombreux Etats dans la transposition de la directive, il a alors été convenu entre les Etats membres de reporter la présentation des rapports demandés en 2008. Ce rapport présenté par la Commission le 30 avril 2009¹¹ permet d'avoir une approche de la réalité des retraites professionnelles en tant que produits financiers.

2) L'évolution de l'application de la directive 2003/41.

Le rapport de la Commission européenne met l'accent sur les conséquences positives de la directive dans la gestion des retraites professionnelles, notamment par une amélioration du cadre réglementaire des règles prudentielles dans de nombreux Etats. Mais le rapport démontre principalement le manque de concepts financiers communs, comme la notion de marché de capital-risque et, en conséquence, les incertitudes qui en découlent.

La Commission conclut à l'opportunité d'une future harmonisation des règles sur le calcul des provisions techniques et à l'utilité de surveiller le fonctionnement des règles de placement, en particulier à la lumière de la crise financière. Mais toutefois il apparaît opportun à la Commission de ne rien modifier actuellement dans la mesure où l'établissement d'un marché intérieur des régimes de retraites professionnelles organisé à l'échelle européenne commence seulement à se fixer.

L'acuité des questions relatives aux rapports entre les libertés économiques et la gouvernance des retraites professionnelles apparaît, surtout, dans le cadre des retraites professionnelles transfrontalières impliquant un dispositif particulier relatif à la liberté de prestation de services.

B) L'intégration des retraites professionnelles transfrontalières dans la liberté de prestation de services

1) Régime particulier des retraites professionnelles dans la liberté de prestation de services

Le régime des retraites professionnelles s'inscrit pleinement dans la liberté de prestation de services en Europe.

¹⁰ Joint Protocol between CESR, CEBS and CEIOPS, , 8 déc. 2008, CESR/08-1001; CEBS 2008 242; CEOIS 3L3-20-08.

¹¹ Prec.

La directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relatif aux services dans le marché intérieur, après bien des difficultés d'élaboration, va régir, à partir du 28 décembre 2009, l'ensemble des marchés des services.

La directive "services" ne s'appliquera pas aux activités telles que : « les services financiers..., au crédit, à l'assurance, aux retraites professionnelles ou individuelles, aux titres, aux fonds d'investissement, aux paiements et aux conseils en investissements" (Article 2, §2, b) selon ce qui a été précisé précédemment.

Néanmoins le régime des retraites professionnelles va, en réalité, dépendre, à l'avenir, de la directive 2006/123.

En effet, la directive du 3 juin 2003 ne concerne que les activités et la surveillance des institutions de retraites professionnelles. La directive du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur constitue la directive générale qui concerne l'ensemble des incidences de la prestation de services. Dans cette mesure, la dimension sociale des institutions de retraites professionnelles sera soumise à ce nouveau régime tant dans sa lettre que dans son esprit.

L'articulation entre les deux directives ne sera pas toujours aisée. La directive 2003/41 du 3 juin 2003 est fortement marquée par l'esprit initial voulu par la Commission en matière de liberté de prestation de services selon lequel l'ensemble des normes applicables à l'institution de retraites professionnelles relève de la loi de l'État du pays d'origine.

Dans le cadre des activités transfrontalières, il revient à l'État membre d'origine ou aux institutions déléguées dans cette fonction de faire connaître aux institutions de retraites professionnelles les dispositions de droit social de droit du travail qui régiront la gestion du régime de retraite pour le compte d'une entreprise de l'État membre d'accueil.

En d'autres termes, il s'agit d'établir une collaboration entre les autorités compétentes des États pour permettre la connaissance par l'État d'origine du droit social du droit du travail applicable aux régimes professionnels de retraites concernées.

A titre d'exemple, il revient aux autorités compétentes de l'État membre d'accueil de notifier aux autorités compétentes de l'État d'origine « toute modification *majeure* des dispositions du droit social et du droit du travail de l'État membre d'accueil relatif aux régimes de retraites professionnelles, susceptibles d'affecter les caractéristiques du régime de retraite en ce qui concerne la gestion du régime de retraite gérée pour le compte d'une entreprise dans l'État membre d'accueil».

La gouvernance des retraites dans l'activité transfrontalière est fondée sur une parfaite collaboration de la connaissance des droits et régimes des États d'accueil. Mais l'obligation d'information par l'État membre d'accueil ne concerne que les modifications majeures. Cette distinction entre modifications majeures et mineures sera, sans nul doute, une source d'incertitude pour les bénéficiaires et affiliés.

Les différences de régime juridique entre les 27 États de l'Union et les différences de langue vont rendre difficile cette remontée de l'information vers l'État dans lequel l'institution professionnelle est établie. Aussi l'un des points de gouvernance essentiels pour les partenaires sociaux, dans une entreprise, sera de veiller très scrupuleusement à informer eux-mêmes directement l'institution professionnelle des modifications légales ou conventionnelles devant régir, à l'avenir, le système de pensions.

Ajoutons que l'institution de retraites professionnelles se voit opposer les dispositions de droit du travail de l'État d'accueil, sans pouvoir en discuter le contenu, puisse que

l'article 1, §6 de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relatif aux services dans le marché intérieur précise expressément qu'elle ne s'applique pas «au droit du travail, à savoir les dispositions légales contractuelles concernant les conditions d'emploi, les conditions de travail, y compris la santé et la sécurité au travail, et les relations entre les employeurs et les travailleurs ».

2) Difficultés de gouvernance des retraites professionnelles transfrontalières

Les statistiques européennes sur les activités transfrontalières de retraites professionnelles montrent que si ces activités sont encore relativement faibles, elles sont en augmentation. Ainsi le CECAPP a révélé que l'on dénombrait 70 cas d'activité transfrontalière dans l'Espace Economique européen, 21 pays faisant office d'Etats d'accueil¹².

La gouvernance des retraites professionnelles dans les Etats implique qu'aucune entrave à la liberté de prestation de services transfrontalière soit effectuée et qu'aucun privilège soit réservé aux institutions de retraite nationales.

La Cour de justice a pu, dans un recours en manquement, condamner le Danemark, dans un arrêt du 30 janvier 2007 pour avoir réservé des mécanismes de déduction fiscale des cotisations de retraites aux seuls contrats de pension vieillesse conclus avec des institutions de retraite établies au Danemark¹³.

Un contentieux est, actuellement, en cours devant la Cour de justice et qui concerne la République fédérale d'Allemagne afin de faire établir l'obligation pour certaines administrations communales et entreprises municipales de procéder à des appels d'offre européens avant l'attribution des marchés de retraite privés complémentaires pour leur personnel¹⁴.

Enfin la mobilité des travailleurs ne doit pas être entravée par des régimes de retraites professionnels ou privés qui ne conférerait pas les mêmes avantages sociaux selon leur lieu de résidence. Ce principe du respect de l'égalité de traitement des citoyens et de leur liberté de circulation et de séjour concerne actuellement l'Allemagne dans le cadre d'un recours en manquement, qui n'est pas encore tranché et qui porte sur les pensions Riester et sur le régime de primes à l'épargne-pension, refusées, notamment, aux travailleurs transfrontaliers dès lors qu'ils ne sont pas intégralement assujettis à l'impôt en Allemagne¹⁵.

Les difficultés à venir de gouvernance des retraites professionnelles transnationales ne tiennent pas seulement à des atteintes directes aux libertés économiques mais aux conséquences indirectes de leur exercice, en particulier aux conflits de lois entre la loi du pays d'assurance et de la loi sociale du pays du bénéficiaire.

Mais si les réformes sociales survenues dans l'Etat des affiliés au régime de retraites professionnelles entraînent un déséquilibre du contrat initialement conclu, l'institution

¹² Etude du CECAPP (comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles) du 11 novembre 2008, in rapport de la Commission sur certains aspects clés à la directive 2003/41/CE concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle, 30 avril 2009, COM (2009) 203 final.

¹³ CJCE 30 janvier 2007, C-150/04, Comm./c Royaume de Danemark.

¹⁴ CJCE, recours introduit le 24 juin 2008, Com. /c République fédérale d'Allemagne, aff. C-271/08.

¹⁵ CJCE, C-269/07, Comm/c République fédérale d'Allemagne, concl. Av. Gen. Mazak du 31 mars 2009.

professionnelle établie dans un autre Etat membre sera amenée, parfois, à résilier le contrat ou à demander sa révision pour imprévision financière.

Le contentieux potentiel entre la loi applicable dans le pays du siège de l'institution professionnelle et la loi applicable dans l'Etat d'accueil va créer de redoutables difficultés pour l'avenir. En effet, le règlement n° 593/ 2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)¹⁶, qui va rentrer en application, comme la directive « services », en décembre 2009, prévoit des règles de conflits de lois différentes en matière de contrats d'assurance et en matière de contrats individuels de travail.

Selon l'article 7, 2 relatif au contrat d'assurance il est précisé que " à défaut de choix par les parties de la loi applicable, le contrat d'assurance est régi par la loi du pays où l'assureur à sa résidence habituelle ». Peu importe dans ce cas que le risque couvert soit situé ou non dans un Etat membre.

Les contrats collectifs de travail ne sont pas pris en compte dans le règlement du 17 juin 2008. Seuls les contrats individuels de travail sont visés dans le règlement n° 593/2008.

Selon l'article 8 du règlement 593/2008 le contrat individuel de travail est régi par la loi choisie par les parties. "Ce choix ne peut toutefois avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi" qui, à défaut de choix, est la loi du pays d'exécution du contrat.

Dans la mesure où les droits à prestations de retraite sont assimilés à la notion de rémunération en tant que contrepartie différée de l'activité de prestation de travail, depuis l'arrêt de la CJCE Barber du 17 mai 1990, les prestations de retraites professionnelles ont la qualité de créances salariales et relèvent, à ce titre, de l'application du règlement 593/2008 relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles.

Ces conflits redoutables assortis de la détermination des juridictions compétentes pour connaître des contentieux qui en découlent risquent d'inciter les partenaires sociaux à ne pas faire appel à des prestataires transfrontaliers et à préférer des mesures nationales de gestion des fonds de retraite, contrairement au principe de liberté de prestation de service.

Le lien consubstantiel entre la dimension financière et assurantielle des retraites professionnelles avec leur dimension sociale devrait amener à une collaboration particulièrement étroite entre les acteurs intéressés dans le cadre de la méthode ouverte de coordination.

En effet, nombre de partenaires sociaux peuvent ressentir la fragilisation de la gouvernance des retraites professionnelles par les libertés économiques (II)

Il s'agira d'aborder ce deuxième point de l'exposé afin de savoir si cette fragilisation est réelle et sur quels domaines l'amélioration de la gouvernance devrait se porter.

II) La fragilisation de la gouvernance des retraites professionnelles par les libertés économiques

¹⁶ Règlement (CE) n° 593/2008 du parlement et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (RomeI), JOUE du 4 juillet 2008, L 177/6.

Cette fragilisation tient à la fois, au caractère incomplet du dispositif communautaire à l'égard des affiliés au régime de retraite professionnelles et aux incertitudes des modes de création des retraites dans l'entreprise par convention collective ou engagement unilatéral par l'employeur. Les dimensions sociales du dispositif s'avèrent moins avancées que le volet financier. Le système présent crée une entrave à la libre circulation des travailleurs (A)

Mais, au-delà du caractère non abouti du régime des retraites professionnelles, leurs logiques économiques impliqueraient, à la lumière de la crise économique, d'envisager les glissements actuels des régimes applicables qui transfèrent les risques économiques du fournisseur au travailleur (B)

A) Les entraves à la libre circulation des travailleurs

La question de l'adéquation des systèmes de retraites professionnelles aux exigences de mobilité salariale a été posée, au niveau communautaire de longue date¹⁷.

Elle a fait l'objet d'une Communication de la Commission en 1991¹⁸. Il y eu ultérieurement une recommandation du Conseil en date du 27 juillet 1992. Le forum des pensions, initié par un groupe de réflexion présidé par Simone Veil a été officiellement établi par une décision de la Commission du 9 juillet 1991. Ce forum des pensions avait pour objet d'être un lieu d'échange et de bonnes pratiques ayant notamment pour finalité de faire évoluer la question délicate de la portabilité des pensions de retraite professionnelle.

1) Portabilité des retraites professionnelles

La nature de créance salariale des retraites professionnelles a des conséquences importantes. Il s'agit d'un engagement juridique pris par l'entreprise de verser à un âge déterminé d'accès à l'âge de la retraite une somme sous forme de rente ou sous forme de capital ayant la qualité de rémunération différée dont le montant dépend des engagements de provisions mais aussi de l'ancienneté du salarié.

Les retraites professionnelles peuvent, donc, en soi, être un mode de frein à la mobilité des travailleurs qui cherchent à éviter de changer d'emploi, afin de ne pas perdre leurs droits conventionnels de retraite.

La portabilité des droits à retraite est donc devenue un enjeu important de la politique de mobilité de la main d'œuvre.

Mais si nombre de droits nationaux ont fixé des normes de portabilité pour éviter les pertes de revenus sociaux liés à l'instabilité de l'emploi¹⁹, la question n'est pas réglée au niveau communautaire.

¹⁷ PH. Martin, Portabilité des retraites professionnelles et mobilité salariale, in Les retraites professionnelles en Europe, préc., p. 132.

¹⁸ Les régimes complémentaires de Sécurité sociale ; la place de retraite dans la protection sociale des travailleurs et leur impact sur la libre circulation, (SEC(91) 1332 final) ;

¹⁹ Cf interventions ultérieures.

La directive 98/49/CE 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 la Communauté ne permet que de préserver les droits acquis.

La proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2005 n'est toujours pas adoptée²⁰ malgré divers remaniements ayant pour objet d'édulcorer son contenu. Elle porte sur les conditions d'acquisitions des droits, sur la préservation des droits à pension en cas de mobilité professionnelle et sur la transférabilité des droits acquis.

La critique fondamentale des entreprises est que le système proposé par la Commission les obligerait à payer des pensions complémentaires pour les travailleurs mobiles. Les débats du Parlement européen ont été vifs en 2007, ceux-ci présentant plus de 200 amendements pour réduire la portée de la directive.

La proposition de directive est fondée sur les articles 94 et 42 du traité CE, lesquels portent sur le rapprochement des législations qui ont une incidence directe sur l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur (art. 94) et sur les mesures nécessaires, dans le domaine de la sécurité sociale, pour l'établissement de la libre circulation (art. 42), en particulier pour permettre le paiement des prestations aux personnes qui résident sur le territoire des Etats membres.

Mais ces deux fondements juridiques requièrent un vote à l'unanimité.

Dans cette mesure, le dossier est dans l'impasse. Pour l'instant des questions demeurent sans solution telles que celles relative à la durée de la période d'acquisition des droits. En conséquence, en 2009, la proposition est en attente de la 1^{ère} lecture du Conseil.

Cet état inachevé de la portabilité des droits à retraite professionnelle pèse sur le développement de ces types de mécanismes complémentaires de protection sociale. Ils ne pourront pas être un élément essentiel du management de la main d'œuvre dès lors que les salariés connaissent le caractère précaire et volatile de leurs droits s'ils exercent leur liberté de circulation.

Cet état des lieux doit aussi se conjuguer avec les interrogations des partenaires sociaux dans les Etats membres sur la fragilité des conventions collectives comme support de création des retraites professionnelles.

2) Difficile opposabilité des conventions collectives dans les activités transfrontalières

L'exercice de la liberté de prestation de services en cas de détachement de travailleurs a suscité des décisions de la Cour de justice retentissantes dont, tout un chacun, dans cette salle, connaît la teneur.

Les arrêts Viking du 11 décembre 2007 (C-438/05), Laval du 18 décembre 2007 (C-341/05 et Rüffert du 3 avril 2008 (C 346-06) sont, en particulier, relatifs aux conditions d'opposabilité de conventions collectives de portée locale au prestataire de service [dans le cadre de la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996].

²⁰ Quantitative Overview on Supplementary pension Provision, Comm., nov. 2007 ; B. Gabellieri, Le renouveau communautaire en matière de retraite professionnelle, Les petites Affiches, 27 février 2008, n° 42, p. 24.

L'arrêt Rüffert du 3 avril 2008 est sur ce sujet particulièrement éclairant puisque dans un contentieux qui concernait le Land de Basse-Saxe, la Cour de justice a considéré que la loi qui soumet l'exécution d'un marché public à l'application d'un salaire minimum conventionnel est incompatible avec le droit communautaire quand la convention n'est pas d'application générale.

Les prestataires de services ne peuvent, donc, se voir opposer un accord collectif ou une convention collective locale, ce qui leur confère un avantage économique évident par les effets d'une distorsion des règles de concurrence considérées par la Cour de justice comme totalement fondées au titre des libertés économiques.

La question qui se pose, après ces arrêts, est celle de la viabilité de la culture d'entreprise et des accords collectifs de portée locale.

Or ce sujet ne concerne pas seulement la liberté de prestation de services, mais, de façon beaucoup plus large, le maintien d'une gouvernance fondée sur le dialogue social dans l'entreprise qui est normalement la source de la mise en place des retraites professionnelles.

La nécessité économique de développer des régimes de retraites professionnelles complémentaires des régimes légaux de sécurité sociale se combine avec le besoin de mobilité de la main d'œuvre en Europe. Cette combinaison ne va-t-elle pas modifier à long terme les pratiques conventionnelles dans les Etats ? Les partenaires sociaux ne seront-ils pas amenés à signer des accords interprofessionnels opposables à toute entreprise sur le territoire d'un Etat membre plutôt que des accords de portée locale ?

Nous sommes encore loin d'une évolution générale en ce sens mais un retour en force des accords nationaux et interprofessionnels apparaîtrait comme une réponse de gouvernance sociale adaptée aux risques de dumping social pour les entreprises et au gel actuel des mécanismes de portabilité des retraites professionnelles en Europe.

L'absence de sécurité juridique des droits sociaux liés aux retraites d'entreprise risque, de surcroît, de se traduire, aussi par une absence de sécurité économique.

Les évolutions actuelles des mécanismes de retraites professionnelles se traduisent, en conséquence, par une tendance au transfert de risque quant à la viabilité des prestations du fournisseur de la prestation au bénéficiaire théorique qui va, en réalité subir de plein fouet les effets des insuffisances des mécanismes de protection sociale actuels.

B) Les transferts de risques économiques vers le travailleur

Ces transferts de risques ont pu être clairement établis en cas d'insolvabilité de l'employeur(A) mais aussi dans les mécanismes généraux de retraites professionnelles fondées sur la capitalisation(B).

1) Le transfert de risque en cas d'insolvabilité de l'employeur

La directive 80/987/CEE du Conseil concernant le rapprochement des législations des Etats membres relative à la protection des salariés en cas d'insolvabilité de

l'employeur (modifiée par la directive 2002/74/CE du 23 septembre 2002²¹) s'applique aux créances salariales résultant des contrats de travail ou des relations de travail lorsque les employeurs se retrouvent en état d'insolvabilité.

L'arrêt *Carol Marilyn Robins c/ Secretary of State Work and Pensions*, en date du 25 juillet 2007 (C-278/05) démontre l'ampleur des questions posées par le paiement des retraites professionnelles.

A l'occasion d'un contentieux lié à la réduction des droits à prestations de vieillesse par des régimes privés de retraite à la suite de l'insolvabilité de leur employeur, des retraités ont agi en responsabilité contre l'Etat du Royaume Uni pour transposition incorrecte de la directive 80/987/CEE.

A la suite d'un recours préjudiciel, la question posée, notamment, à la Cour de justice des Communautés européennes était de savoir si, sur le fondement de l'article 8 de la directive qui prévoit que les Etats membres s'assurent que les mesures nécessaires sont prises pour protéger les intérêts des travailleurs salariés et des personnes ayant déjà quitté l'entreprise, l'Etat devait être tenu de se substituer à l'entrepreneur défaillant pour l'intégralité de la créance de prestation de retraite non versée.

La Cour de justice a estimé, qu'en raison de la généralité des termes de l'article 8, le texte confère aux Etats membres une large marge d'appréciation aux fins de déterminer le niveau de protection des droits à prestation. Mais elle a surtout jugé que l'article 8 doit être interprété en ce sens « que, en cas d'insolvabilité de l'employeur et d'insuffisance des ressources de régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels, le financement des droits acquis à des prestations de vieillesse ne doit pas obligatoirement être assuré par les Etats membres eux-mêmes ni être intégral ».

Le risque d'insolvabilité en cas de défaillance du système conventionnel et d'insuffisance du dispositif national est totalement reporté sur le seul salarié qui risque, dans ces phases de crise économique et de fermetures d'entreprises.

Dans le bout de la chaîne économique, le travailleur, dépendant ou indépendant demeure fondamentalement vulnérable et supporte les défauts des systèmes sociaux de retraites professionnelles.

Parfois le transfert de risque n'est pas seulement la conséquence de risques conjoncturels mais le fait délibéré de faire supporter les risques structurels des systèmes mis en place.

Cet état est actuellement très présent dans le développement des régimes de retraites professionnelles par capitalisation.

2) Les transferts des risques du fournisseur de retraites professionnelles aux affiliés

Le rapport du Comité de Protection sociale en 2008²² relatif à la gestion privée des retraites par capitalisation et leur contribution à des retraites adéquates et viables

²¹ JOCE, du 8 oct. 2002, L 270/10.

met l'accent sur les transferts de risques du fournisseur de prestations vers le théorique bénéficiaire.

La solvabilité des retraites professionnelles, dont les frais de gestion sont particulièrement élevés, est acquise par une réduction constante des droits sociaux : allongement de la durée de cotisation, développement des mécanismes de protection sociale à cotisations définies et non à prestation définies, incertitude de la viabilité des financements... La liste est longue.

Faut-il en conclure que les retraites professionnelles sont finalement d'une gouvernance hasardeuse et que leur gestion se retourne inévitablement contre les travailleurs eux-mêmes ?

Le vieillissement de la population en Europe²³ demeure une donnée incontournable de la politique sociale européenne pour les décennies à venir. La bonne gouvernance des retraites professionnelles est une condition indispensable pour maintenir la solvabilité des institutions de retraite et assurer une sécurité juridique aux travailleurs dans l'Union européenne

Le débat est lancé. Il animera les travaux de ces deux journées.

²² Privately managed funded pension provision and their contribution to adequate and sustainable pensions, 2008, p. 34

²³ Promoting longer working lives through pensions reforms, report by the Social Protection Committee, april 2007.