

Droit économique européen
et systèmes de pension de retraite
nationaux

Couverture : Tintoret, *Autoportrait*, vers 1588,
huile sur toile, 93 × 95 cm, musée du Louvre (inv. 572).

Dépôt légal D/2023/12.839/03

ISBN 978-2-87562-351-5

© Copyright Presses Universitaires de Liège 2023

Presses Universitaires de Liège

Quai Roosevelt 1b, B-4000 Liège (Belgique)

<https://pressesuniversitairesdeliege.be>

Tous droits de traduction et de reproduction réservés pour tous pays.

Imprimé en Belgique

Droit économique européen
et systèmes de pension de retraite
nationaux

Quelles influences pour quels résultats?

Quentin DETIENNE

Presses Universitaires de Liège
2023

À Aline

Préface

Fabienne KÉFER

Professeur de droit du travail à l'Université de Liège

Daniel DUMONT

Professeur de droit de la sécurité sociale à l'Université libre de Bruxelles

L'ouvrage que l'on tient entre les mains est l'œuvre d'un fin juriste, assurément. Docteur en droit et titulaire d'un master en philosophie de l'Université de Liège, son auteur, Quentin Detienne, est chargé depuis 2019 de l'enseignement du droit de la sécurité sociale et du droit social européen au sein de cette université. La dissertation doctorale à l'origine de ce livre – que les signataires de ces lignes ont eu le plaisir d'encadrer en tant que promotrice et co-promoteur, respectivement – s'est attaquée à une thématique d'une grande pertinence sociétale : la rencontre entre le droit économique européen et les systèmes de pension de retraite des États membres de l'Union.

Cette rencontre met en scène deux ensembles normatifs, porteurs de valeurs assez différentes. D'un côté, la constitution économique de l'Union européenne et ses principales composantes : le droit de la concurrence, la libre prestation des services et la gouvernance économique et budgétaire, qui reposent chacune sur le jeu du libre marché comme mécanisme d'assignation des richesses. De l'autre côté, en face, une branche du droit de la sécurité sociale, constitutive du premier poste dans le budget de tous les systèmes sociaux nationaux, dont la valeur centrale est la solidarité. L'auteur s'est attaché à traquer les influences juridiques du premier ensemble sur le second, et à chercher à qualifier ces influences : la construction européenne « fait »-elle quelque chose, en droit, aux pensions de retraite et, dans l'affirmative, que leur « fait »-elle ? Un modèle de système de pension de retraite et, par là, un modèle de société, nous est-il imposé par la construction européenne ? À l'heure où l'Europe est critiquée de toutes parts, tant par ceux qui pensent qu'elle exerce une trop grande emprise sur les États membres que par ceux qui jugent qu'elle est trop discrète dans le domaine social, cette recherche est d'un intérêt indiscutable.

Par ailleurs, la démarche déployée ne consiste pas seulement à identifier les incidences déjà avérées, mais aussi et surtout à repérer celles qui pourraient fort bien advenir demain, compte tenu en particulier des dynamiques déjà présentes, au moins en germe, dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Au fil de ses investigations, et compte tenu précisément de leur dimension prospective, l'auteur a été confronté à maintes questions juridiques délicates, encore peu balisées. Ainsi, pour ne prendre qu'un seul exemple, le régime juridique de la libre prestation de services ne fait-il en réalité pas obstacle à l'obligation qui pèse sur les travailleurs salariés, dans tous les systèmes nationaux, d'être affilié au régime de pension de retraite légal? Comme on s'en doute, c'est là une interrogation dont l'issue n'est pas franchement anecdotique, notamment dans un contexte où d'aucuns argumentent que le droit européen permettrait de se « libérer » de la sécurité sociale obligatoire. Ce questionnement et bien d'autres n'ont pas fait peur à M. Detienne, peu féru de facilité.

Relativement imperméable à l'air du temps, aux modes, aux effets de manche, au « bling-bling », M. Detienne mène à bien le projet qui est le sien – identifier les points de rencontre entre le droit européen de l'intégration économique et les dispositifs nationaux de retraite, donc –, en pensant d'abord et avant tout pour son compte. De là, un cheminement tout à la fois posé, systématique, méticuleux, mais aussi subtil, nuancé, fin, et en tout état de cause toujours soigneusement argumenté et documenté. À de nombreuses reprises, l'auteur s'avance ainsi à découvert en raisonnant sans véritable filet sur des questions juridiques qui n'ont pas encore été tranchées par la Cour de justice, avec pour seuls guides l'état actuel de la jurisprudence, d'une part, et une solide dose de logique formelle, de l'autre. Dans cet exercice, il excelle.

Impressionnant par sa rigueur et sa technicité, M. Detienne n'a rien pour autant du juriste en chambre. Sortant le juriste de son vase clos, en montrant à quel point les questions qui sont les siennes peuvent nécessiter le recours aux autres disciplines, il livre, par exemple, une analyse approfondie de la directive relative aux institutions de retraite professionnelle en s'appuyant presque exclusivement sur la littérature relevant de la science économique, parce que sans elle, l'interprétation de cette directive demeure peu féconde et se limite à de la paraphrase du texte. On pressent aussi chez lui une conscience, discrète mais aiguë, de l'incidence possible des analyses déployées et des positions défendues en droit sur des institutions nationales dont les budgets se chiffrent en milliards d'euros, et constitutives d'un ressort central de l'État social.

Parce que la matière est complexe et la jurisprudence de la Cour de justice, assez casuistique, le parcours emprunté n'est pas exempt, par endroit, d'aridité. Mais bien qu'il soit parfois (contraint d'être) sinueux, le chemin suivi est toujours parfaitement mis à plat et explicité dès l'entame par notre guide, qui veille ainsi à

prendre son lecteur par la main. Si tant est que l'un des objectifs de la recherche est de convaincre ses destinataires, l'auteur a ici mis toutes les chances de son côté.

Au vrai, ces talents avaient déjà été attestés une première fois par l'octroi à M. Detienne en 2019 du prix triennal Juan Luis Vives de la *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*. Par cette distinction, le comité de rédaction de la revue – qui est la publication scientifique de référence au sein de l'espace académique belge en droit social – couronne la meilleure contribution due à un jeune auteur. En l'occurrence, le jubilaire avait livré dans le texte primé, et dans le sillage de la thèse alors en cours de construction, un repérage éclairant de la jurisprudence de la Cour de justice relative à la délimitation, en droit de la concurrence, des activités qualifiées d'« exclusivement sociales », dont les prestataires échappent à la qualification d'entreprise et donc au champ du droit de la concurrence. Le hasard a voulu que cette contribution avait été préparée dans le cadre d'un hommage posthume à Micheline Jamouille, longtemps professeur à l'Université de Liège et figure majeure du droit social¹.

La dissertation doctorale achevée peu de temps après cette première reconnaissance retiendra certainement l'intérêt de toutes celles et ceux, juristes ou non, qui scrutent le choc entre les États-providence nationaux et les contraintes européennes. Assurément, M. Detienne confirme le constat que, parmi les juristes, « les auteurs les plus féconds sont ceux qui gardent toujours à l'esprit l'idée de l'unité foncière du droit [...] et cultivent les hybrides qui poussent au croisement des branches du droit² ».

Conduire cette recherche est une aventure qui en valait indéniablement la peine, parce qu'elle comble un manque : la cartographie proposée n'existait tout simplement pas. Elle en valait aussi la peine pour une autre raison, beaucoup plus conjoncturelle mais que nous avons néanmoins à cœur de souligner. On pense parfois que le droit de la sécurité sociale ne se prête pas, en raison de sa haute technicité, à des analyses doctrinales lui permettant d'être regardé comme une discipline aussi « noble » que le droit civil ou le droit public général, de sorte qu'en Belgique francophone, il ne fallait pas tous les doigts d'une main pour compter les thèses de doctorat réalisées en droit de la sécurité sociale, jusqu'à celle de M. Detienne. L'on parle pourtant bien du droit qui organise le fonctionnement d'un système de redistribution réceptacle de tant de choix sociétaux fondamentaux et absorbant, bon an mal an, non moins d'un quart de la richesse

-
1. Q. DETIENNE, « La délimitation du champ des activités exclusivement sociales dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne : essai de clarification », *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2017, n° 1-2, « Aux sources du droit social. En hommage à Micheline Jamouille/Sociaal recht, over bronnen en herbronnen. Als eerbetoon aan Micheline Jamouille » (dir. D. Dumont et F. Dorssemont), p. 331-364.
 2. A. SUPIOT, « Grandeur et petitesse des professeurs de droit », *Les Cahiers de droit*, vol. 42, n° 3, 2001, p. 599, disponible sur <http://id.erudit.org/iderudit/043661ar>.

nationale. La thèse de M. Detienne dément ce préjugé et contribue à donner à cette branche du droit toutes ses lettres de noblesse.

Il ne nous reste donc plus qu'à souhaiter au jeune collègue à présent en selle d'avoir à cœur d'initier de nombreuses recherches tous azimuts en droit de la sécurité sociale, aux échelles belge comme européenne, au cours des décennies qui le séparent de l'admission à la retraite.

Remerciements

Le travail de thèse est essentiellement solitaire, et il est bon qu'il en soit ainsi. Mais cette solitude ne serait pas tolérable et elle serait surtout bien moins fructueuse sans les nombreuses personnes qu'un parcours doctoral amène à côtoyer.

Mes premiers et plus vifs remerciements vont au Pr. Fabienne Kéfer, en sa qualité de promotrice de ma thèse. Son soutien sans faille et sa confiance inébranlable (à tout le moins selon ce que j'en sais) ont fourni un socle solide pour mes travaux. Ma détermination connaissait-elle un moment de doute que cette confiance m'empêchait d'envisager sérieusement que tout puisse s'écrouler. On ne saurait exagérer l'importance de ce soutien tranquille au quotidien.

Mes remerciements les plus chaleureux vont également au Pr. Daniel Dumont, qui a codirigé cette thèse. L'accueil enthousiaste et peut-être même joyeux qu'il a réservé à mon projet doctoral a été un puissant moteur dans le travail. L'attention rigoureuse avec laquelle il a relu les multiples versions intermédiaires de ce texte m'ont permis d'avancer d'un pas assuré, tandis que sa disponibilité curieuse lors de nos discussions a été une vraie source d'émulation.

Je remercie également grandement les Pr. Nicolas Petit et Herwig Verschueren, qui ont bien voulu intégrer le Comité d'accompagnement de ma thèse. Ce fut un réel plaisir de pouvoir compter sur leur encadrement aux différentes étapes clés de mes recherches.

J'exprime enfin toute ma gratitude aux Pr. Yves Stevens et Frank Vandembroucke pour avoir accepté de siéger dans le jury de thèse. Il eût été difficile de trouver des juges plus qualifiés auxquels me confronter.

L'accompagnement d'un travail de thèse se compose aussi de rôles plus officieux. Je tiens ainsi à remercier les Pr. Alain Jousten et Emmanuel Slautsky de m'avoir fait profiter de leurs lumières lors de la rédaction de certains passages d'une particulière technicité. Je remercie également les Pr. Simon Deakin et Hans Van Meerten de m'avoir accueilli pour des séjours de recherche, respectivement à l'Université de Cambridge et à l'Université d'Utrecht. J'adresse aussi un grand merci reconnaissant à mon oncle Thierry Detienne et à mon collègue d'alors Quentin Cordier pour leurs nombreuses et minutieuses relectures, de même qu'à mon ami Soheil Ghanbari Matin pour m'avoir plusieurs fois accueilli chez lui pour des séances de travail intensif. Je garde également un souvenir chaleureux de l'aide apportée par mes collègues du service de droit social (Adrien Farcy, Vincent

Février, Quentin Cordier encore) dans la finalisation de l'appareil bibliographique; ces moments ont été d'une rare densité, je les remercie d'y avoir pris part avec autant d'amabilité. Enfin, mes remerciements les plus tendres vont à Sofia, la plus belle découverte de mes années de recherche doctorale.

Introduction générale*

1. L'influence de l'intégration économique de l'Union européenne sur les droits sociaux de ses États membres fait partie de ces sujets polémiques qui animent les cercles académiques et agitent les débats publics de manière récurrente. Au centre de ces controverses se trouvent les deux composantes du droit économique européen : le marché intérieur et l'Union économique et monétaire, que des auteurs ont appelé la « constitution microéconomique » et la « constitution macroéconomique » de l'Union européenne¹.

Des critiques nombreuses sont formulées à leur égard. Elles dénoncent principalement une asymétrie profonde entre les intérêts économiques et sociaux au sein de la construction européenne : les premiers y seraient fondamentalement favorisés au détriment des seconds. Plusieurs explications sont avancées. Elles sont à la fois d'ordre idéologique et structurel.

Les instances européennes compétentes présenteraient un biais néolibéral les conduisant à prendre des décisions favorables aux forces du marché. Depuis une dizaine d'années en particulier, les décisions de la Cour de justice reposeraient sur une interprétation du droit du marché intérieur complaisante pour les entreprises, aux dépens des travailleurs et des systèmes de protection sociale². La Commission,

* La matière et la documentation ont été arrêtées au 1^{er} septembre 2021. Nous n'avons notamment pas pu tenir compte de l'ouvrage de Y. Stevens, *EU Pension law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2022, publié après la relecture des épreuves de ce livre.

1. K. TUORI et K. TUORI, *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
2. Voy. parmi de nombreux autres C. JOERGES et F. RÖDL, « Informal Politics, Formalised Law and the 'Social Deficit' of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval », *European Law Journal*, 2009, vol. 15, n° 1, p. 1-19; A. SUPLOT, « Le sommeil dogmatique européen », *Revue française des affaires sociales*, 2012, n° 1, p. 185-198; S. DEAKIN, « The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: In Search of New Foundations for Europe's "Social Market Economy" », in N. BRUUN, K. LÖRCHER et I. SCHÖMANN (éds.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 19-43; D. ASHAGBOR, « Unravelling the Embedded Liberal Bargain: Labour and Social Welfare Law in the Context of EU Market Integration », *European Law Journal*, 2013, vol. 19, n° 3, p. 303-324; C. KAUPA, « Maybe not activist enough? On the Court's alleged neoliberal bias in its recent labor cases », in M. DAWSON, B. DE WITTE et E. MUIR (éds.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, p. 56-75.

la Banque centrale européenne ainsi que certains États feraient quant à eux usage de leurs prérogatives et capacités d'influence au sein de l'Union économique et monétaire pour préconiser, voire pour imposer des politiques budgétaires et des réformes structurelles préjudiciables aux droits sociaux nationaux¹.

La structure institutionnelle de l'Union européenne elle-même serait une cause du déséquilibre dénoncé. Alors que les libertés économiques sont consacrées au niveau européen, les droits sociaux restent pour l'essentiel ancrés dans les ordres juridiques nationaux; la répartition des compétences entre l'Union et les États membres et les règles procédurales prévues par les traités sont en effet peu propices à l'adoption de règles protectrices des travailleurs et des systèmes sociaux communes à l'ensemble des États. Il en découlerait une concurrence entre les États membres, pris dans une spirale négative du moins-disant social; les législations sociales seraient en outre exposées au risque permanent d'un démantèlement au nom de l'objectif d'intégration des économies nationales, le droit du marché intérieur l'emportant sur le droit national en vertu du principe de primauté du droit européen². Quant à la zone euro, il n'y aurait dans les faits pas d'autres choix, en l'absence d'outils budgétaires conséquents au niveau européen, que d'adopter des politiques d'austérité et de flexibilisation des économies nationales pour tenter d'assurer la stabilité de la monnaie unique³. Il en résulterait un recul net des

-
1. B. FRIOT et C. GOBIN, « Les politiques d'austérité de l'Union européenne : un programme d'extinction de la souveraineté populaire. Quels contre feux ? », in J.-C. DEFRAIGNE *et al.* (éds.), *Les modèles sociaux en Europe. Quel avenir face à la crise ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 91-112; F. LORDON, *La malfaçon : monnaie européenne et souveraineté démocratique*, Arles, Actes Sud, 2015; P. COPELAND et M. DALY, « Social Europe: From "Add-On" to "Dependence Upon" Economic Integration », in ACRESPIY et G. MENZ (éds.), *Social Policy and the Euro Crisis: Quo Vadis Social Europe*, London, Palgrave Macmillan, 2015, p. 140-160; C. KAUPA, « Has (Down-)Austerity Really Been "Constitutionalized" in Europe? On the Ideological Dimension of Such a Claim », *Journal of Law and Society*, 2017, vol. 44, n° 1, p. 32-55.
 2. L'auteur le plus fameux sur cette question est sans aucun doute F. W. Scharpf. Voy. notamment F.W. SCHARPF, « Economic integration, democracy and the welfare state », *Journal of European Public Policy*, 1997, n° 1, p. 18-36; F.W. SCHARPF, *Governing in Europe: effective and democratic*, Oxford, Oxford University Press, 1999; F.W. SCHARPF, « The asymmetry of European Integration, or why the EU cannot be a 'social market economy' », *Socio-Economic Review*, 2010, n° 8, p. 211-250. Voy. également les contributions rassemblées in R. LETELIER et A.J. MENÉNDEZ (éds.), *The Sinews of European Peace. Reconstituting the Democratic Legitimacy of the Socio-Economic Constitution of the European Union*, ARENA Report Series, n° 7/09, Oslo, ARENA, University of Oslo, 2009; M. HÖPNER et A. SCHÄFER, « Embeddedness and Regional Integration: Waiting for Polanyi in a Hayekian Setting », *International Organization*, 2012, vol. 66, p. 429-455; F. DE WITTE, « The architecture of the EU's social market economy », in P. KOUTRAKOS et J. SNELL (éds.), *Research handbook on the law of the EU's internal market*, Research handbooks in European law, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 117-138.
 3. Sur l'architecture de la zone euro, voy. notamment P. DE GRAUWE, « Design Failures in the Eurozone: Can They Be Fixed? », *LSE « Europe in Question » Discussion Paper Series n° 57*, 2013, disponible sur <http://www.ssrn.com/abstract=2215762>; J.E. STIGLITZ, *The Euro: How a*

droits sociaux, en particulier depuis la crise de 2008 et le renforcement des instruments de contrôle des politiques économiques et budgétaires des États¹.

2. Les questions soulevées par ces critiques sont d'une importance capitale pour la vie des citoyens des États membres et pour l'avenir de l'Union européenne. Elles sont également en un certain sens tout à fait « classiques² ». En creux de ces critiques, c'est en effet la tension fondamentale entre les principes organisateurs d'une économie de marché capitaliste et l'institution de droits sociaux vigoureux qui est une nouvelle fois rappelée. Cette tension peut être aménagée, mais jamais tout à fait supprimée. Selon les analyses que l'on vient d'évoquer, la configuration actuelle du droit économique européen se caractérise par une exacerbation de cette tension dans un sens hostile aux droits sociaux en question.

3. Le présent ouvrage s'ancre dans ce contexte. Il a pour ambition de faire le point sur une question particulière en lien avec ces enjeux de l'intégration économique européenne. Cette question est celle de l'influence proprement juridique exercée par les principales branches du droit économique de l'Union européenne, à savoir le droit de la concurrence, la libre prestation des services et la gouvernance économique et budgétaire, sur l'organisation des systèmes de pension de retraite nationaux³. Notre objectif consiste à vérifier la réalité de cette influence (se constate-elle effectivement ? sur quels points précis ?) et à en préciser le cas échéant

Common Currency Threatens the Future of Europe, New York, W.W. Norton & Company, 2016.

1. C. DEGRYSE et P. POCHET, « Changer le paradigme de la gouvernance européenne », in J.-C. DEFRAIGNE *et al.* (éds.), *Les modèles sociaux en Europe : quel avenir face à la crise ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 75-89; F. COSTAMAGNA, « The European Semester in Action: Strengthening Economic Policy Coordination While Weakening the Social Dimension? », *LPF-WEL Working Paper N° 5*, 2013, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=2367768>; F.W. SCHARPE, « After the Crash: A Perspective on Multilevel European Democracy », *European Law Journal*, 2015, vol. 21, n° 3, p. 384-405; C. DE LA PORTE et E. HEINS (éds.), *The Sovereign Debt Crisis, the EU and Welfare State Reform*, London, Palgrave Macmillan, 2016.
2. Nous empruntons l'expression à Y. STEVENS, « Developing common definitions on European pensions' policy », in T.D. SAKELLAROPOULOS et J. BERGHMAN (éds.), *Connecting Welfare Diversity within the European Social Model*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2004, p. 137 : « Everything ends up to the classical problem: How attaining and retaining a high level of social protection based on the principles of solidarity within a market model? » Voy. aussi J. MULDER, *Social legitimacy in the internal market: a dialogue of mutual responsiveness*, Oxford, Hart Publishing, 2018, p. 1.
3. En Belgique francophone, le terme « pension » est couramment utilisé comme synonyme de « pension de retraite », tandis qu'en France le seul terme de « retraite » pour désigner la même réalité des prestations financières octroyées aux travailleurs (ou aux citoyens en général) qui atteignent un certain âge. Pour ne désorienter personne à Liège, Namur ou Bruxelles ni à Lille, Bordeaux ou Paris, nous avons utilisé l'expression de « pension de retraite » dans le titre de l'ouvrage. Dans le corps du texte toutefois, nous nous conformerons à l'usage en vigueur chez nous et ne parlerons plus que de « pension ».

la teneur (quels sont ses effets ? quelles transformations fait-elle subir aux systèmes de pension ?).

4. Étudier les rapports entre les systèmes de pensions nationaux en particulier et le droit économique européen nous semble pertinent pour plusieurs raisons. La première tient au caractère hautement politique du sujet, la politique étant entendue ici comme ce qui ressort à la chose publique. Les pensions sont au carrefour de questions de première importance pour la vie collective des États, parmi lesquelles la répartition des richesses au sein de la population, la rémunération du travail et sa valorisation par la société, la définition des conditions dans lesquelles on considère qu'il est légitime de ne plus travailler, la qualité de vie des personnes âgées, la prévention de la pauvreté ou encore le rôle des partenaires sociaux dans la vie économique. Interroger les implications éventuelles du droit économique européen pour l'organisation des systèmes de pension nationaux nous semble donc utile de ce simple fait qu'elles intéressent ces questions primordiales.

La deuxième raison est d'ordre pratique. Les évolutions démographiques et économiques semblent nécessiter partout des réformes des systèmes de pension existants pour en assurer le financement à long terme. Si le droit économique européen est source de contraintes effectives ou potentielles pour l'organisation de ces systèmes, il est prudent de les mettre au jour pour qu'il puisse en être tenu compte le cas échéant dans l'élaboration de réformes futures.

Enfin, la troisième raison qui motive cette étude est d'ordre théorique. Elle est relative principalement aux deux branches du droit du marché intérieur que nous allons aborder, c'est-à-dire le droit européen de la concurrence et la libre prestation des services. Il est intéressant d'établir comment des dispositions dont la finalité est de libéraliser les échanges et d'assurer une concurrence libre et non faussée appréhendent des dispositifs tels que les régimes de pension qui reposent sur une obligation d'affiliation à un dispositif géré par une entité unique. Ces régimes sont en effet constitutifs de ce que le droit de la concurrence appelle des monopoles, soit des situations à première vue parfaitement contraires aux principes libéraux qui guident les deux branches du droit européen en question. Avec quels concepts, en vertu de quels raisonnements ces dernières s'appliquent-elles ou non à ces régimes, c'est là une question susceptible de dégager des enseignements intéressants à la fois sur les logiques fondamentales des droits européens abordés mais aussi, par ricochet, sur l'originalité des mécanismes et des techniques mis en œuvre dans certains régimes de pension. Nous verrons que la notion de solidarité joue un rôle central à cet égard.

5. Nous avons présenté l'ambition de l'ouvrage, le contexte dans lequel il s'inscrit et ses motivations. Dans la suite de cette introduction générale, nous délimitons plus précisément notre question de recherche et notre objet d'étude

(§ 1) et nous expliquons l'approche adoptée pour les traiter (§ 2). Nous présentons enfin le plan de l'ouvrage (§ 3).

§ 1. La question de recherche et l'objet d'étude : de l'influence juridique de certaines branches du droit économique européen sur les systèmes de pension des travailleurs salariés des États membres

6. Nous l'avons dit, le contexte dans lequel s'inscrit notre recherche est celui de la dénonciation d'une asymétrie entre les intérêts économiques et les intérêts sociaux au sein du droit économique européen, dont les causes seraient à la fois idéologiques et structurelles. Ce contexte nous amène à demander si les systèmes de pension sont exposés au même type de contrainte émanant du droit économique européen. S'il s'avère que c'est le cas, on peut supposer que cette contrainte a un effet uniformisant : elle soumettrait la diversité des systèmes sociaux existants à un modèle conforme à la logique du marché promue par le droit économique européen.

1. La question de recherche

7. Ces considérations nous conduisent à formuler notre question de recherche de la manière suivante : le droit économique européen tend-t-il à faire évoluer les systèmes de pension vers un même modèle et, le cas échéant, lequel ? Ainsi formulée, cette question souffre toutefois d'une ambiguïté qu'il convient de lever dès à présent. Lorsqu'on mentionne l'influence exercée par le droit économique européen sur les systèmes de pension, il faut en effet distinguer les contraintes proprement juridiques qui pèsent sur l'organisation de ces systèmes, des contraintes économiques rendues possibles ou accentuées par ce droit européen. Notre question de recherche ne vise que les premières. Quelques mots d'explication permettront de clarifier cette distinction.

8. Le droit économique européen a pour finalité de « libérer » les forces économiques par l'organisation d'un marché intérieur au sein duquel les barrières nationales de nature fiscale, réglementaire et monétaire (pour ce qui concerne la zone euro) sont supprimées ou réduites et où l'existence d'une concurrence libre et non faussée est garantie. Indépendamment de la question de savoir si ce droit s'applique en tant que tel aux systèmes sociaux, cette entreprise ne peut rester sans conséquence pour les dispositifs, comme les systèmes de pension, dont le sort est consubstantiel à celui de l'activité économique au sein de l'État sur le territoire duquel ils sont organisés.

Par exemple, certains auteurs estiment que la libéralisation des mouvements de capitaux, facilités en outre au sein de la zone euro par l'adoption de la monnaie

unique, est de nature à exercer une contrainte plus forte sur les systèmes de sécurité sociale, et donc notamment les systèmes de pension, qui sont financés par des cotisations sociales plutôt que par des impôts pesant sur des éléments (revenus, actes, avoirs) moins mobiles¹. Dans la mesure où elles réduisent la part revenant aux détenteurs du capital dans la plus-value dégagée par l'activité économique, une hausse de ces cotisations pourrait les inciter à profiter de la liberté de circulation garantie par le droit européen pour déplacer leurs activités ou leurs investissements vers les États où le financement des prestations sociales (parmi d'autres « prélèvements ») est assuré au moyen d'autres ressources. Certes, une explication de l'évolution du financement des systèmes de protection sociale au sein de l'Union qui se limiterait à pointer la pression qu'exerce la mobilité accrue du capital serait insatisfaisante. L'attractivité d'un État pour les détenteurs de capitaux dépend également d'autres facteurs que la rémunération du travail². Il reste, si l'on suit ces auteurs, que cette pression ne peut pas non plus être négligée : quoique son influence puisse être difficile à quantifier, elle est une donnée structurelle dont doivent tenir compte ceux qui, au niveau national, décident de l'évolution future des prestations sociales.

Un autre exemple de contrainte économique potentielle sur le financement des systèmes de sécurité sociale est celle résultant du régime applicable au détachement de travailleurs salariés. Fondé dans la libre prestation des services, le détachement de travailleurs permet à une entreprise de faire exécuter des travaux par ses travailleurs sur le territoire d'un État étranger en restant soumise à la

-
1. Voy. notamment F.W. SCHARPF, *Governing in Europe*, op. cit., chapitre 4, spéc. p. 140-141 ; G. BONOLI, « Two Worlds of Pension Reform in Western Europe », *Comparative Politics*, 2003, vol. 35, n° 4, p. 410-411. On remarquera que cette question était déjà abordée en 1956 dans le fameux « rapport Ohlin », du nom de l'économiste suédois chargé par le Bureau International du Travail d'étudier les conséquences du projet d'intégration économique européenne pour la politique sociale des États participants. Le rapport estimait qu'une libéralisation des mouvements de capitaux serait de nature à faire peser une contrainte importante sur les politiques redistributives des futurs États membres de la Communauté économique européenne. Voy. *Les Aspects sociaux de la coopération économique européenne*, Genève, Bureau international du travail, 1956, p. 130-133. On oublie parfois que cette libéralisation a été très progressive au sein de l'Union, pour ne devenir réellement effective que dans les années 1990. La liberté de circulation des capitaux a été la dernière des quatre libertés de circulation à se voir reconnaître un effet direct par la Cour de justice. Voy. à ce sujet F. LOSADA FRAGA, « Free movement of capital as the deep economic constitution of the EU », in R. LETELIER et A.J. MENÉNDEZ (éds.), *The Sinews of European Peace. Reconstituting the Democratic Legitimacy of the Socio-Economic Constitution of the European Union*, ARENA Report Series, n° 7/09, Oslo, ARENA, 2009, p. 119-155.
 2. H. VERSCHUEREN, « De interne markt en de arbeidsrechtelijke normconcurrentie », *Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, 2014, n° 12, p. 553.

législation en matière de sécurité sociale de son État d'origine¹. Cette faculté est de nature à faire pression sur les systèmes de sécurité sociale, et donc notamment sur les systèmes de pension, qui se trouvent ainsi mis en concurrence, à tout le moins dans les secteurs d'activité où prolifère ce genre de pratiques².

9. Ces contraintes de nature économique, qui sont le résultat de comportements autorisés par le droit européen, sont évidemment différentes des contraintes de nature proprement juridique qui résultent de l'application des dispositions du droit économique européen aux régimes mêmes qui composent les systèmes de pension des États membres. Ces contraintes juridiques relèvent d'une appréciation, par des autorités judiciaires ou administratives, de la conformité de ces régimes aux normes inscrites dans les traités européens ou dans des instruments de droit dérivé, tandis que les contraintes économiques relèvent d'une tension entre le fonctionnement de ces régimes et l'organisation de l'économie, telle qu'elle résulte, notamment, de la création d'un marché intérieur par le droit de l'Union européenne.

10. L'influence dont notre recherche vise à déterminer si elle tend à faire converger les systèmes de pension vers un même modèle et, le cas échéant, lequel, est donc l'influence exercée sur les régimes de pension par les contraintes proprement juridiques du droit économique européen. Les contraintes de nature économique, dont le droit européen a provoqué ou facilité la survenance, ne sont quant à elles pas directement prises en compte. Pour mesurer leur portée, il aurait été nécessaire de faire appel à d'autres outils que ceux propres à notre discipline, que nous ne maîtrisons pas.

La question économique n'est pas pour autant absente de notre étude. D'une part, pour comprendre les finalités de la gouvernance économique et budgétaire,

-
1. La question du droit de la sécurité sociale applicable aux travailleurs détachés est régie par l'article 12 du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.
 2. Au sujet de la mise en concurrence des systèmes sociaux par le droit du détachement des travailleurs, voy. notamment H. VERSCHUEREN, « Cross-border workers in the European internal market: Trojan horses for member states' labour and social security law? », *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2008, vol. 24, n° 2, p. 167-199; S. DEAKIN, « Regulatory Competition after Laval », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2008, vol. 10, p. 581-609; A. DEFOSSEZ, « Le détachement des travailleurs : concurrence loyale ou dumping social ? », in E. CARPANO, M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER (éds.), *La Concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 219-236; H. VERSCHUEREN, « De sociale bescherming van gedetacheerde werknemers binnen de Europese Unie: strijd tegen sociale dumping of protectionisme? », in D. VANHEULE (éd.), *Ontwikkelingen inzake arbeidsdiscriminatie, detachering van werknemers, kindervoorziening en Dublinverordening*, Brugge, Die Keure, 2017, p. 77-121. Voy. également M. ROCCA, *Posting of Workers and Collective Labour Law: There and Back Again. Between Internal Market and Fundamental Rights*, Cambridge, Intersentia, 2015; J. BUELENS et M. RIGAUX (éds.), *From social competition to social dumping*, Cambridge, Intersentia, 2016.

dont nous analysons l'influence sur les systèmes de pension dans la seconde partie de l'ouvrage¹, nous prêtons attention à la structure macroéconomique de la zone euro et à ses implications concernant les capacités d'action des autorités publiques sur l'économie. Conformément à ce qui vient d'être dit, ces développements ne visent pas à identifier la teneur et l'ampleur exactes des contraintes économiques qui pèsent sur les systèmes sociaux des États ayant adopté la monnaie unique ; ils nous permettent d'interpréter l'usage qui est fait des instruments juridiques de la gouvernance en tenant compte de leur contexte, lequel est notamment économique. D'autre part, sur un plan plus théorique, nous avons tiré profit de lectures en économie, mais aussi sur l'économie pour affiner notre compréhension des différentes logiques qui peuvent être à l'œuvre dans les systèmes de pension et pour proposer une qualification de ces systèmes selon les liens qu'ils entretiennent avec le marché du travail. Ces réflexions imprègnent plusieurs des développements contenus dans le corps du texte, comme cela apparaîtra à leur lecture.

2. L'objet d'étude

11. La question de recherche ayant été définie, il convient de présenter plus en détail notre objet d'étude, c'est-à-dire la matière que nous analysons pour répondre à cette question. Celui-ci est constitué des principales branches du droit économique européen considéré en tant qu'il peut trouver à s'appliquer aux systèmes de pension des États membres. Quelques explications complémentaires sont nécessaires pour en définir les contours précis. Elles concernent les deux composantes de notre objet, à savoir « les principales branches du droit économique européen » et « les systèmes de pension nationaux ».

12. L'expression « droit économique européen » est un raccourci commode pour désigner deux ensembles de dispositions. Le premier est le droit du marché intérieur, qui regroupe le droit européen de la concurrence (articles 101 à 109 TFUE) et les libertés de circulation proclamées par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, à savoir la libre circulation des marchandises, des personnes physiques et morales, des services et des capitaux (articles 28 à 37 et 45 à 66 TFUE). Le second ensemble est le droit de l'Union économique et monétaire, qui organise la compétence monétaire de la Banque centrale européenne au sein de la zone euro et la coordination des politiques économique et budgétaire des États membres (articles 119 à 144 TFUE).

Notre objet d'étude n'intègre pas l'ensemble de ce droit économique européen. Il se compose du droit de la concurrence et de la libre prestation des services, qui relèvent du droit du marché intérieur, ainsi que de la gouvernance économique et budgétaire, qui relève du droit de l'Union économique et monétaire. Le choix de se concentrer sur ces branches du droit européen s'explique au regard de

1. Voy. *infra* n° 26 l'exposé du plan de l'ouvrage.

notre question de recherche : elles forment le noyau dur des dispositions juridiques par lesquelles l'entreprise de libéralisation et d'intégration des économies nationales est mise en œuvre ; elles sont donc aussi celles à propos desquelles les craintes d'une application asymétrique défavorable aux droits sociaux nationaux sont les plus fortes. Notons que par facilité d'expression, nous utiliserons souvent dans la suite du texte l'expression « droit économique européen » pour désigner uniquement les branches de ce droit qui forment notre objet d'étude, sans préciser à chaque fois que l'expression doit être comprise en ce sens restreint et pas en son sens habituel, qui recouvre également les autres libertés de circulation.

La non prise en compte de ces autres libertés de circulation s'explique par ailleurs pour diverses raisons supplémentaires. L'exclusion de la libre circulation des marchandises va de soi : l'organisation d'un système de pension ne dépend pas de l'utilisation de marchandises, de sorte que le régime juridique applicable à ces dernières ne peut en tant que tel avoir aucune incidence sur ces systèmes. Quant à la libre circulation des personnes morales, qui prend la forme en droit européen de la liberté d'établissement (articles 49 à 55 TFUE), elle se distingue très peu, eu égard à notre question de recherche, de la libre prestation des services, de sorte qu'étudier le régime juridique de celle-ci suffit pour éclairer les difficultés éventuelles que pourrait poser celle-là ; nous ne l'aborderons donc qu'incidemment, au travers de l'étude d'une directive visant à favoriser l'intégration du marché européen des fonds de pension¹. La libre circulation des capitaux ne fera pas non plus l'objet de développements particuliers, sinon à l'occasion du commentaire de la même directive, pour la raison que son influence éventuelle sur les systèmes de pension est essentiellement d'ordre économique, comme nous l'avons expliqué plus haut².

La non prise en compte de la liberté de circulation des personnes physiques repose quant à elle en partie sur un choix. Cette liberté de circulation intéresse évidemment les systèmes de pension. Sa mise en œuvre a entraîné très tôt l'adoption de règlements de coordination des régimes de sécurité sociale des États membres, qui couvrent les pensions légales³ ; elle a également suscité l'adoption de directives portant sur les droits à pensions complémentaires visant à faciliter la mobilité des travailleurs⁴. Nous avons décidé de ne pas prendre en compte ces

-
1. Directive (UE) 2016/2341 du parlement européen et du conseil du 14 décembre 2016 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (IRP) (refonte).
 2. Voy. *supra* n° 8.
 3. Le règlement actuellement en vigueur est le règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.
 4. Directive 98/49/CE du Conseil 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 et directive 2014/50/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 rela-

instruments dans notre étude pour des raisons d'opportunité. D'une part, en raison de leurs objets ces instruments de droit dérivé sont nécessairement attentifs à la dimension sociale, et pas seulement économique des questions qu'ils règlent (à quels droits à la pension un travailleur migrant peut-il prétendre?). Il y a donc moins lieu de s'interroger sur la pression éventuelle qu'ils feraient peser sur les systèmes de pension en raison d'un traitement asymétrique des intérêts sociaux et économiques en jeu. On rappellera par ailleurs que le règlement de coordination des systèmes de sécurité sociale a pour seul objectif, comme son nom l'indique, de coordonner ces systèmes, et en aucun cas de les harmoniser. D'autre part, ces instruments, en particulier les règlements de coordination, font déjà l'objet d'analyses approfondies depuis de nombreuses années, de sorte que notre apport aux connaissances déjà dégagées à leur sujet par la doctrine spécialisée aurait probablement été minime¹.

Précisons enfin que notre étude n'inclut pas l'incidence du droit économique européen sur la fiscalité des pensions. Pour ce qui regarde la fiscalité en lien avec les pensions étatiques, cette question relève généralement de la libre circulation

tive aux prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs entre les États membres en améliorant l'acquisition et la préservation des droits à pension complémentaire.

1. À propos de la coordination des systèmes de sécurité sociale, voy. notamment Y. JORENS (éd.), *50 ans de coordination de la sécurité sociale : passé – présent – futur : rapport de la conférence célébrant le 50e anniversaire de la coordination européenne de la sécurité sociale*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2010; H. VERSCHUEREN, « Le droit des pensions d'invalidité et de vieillesse dans le règlement n° 883/2004 », *Revue de droit sanitaire et social*, 2010, n° 1, p. 38-52; M. FUCHS et R.C. CORNELISSEN (éds.), *EU Social Security Law: A Commentary on EU regulations 883/2004 and 987/2009*, München, C.H. Beck, 2015; J. PAJU, *The European Union and social security law*, Oxford, Hart Publishing, 2017; I. OMARJEE, *Droit européen de la protection sociale*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2021; F. PENNING, *European Social Security Law*, 7^e éd., Cambridge, Intersentia, 2021, à paraître. On se permet de renvoyer également à la présentation que l'on a donné du règlement de coordination 883/2004 dans J.-M. SERVAIS, avec la contribution de Q. DETIENNE, *Droit social de l'Union Européenne*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2021. À propos des directives relatives aux droits à pension complémentaire, voy. notamment P. MARTIN, « La portabilité des retraites professionnelles et la mobilité salariale », in S. HENNION-MOREAU et O. KAUFMANN (éds.), *Les Retraites professionnelles d'entreprise en Europe : droits européen et comparé / Betriebliche Altersversorgung in Europa: Europäisches Recht und Rechtsvergleichung / Occupational pension schemes in Europe: European law and comparative law*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 133-157; H. LOURDELLE, « Le développement des régimes de pension complémentaires européens : frein à la mobilité des travailleurs ou risque pour le développement des régimes de pension de sécurité sociale ? », *Revue de droit sanitaire et social*, 2008, n° 1, p. 29-42; W. BAUGNIET, *The protection of occupational pensions under European Union law on the freedom of movement for workers*, Florence, Thèse défendue à l'Institut universitaire européen, 2014; M. DEL SOL et M. ROCCA, « Free movement of workers in the EU and occupational pensions: Conflicting priorities? Between case law and legislative interventions », *European Journal of Social Security*, 2017, vol. 19, n° 2, p. 141-157; I. LUPU, *Protection sociale professionnelle et Union européenne : Dynamique et perspectives des régimes de pension*, Rennes, Thèse défendue à l'Université de Rennes 1, 2019.

des personnes physiques, dont nous venons de dire que nous l'avons exclue de notre objet d'étude. Lorsqu'elle est liée à la libre prestation des services, la question de la fiscalité applicable concerne principalement les régimes de pension complémentaires. Elle soulève des enjeux potentiellement importants, dans la mesure où l'on sait que le traitement fiscal d'un régime de pension complémentaire détermine souvent son succès dans la pratique. Il nous fallait cependant faire des choix, et le droit fiscal des pensions étant éloigné de nos préoccupations premières, nous avons concentré nos efforts sur les interactions entre le droit économique européen et le droit des pensions considéré dans sa dimension sociale.

13. La seconde composante de notre objet d'étude est constituée des « systèmes de pension des États membres ». Nous nous concentrons en particulier sur les systèmes de pension des travailleurs salariés, pour une triple raison. Ces systèmes sont les plus importants en termes de nombres de personnes couvertes. Ils sont aussi ceux dont l'organisation est la plus susceptible de créer des tensions avec le droit économique européen. Par exemple, leur mode de financement peut influencer sur le coût du travail, ce qui fait d'eux un sujet de préoccupation majeur pour la gouvernance économique de l'Union économique et monétaire; ou encore, dans de nombreux États membres, les régimes de pension complémentaires sont rendus obligatoires à un niveau sectoriel à la suite de négociations collectives, ce qui peut poser des difficultés au regard du droit de la concurrence ou de la libre prestation des services. Enfin, plus fondamentalement, la question d'une influence éventuelle du droit économique européen sur les systèmes de pension des travailleurs salariés est particulièrement sensible étant donné que le marché du travail est le lieu par excellence des tensions entre les intérêts du capital et ceux du travail. L'étude de cette question nous paraît ainsi d'autant plus intéressante eu égard à ce contexte général¹.

Étant donné cet accent sur les systèmes de pension des travailleurs salariés, nous n'abordons pas le récent règlement visant à développer un marché européen des produits d'épargne-pension². Ces produits constituent en effet des pensions

-
1. Pour des travaux qui insistent sur l'importance de l'opposition entre travail et capital (entendu comme la propriété des moyens de production) pour la bonne compréhension du droit social, voy. notamment L. FRANÇOIS, *Introduction au droit social*, Liège, Faculté de droit, 1974; O. KAHN-FREUND, *Labour and the Law*, London, Stevens, 1977.
 2. Règlement (UE) 2019/1238 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relatif à un produit paneuropéen d'épargne-retraite individuelle (PEPP). À propos de ce règlement et des discussions qui ont précédé son adoption, voy. notamment P. SABBADINI, « Vers un nouveau produit paneuropéen d'épargne-retraite individuelle ? », *Journal de droit européen*, 2018, p. 306-309; H. VAN MEERTEN et J.J. VAN ZANDEN, « Pensions and the PEPP: The Necessity of an EU Approach », *European Company Law Journal*, 2018, vol. 15, n° 3, p. 66-72; N. CUNHA RODRIGUES, « The Pan-European Pension Product and the Capital Markets Union: A Way to Enhance and Complete the Economic and Monetary Union? », in N. DA COSTA CABRAL et N. CUNHA RODRIGUES (éds.), *The Future of Pension Plans in the EU Internal Market: Coping with Trade-Offs Between Social Rights and Capital Markets*, Cham, Springer, 2019, p. 179-191;

individuelles, accessibles à quiconque indépendamment de son statut professionnel; ils relèvent de ce que l'on appelle communément le troisième pilier. Certes, le sujet n'est pas sans lien avec les régimes de pension des travailleurs salariés (qui peuvent évidemment contracter des pensions individuelles) puisqu'il ne semble pas exclu que le règlement proposé puisse également s'appliquer à des produits de pension complémentaire octroyés dans le cadre d'une relation de travail, soit des pensions du deuxième pilier. Par ailleurs, le développement de produits individuels pourrait avoir, dans les faits, des répercussions sur les régimes complémentaires collectifs destinés aux salariés en leur faisant concurrence¹. Nous ne développons cependant pas ces questions : à nouveau, il fallait bien faire des choix.

Dans la première partie de l'ouvrage, consacrée au droit de la concurrence et à la libre prestation des services, nous nous apercevons qu'un bon nombre des exigences de ces branches du droit européen ne dépendent pas de la qualité – fonctionnaire, travailleur salarié, travailleur indépendant – des individus couverts par les régimes de pension. Dans une large mesure, les enseignements de cette première partie sont donc transposables aux autres systèmes de pension que ceux dédiés aux travailleurs salariés, malgré que notre attention se porte principalement sur ces derniers.

Dans la seconde partie de l'ouvrage, consacrée à l'influence de la gouvernance économique et budgétaire, nous avons décidé de nous concentrer sur les systèmes de pension de deux États membres seulement : la Belgique et la Grèce. À la différence du droit du marché intérieur, qui formule des règles générales applicables à l'ensemble des États membres, le droit de l'Union économique et monétaire définit seulement des objectifs communs à atteindre par les États; quant aux moyens de les atteindre, les instances compétentes (principalement la Commission) émettent des recommandations ou imposent des réformes spécifiques tenant compte de la situation particulière de chacun d'entre eux. L'analyse des documents d'application générale dans ce domaine n'apporterait donc que peu d'éclairages sur les implications réelles de la gouvernance pour les États. Pour les saisir, il faut se plonger dans le contenu des recommandations et réformes adressées à chacun. Dans l'idéal, cette étude devrait être menée pour chaque État membre de l'Union économique et monétaire. Des raisons évidentes de faisabilité ne nous l'ont pas permis. Nous nous sommes donc concentré sur les deux États susmentionnés. Comme nous l'expliquons plus en détail dans l'introduction de notre seconde partie, nous les avons choisis notamment pour la raison qu'ils ont chacun été l'objet d'un usage intensif des deux instruments principaux de la gouvernance : les recommandations spécifiques par pays, émises dans le cadre du semestre

H. VAN MEERTEN (éd.), *EU Pension Law*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2019, p. 127-140.

1. Voy. Y. STEVENS, « The silent pension pillar implosion », *European Journal of Social Security*, 2017, vol. 19, n° 2, p. 102-103.

européen, et les mécanismes d'aide financière, dont l'activation est conditionnée à la mise en œuvre de réformes structurelles énoncées par les bailleurs de fonds. Dans une approche inductive, nous nous appuyons sur les enseignements de ces deux cas d'étude particuliers pour avancer une interprétation plus générale des implications de la gouvernance pour les systèmes de pension des États membres de l'Union économique et monétaire.

14. Notre question de recherche et l'objet d'étude auquel elle s'applique étant déterminés, nous pouvons maintenant présenter l'approche adoptée pour traiter celle-ci.

§ 2. L'approche adoptée pour traiter de la question de recherche : droit en action, droit et valeurs

15. Pour étudier l'influence du droit économique européen sur les systèmes de pension, nous nous attachons à l'analyse ce que l'on pourrait appeler le droit « en action », c'est-à-dire les *décisions* – jugement, décision proprement dite ou tout autre acte dont l'adoption est prévue ou autorisée dans cette branche du droit – des instances chargées de l'application de ce droit économique : la Cour de justice, la Commission européenne, le Conseil ou encore le Parlement. Dans la partie consacrée au droit de la concurrence et à la libre prestation des services, outre les décisions portant sur le droit des pensions en tant que tel, nous passons également en revue des domaines dans lesquelles il y a peu, voire pas de jurisprudence relative aux pensions mais où la Cour de justice ou la Commission se sont prononcées à propos de régimes de protection sociale octroyant d'autres types de prestations – souvent, des assurances soins de santé. En raisonnant par analogie (ces décisions pourraient-elles s'appliquer à des régimes de pension?), on se donne ainsi les moyens d'avancer des éléments de réponse à la question de savoir si ces branches du droit pourraient, dans le futur, par-delà la jurisprudence existante, représenter une menace pour les systèmes de pension.

Étant donné cette approche « empirique » consistant à s'attacher à l'étude des décisions des instances compétentes, on ne trouvera pas dans le présent ouvrage une description exhaustive de l'architecture du droit de l'Union en relation avec la matière des pensions, ni un relevé de l'ensemble des normes entretenant un lien substantiel avec cette dernière¹. Cette architecture et ces normes ne sont abordées que dans la mesure où cela est nécessaire pour éclairer le contexte dans lequel les décisions étudiées ont été adoptées.

1. Pour un relevé de ce type, voy. notamment Y. STEVENS, « Interactions between policy and law regarding pensions », in B. CANTILLON, H. VERSCHUEREN et P. PLOSCAR (éds.), *Social inclusion and social protection in the EU: interactions between law and policy*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 153-171.

16. En revanche, dans notre étude, nous nous attachons non seulement à exposer le résultat de ces décisions (le droit des pensions des États membres est-il conforme au droit européen?), mais nous prêtons également une attention toute particulière aux justifications, explicites ou implicites, qui sous-tendent ces résultats, autrement dit à leur « pourquoi ». Cette approche s'explique par deux raisons.

La première est intimement liée aux conclusions de la première partie de notre recherche, celle relative à l'influence de la libre prestation des services et du droit de la concurrence. Disons-le d'emblée, il ressort de notre étude que cette influence est somme toute assez restreinte. Les décisions adoptées jusqu'à présent par la Cour ne nous semblent pas de nature à remettre en cause l'organisation des systèmes de pension des États membres, sinon de manière marginale. Toutefois, les craintes et crispations parfois soulevées par cette jurisprudence, surtout parmi les juristes de droit social, ne nous semblent pas pour autant incompréhensibles. C'est que, si ces décisions n'ont pas pour *résultat*, à ce jour, d'influencer l'organisation des systèmes de pension, la manière dont la Cour appréhende ces systèmes et, par conséquent, les *motivations* de ses décisions semblent imprégnées de certaines « valeurs » qui peuvent, elles, être en tension avec le droit des pensions de certains États membres.

Ainsi, alors que la jurisprudence en droit de la concurrence et en matière de libre prestation des services n'a eu jusqu'ici que très peu d'effets sur les systèmes de pension, on comprend que certains commentateurs et observateurs du droit européen restent méfiants à l'égard de la Cour et des décisions qu'elle pourrait prendre dans le futur : les justifications apportées à ces décisions ne sont pas toujours de nature à les rassurer, mais plutôt à les faire craindre que, la prochaine fois, la balance ne penche de l'autre côté. C'est en tous les cas cette thèse que nous défendrons à propos de la première partie de notre recherche, à savoir donc que les tensions entre les décisions adoptées à ce jour par la Cour et certains systèmes de pension se situent non pas sur le plan des effets de ces décisions, mais plutôt sur le plan de leurs justifications.

17. Cette attention aux justifications, explicites et implicites, de la jurisprudence de la Cour s'ancre également dans une seconde raison, plus fondamentale. Elle tient à la manière dont nous concevons le droit en général et, par suite, la recherche en droit. Nous partageons la conception selon laquelle le droit n'est pas une pure technique, axiologiquement neutre, mais est toujours aussi expression de valeurs, qui en sont le fondement.

La justification un tant soit peu développée de cette position de théorie du droit nous éloignerait trop de notre question de recherche. Pour éviter un excursus tendant vers la boursoufflure, on se limitera à l'explication schématique suivante, qui tient en trois affirmations : le fondement ultime du droit positif n'est pas juridique, mais relève d'un autre ordre ; aucun contenu déterminé ne peut être

assigné *a priori* à ce fondement, ni lui être attaché éternellement ; ce contenu consiste en une ou des valeurs.

Les deux premières affirmations sont au cœur de la théorie du droit de H. Kelsen. Pour le grand penseur du positivisme, la « norme fondamentale », qui fonde la validité d'un ordre juridique, n'est pas elle-même juridique, mais est *une condition logique de possibilité* de la validité du droit positif¹ ; elle ne lui prescrit par contre, en tant que telle, aucun contenu². On trouve également ces deux affirmations chez P. Legendre. Il en rend compte au travers de la notion de « Référence », soit une « structure vide » qui doit être remplie pour fournir au droit positif son principe de légitimité³. Ces affirmations sont encore présentes chez L. François, pour qui la source du droit positif étatique, celle dont il est issu et qui en maintient la vigueur, est « un fait non pas juridique, mais purement politique », à savoir l'adhésion à l'ordre juridique de ceux dont dépend son effectivité⁴.

Les théories de ces trois auteurs présentent des divergences certaines, et probablement en partie irréductibles. Elles ont toutefois en commun de poser, d'une part, que le droit positif ne peut s'expliquer en dernière instance par lui-même, mais renvoie à une cause ou un principe extérieur et, d'autre part, que ce principe ou cette cause n'a aucun contenu assignable *a priori*, et donc aucun contenu nécessaire : il ne participe d'aucune transcendance⁵. Chacun y insiste. Pour H. Kelsen, « il faut bien remarquer qu'en faisant l'hypothèse d'une norme fondamentale, on n'affirme aucune valeur transcendante au droit positif. Quel est le contenu de cette Constitution et de l'ordre juridique étatique créé sur sa base ? Cet ordre est-il juste ou injuste ? Ces questions n'entrent pas en ligne de compte (...)»⁶. P. Legendre qualifie les « discours idéaux » qui ont donné des « contenus multiples, divers, voire contradictoires » à la Référence, de « discours de bourrage du vide »⁷. Quant à L. François, il relève que « certes, tout ordre juridique consacre [des jugements de valeur] puisque l'auteur de chacune de ses normes [et ceux qui

-
1. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. fr. de Ch. Eisenmann, Paris, L.G.D.J. / Bruylant, 1999 (1962), p. 201.
 2. *Ibid.*, p. 220.
 3. P. LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 1999, p. 141 : « (...) le droit n'a pas de fondement par lui-même ; son fondement, c'est d'être dépendant structurellement d'un principe de légitimité, que j'appelle la Référence », dont « l'essence » est d'être « une structure vide ».
 4. L. FRANÇOIS, « Droit et révolution : Que sont-ils l'un par rapport à l'autre ? », in *Le problème de l'existence de Dieu et autres sources de conflits de valeurs*, Bruxelles, Académie Royale de Belgique, 2017, p. 134. Voy. aussi L. FRANÇOIS, *Le cap des tempêtes : essai de microscopie du droit*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, en particulier le chapitre 15 : « Quid sunt regna ? »
 5. On doit la mise en lumière de ce qui unit ces trois auteurs à J.-R. SEBA, *Le partage de l'empirique et du transcendantal. Essai sur la normativité de la raison : Kant, Hegel, Husserl*, Bruxelles, OUSIA, 2006, p. 321-377 ; à propos de la théorie de L. François, voy. la note 30, p. 369-370.
 6. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 201.
 7. P. LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident*, *op. cit.*, p. 141.

y font obéir] *juge[nt] bon* que soit obéie l'exigence qu'elle contient; mais ces valeurs peuvent différer d'un ordre juridique à un autre et ceux-ci peuvent même avoir des politiques opposées¹ ».

18. Notre position rejoint celle de ces auteurs sur les deux affirmations mises en avant, que le droit positif a un fondement qui l'excède, mais que celui-ci n'est pas un principe transcendant – ce qui exclut, sans ambiguïté, que l'on puisse qualifier leurs théories et notre position de jusnaturaliste. Sans détailler comment notre position s'articule, de manière plus ou moins étroite, avec chacune de ces théories, nous ajoutons pour notre part la troisième affirmation que ce fondement extérieur au droit positif consiste, concrètement, en une ou des *valeurs*.

En première approximation, nous définissons les valeurs comme des représentations du monde porteuses d'éléments de référence à l'aune desquels sont évalués ce qu'il convient de faire et de ne pas faire, l'organisation des rapports entre les individus à adopter, le mode de répartition des choses et des honneurs à privilégier... Autrement dit, des éléments de référence donnant un contenu déterminé à la notion, en tant que telle simplement formelle, de « justice ». Nous expliquerons plus loin la forme que prend cette notion de valeur dans le cas particulier du droit des pensions².

19. Il nous semble donc que le juriste qui souhaite comprendre, et pas seulement décrire le droit, doit se montrer attentif à ces valeurs s'il veut rendre compte de la totalité de son objet d'étude³. La thèse que nous soutenons dans la première partie de notre recherche répond à ce souci de prendre en compte non seulement la technique du droit, mais aussi les valeurs qu'il exprime.

20. Si le droit est toujours *expression* de valeurs, c'est au sens littéral comme au sens figuré. Le langage utilisé par le droit est signe de ce qui fait office de valeur pour lui, il en est l'expression au sens qu'il la met en mots. Le droit est également expression au sens de mise en œuvre de la valeur, d'extériorisation dans l'ordre des faits des exigences concrètes contenues ou imputables à ladite valeur, qui relève de l'ordre du devoir être.

Cette attention aux valeurs qui sous-tendent le droit économique européen dans ses relations avec les systèmes de pension des États membres se traduit donc dans notre travail par une certaine attention au langage des décisions faisant application de ce droit. Elle se traduit aussi par un effort de mise au jour de la logique interne des raisonnements qui nous semblent soutenir ces décisions, lorsque cette logique n'apparaît pas d'emblée. Concrètement, cela nous amène

-
1. L. FRANÇOIS, « Droit et révolution : Que sont-ils l'un par rapport à l'autre ? », *op. cit.*, p. 111. Les italiques sont dans le texte.
 2. Voy. *infra* n° 29 et s.
 3. Dans ce sens, voy. notamment A. SUPLOT, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005, en particulier le prologue.

parfois à reparcourir en long et en large le cheminement de décisions de la Cour de justice, dont la solution finale est pourtant parfois déjà bien connue par les lecteurs familiers de la matière, dans le but d'en éclairer les justifications, c'est-à-dire les valeurs qui les fondent.

21. La question des rapports entre le droit et les valeurs soulève, dans le champ de la recherche en droit, des débats passionnés, qui se présentent souvent sous la forme d'un affrontement entre les « juristes engagés », qui prennent personnellement position à l'égard du droit positif en formant des jugements de valeur (« le droit existant n'est pas un bon droit au regard de telles valeurs que je tiens pour fondamentales; voici, le cas échéant, comment il devrait être réformé pour leur être conforme »), et les « juristes positivistes », qui prennent acte du contenu du droit et se contentent de le décrire en formant des jugements de réalité (« le droit existant dit ceci ou cela; quant à savoir s'il est bon qu'il choisisse ceci plutôt que cela, il ne revient pas à une étude scientifique du droit de le dire »). Puisque nous avons évoqué notre attention aux valeurs portées par le droit, il nous semble utile, sinon prudent, d'expliquer notre position dans ce débat. À notre sens, les deux camps se battent avec les mauvaises armes.

22. À l'encontre du premier camp, celui des juristes qui défendent des valeurs en prenant argument du fait que celles-ci font partie intégrante de leur objet d'étude, nous avançons que l'affirmation selon laquelle le droit est toujours expression de valeurs (au sens défini ci-dessus) n'implique pas de devoir prendre *personnellement* position à l'égard de ces valeurs : ce sont là deux questions différentes. Pour le dire avec une formule qui pourrait paraître paradoxale, les valeurs qui fondent un droit donné sont des valeurs *objectives*. Par conséquent, une prise de position *simplement* personnelle nous semble aussi inutile pour leur compréhension qu'une opinion sur la couleur d'une voiture ne l'est pour la compréhension du fonctionnement d'un moteur thermique.

Évidemment, il faut ici comprendre « l'objectivité » d'une valeur en un sens particulier, qui ne s'oppose pas à son caractère par ailleurs *relatif*. La valeur portée par un droit donné est objective en trois sens différents, mais intimement liés. En tant que le droit est une norme (un « devoir être ») organisant la réalité des hommes (l'« être »), lui et la valeur qu'il exprime font partie de cette réalité et sont donc à ce titre objectifs, à la manière des choses qu'un individu trouve dans le monde extérieur (l'individu condamné à une peine de prison fait la dure expérience de la réalité du droit en tant qu'élément du monde extérieur, un élément contre lequel il a buté lourdement). En tant qu'elle est exprimée dans et par le droit, une valeur est objective également en ce sens qu'elle est un principe de cohérence, un point de fuite qui donne sens — à la fois comme *signification* et comme *direction* — aux normes juridiques qu'elle sous-tend. Son contenu n'est donc pas indéterminé ni malléable à souhait, mais a quelque consistance propre,

qui s'impose au sujet qui la pense¹. Enfin, une valeur est objective lorsqu'elle fait sens commun pour une multitude de sujets, qui la veulent tous, celle-ci n'étant dès lors réductible à la position particulière d'aucun d'entre eux – on comprend ce que ce dernier sens doit aux deux premiers².

Élément de la réalité extérieure, principe de cohérence du droit qui l'exprime et fin commune de volontés particulières, la valeur est donc triplement objective. La prise de position simplement particulière, par définition subjective, d'un individu à l'égard de cette valeur n'apporte rien en tant que telle à sa compréhension ; elle est hors de propos pour celui qui se donne pour projet d'étudier une norme en vue de l'expliquer.

23. Ceci étant dit, il convient d'éclaircir la question de savoir comment un chercheur, qui est par hypothèse un sujet ayant ses propres opinions, peut rendre objectivement compte d'une valeur, c'est-à-dire l'expliquer pour elle-même. C'est relativement à cette question qu'il nous semble ne pas pouvoir non plus nous engager dans le camp des juristes qui se gardent de poser des « jugements de valeur » pour s'en tenir aux seuls « jugements de réalité ». Ainsi formulée, cette distinction entre jugements de valeur et jugements de réalité nous semble en effet prêter à confusion. Elle risque d'être comprise comme impliquant que les valeurs ne relèvent jamais que de l'opinion subjective (raison pour laquelle il faudrait les tenir éloignées de l'étude du droit), tandis que la réalité, objective, en serait vierge. Or, comme on vient de l'expliquer, à notre sens les valeurs exprimées par le droit sont elles-mêmes objectives, notamment en tant qu'elles font partie de la réalité.

On répondra qu'il suffit alors, pour éviter cette confusion, de préciser qu'un jugement de réalité peut porter sur des valeurs, celles qui imprègnent tels textes ou telle branche du droit positif. Mais, à notre avis, cela reste insuffisant. Car le

-
1. On trouve une belle description de ce deuxième sens de l'objectivité des valeurs chez Durkheim : « Toutes ces valeurs [économique, esthétique, morale] existent (...), en un sens, en dehors de moi. Aussi, quand nous sommes en désaccord avec autrui sur la manière de les concevoir et de les estimer, tentons-nous de lui communiquer nos convictions. Nous ne nous contentons pas de les affirmer ; nous cherchons à les démontrer en donnant, à l'appui de nos affirmations, des raisons d'ordre impersonnel. Nous admettons donc implicitement que ces jugements correspondent à quelque réalité objective sur laquelle l'entente peut et doit se faire ». E. DURKHEIM, « Jugements de valeur et jugements de réalité », in *Sociologie et philosophie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1967, p. 91.
 2. Ces trois sens de l'objectivité sont mobilisés par Hegel dans sa philosophie du droit pour penser ce qu'il appelle « l'esprit objectif » ou « l'éthicité ». (G.W.F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, trad. fr. de J.-Fr. Kervégan, Paris, Presses Universitaires de France, 2013.) On peut – très imparfaitement – traduire ce terme technique en langage courant par « culture », soit ce qui, dans la réalité matérielle et symbolique façonnée au fil des siècles par l'activité des hommes, continue de faire sens pour eux et d'être ainsi doté d'une certaine effectivité. Font notamment partie de l'esprit objectif ou de la culture ainsi comprise les institutions juridiques. À propos de l'esprit objectif hégélien, voy. J.-F. KERVÉGAN, *L'Effectif et le rationnel : Hegel et l'esprit objectif*, Paris, Vrin, 2007.

mot d'ordre de se tenir aux « jugements de réalité » nous semble également laisser entendre, volontairement ou non, que l'ensemble de la réalité pourrait faire l'objet d'un même type de jugement, autrement dit que tout ce qui se trouve dans le monde extérieur pourrait être appréhendé par des procédés identiques. Or, du fait précisément qu'il est indissociable des valeurs qui l'informent, le droit ne peut être approché par un chercheur de la même façon qu'une chose inerte ou un animal, par exemple, le sont par un chimiste ou un biologiste. À la différence des choses et des êtres naturels, *qui ne parlent pas*, une valeur est un élément de *sens*. Comme telle, elle est toujours nécessairement portée, plus ou moins consciemment, avec plus ou moins de précision, par une volonté humaine. Pour comprendre le sens d'une valeur, il ne suffit donc pas de l'observer comme quelque chose d'extérieur et d'étranger à soi, il faut également en quelque sorte se mettre à la place de cette volonté qui la fait sienne¹.

24. On remarquera que l'on peut à cet égard tirer un certain profit de l'attitude, que nous avons pourtant rejetée plus haut comme hors de propos pour la recherche, consistant à prendre personnellement position à l'égard des valeurs portées par le droit. Pour se mettre à la place de la volonté qui fait sienne une valeur en vue d'en comprendre le sens, il est bon de commencer par identifier ce que cette valeur a de particulier, ce qui fait son originalité par rapport à d'autres valeurs qui pourraient lui ressembler. Se mettre à la place d'un autre suppose en effet au préalable de bien mesurer ce qui le distingue de soi, sous peine d'être en fait réduit à projeter sa propre image sur lui. Dans cet effort de différenciation, une prise de position personnelle forte, fondée sur la croyance en des valeurs portées avec conviction, peut être un précieux atout, dans la mesure où elle éclaire ce qui ne va pas de soi, ce qui fait conflit, ce qui tranche entre les valeurs mises en œuvre par le droit et d'autres valeurs possibles. Autrement dit, elle peut être utile

1. L'historien de l'art E. Panofsky a bien expliqué la nature et la raison de cette entreprise, qu'il expose à propos de sa discipline, mais qui pourrait selon nous s'appliquer à bien d'autres sciences humaines : « Le savant, qui a affaire aux phénomènes naturels, peut d'emblée procéder à leur analyse. L'humaniste [c'est-à-dire celui qui étudie les « humanités »], qui a affaire à des actions et créations humaines, doit s'engager dans un processus mental de caractère synthétique et subjectif : il doit mentalement ré-accomplir ces actions et re-crée ces créations. C'est en fait par ce processus que les objets réels des « humanités » accèdent à l'existence. Car il est évident qu'un historien de la philosophie ou de la sculpture [de même, peut-on ajouter, qu'un juriste attentif aux raisons du droit qu'il étudie] ne s'occupe pas de livres ou de statues [ou de textes de droit] en tant qu'ils sont dotés d'une existence matérielle, mais en tant qu'ils sont porteurs de significations. Et il n'est pas moins évident que le seul moyen d'appréhender ces significations est de re-produire, et par là, littéralement, de « réaliser » les pensées qu'expriment les livres, les conceptions artistiques qu'incarnent les statues [ou les volontés qu'expriment les normes juridiques] ». E. PANOFSKY, « L'histoire de l'art est une discipline humaniste », in *L'Œuvre d'art et ses significations : essais sur les « arts visuels »*, Paris, Gallimard, 2014 [1955], p. 61.

pour la recherche dans la mesure où elle permet de relativiser, au sens précisément de remettre à sa place, la valeur qui porte le droit étudié.

Si une opinion personnelle forte a de l'intérêt pour la recherche, c'est donc en tant qu'elle peut servir de point de départ en même temps que de point d'ancrage pour une exploration des valeurs en cours dans le droit. Mais le *résultat* de la recherche, lui, est indifférent à cette opinion personnelle. À tout le moins, on devrait aspirer à ce qu'il le soit, car c'est à cette condition qu'il peut être considéré comme *objectivement valable* et participant de ce fait à faire avancer la *compréhension* du droit étudié. C'est pourquoi nous avons dit plus haut que nous ne nous rangeons pas du côté des chercheurs qui estiment devoir faire connaître, sous la forme d'un jugement de valeur, leur opinion propre à propos du droit qu'ils étudient.

25. Étant donné ce qui précède, on comprendra que, dans le présent ouvrage, nous ne donnerons pas notre avis sur les mérites ou non de l'influence du droit économique européen sur les systèmes de pension des États membres, ni sur le modèle que cette influence promeut le cas échéant. Par la force des choses, nous ne formulerons pas non plus de propositions de réforme pour corriger, améliorer, réparer ce qui apparaîtrait comme indésirable dans les résultats de cette influence. Cela supposerait en effet de commencer par prendre fait et cause soit pour un projet politique, ce qui nous ferait sortir de notre rôle, soit pour un jugement de valeur particulier, ce que nous venons de dire que nous ne souhaitons pas faire. Notre ambition est plutôt de mettre au jour les valeurs qui sous-tendent cette influence, afin de permettre à chacun de comprendre mieux de quoi il retourne. Mais à propos de la valeur de ces valeurs elles-mêmes, on laissera à chacun le soin de former son propre jugement.

§ 3. Plan de l'ouvrage

26. L'ouvrage est composé de deux parties. La première est consacrée à l'étude de l'influence du droit européen de la concurrence et de la libre prestation des services sur les systèmes de pension des États membres. Pour chacune de ces branches, on commence par délimiter leurs champs d'application respectifs en matière de pension avant d'analyser leurs implications pour les régimes qui sont couverts par eux. Le chapitre consacré à la libre prestation des services comprend également une analyse détaillée de la directive relative aux institutions de retraites professionnelles¹, soit la directive adoptée spécifiquement pour faciliter la prestation de services interétatiques par les fonds de pension.

1. Directive (UE) 2016/2341 du parlement européen et du conseil du 14 décembre 2016 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (IRP) (refonte).

La seconde partie porte sur l'influence de la gouvernance économique et budgétaire. Après une présentation des finalités de cette gouvernance et des instruments à sa disposition, on expose l'utilisation qui en a été faite à l'égard de deux États membres, la Belgique et la Grèce. L'étude de ces deux cas particuliers nous amène à formuler des hypothèses générales quant à l'influence de cette gouvernance sur les systèmes de pensions.

Nous faisons précéder ces deux parties d'une partie liminaire visant à poser quelques balises conceptuelles qui nous seront utiles pour mener à bien notre étude. Nous y exposons deux modèles-types de pension, élaborés selon les valeurs qui leur sont sous-jacentes quant à la conception du travail (objet d'échange sur un marché ou activité d'une personne) et de sa rémunération.

27. Les résultats qui se dégagent de notre étude sont doubles. Le droit de la concurrence et la libre prestation des services ne nous semblent pas, en l'état actuel des choses, de nature à exercer une influence sur l'organisation des systèmes de pension, sinon de manière marginale. La manière dont la Cour raisonne dans cette matière est toutefois empreinte de certaines valeurs d'orientation libérale, lesquelles expliquent probablement les craintes ou la méfiance que suscitent sa jurisprudence malgré son absence manifeste d'incidence sur les régimes de pension.

La gouvernance économique et budgétaire, quant à elle, tend manifestement à faire évoluer les systèmes de pension vers un modèle que l'on qualifie de contractuel. Le cas grec en est l'illustration la plus nette. Toutefois, la capacité des instruments de la gouvernance à influencer l'organisation des pensions dépend très fortement de la situation économique de chaque État. On ne peut donc présenter l'influence exercée par la gouvernance comme une lame de fond recouvrant de manière uniforme tous les États membres de la zone euro.

Liminaire

Il y a pension et pension

28. Nous avons dit plus haut que le droit est, selon nous, aussi toujours une question de valeurs. Nous expliquons ci-dessous comment cette question se présente dans l'organisation d'un système de pension. Pour ce faire, nous développons deux modèles-types de pension, dont nous montrons comment ils se distinguent fondamentalement sur le plan des valeurs. Ces modèles-types ne visent pas à décrire des régimes existants, mais consistent en des balises conceptuelles utiles pour leur qualification. La mise au jour de leurs fondements axiologiques nous permettra, dans la suite, de commenter la manière dont la Cour raisonne dans sa jurisprudence en matière de pension ainsi que de qualifier les réformes préconisées ou imposées dans le cadre de la gouvernance économique et budgétaire. Commençons donc par prendre un peu de recul.

29. La protection sociale est la solution adoptée à notre époque et dans nos États pour lutter contre une situation connue de tout temps et dans toutes les sociétés, celle de l'insécurité matérielle d'existence des individus. Elle est directement liée à la forme particulière prise par cette insécurité au cours du XIX^e siècle avec l'apparition et la généralisation du marché du travail comme mode d'organisation de l'activité laborieuse. La généralisation du marché du travail a entériné la disparition, ou à tout le moins la marginalisation des institutions qui avaient jusqu'alors pris en charge, plus souvent mal que bien, la protection des individus travailleurs contre les conséquences matérielles des aléas de la vie. Au premier rang d'entre elles se trouvaient, dans l'histoire longue de notre coin du monde, les liens d'esclavage, les liens de servage et les corporations. L'abolition de l'esclavage, l'écroulement de la féodalité et l'interdiction des corporations ont fait apparaître une nouvelle forme de travailleur : le salarié. Sujet de droit libre, égal et indépendant des autres, ses ressources ne pouvaient plus avoir d'autre origine que son activité : sa sécurité matérielle d'existence n'avait plus d'autre rempart que ses forces propres, le mettant ainsi à la merci des plus forts et des « risques sociaux¹ ».

1. L'insécurité foncière du travail salarié dans sa forme du XIX^e siècle a été bien dépeinte par un auteur de l'époque : « Avec le contrat libre, plus d'assujettissement d'un côté, plus de devoir de protection de l'autre ; l'ouvrier donne son travail, le maître paie le salaire convenu : là se rédui-

30. Si « la » protection sociale trouve son unité conceptuelle dans cette *fonction* de protection contre l'insécurité matérielle d'existence telle qu'elle existe dans une société organisée autour d'un marché du travail, elle est toutefois diverse dans les *moyens* mis en œuvre pour assurer cette fonction. De nombreuses classifications ont été proposées par les chercheurs pour regrouper les systèmes de protection sociale existants en différentes familles ou modèles.

La plus célèbre d'entre elles est probablement celle élaborée par G. Esping-Andersen dans son ouvrage *The Three Worlds of Welfare Capitalism*¹. L'ouvrage distingue trois familles d'États providence (les libéraux anglo-saxons, les corporatistes continentaux et les sociaux-démocrates nordiques) en prenant notamment en considération leur caractère plus ou moins « démarchandisant ». Par cette expression, l'auteur désigne le fait de donner à un individu ou à une famille la possibilité de maintenir un niveau de vie socialement acceptable indépendamment de la participation au marché du travail².

Cette typologie n'a pas toujours séduit les chercheurs en matière de pension. Leur préférence semble continuer de s'attacher en général à la distinction traditionnelle entre les modèles beveridgien et bismarckien³. Schématiquement, un système de pension de type beveridgien articule plusieurs piliers : le premier est constitué de pensions de base octroyées par l'État et financées par l'impôt; le deuxième est constitué de pensions complémentaires octroyées dans le cadre d'une relation de travail (pensions complémentaires d'entreprise ou sectorielle) et financées par des contributions des employeurs et, éventuellement, des travailleurs selon la technique de la capitalisation; le troisième pilier est composé de pensions individuelles librement constituées par chacun selon ses ressources propres. Un système bismarckien ne connaît quant à lui qu'un seul pilier – outre d'éventuelles pensions subsidiaires garanties par l'État dans une logique d'assistance sociale. Ce pilier couvre les travailleurs salariés; il consiste en un dispositif

sent leurs obligations réciproques. Tel est donc l'inévitable résultat de la liberté du travail : elle rend la condition des ouvriers plus précaires. » M. T. DUCHÂTEL, *De la Charité dans ses rapports avec l'état moral et le bien être des classes inférieures de la société*, Paris, Alexandre Mesnier, 1829.

1. G. ESPING-ANDERSEN, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, Polity Press, 1990. Pour la traduction française, voy. G. ESPING-ANDERSEN, *Les trois mondes de l'État-providence. Essai sur le capitalisme moderne* (1990), préface et trad. révisée par F.-X. Merrien, Paris, Presses universitaires de France, 2007.
2. *Ibid.*, p. 37: « the concept refers to the degree to which individuals, or families, can uphold a socially acceptable standard of living independently of market participation ».
3. Voy. G. BONOLI, « Two Worlds of Pension Reform in Western Europe », *op. cit.*; K. HINRICHS et J.F. LYNCH, « Old-Age Pensions », in F.G. CASTLES *et al.* (éds.), *The Oxford Handbook of the Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 353-366; B. EBBINGHAUS et N. WHITESIDE, « Shifting responsibilities in Western European pension systems: What future for social models? », *Global Social Policy*, 2012, vol. 12, n° 3, p. 267.

parastatal financé selon la technique de la répartition par des cotisations sociales payées en partie par les travailleurs et en partie par les employeurs. Il délivre des pensions élevées, proches du niveau de vie atteint pendant la carrière, ce qui laisse peu de place au développement de pensions complémentaires et individuelles (les deuxième et troisième piliers du système *beveridgien*).

Pour notre part, nous proposons de suivre une troisième manière de distinguer les pensions, qui emprunte quelques éléments d'inspiration à l'une et l'autre de ces deux classifications. Elle prend comme critère de démarcation des différents types de pensions la *conception du travail* qui leur est sous-jacente. Dans un ouvrage devenu un classique, A. Supiot a montré que le droit du travail est traversé par une tension fondamentale entre deux manières de concevoir le travail : comme un *objet* d'échange sur le marché ou comme l'activité d'une *personne*¹. Nous proposons de nous inspirer de cette analyse pour l'étendre au droit des pensions et qualifier les régimes de pension selon qu'ils reposent plutôt sur l'une ou sur l'autre de ces conceptions.

Comme nous allons le voir, cette manière de procéder présente l'avantage par rapport aux classifications évoquées plus haut de mieux mettre en lumière les différents *choix de valeur* possibles pour l'organisation d'un régime de pension. Elle est donc en phase avec l'approche que nous adoptons dans cet ouvrage et que nous avons décrite dans l'introduction générale, celle consistant à être attentif non seulement aux résultats du droit étudié (en l'occurrence le droit économique européen et le droit des pensions), mais également aux valeurs explicites ou implicites qui le fondent.

31. La typologie que nous proposons contient deux modèles-types de pension. On l'a dit, ceux-ci ne prétendent pas décrire directement des systèmes existants, mais visent à mettre en lumière deux logiques antagonistes permettant de rendre compte de la diversité des régimes de pension existants. Ils recourent en bonne partie la distinction traditionnelle entre systèmes *beveridgiens* et systèmes *bismarckiens* mais s'en distinguent sur un point important, comme nous l'expliquons plus en détail plus loin² : la division en piliers, le mode de financement (répartition ou capitalisation) et le rôle des acteurs y jouent un rôle beaucoup moins déterminant.

Dans le premier modèle, la protection sociale en général, et donc notamment la protection assurée par les régimes de pension, résulte de la combinaison d'une solidarité minimale et de la prévoyance ; elle est fondamentalement une *sécurité-plancher/droit patrimonial*. Nous verrons que ce modèle présuppose que le travail

-
1. A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, 3e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2015. Voy. également, pour une analyse similaire, M. JAMOULLE, *Seize leçons sur le droit du travail*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1994, Leçon 4 : « Les conceptions, contractuelle et institutionnelle, de la relation de travail », p. 59-73.
 2. *Infra*, n° 57 et s.

soit conçu comme un objet d'échange sur le marché. Pour cette raison, nous l'appellerons « modèle contractuel ». Dans le second modèle, la protection résulte d'un droit social subjectif, elle est une sécurité-droit social¹. Ce modèle repose sur une conception du travail comme une activité attachée à la personne du travailleur, dont elle définit l'identité professionnelle et les droits. Nous l'appellerons « modèle statutaire », en nous expliquant plus loin sur les raisons de cette référence au statut.

Pour bien comprendre en quoi consistent ces modèles et en quoi ils se distinguent, nous commençons par présenter les modalités de la protection sociale que chacun met en place (§ 1) pour exposer ensuite, en nous appuyant sur la théorie aristotélicienne de la justice, les présupposés de ces deux modèles quant à leurs conceptions respectives du travail et à la manière dont il convient de le valoriser (§ 2 et § 3). Nous expliciterons enfin les rapports entre nos deux modèles et la distinction classique entre systèmes beveridgiens et systèmes bismarckiens (§ 4).

§ 1. Sécurité-plancher/droit patrimonial ou droit social : deux modalités pour l'organisation des pensions

32. Dans le premier modèle, dit « contractuel », la protection sociale est pensée et organisée comme une institution assurant une certaine solidarité à côté, ou en parallèle du marché. Selon cette conception, la protection des individus contre les risques sociaux est donc assurée au moyen de deux types d'institution. La première institution, celle de principe, est la propriété. Il s'agit pour chacun de se prémunir contre les conséquences financières de la survenance d'un risque (chômage, maladie, sortie du marché du travail par la retraite) par la constitution, au moyen de son activité sur le marché, d'un patrimoine dans lequel puiser en cas de besoin. La propriété prend donc ici la figure de *l'épargne*, constituée grâce à un effort

1. Sur ce thème, voy. notamment H. HATZFELD, *Du paupérisme à la sécurité sociale, 1850-1940 : essai sur les origines de la Sécurité sociale en France*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 2004 (1ère éd. 1971); R. CASTEL, *L'Insécurité sociale : qu'est-ce qu'être protégé ?*, Paris, Seuil, 2003. Pour la construction de ces deux modèles-types, on s'est également fortement inspiré des travaux de Bernard Friot, notamment B. FRIOT, *Puissances du salariat*, Paris, La Dispute, 2012, en particulier le chapitre premier; B. FRIOT, *Le travail, enjeu des retraites*, Paris, la Dispute, 2019. Dans la même veine, on a également consulté N. CASTEL, *La Retraite des syndicats : revenu différé contre salaire continué*, Paris, La Dispute, 2009; N. CASTEL, « Salaire ou revenu différé ? Vers un nouveau système de retraite », *Revue française de sociologie*, 2010, vol. 51, n° 1, p. 61-84. On a aussi tiré profit des développements de D. DUMONT, *La responsabilisation des personnes sans emploi en question. Une étude critique de la contractualisation des prestations sociales en droit belge de l'assurance chômage et de l'aide sociale*, Bruxelles, la Chartre, 2012, p. 20-46.

propre de *prévoyance*. (Pour simplifier l'exposé, on exclut la figure de l'héritier, dont la sécurité matérielle est assurée par le patrimoine reçu de parents.)

Dans le cas particulier de la protection contre la perte de revenus tirés du marché du travail lors de la prise de la retraite, l'épargne se développe comme constitution d'un capital dont on réserve la consommation pour le moment de la pension, étant entendu que ce capital peut être converti en une rente viagère. La notion d'« épargne » ne doit pas ici être limitée à son sens commun : cet effort propre de prévoyance peut être libre ou obligatoire, et le capital constitué peut être réel ou virtuel (c'est-à-dire consister seulement en des droits à des prestations financières futures). Ce qui importe pour notre propos, c'est que la logique fondamentale reste la même dans tous ces cas : le montant de la pension que chacun recevra au moment de la retraite dépend directement du montant des cotisations versées par ou pour lui (volontairement ou non) tout le long de sa carrière sur le marché du travail. L'imposition d'une obligation de cotiser et l'interdiction de disposer des cotisations versées avant l'âge de la retraite impliquent que l'on ne puisse toutefois plus parler strictement de propriété (notion qui contient en droit la faculté d'user et d'abuser de son bien comme on l'entend), mais plutôt de droit patrimonial.

À côté des droits patrimoniaux, des mécanismes de solidarité sont organisés pour contrer *ex ante* ou *ex post* les insuffisances de la prévoyance. En matière de pension, la solidarité organisée *ex ante* prend par exemple la forme d'une pension de base octroyée à toute personne qui est membre du collectif au sein duquel est organisée la solidarité, typiquement les citoyens ou les résidents d'un État. Quant à la solidarité organisée *ex post*, elle prend par exemple la forme d'un revenu minimum garanti aux personnes âgées à la condition qu'elles fassent la preuve qu'elles ne disposent pas de revenus suffisants pour subvenir à leurs besoins.

Ces deux formes de solidarité, *ex ante* ou *ex post*, présentent des différences certaines, notamment quant à leur *justification* et par conséquent quant au *ressenti* des individus qui en bénéficient. La solidarité *ex ante* reconnaît d'avance les individus comme méritant une intervention solidaire, du seul fait de leur statut de citoyen ou de résident. Le bénéfice de la solidarité ne saurait donc contrevenir à leur sentiment d'honneur ou de dignité propre, puisqu'il est octroyé à tous, sans distinction. La solidarité *ex post*, octroyée sous condition de ressources insuffisantes, est par contre au moins potentiellement génératrice d'un sentiment négatif chez ceux qui la reçoivent, parce qu'elle est le signe, envoyé par la société, d'un défaut dans leur chef; défaut de prévoyance, défaut de capacité à s'assumer seul, défaut de capacité à se faire valoir sur le marché du travail comme il l'aurait fallu pour se mettre à l'abri du besoin¹. On remarquera que Beveridge avait cette réalité

1. Pour des considérations (bien plus fines que celles que nous esquissons ici) à propos d'un « déni de reconnaissance » des allocataires sociaux, développées à propos du cas particulier de l'assurance-chômage mais dont les enseignements intéressent également les autres branches de

en tête lorsqu'il a proposé, dans son fameux rapport de 1942, que l'on supprime les allocations d'assistance sociale octroyées aux pauvres pour les remplacer par des prestations universelles (au sens d'octroyées à tous les citoyens) financées par des cotisations sociales de montant identique pour tous¹.

Malgré ces différences, non négligeables, ces deux formes de solidarité partagent cependant une logique commune, celle d'être l'« à côté » de la propriété ou l'« en deçà » du marché du travail. Elles sont un plancher glissé, préventivement ou au cas par cas, sous les pieds de ceux dont la carrière serait trop fragile ou clairsemée de nombreux trous, pour leur éviter de tomber trop bas²; elles visent à garantir la survie de l'individu considéré comme un être vivant et donc de besoins. Elles sont un support au bon fonctionnement de la première composante de la sécurité, celle fournie par les droits patrimoniaux.

33. La deuxième approche de la protection sociale en général et des pensions de retraite en particulier est celle de la sécurité-droit social, qui relève d'un modèle que nous qualifions de « statutaire ». La protection contre l'insécurité matérielle d'existence n'y est pas le résultat de deux composantes comme dans la première approche. Elle est assurée par la reconnaissance ou l'octroi d'un droit à l'occasion de l'activité sur le marché du travail, ce qui la rend comparable à la propriété, mais d'un droit dont le contenu et la justification ne répondent pas à la *logique* du marché, ce qui la distingue de la propriété.

Sur ce point, notre typologie se distingue nettement de la théorie de G. Esping-Andersen. On a vu plus haut que celui-ci utilise notamment le concept de « démarchandisation » pour élaborer sa classification des États providence. Ce concept désigne la possibilité donnée à un individu (ou une famille) de maintenir un niveau de vie socialement acceptable *en dehors* de sa participation au marché du travail. Cette manière de comprendre la protection sociale nous semble imparfaite pour une raison fondamentale : en désignant la « démarchandisation » comme un phénomène tout entier extérieur au marché du travail (c'est ce qui se passe « en dehors » de celui-ci), elle laisse entendre que celui-ci est, quant à lui, parfaitement « marchandisé ». Or, le marché du travail lui-même est traversé de dispositifs « démarchandisant » : souvent, les revenus tirés d'une activité professionnelle ne peuvent être considérés comme le simple prix d'une marchandise — la force de travail — offerte à un employeur sur le marché³. La conceptualisation de G. Esping-Andersen

la protection sociale, voy. D. DUMONT, *La Responsabilisation des personnes sans emploi en question*, op. cit., p. 66-70.

1. W. BEVERIDGE, *Social Insurance and Allied Services: Report by Sir William Beveridge Presented to Parliament by Command of His Majesty*, 1942.
2. L'image du plancher sous le marché du travail est utilisée par A. Supiot dans sa leçon inaugurale au Collège de France. Le texte de cette leçon été publié sous le titre A. SUPIOT, *Grandeur et misère de l'État social*, Paris, Collège de France / Fayard, 2013.
3. Voy. à ce propos les développements d'E. DERMINE et D. DUMONT, « Le droit social et le productivisme », in R. DE CORTE et al. (éds.), *De taal is gans het recht: Liber Amicorum Willy van*

ne permet pas d'aborder cette démarchandisation (de la rémunération) du travail ; *a fortiori* elle ne permet pas non plus de mettre au jour les liens de continuité entre la manière dont le travail est conçu au sein du marché et la manière de justifier et de calculer le paiement de prestations de protection sociale.

C'est pourtant précisément sur ce point que notre second modèle-type de protection sociale – le modèle statutaire – se distingue du premier. Sous ce modèle, la justification et la mesure des prestations de protection sociale en général, et des pensions en particulier, se fondent dans une conception du travail qui n'en fait pas un objet d'échange – la force de travail – mais une activité, celle d'une personne. Il en résulte que les pensions ne se présentent pas comme la consommation d'une propriété ou d'un droit patrimonial, ou comme une prestation de solidarité « plancher », mais comme la continuation du salaire perçu sur le marché du travail.

34. Cette différence entre les deux modèles est fondamentalement une différence de *valeur*. Pour bien comprendre ce que cela signifie, il est utile de faire un détour par une théorie de la justice développée il y a bien longtemps, mais dont plusieurs auteurs ont rappelé la force explicative¹. Il s'agit de la théorie de la justice élaborée par Aristote².

§ 2. Théorie aristotélicienne de la justice et valeurs

35. Aristote distingue deux formes de justice : la justice commutative et la justice distributive. La justice commutative est relative aux échanges des choses entre les individus, tant les échanges volontaires (par exemple suite à un contrat) que les échanges involontaires (par exemple en dédommagement d'un préjudice). Elle est l'exigence que les choses échangées soient égales. Est donc injuste, au regard de la justice commutative, l'échange inégal, déséquilibré.

Au centre de la justice distributive se trouve également une exigence d'égalité, mais d'un autre type : une égalité non pas entre choses échangées, mais une égalité de *rappports* entre les hommes relativement aux choses. La justice distributive concerne la question de savoir qui a droit à quoi dans la répartition des choses qui sont partageables, c'est-à-dire les biens matériels, mais aussi les honneurs, les

Eeckhoutte, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, p. 35-78. Sur la typologie d'Esping-Andersen et son articulation avec la théorie de Bernard Friot, dont nous nous inspirons largement, voy. aussi E. DELRUELLE, *Philosophie de l'État social : civilité et dissensus au XXI^e siècle*, Paris, Kimé, 2020, première partie.

1. Voy. C. CASTORIADIS, « Valeur, égalité, justice, politique : de Marx à Aristote et d'Aristote à nous », in *Les Carrefours du labyrinthe 1*, Paris, Seuil, 1978 ; F. EWALD, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986 p. 542 et s. ; A. SUPLOT, *La Gouvernance par les nombres : cours au Collège de France (2012-2014)*, Nantes – Paris, Institut d'études avancées de Nantes – Fayard, 2015, p. 114-117.
2. À propos de cette théorie, voy. aussi M. VILLEY, *Le Droit et les droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983.

positions sociales, et de manière générale tout ce qui ne peut être attribué qu'à une personne, de sorte que les autres en sont privés du fait de son attribution.

Pour que la justice distributive soit assurée, pour que chacun se voit attribuer « le sien », ce à quoi il a « droit », il faut que les rapports entre individus soient respectés dans le rapport entre les choses, autrement dit que les rapports entre ce qui doit revenir à l'un et ce qui doit revenir aux autres soient égaux aux rapports entre les choses de chacun et les choses des autres. Pour le dire de manière formalisée, la justice distributive est respectée si l'individu X / l'individu Y / l'individu Z = les choses de X / les choses de Y / les choses de Z.

36. Les deux formes de justice sont intimement liées. C'est à la condition que la justice commutative soit respectée, c'est-à-dire que les choses échangées soient égales, que la justice distributive continue d'être respectée au-delà d'une supposée distribution originelle. Si chaque chose dont un individu se défait est remplacé dans son patrimoine par une chose égale, ou si chaque préjudice subi par un individu est compensé par une chose égale audit préjudice, alors chacun conserve des choses égales à celles qui doivent lui revenir en vertu de la justice distributive. Sa part dans les choses partageables (on pourrait dire aujourd'hui la valeur de son patrimoine) n'étant pas affectée par ces échanges, son rapport avec la part des autres individus reste constant : la justice distributive est assurée.

Intimement liées, la justice distributive et la justice commutative ne se situent toutefois pas sur le même plan ; la seconde est en quelque sorte au service de la première, elle lui permet d'être toujours respectée dans le flux continu des échanges. La justice principielle, celle qui est véritablement en jeu dans les échanges au sein d'une société, est donc la justice distributive, celle de l'égalité des rapports entre les individus et des rapports entre les individus et les choses. Pour le dire autrement, la répartition des choses telle qu'elle résulte des échanges dans une société renvoie à *tout moment* aux rapports entre les individus eux-mêmes¹. Et c'est à l'aune de ces rapports entre les individus qu'est apprécié le caractère juste ou injuste, c'est-à-dire équilibré ou déséquilibré, de cette répartition des choses.

37. Ayant dit ceci, on n'a cependant éclairé qu'à moitié la question de la justice – sa moitié formelle ou structurelle. Car, comme le montre Aristote, ce n'est pas tout de dire que la justice est une question d'égalité des échanges, qui renvoie à l'égalité dans les rapports entre les individus. Il convient encore de dire comment on peut parler d'égalité. Établir des égalités de rapports entre les individus suppose en effet que l'on commence par les comparer entre eux, que l'on puisse mesurer

1. On trouve une thèse similaire chez E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, Presses universitaires de France, 2013 [1893], p. 376, pour qui « le contrat n'est pleinement consenti [c'est-à-dire ne peut être tenu pour légitimement contraignant] que si les services échangés ont une valeur sociale équivalente », laquelle valeur sociale renvoie aux rapports entre les individus dans la société.

l'un par rapport à l'autre, autrement dit qu'on rende les individus *commensurables*. Qu'est-ce à dire ? Comment établir cette commensurabilité ? En outre, pour que les rapports entre les individus soient respectés dans les rapports entre les choses attribuées aux individus (justice distributive), il faut également pouvoir établir l'égalité entre les choses lors d'un échange (justice commutative) : mais, à nouveau, comment établir qu'une chose d'une nature déterminée est *quantitativement égale* à une autre chose, d'une nature *qualitativement différente* ? En d'autres termes, la question est de savoir comment faire « [p]our que l'*altérité* [qualitative] des hommes et de leurs travaux puisse être ramenée à la simple *différence* (quantitative)¹ ».

La question de l'égalité, que ce soit dans la justice distributive ou dans la justice commutative, renvoie ainsi directement à la question de l'*unité de mesure* à laquelle on se réfère pour poser cette égalité. Il n'y a en effet pas de comparaison et d'établissement de lien d'égalité possibles entre les choses et entre les individus, et il n'y a donc pas d'échange possible entre les hommes, si l'on ne dispose pas au préalable d'une *référence commune* à l'aune de laquelle évaluer les hommes et les choses. « L'échange ne peut être sans l'égalité, ni l'égalité sans la commensurabilité². » Après la dimension formelle de la justice — elle est égalité de *rapports* — on découvre ici sa dimension substantielle — elle est mise en rapport des individus et des choses par élection d'une *mesure commune*.

Pour clarifier ce besoin de commensurabilité, prenons un exemple relatif à l'échange de choses, avant de revenir sur l'égalité entre les individus. Pour échanger trente pommes contre deux canards, il faut au préalable se mettre d'accord pour considérer que quinze pommes sont égales à un canard. Mais comment établir cette équivalence ? En vertu de quel critère peut-on dire que les unes valent l'autre ? Il est évident que sur un plan purement descriptif, c'est-à-dire sur le plan de la *nature intrinsèque des choses échangées*, aucun critère commun ne peut émerger : on ne compare pas des pommes et des poires, encore moins des pommes et des canards. À propos de leurs qualités propres, aucune comparaison n'est pertinente. C'est d'ailleurs précisément parce qu'elles présentent des caractéristiques différentes que leur échange a un intérêt ; personne n'échangerait des pommes contre d'autres pommes parfaitement identiques. Pour qu'une évaluation commune soit possible, il faut qu'un critère commun soit institué entre les participants à l'échange, autrement dit il est nécessaire que ceux-ci puissent se mettre d'accord sur une unité de mesure pour fixer le rapport d'égalité des biens échangés. Étant donné qu'elle ne peut se trouver dans la nature des choses échangées, cette unité de mesure est nécessairement d'un autre ordre.

-
1. C. CASTORIADIS, « Valeur, égalité, justice, politique : de Marx à Aristote et d'Aristote à nous », *op. cit.*, p. 332. C'est l'auteur qui souligne.
 2. *Ibid.*, p. 326, qui cite Aristote.

38. Cette référence qui sert de commune mesure pour l'échange, c'est une *valeur*. Ce terme peut être entendu à la fois en un sens absolu et en un sens relatif. En son sens absolu, *la* valeur est le référent qualitatif à l'aune duquel les choses sont évaluées, elle est l'unité de mesure. En son sens relatif, elle est la valeur *de* quelque chose, c'est-à-dire la « part » quantitative de valeur reconnue au bien évalué, la proportion dans laquelle on estime que le bien évalué participe du référent.

Évidemment, dire qu'une valeur a un sens absolu ne signifie pas qu'elle est la seule valeur possible. On peut choisir différentes valeurs pour rendre commensurables les choses; toute évaluation se fait toujours selon *une* valeur donnée (raison pour laquelle on la qualifie d'absolue), mais celle-ci peut varier. Elle peut varier dans l'ordre de valeur retenu, comme elle peut varier au sein d'un même ordre. Par exemple, on peut évaluer une même chose d'après ses qualités esthétiques, son utilité, le prestige social qui lui est attaché, etc. Et elle peut varier au sein même d'un même ordre de valeurs. Par exemple, dans l'ordre esthétique, on peut choisir d'accorder plus de valeur à tel ou tel critère (l'originalité, l'harmonie, le rendu du réel, etc.). La valeur, choisie comme référent à l'aune duquel tout doit être évalué, n'en reste donc pas moins relative : « [T]out partage invoque en parole mais en tout cas utilise en fait un critère *selon* lequel il est fait et qui, dès ce moment détermine ce qui est juste et injuste à l'intérieur du [critère] choisi¹. »

39. On aura peut-être été surpris que l'on ait choisi, pour montrer la nécessité d'une référence commune préalable à l'échange, de prendre en exemple un troc, c'est-à-dire l'échange d'une chose directement contre une autre chose sans intervention de la monnaie. Plus aucune société ou presque, aujourd'hui, ne fonctionne avec un système de troc. Si nous avons pris cet exemple, c'est pour des raisons pédagogiques. Il est plus aisé de se concentrer sur un échange direct entre des pommes et des canards (ou n'importe quelles autres choses de natures différentes) pour comprendre que ceux-ci étant par nature parfaitement hétérogènes, il est nécessaire de convenir d'une valeur, par hypothèse extrinsèque, pour pouvoir les comparer et finalement les échanger. Mais, en réalité, la prise en compte de l'utilisation de la monnaie ne change rien aux données du problème. La monnaie est ici simplement un « moyen d'échange universel », c'est-à-dire une chose en laquelle toutes les autres choses peuvent être momentanément « transformées » pour être échangées les unes avec les autres². Elle ne peut donc être considérée comme constituant elle-même la valeur. Elle est tout au plus le « signe » de la valeur attribuée à une chose, c'est-à-dire ce qui permet à tous les individus de connaître cette valeur (ou plus précisément de s'en faire une approximation plus

1. *Ibid.*, p. 373.

2. La monnaie ne se limite pas toujours à ce rôle de moyen d'échange. Dans les économies capitalistes, la monnaie elle-même devient aussi une marchandise. Pour notre exposé, nous nous limitons toutefois à la forme que prend la monnaie dans une économie de marché.

ou moins précise, puisque le prix d'une chose peut varier dans une certaine fourchette selon le lieu, le temps et les parties à l'échange).

Ainsi, pour reprendre notre exemple, un producteur de pommes qui souhaite obtenir deux canards mais n'a pas accès au troc, va vendre ses pommes pour les « transformer » en une somme d'argent qu'il pourra ensuite utiliser pour acheter deux canards (ou toute autre chose dont le prix d'achat est équivalent au prix de vente de ses pommes). L'intervention de la monnaie ne change rien au fait que l'échange n'est possible qu'à condition d'avoir fixé un rapport d'équivalence entre les pommes et les canards ; au bout du compte, ce sont bien ces deux choses de nature différente qui ont été échangées, la monnaie ayant servi de simple intermédiaire.

40. Nous venons donc d'éclairer la notion de valeur en tant que commune mesure des *choses* faisant l'objet d'un échange. Cette *commune* mesure est nécessairement d'un ordre de réalité différent de la nature intrinsèque des choses échangées elles-mêmes, puisque par hypothèse ces choses ont des natures irrémédiablement *différentes*. Les mêmes caractéristiques se retrouvent dans la valeur devant permettre de comparer les *individus*, plus précisément dans la valeur qui doit permettre de déterminer qui a droit à quoi pour que la justice distributive (celle qui proclame : « à chacun son dû ») soit respectée.

En effet, considérés en tant que tels, sans plus de précision, on ne peut établir aucun lien de comparaison entre les individus. Doit-on prendre en compte leurs caractéristiques physiques (petit, grand, faible, fort, peau brune, peau blanche, yeux bleus, patrimoine génétique, ...)? Ou leur statut social (membre de l'aristocratie, de la plèbe, de l'élite intellectuelle, de l'élite financière...)? Ou encore leur « mérite » propre (mais lequel : courage, intelligence, créativité, serviabilité, efficacité, obéissance, utilité, productivité, servilité...)? On comprend bien qu'une comparaison en vue de déterminer ce qui doit revenir à chacun n'a aucun sens si l'on ne dit pas au préalable à l'aune de *quel* critère on veut mener cette comparaison. Ce critère est nécessairement posé « de l'extérieur », c'est-à-dire qu'il repose *in fine* sur un *choix*, individuel ou collectif, lequel ne saurait jamais se faire passer pour un simple constat. Il est, lui aussi, une valeur : une commune mesure irréductible à la nature des éléments évalués – ici les individus, tout à l'heure les choses.

41. Au terme de cette présentation, on comprend que la justice, considérée à la suite d'Aristote comme l'exigence que certains rapports d'égalité entre les hommes et entre les choses soient respectés, repose sur l'élection et l'articulation de deux types de valeur : celle qui permet la commensurabilité des hommes, celle qui permet la commensurabilité des choses. C'est par l'élection de valeurs que la forme ou structure de la justice (égalité de rapports) se leste d'une substance ou matière, que l'exigence du respect d'un simple rapport formel entre les individus se dote d'un élément de sens (la valeur) qui en permet la mise en œuvre concrète.

Il reste toutefois une précision de taille à ramener dans la discussion. L'institution de valeurs n'est pas une nécessité simplement éthique, un passage obligé pour qui veut progresser vers une certaine justice sociale. En réalité, comme on a déjà pu le dire plus haut à propos de leur caractère objectif¹, les valeurs existent toujours déjà dans une société, qu'elles fassent ou non l'objet d'un débat sur leur conformité à la justice. En effet, toute société est toujours déjà constituée de rapports entre les hommes et entre les choses. Or, ces rapports ne sont pas pensables ni compréhensibles sans intervention de valeurs au sens où nous les avons définies. Celles-ci sont donc aussi une nécessité sociale, une condition de possibilité des échanges qui forment le tissu de toute société, donc une condition de possibilité des sociétés elles-mêmes.

Pour le dire autrement, les valeurs ne commencent pas d'exister avec la recherche d'une justice sociale; elles sont toujours déjà en train d'agir dans les rapports d'échange que nouent les membres d'une société. Simplement, elles apparaissent le mieux dans leur nature de valeurs quand elles sont mobilisées dans un discours sur ou pour la justice, pour la raison que ces discours insistent sur leur dimension normative : c'est alors à la volonté des hommes qu'elles s'adressent. En temps ordinaire, quand le mode d'organisation des échanges dans la société ne fait pas radicalement débat, ces valeurs apparaissent comme appartenant à l'ordre des choses (à la nature des biens échangés, aux inégalités naturelles entre les hommes, à la volonté de Dieu, aux lois de l'économie...) : leur caractère relatif, au sens de culturellement posé par et dans une société donnée à un moment de son histoire, s'estompe dans les consciences, auxquelles elles ont tendance à ne plus se présenter que sous les apparences et avec la force d'une nécessité de fait.

42. Toute manière d'organiser les échanges peut ainsi être pensée en termes de justice et donc de valeur. Mais elle peut l'être de deux façons, ou plus précisément avec en vue deux finalités différentes. Une finalité militante : faire progresser une certaine définition de la justice (laquelle n'a un contenu substantiel qu'à condition d'élire une ou certaines valeurs comme mesure commune des hommes et des choses). Une finalité scientifique, ou explicative : mettre en lumière la définition de la justice qui se dégage *de facto* de l'organisation des rapports d'échange dans une société. Comme nous l'avons déjà dit, c'est cette seconde option que nous adoptons.

43. Les deux modèles-types de système de pension que nous avons élaborés plus haut peuvent être présentés comme deux façons possibles et opposées d'organiser la justice distributive, soit d'élire des valeurs rendant possible la commensurabilité des hommes, d'une part, et des choses, d'autre part, et d'articuler ces valeurs. Et nous allons voir qu'à chacune de ces deux manières d'assurer la justice distributive correspondent deux conceptions différentes du

1. *Supra*, n° 22.

travail : il est une chose vendue sur le marché ou l'activité d'une personne. D'après la première conception, la forme juridique appropriée pour garantir la justice dans les rapports de travail est celle du contrat. D'après la seconde, il s'agit au contraire du statut.

§ 3. Les deux modèles-types de pension, une différence de valeur en lien avec la conception du travail

44. Nous l'avons dit, toute société doit nécessairement organiser les échanges entre ses membres, car elle ne vit que de ces échanges et par eux seulement. Dans le champ économique, cette nécessité d'une articulation entre les activités de chacun est évidente en raison de la division du travail. D'une part, la production de biens ou de services complexes suppose une coordination des activités. D'autre part, chacun se spécialisant dans la production d'un type de bien ou de service, il est dépendant de la production des autres pour la satisfaction de ses besoins.

Si la coordination de l'activité laborieuse est une nécessité de fait, les moyens de cette coordination sont par contre évolutifs et changeants selon les développements techniques, mais aussi sociaux et politiques ; ils relèvent de ce domaine de la réalité façonné au cours de l'histoire par la volonté des hommes¹. Les modalités de l'organisation des rapports de travail peuvent donc être pensées en termes de valeurs et de justice. La différence entre nos deux modèles-types de pension se situe à ce niveau.

1. Le modèle contractuel – le travail comme marchandise, la pension de retraite comme salaire différé

45. Pour rappel, le premier modèle procure une sécurité matérielle aux individus par la combinaison de la solidarité et de droits patrimoniaux. Ce modèle choisit d'articuler la valeur des individus (de ce qui doit leur revenir) sur la valeur des choses.

Ce modèle est un modèle libéral, au sens classique du terme. La coordination de l'activité laborieuse se fait par le moyen d'un marché où les individus échangent librement leurs marchandises. Ces individus sont conçus comme libres et égaux, l'égalité consistant à reconnaître à tous la qualité de sujet de droit. Cette égalité *en droit* est de type arithmétique, et pas proportionnelle : un sujet de droit vaut un sujet de droit ($1 = 1$).

1. On trouve une explication particulièrement limpide de cette distinction entre nécessités de l'économie et formes prises par ces nécessités selon l'organisation sociale dans I. ROUBINE, *Essais sur la théorie de la valeur de Marx*, Paris, Syllepse, 2009 [années 1920], chapitre 2 : « Le procès de production et sa forme sociale ».

Rien ne distingue donc *a priori* les individus : leur valeur spécifique est déterminée *a posteriori*, par le moyen de la valeur des choses qu'ils obtiennent par des échanges avec d'autres individus. Et la valeur des choses elle-même ne peut être décidée autrement que par la combinaison de l'ensemble des rapports d'échange entre individus qui se rencontrent sur un marché. Par ailleurs, étant donné leurs caractéristiques de sujets de droits libres et égaux, la forme juridique adéquate pour organiser les rapports entre individus est celle du contrat, en l'occurrence d'un contrat d'achat-vente. La valeur juste de l'individu, autrement dit la juste mesure de ce qui doit lui revenir, est donc la valeur de marché du résultat de ses échanges contractuels libres avec d'autres individus.

46. Transposée dans le domaine du travail, cette conception de l'égalité entre les hommes et entre les choses implique que les revenus des individus doivent être articulés à la valeur des choses qu'ils proposent sur le marché, c'est-à-dire leurs marchandises¹. Pour un travailleur salarié, cette marchandise est sa force de travail. De la même façon que le revenu du détenteur d'un capital dépend de la valorisation de sa « marchandise-capital » sur le marché, de la même façon encore que le revenu d'un artisan ou d'un prestataire de services dépend du prix d'échange de sa production ou de ses prestations, le revenu du travailleur salarié dépend de la valorisation de sa « marchandise-force de travail » sur le marché du travail. La justice distributive est respectée si et dans la mesure où les revenus de chacun sont identiques à la valeur des marchandises qu'ils proposent à l'échange – en supposant que la répartition initiale des choses que chacun est en mesure de proposer (capital, production, force de travail) soit elle-même considérée comme juste. Étant donné par ailleurs que la valeur des choses est juste dans la mesure où elle résulte des interactions libres entre individus, il est entendu que le marché, y compris celui du travail, doit être un lieu d'échange vierge de toute interférence extérieure, autrement dit un marché libre. Sous ce modèle donc, la définition du travail comme force de travail s'accompagne d'une définition de la valeur du travail comme valeur d'échange de la marchandise-force de travail librement convenue sur le marché.

47. On comprend comment ces conceptions déterminent la manière de penser la nature et la juste valeur d'une pension de travailleur. La pension juste d'un travailleur ne saurait avoir d'autre *justification*, et son montant ne saurait avoir d'autre unité de *mesure*, que les salaires perçus *dans le passé* sur le marché du travail. Elle doit ainsi correspondre directement à une partie des montants perçus par le travailleur tout le long de sa carrière grâce à la vente continue de sa force de travail. C'est pourquoi on peut dire en un certain sens que la pension, dans ce modèle, est du *salaire différé*, ou plus précisément du salaire dont la consom-

1. Sur la notion de marchandise, voy. *Ibid.*

mation est (virtuellement) différée : cette pension se présente comme une partie des salaires que l'on a réservée pour être consommée plus tard.

La pension ainsi conçue répond fondamentalement à la logique de l'épargne ; le pensionné ne peut que consommer des revenus accumulés dans le passé puisque, une fois arrivé à la retraite, la source de la justification et de la mesure de ses revenus – la vente de sa force de travail – est tarie. Ce qui caractérise la pension du travailleur dans notre premier modèle-type, c'est donc d'abord et avant tout ses liens directs avec le montant cumulé des revenus passés, lesquels sont conçus comme le prix de la vente d'une force de travail – ou de toute autre « marchandise ».

48. Ce qui précède concerne les valeurs et la logique qui, dans notre premier modèle-type, organisent les pensions des individus considérés en tant qu'ils sont des travailleurs. Mais dans ce modèle les individus ne sont pas tout entier définis par cette qualité de travailleur dans le champ de la protection sociale. D'ailleurs, cette qualité ne les distingue pas, sur le plan de la logique du système, des autres individus (capitaliste, artisan), dont les revenus dépendent également de la valorisation de leurs marchandises (en l'occurrence le capital ou la production) sur le marché. Tous sont en effet aussi, et même d'abord, par principe des sujets de droit en tant que tels libres et égaux les uns aux autres ; seule leur valeur spécifique, propre à leur histoire personnelle dépend de la valeur des choses qu'ils proposent à l'échange sur le marché. Étant donné la manière de concevoir les individus et leurs rapports entre eux et aux choses, on comprend qu'un autre type de pension soit également prévu pour les individus en général, indépendamment de leur passé professionnel.

C'est en vertu de cette qualité de sujets arithmétiquement égaux en droit qu'une intervention de l'État se justifie pour organiser le paiement d'autres pensions que celles des travailleurs salariés. Deux justifications à son action sont possibles. Soit l'État reconnaît prioritairement le sujet de droit derrière l'individu. Il est alors amené à privilégier l'adoption d'un régime de pension universel et forfaitaire, c'est-à-dire à octroyer une pension à tous les individus dont le statut légal est reconnu par lui (ses citoyens, ou ses résidents légaux), et dont le montant est identique pour tous (puisque rien ne les distingue en tant que sujets de droit). Soit l'État reconnaît prioritairement l'individu derrière le sujet de droit, autrement dit l'être humain, ayant des besoins à satisfaire pour vivre, auquel un statut de sujet de droit est attribué. Il organisera alors un régime de pension visant à garantir la survie de chacun de ces individus dans les cas où ils ne disposeraient pas de ressources propres suffisantes. Ce sont là les deux formes possibles de la solidarité dans un régime libéral au sens défini plus haut, une solidarité forfaitaire universelle ou une solidarité subsidiaire venant en aide aux personnes ne disposant pas de ressources propres suffisantes.

2. Le modèle statutaire – le travail comme identité professionnelle, la pension de retraite comme continuation du salaire

49. Dans notre second modèle, le problème de l'insécurité matérielle des individus âgés est rencontré par ce que l'on a appelé la sécurité-droit social. Dans ce modèle, la valeur des individus et la valeur des choses sont articulées selon un principe inverse à celui choisi dans le modèle contractuel. La valeur de ce qui doit revenir à l'individu détermine la valeur d'échange de son travail, et pas l'inverse. Autrement dit, ce n'est pas l'échange de la chose-travail qui détermine ce qui doit lui revenir, c'est ce à quoi il a droit qui s'impose dans l'échange de cette chose.

Cette manière d'articuler la valeur de la chose-travail à la valeur des individus travailleurs implique également une autre conception du travail que celle qui prévaut dans le modèle contractuel. Le travail ne peut plus être considéré comme une marchandise — sa force de travail — vendue sur le marché par le travailleur, dont la valeur d'échange détermine la juste valeur de ce qui doit revenir à ce dernier. La valeur du travailleur (la valeur de son dû) étant logiquement première par rapport à la valeur d'échange d'une quelconque chose, le travail doit être considéré comme un attribut de la personne même du travailleur, dont il tient sa valeur.

50. La question se pose alors de savoir quelle est la commune mesure permettant la comparaison des travailleurs et, par suite, la détermination de ce qui doit revenir à chacun d'eux, autrement dit la valeur du travail. Dans le premier modèle, cette commune mesure est la valeur d'échange de la force de travail librement convenue par les parties à l'échange sur le marché. Dans ce second modèle, cette commune mesure peut être diverse : elle est en vérité ce que l'on a décidé qu'elle soit. Plus précisément, elle est ce qu'une *institution* autre que le dispositif du marché a décidé qu'elle soit. Cette institution peut être, par exemple, l'administration étatique, ou les partenaires sociaux rassemblés dans des instances de négociation collective ; dans le passé, elle a pu être la corporation.

Le second modèle implique donc que la coordination du travail ne soit pas laissée au libre jeu du marché, mais, au contraire, que des institutions existent, qui disposent d'un pouvoir suffisant pour régler les salaires et les activités ; autrement dit, que la coordination du travail soit assurée par le moyen d'institutions sociales¹.

1. Cette approche négative de la définition de la valeur du travail – elle est la valeur décidée par une autre institution que le marché – ne doit pas laisser penser que le modèle statutaire reposerait sur un mode de décision arbitraire de la valeur, par opposition au marché, qui en serait le lieu « naturel » d'émergence. On connaît en effet la théorie selon laquelle le marché permet, par le libre jeu de l'offre et de la demande, de déterminer la « vraie » ou « bonne » valeur d'un bien ou d'un service, c'est-à-dire celle qui permet la plus grande satisfaction possible des individus étant donné les ressources disponibles. Laisser au marché le soin de fixer la valeur des choses serait donc le moyen d'atteindre le meilleur équilibre possible entre les besoins et les désirs de chacun ; pour le dire en termes aristotéliens, il permettrait de réaliser naturellement,

51. Dans le second modèle, le travail est donc conçu comme un attribut de la personne, et la valeur du travail comme la commune mesure déterminée par une instance autre que le marché. Ces conceptions ont des implications importantes pour la manière de penser la pension des travailleurs. Celle-ci ne peut plus être considérée comme du salaire différé ou la consommation d'une partie des revenus passés. Le marché ne constitue en effet plus la source de justification de l'octroi d'une pension ni le référent à l'aune duquel évaluer ce qui doit revenir au travailleur. Dans la mesure où cet écart avec la logique du marché conduit à concevoir les revenus du travailleur comme un droit attaché à sa personne, et pas le prix de vente de la force de travail ou des produits de son activité, la pension peut être conçue comme la continuation du droit à recevoir des revenus au-delà de la période d'activité. Elle consiste alors non pas en du salaire différé, mais en du *salaire continué*.

Clarifions ce point grâce à un exemple de statut professionnel en rupture nette avec la logique du marché du travail et permettant une conception de la pension comme la continuation des revenus perçus durant la vie active. Il s'agit du statut des fonctionnaires tel qu'il existe (encore) dans de nombreux États. Un fonctionnaire définitif ne peut être considéré comme actif sur un marché du travail, puisque son statut professionnel ne dépend pas d'un contrat passé avec une autre partie. Au contraire, son statut est un attribut de sa personne : il a été « nommé », comme on nomme une personne pour lui donner une identité — en l'occurrence, une identité professionnelle. Par hypothèse, ses revenus ne peuvent être considérés comme le prix de vente, librement fixé, de sa force de travail ; ils sont réglementés d'autorité par l'État. Le mode de calcul de la pension de ce fonctionnaire est conçu de telle sorte qu'il ait droit à une pension de retraite d'un montant

par le libre jeu des lois immanentes de l'économie, la justice distributive. Sans entrer dans le détail de discussions qui dépassent notre question, des auteurs ont rétorqué avec pertinence que les arguments avancés à l'appui de cette théorie présupposent en réalité ce qu'ils sont censés démontrer : pour que la loi de l'offre et de la demande puisse faire œuvre pacificatrice en permettant la conciliation des aspirations diverses des individus, il faut supposer au préalable que ceux-ci ont déjà, dès le début, des besoins et des envies fondamentalement homogènes (M. AGLIETTA et A. ORLÉAN, *La monnaie entre violence et confiance*, Paris, Odile Jacob, 2002, chapitre premier, spéc. p. 17-22.) Le marché serait donc pacificateur parce que se déployant dans un environnement déjà pacifié... En d'autres termes, le marché permettrait simplement d'explicitier, de rendre visible un accord sur la valeur à donner aux choses que partageraient déjà *grosso modo* tous les individus avant même de participer aux échanges. D'où vient cet accord préalable sur la valeur qui s'ignore, cela reste par contre inexplicable par la loi de l'offre et de la demande. Sans prétendre trancher la question, cet argument nous semble en tous les cas suffisamment sérieux pour suspendre le jugement quant au caractère prétendument plus arbitraire du mode de fixation de la valeur dans le modèle statutaire, par opposition au mode « naturel » que serait le marché. On remarquera par ailleurs qu'il fait écho à ce que l'on a dit plus haut de la valeur, à savoir qu'elle ne saurait être fondée, justifiée par la nature même des choses ; elle ne peut probablement pas plus l'être par une supposée « nature humaine », qui permettrait d'expliquer que tous les individus accordent spontanément une même valeur aux choses.

proche des revenus qu'il percevait à la fin de sa période d'activité après une carrière jugée normale ou suffisamment longue. Sa pension est dans une grande mesure indifférente aux fluctuations de sa carrière passée, et elle est en tous cas sans lien avec le montant des rémunérations accumulées pendant celle-ci. On peut ainsi raisonnablement la présenter comme la continuation de son traitement, au-delà de la prise de la retraite¹.

Plusieurs mécanismes de droit social permettent de produire des effets similaires à ceux du statut d'un fonctionnaire pour les travailleurs salariés. Pensons, par exemple, à la fixation de barèmes uniformes (et pas seulement minimums, ou alors tellement élevés que, dans les faits, il y a très peu de place pour une négociation individuelle du salaire) par des procédés de négociation collective. Le salaire du travailleur ne dépend plus d'un libre échange individuel sur le marché du travail, mais est défini *par une instance tierce* qui l'impose aux parties à l'échange. Le salaire est ainsi attaché à un poste de travail et plus à une force de travail². En supposant par ailleurs que des mécanismes sont prévus pour limiter les possibilités de licenciement, ou que la stabilité de ses revenus est assurée d'une autre façon (par exemple par des allocations de chômage proches des derniers salaires et non limitées dans le temps), la situation du travailleur salarié pendant sa vie active se rapproche de celle du fonctionnaire. Il en ira de même pour ce qui regarde sa situation après la prise de la retraite si le mode de calcul de sa pension est rendu en bonne partie indifférent aux montants accumulés des salaires passés. Ce sera par exemple le cas si le montant de la pension est déterminé par l'application d'un haut taux de remplacement (par exemple 75 %) à un salaire de référence proche des derniers salaires perçus (par exemple, la moyenne des revenus des cinq dernières années) après une carrière d'une durée atteinte sans

-
1. En Belgique, on parle – ou on parlait – habituellement de « traitement différé » pour qualifier la pension des fonctionnaires. Nous préférons employer l'expression « salaire/traitement continué » pour insister sur l'opposition avec la logique de l'épargne, qui « diffère » la consommation d'un revenu acquis aujourd'hui. Mais c'est bien une idée sinon identique, à tout le moins similaire à bien des égards que nous visons. Voy. par exemple l'explication donnée à l'expression « traitement différé » (pour en questionner la pertinence à l'heure actuelle) par R. JANVIER et J. JANSSENS, *L'avenir des pensions dans le secteur public*, Bruxelles, la Charte, 2014, p. 6, note 31 : « L'idée de "traitement différé" repose sur une répartition des charges des traitements tout au long de la vie du fonctionnaire et non sur sa seule carrière active auprès de l'employeur public concerné ». L'expression « traitement différé » renvoie donc à une pension dont le fondement n'est pas dans la seule « carrière active », par hypothèse passée, de l'individu, mais est attaché à cet individu même (« la vie du fonctionnaire »), soit une pension présentant une caractéristique essentielle de que nous appelons un « salaire/traitement continué ».
 2. Ce modèle de rémunération est à rapprocher dans sa logique de ce que d'aucuns appellent le « régime de rémunération fordiste ». Voy. à ce propos B. BAUDRY, « De la relation d'emploi fordiste à la relation de "stabilité polyvalente" : une analyse économique de l'évolution des modalités de la rémunération », in F. LARONZE (éd.), *Les dualités de la rémunération*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 49-52.

difficulté par un travailleur moyen. Dans un pareil cas de figure, la pension du travailleur salarié tend, elle aussi, à être une *continuation du salaire au-delà de la sortie de l'emploi*.

On relèvera à ce propos qu'il semble que le régime de pension des agents statutaires de la fonction publique a explicitement servi de modèle dans les premiers temps de la construction d'un régime de pension pour les travailleurs salariés, en Belgique à tout le moins. À propos de la loi belge du 21 mai 1955 relative à la pension de retraite et de survie des ouvriers, J. Denayer note ainsi qu'elle « a donné aux conceptions modernes leur élan définitif [...] surtout [...] en exprimant la volonté d'organiser un régime de pension comparable à celui des agents des services publics pour répondre aux revendications exprimées depuis longtemps déjà par les milieux ouvriers¹ ». Et le même auteur de préciser que si l'objectif de cette loi était bien « d'instaurer au profit des ouvriers un régime *comparable* à celui des agents des services publics [...] les revendications de l'époque poursuivaient [plutôt] la mise au point d'une formule destinée à doter les travailleurs salariés d'un régime *semblable* à celui des agents des services publics (en tenant compte cependant des particularités professionnelles et barémiques)² ».

-
1. J. DENAYER, « Approche historique de la structure et des modalités de financement des pensions des travailleurs salariés », *Revue belge de sécurité sociale*, 1986, p. 48. Voy. dans le même sens H. PEEMANS-POULLET, « Pour les pensions des travailleurs salariés, la sécurité sociale fête son septantième anniversaire... », in *50 ans de sécurité sociale... Et après ?* Vol. 7 : *Quand vient le temps de la retraite*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 60, qui cite le rapporteur du projet de loi à la Chambre (« Aujourd'hui, nous affirmons solennellement le droit pour les ouvriers de recevoir une pension comparable à celle des fonctionnaires publics », chambre, *Doc. Parlementaires*, 1954-1955, n° 240, *Annales parlementaires*, 27 avril 1955) ainsi qu'un extrait d'un ouvrage sur les pensions écrit peu avant l'adoption de la loi par Léon-Eli Troclet, qui a été ministre du Travail et de la Prévoyance sociale à plusieurs reprises (entre 1945 et 1949 et entre 1954 et 1958) : « Le sentiment profond de la justice distributive n'accepte plus pareilles différences [entre les pensions des fonctionnaires et agents publics et celles des ouvriers]. Il faut donc s'acheminer le plus rapidement possible vers une unification – non en francs absolus, mais en pourcentage de la rémunération. Cette unification ne doit pas être recherchée par un abaissement de la pension des uns, mais par le relèvement de la pension des moins favorisés ». À propos de cette loi, voy. également V. FLOHIMONT, *Gelijkheid in de pensioenregelingen voor ambtenaren, werknemers en zelfstandigen*, Brugge, die Keure, 2013, p. 236, n° 611. On mesure la distance qui nous sépare aujourd'hui de ces horizons régulateurs d'alors : en partant de la même prémisse (la différence entre les pensions des fonctionnaires et celles des salariés heurte le sentiment de justice), beaucoup d'auteurs actuels débouchent sur la conclusion inverse (l'harmonisation doit se faire par la généralisation du régime des salariés, en tout cas dans sa logique).
 2. J. DENAYER, « Approche historique de la structure et des modalités de financement des pensions des travailleurs salariés », *op. cit.*, p. 49. Les italiques sont dans le texte.

3. Implications respectives des deux modèles pour le calcul et pour l'organisation administrative des pensions

52. Résumons les lignes de force de chacun de nos deux modèles et leurs oppositions radicales. Dans le premier modèle, la pension de retraite du travailleur est justifiée, dans son existence et dans son montant, par la somme (virtuellement) cumulée des cotisations versées par ou pour lui dans le passé. Dans le second, la pension trouve sa justification, dans son existence et dans son montant, dans le statut attaché à l'identité professionnelle acquise par le travailleur au terme de sa carrière.

53. Ces deux logiques inverses entraînent plusieurs conséquences pour l'organisation juste d'un régime de pension. Elles touchent au mode de calcul de la pension et à son organisation administrative.

(1) *Implications quant au mode de calcul du montant de la pension*

54. L'opposition des deux logiques s'exprime premièrement dans le mode de calcul à privilégier pour établir le montant de la pension. Dans le premier modèle, la logique est celle de l'accumulation : la variable décisive pour le calcul du montant de la pension est *l'addition (virtuelle) des cotisations*. C'est souvent elle que l'on désigne, de manière plus approximative et moins neutre sur le plan du jugement de valeur, par l'expression « effort contributif » — l'effort en question étant financier. En poussant cette logique à sa limite, ce calcul pourrait tout à fait se passer d'une autre variable fréquemment prise en compte pour le calcul des pensions, celle du temps : que le travailleur ait versé ses cotisations en une fois ou en une multitude de fois ne devrait rien changer — dans un modèle contractuel pur — à la pension à laquelle il a légitimement droit. Si en pratique les cotisations sont versées à intervalles réguliers, c'est pour des raisons logistiques ou financières, certes indépassables, mais pas pour des raisons tenant aux fondamentaux du modèle.

Dans le second modèle, la logique est au contraire celle de l'appartenance : la variable décisive pour le calcul de la pension est le statut attaché à l'identité professionnelle acquise dans la carrière. D'où l'importance à accorder, dans ce calcul, à *la durée de la carrière* : c'est elle qui doit permettre de confirmer l'appartenance du travailleur au groupe professionnel qui fonde son statut¹. On peut trouver là une explication, sur le plan des valeurs, du recours à la technique du tantième appliqué à la moyenne des derniers traitements pour le calcul des pensions des agents statutaires de la fonction publique, en Belgique notamment : le tantième ne

1. Insistons sur ce qu'il est question ici du mode de calcul de la pension de retraite, et pas des conditions d'ouverture du droit à la pension. On évitera de confondre ce point avec les propositions actuellement en vogue de faire de la durée de la carrière la variable principale pour l'ouverture du droit à la pension de retraite, en lieu et place d'un âge légal.

représente pas la participation de l'agent au financement de sa pension, mais quelque chose comme son degré d'intégration dans la fonction exercée, la profondeur de son engagement au service de la collectivité. La variable première dans cette technique est bien le temps, et pas les revenus passés : le revenu de référence auquel est appliqué la fraction de carrière neutralise les fluctuations de revenus pendant la période active puisqu'il correspond à la moyenne des derniers revenus perçus, calculée sur une période très courte.

D'un côté donc, c'est le montant (virtuellement) accumulé ainsi que son taux (virtuel) de rendement qui détermine le montant de la pension (ce qui autorise une plus grande individualisation des montants). De l'autre, c'est un taux de remplacement appliqué à un salaire de référence, lequel correspond à une moyenne des derniers revenus professionnels (traitements ou salaires, lesquels sont fixés par une instance tierce et présentent donc une certaine homogénéité au sein d'un groupe professionnel).

55. Toujours à propos du montant de la pension, l'opposition des deux logiques trouvera à s'exprimer également dans la question, apparemment technique et pourtant primordiale, de la valorisation des pensions *après* leur prise de cours. Dans le modèle contractuel, si une revalorisation des pensions en cours de paiement doit avoir lieu, elle ne peut avoir pour raison d'être que de maintenir le « pouvoir d'achat » des pensionnés. La justification de la pension et de son montant étant les droits accumulés dans le passé, la seule revalorisation légitime d'après cette logique est celle qui vise à éviter que la valeur réelle de la pension ne soit rognée par l'inflation¹. Il en va tout autrement dans le modèle statutaire. La pension étant conçue comme la continuation du statut acquis au cours de la carrière, sa revalorisation doit avoir pour finalité de maintenir le lien entre les revenus des actifs de la catégorie professionnelle du pensionné et la pension de celui-ci ; il ne serait pas juste ou, si l'on préfère, il ne serait pas cohérent au regard des valeurs fondamentales du système que la pension évolue autrement (moins favorablement) que le revenu professionnel qu'elle est censée continuer. Ainsi, en Belgique comme en France, les pensions des fonctionnaires retraités suivent l'évolution des rémunérations des fonctionnaires actifs, selon le système dit de la « péréquation ».

1. On notera que dans le modèle contractuel cette revalorisation visant à gommer les effets de l'inflation doit également être appliquée aux revenus passés pris en compte dans le calcul du montant de la pension. Elle est par contre inutile, ou seulement marginale, dans le modèle statutaire, puisque le salaire ou le traitement de référence qui apparaît dans la formule du calcul de la pension correspond aux derniers revenus professionnels : l'inflation n'a donc pas eu le temps de faire son œuvre, ou à peine.

(2) *Implications quant à l'organisation administrative des régimes de pension*

56. La différence de logique entre les deux modèles emporte également une conséquence quant à l'organisation juste du ou des régimes de pension sur un même territoire. Selon le premier modèle, rien n'est moins justifié qu'une différence de traitement selon l'activité professionnelle exercée et le statut juridique du travail. Le régime de pension doit être uniforme, c'est-à-dire indifférent à la nature de cette activité : « Un euro cotisé doit ouvrir les mêmes droits à la retraite pour tout le monde¹. » Selon le second modèle, la diversité des droits à la pension est justifiée si elle s'appuie sur une différence entre les statuts, laquelle doit bien entendu elle aussi être considérée comme juste, par exemple parce que fondée dans des caractéristiques objectives de l'activité exercée : la persistance de modes de calcul et de règles propres aux enseignants, aux travailleurs du rail, aux salariés des banques, des télécoms, de la grande distribution, aux policiers, aux médecins, etc., ne saurait y choquer en rien le sentiment de justice.

§ 4. Rapports entre les deux modèles proposés et la distinction classique entre systèmes beveridgiens et systèmes bismarckiens

57. Nos deux modèles pourront paraître étranges aux lecteurs initiés à la littérature sur les comparaisons et classifications des régimes de pension. On a expliqué plus haut pourquoi nous nous séparons de la célèbre typologie dressée par G. Esping-Andersen : en insistant sur les dispositifs qui permettent aux individus de subvenir à leurs besoins « en dehors du marché », elle ne permet pas de penser la démarchandisation de l'activité productive elle-même, et de sa rémunération. C'est pourtant bien à une mise à l'écart de la logique du marché et de ses valeurs que procèdent certaines institutions sociales, dont des régimes de pensions.

58. Il nous faut également expliquer pourquoi nous ne suivons pas l'autre classification, classique s'il en est, qui distingue les systèmes de pension « beveridgiens » et les systèmes de pension « bismarckiens² ». La première raison est proche de celle qui vient d'être énoncée. Certes, l'opposition entre Beveridge et Bismarck contient, de manière plus nette que la typologie d'Esping-Andersen, des connotations relatives à l'organisation, éventuellement « démarchandisante », du

1. C'est par cette affirmation en forme de slogan que le président français Emmanuel Macron a résumé le principe directeur de sa réforme visant à instaurer un « système universel de retraite », « universel » signifiant ici unique ou commun à tous les français, pour ne pas dire uniforme. Voy. à ce propos l'entretien avec M. Borgetto publié le 31 décembre 2019 sur le site internet du journal *Le Monde* et intitulé « Réforme des retraites : « La multiplication de traitements particuliers revient à reproduire une floraison de "mini-régimes" ». Le sort de cette réforme est incertain, à l'heure d'écrire ces lignes, en raison du chamboulement de l'agenda politique provoqué par la crise du covid-19.

2. À propos de cette distinction, voy. *supra* n° 30.

travail, notamment quant à la place des partenaires sociaux dans la gestion de l'économie, quant aux découpages professionnels des dispositions de protection sociale, etc. Mais elle n'a pas été poussée jusqu'à interroger la manière même dont « le travail » est conçu et valorisé, c'est-à-dire rémunéré. Or, on l'a compris, c'est précisément sur ce point que nous voulons insister. Pour « marquer le coup », il n'est probablement pas inutile, pour désigner nos modèles, d'adopter d'autres appellations que celles faisant référence à ces deux figures historiques célèbres.

L'opposition entre systèmes bismarckiens et systèmes beveridgiens a aussi pour défaut, au regard de notre intention, de ne se concentrer généralement que sur les régimes de pension des travailleurs du secteur privé, soit ceux qui s'adressent aux salariés et, éventuellement, aux indépendants, et de négliger les pensions octroyées aux fonctionnaires. Celles-ci offrent pourtant un point de comparaison extrêmement suggestif pour déceler ce qui, dans les régimes de pension du secteur privé, s'écarte plus ou moins fermement des valeurs du marché. Les deux modèles que nous proposons ont quant à eux l'avantage d'être trans-sectoriels; ils visent à dépasser la dichotomie habituelle « public/privé », non pas pour la nier, mais pour tenter d'en penser les termes comme des réponses particulières, parmi d'autres possibles, à un même problème : l'organisation et la valorisation d'activités laborieuses, et leurs effets pour les régimes de pension.

59. Enfin, il est vrai que nos modèles recourent en bonne partie la distinction entre systèmes beveridgiens et systèmes bismarckiens, en ce sens qu'un régime relevant du modèle beveridgien appartiendra très probablement plutôt au modèle contractuel, tandis qu'un régime bismarckien se rattachera très certainement au modèle statutaire. Pourtant, les caractéristiques respectives des régimes beveridgiens et bismarckiens n'entretiennent pas de liens nécessaires, sur un plan logique, avec les modes de valorisation du travail que nous plaçons au fondement de nos deux modèles. La division en piliers (un seul pilier étatique ou trois piliers, étatique, professionnel et individuel), le mode de financement (répartition ou capitalisation) et l'identité des acteurs (État, partenaires sociaux, entreprises, individus) n'y sont pas décisifs.

Ainsi, le système de valeur qui fonde la justification et l'unité de mesure de la pension dans le modèle contractuel est applicable dans les deux modes de financement possibles d'un régime de pension. Dans un régime financé en répartition, il amènera, par exemple¹, à adopter la technique dite des « comptes notionnels » : le montant de la pension correspond au montant cumulé des cotisations versées par ou pour le travailleur dans un compte fictif, ensuite divisé par l'espérance de vie dudit travailleur. Dans un régime financé en capitalisation, ce système de

1. Nous discuterons avec plus de détails les caractéristiques des pensions en répartition qui sont révélatrices d'une logique contractuelle ou statutaire, lors de l'analyse de l'influence potentielle de la libre prestation des services sur les pensions octroyées par l'État. Voy. *infra* n° 394 et s.

valeur se traduira, par exemple toujours, dans le choix pour un régime de pension dit « à cotisations définies », où le montant de la pension dépend du capital progressivement constitué par le versement de cotisations et du retour de l'investissement de ce capital sur les marchés financiers. Cette pension à cotisations définies financée en capitalisation peut par ailleurs être le fait de l'État, comme en Suède, ou des partenaires sociaux, comme c'est très souvent le cas en Belgique.

De même, la mise en œuvre d'une logique de salaire continué propre au modèle statutaire est indépendante du mode de financement du régime de pension (répartition ou capitalisation) tout comme elle l'est de l'identité de ses organisateurs (État, partenaires sociaux, employeur). Ainsi, un régime de pension à prestations définies, financé en capitalisation et organisé par les partenaires sociaux peut parfaitement offrir des pensions similaires, dans leur logique, à celles en cours dans le secteur public.

60. Étant donné cette indépendance, sur le plan théorique, entre les caractères distinctifs attachés au couple Beveridge/Bismarck et les propriétés de nos deux modèles, un système de pension éloigné de la conception traditionnelle d'un système beveridgien peut néanmoins relever de notre modèle contractuel, l'inverse étant vrai également. Par exemple, un système de pension uniquement constitué de pensions légales directement gérées par l'État, sans second pilier professionnel donc, relève du modèle contractuel si les pensions qu'il octroie sont calculées selon la technique des comptes notionnels, le cas échéant soutenues par des pensions de base forfaitaires ou subsidiaires. Un tel système est proche de celui imposé en Grèce en contrepartie de l'aide financière apportée au pays à partir de 2010, comme nous aurons l'occasion de le voir en détail dans la partie de l'ouvrage consacrée à l'influence de la gouvernance économique et budgétaire. La Suède connaît également un premier pilier de pension, géré par l'État, qui octroie des pensions calculées d'après la technique des comptes notionnels. Alors que le système suédois est traditionnellement rattaché à la famille bismarckienne¹, on aura pour notre part tendance à le ranger du côté du modèle contractuel étant donné les valeurs au fondement de ses pensions étatiques.

En résumé, si les modèles que nous proposons peuvent être articulés à la distinction classique entre systèmes beveridgiens et systèmes bismarckiens, ils nous semblent présenter l'avantage d'être plus fins que celle-ci et permettre une meilleure appréhension des cas hybrides. Outre, à nouveau, qu'ils tendent à faire ressortir une dimension trop négligée, à notre avis, dans l'étude des régimes de pensions, à savoir que ceux-ci reposent sur des conceptions particulières et potentiellement très différentes du travail, lesquelles procèdent *in fine* de l'élection de certaines valeurs.

1. Voy. G. BONOLI, « Two Worlds of Pension Reform in Western Europe », *op. cit.*, p. 400; K. HINRICHS et J.F. LYNCH, « Old-Age Pensions », *op. cit.*

61. Ici se terminent ces propos liminaires relatifs aux deux modèles-types de pension, considérés d'après leurs valeurs sous-jacentes. La suite de l'ouvrage montrera comment ces questions de valeur sont également présentes, de diverses manières, dans l'application du droit économique européen aux systèmes de pension des États membres.

Partie 1

Droit européen de la concurrence,
libre prestation des services
et systèmes de pension nationaux

62. Le droit européen de la concurrence et la libre prestation des services partagent une même finalité, celle de permettre l'existence d'un marché européen au sein duquel les acteurs économiques peuvent échanger entre eux librement. Leurs contributions respectives à cet objectif commun sont toutefois de nature différente. L'intervention du droit de la concurrence est principalement corrective : elle doit permettre aux autorités de contrôle de mettre fin aux comportements considérés comme déviants des entreprises qui risqueraient de mettre à mal le principe du libre marché et aux interventions de l'État qui faussent le jeu en favorisant indûment certaines entreprises¹. La libre prestation des services, elle, octroie des droits subjectifs aux acteurs économiques — ceux de proposer et de recevoir librement des services au sein du marché —, que les États ne peuvent restreindre que par exception.

63. Dans cette première partie, nous abordons tour à tour chacune de ces deux branches du droit européen en vue de déterminer l'influence qu'elles exercent sur l'organisation des systèmes de pension des États membres. Étant donné leur finalité commune de créer un marché européen libéralisé, cette influence, si elle existe, prend par hypothèse la forme d'une restriction de l'autonomie des États membres pour l'organisation de leurs systèmes de pension. En effet, la mise en place d'un système de pension suppose que certaines obligations soient imposées aux individus et aux entreprises, typiquement celle de s'affilier à un ou plusieurs régimes déterminés. Ces obligations poursuivent d'autres objectifs que l'existence d'une concurrence libre et non faussée, et elles vont par définition à l'encontre du droit subjectif des acteurs économiques d'échanger avec qui ils veulent et quand ils le veulent. Si le droit de la concurrence et la libre prestation des services exercent une influence juridique sur l'organisation des systèmes de pension, c'est donc en tant qu'ils interdisent d'édicter certaines obligations, ou ne les autorisent que sous certaines conditions ; autrement dit, c'est en tant qu'ils limitent l'autonomie dont dispose en principe l'État pour décider de la manière d'organiser, sur son territoire, les régimes qui composent son système de pension.

64. Apportons une précision à cet égard. La restriction de l'autonomie de l'État peut résulter de contraintes qui pèsent sur d'autres acteurs que l'État lui-même. En effet, les obligations grâce auxquelles des régimes de pension sont mis en place ne sont pas toutes le fait de l'État. Il est fréquent que l'État prête son soutien à des

1. Le droit de la concurrence a aussi une dimension préventive en ce qu'il exige que certains projets soient notifiés à la Commission avant leur mise en œuvre pour que leurs effets potentiels sur la concurrence puissent être évalués ; au besoin, ils devront être corrigés, voir même abandonnés s'ils nuisent trop à la concurrence. Ce système de notification *a priori* est utilisé en matière d'aides d'État et de contrôle des concentrations.

obligations définies par d'autres que lui, c'est-à-dire par des acteurs qui ne relèvent pas d'un pouvoir étatique sensu stricto (le législateur ou le pouvoir exécutif). L'origine et l'étendue de l'obligation d'affiliation permettent ainsi de distinguer les pensions légales des pensions complémentaires. Les premières sont constituées des régimes de pension auxquels l'affiliation est rendue obligatoire par la loi. Les secondes recouvrent les régimes auxquels l'obligation d'affiliation est particulière à une entreprise, une profession ou un secteur d'activité et n'est pas énoncée par la loi¹. Lorsqu'il prête ainsi son soutien à des obligations définies par d'autres acteurs que lui, l'État se comporte toutefois bien de son propre chef. D'une certaine façon, il délègue l'exercice du pouvoir de décider, ou du moins il reconnaît et accepte de prendre en considération les décisions adoptées par d'autres acteurs que ses organes propres pour organiser des régimes de pension. Faisant cela, il ne fait qu'exercer son autonomie de décision.

Si le droit européen s'oppose à l'édiction d'une obligation par un acteur non étatique auquel l'État apporte son support, il contraint donc aussi l'autonomie de l'État puisqu'il l'empêche d'exercer son autonomie de décision de telle façon qu'il avait choisie. En un mot : la nature non étatique de l'entité à l'origine de l'obligation en conflit avec le droit européen n'empêche pas de considérer que c'est bien l'autonomie étatique qui est contrainte par le droit européen.

65. Ainsi précisée, la question à laquelle cette première partie tend à répondre est celle de savoir si, et dans quelle mesure, le droit européen de la concurrence et la libre prestation des services restreignent l'autonomie des États membres pour l'organisation de leurs systèmes de pension. Le premier chapitre porte sur le droit de la concurrence, le second sur la libre prestation des services.

1. On appelle aussi parfois ces régimes des régimes de pension professionnels, définis comme les régimes dont l'accès dépend d'une relation d'emploi ou professionnelle entre le participant au régime et l'entité à l'initiative du régime. Un régime professionnel peut être institué par un employeur unique, par plusieurs employeurs, par les partenaires sociaux ou par une association professionnelle. Voy. *Private Pensions: OECD classification and glossary. Les pensions privées: classification et glossaire de l'OCDE*, OCDE, 2005, disponible sur <http://www.oecd.org/daf/fin/private-pensions/privatepensionsoecdclassificationandglossary.htm>. Dans la mesure toutefois où il arrive que la création d'un régime professionnel soit obligatoire en vertu de la loi, voire qu'il se substitue aux pensions légales, nous préférons utiliser la terminologie « régime de pension légal »/« régime de pension complémentaire », celui-ci se caractérisant par la liberté laissée aux acteurs du marché du travail d'organiser ou non un tel régime et par sa finalité, consistant à apporter un complément à la pension légale, et jamais à s'y substituer. Sur la notion de complémentarité, voy. notamment Y. STEVENS, « De privatisering van de sociale zekerheid: van basisrecht tot handelswaar? », in D. SIMOENS *et al.* (éds.), *Sociale zekerheden in vraagvorm: liber amicorum Jef Van Langendonck*, Antwerpen, Intersentia, 2005, p. 444-445.

Chapitre 1

Droit européen de la concurrence et organisation des systèmes de pension nationaux

66. Au fil d'une jurisprudence entamée au début des années 1990, la Cour de justice de l'Union européenne s'est efforcée de dégager des critères permettant de décider si un dispositif de protection sociale en général relève ou non du champ d'application du droit européen de la concurrence.

67. La question présente des enjeux juridiques importants. Si le droit européen de la concurrence est déclaré applicable, l'organisme administrant le dispositif de protection sociale en cause doit respecter les interdictions de principe édictées par les articles 101 et 102 TFUE, à savoir l'interdiction des ententes entre entreprises et l'interdiction d'abuser d'une position dominante. En outre, l'État doit s'abstenir d'entretenir avec cet organisme des rapports constituant des aides d'État, au sens de l'article 107 TFUE. Si, au contraire, le droit de la concurrence est déclaré non applicable, alors le comportement de l'organisme échappe à ces interdictions, et l'État est libre, sous réserve des contraintes d'autres branches du droit européen, d'en encadrer l'activité comme il l'entend. En d'autres mots, la délimitation du champ d'application du droit de la concurrence est aussi, par symétrie, celle de la compétence pleine des États membres, au regard de cette branche du droit, pour l'organisation de leurs systèmes de protection sociale¹.

68. Ce chapitre se concentre sur les interactions entre le droit européen de la concurrence et les systèmes de pension des États membres, et interroge leur incidence pour l'autonomie des États dans l'organisation de ces derniers. Mais puisque la jurisprudence de la Cour pertinente à cet égard s'est aussi construite à l'occasion d'affaires mettant en cause d'autres dispositifs de protection sociale, nous serons amenés à aborder également les décisions relatives à d'autres branches de la sécurité sociale. Nous nous limiterons toutefois à n'exposer que ce qui, dans ces décisions, est susceptible d'éclairer la position des systèmes de pension.

1. K. LENAERTS, « Droit communautaire et soins de santé : les grandes lignes de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », contribution à la journée d'étude du 16 janvier 2006 organisée par l'OSE et l'INAMI, disponible sur le site de l'Observatoire social européen (www.ose.be/workshop/, consulté pour la dernière fois le 29 novembre 2016), p. 1.

69. Nous commençons par exposer la jurisprudence relative au champ d'application du droit de la concurrence et à en tirer les enseignements dans le domaine des pensions (Section 1). Nous analysons ensuite les implications de cette branche du droit européen pour l'organisation des régimes de pension qui y sont soumis (Section 2).

Section 1 : Les pensions, activités exclusivement sociales? Les limites du champ d'application du droit européen de la concurrence et leur application au domaine des pensions

70. Controversée et polémique dans les années 1990 et les premières années du nouveau millénaire¹, la question de l'étendue du droit de la concurrence dans le domaine de la protection sociale en général ne semble plus aujourd'hui être une préoccupation de premier plan pour les observateurs et les décideurs politiques. La chose semble entendue : les régimes dits légaux échappent à l'emprise du droit de la concurrence, tandis que les régimes organisant une couverture complémentaire y sont soumis, certains d'entre eux bénéficiant par ailleurs d'une dérogation au titre de l'article 106, § 2 TFUE².

71. Plusieurs commentateurs regrettent pourtant un manque de cohérence dans la jurisprudence de la Cour. Si l'on ne s'étonne plus du résultat, on continue de s'interroger sur le raisonnement qui le fonde³. C'est qu'il semble en porte-à-faux avec des fondamentaux du droit de la concurrence tels que la définition de l'entreprise développée par la Cour⁴ ou l'absence d'exclusion *a priori*, dans le texte

-
1. C. PRIETO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 370. Voy. par exemple R. KOVAR, « Droit communautaire et service public. Esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée ? », *R.T.D. Eur.*, 1996, n° 2, p. 215-242., qui dresse un état des lieux des réflexions et réactions suscitées en France par les « tensions » entre le droit européen (alors « droit communautaire ») et le service public, en ce compris la sécurité sociale.
 2. Voy. toutefois J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, 18e éd., Paris, Dalloz, 2015, p. 425-429, qui pointent « [l]a persistance de certaines ambiguïtés », à l'égard du système de protection sociale français notamment.
 3. Voy. par exemple U. NEERGAARD, « The Concept of SSGI and the Asymmetries Between Free Movement and Competition Law », in U. NEERGAARD et al. (éds.), *Social Services of General Interest in the EU*, The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2013, p. 205-243 ; D. SCHIEK et al., *EU Social and Labour Rights and EU Internal Market Law*, Commission Emploi et affaires sociales du Parlement européen, 2015, p. 48, disponible sur [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2015\)563457](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2015)563457).
 4. J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (former Article 90) of the EC Treaty*, Oxford, Oxford University Press, 1999 ; A. WINTERSTEIN, « Nailing the jellyfish: social security and competition law », *European Competition Law Review*, 1999, vol. 20, n° 6, p. 324-333 ; K.P.E. LASOK, « When is an undertaking not an undertaking? »,

des traités, de la protection sociale de son champ d'application¹.

72. Étant donné ces reproches d'incohérence, notre objectif dans cette section est double. Nous ne nous contenterons pas d'exposer les solutions retenues par la Cour pour déterminer si un dispositif de protection sociale en général, et un régime de pension en particulier, doit être soumis à cette branche du droit. Nous chercherons également à vérifier si l'exclusion de certains dispositifs de protection sociale du champ d'application du droit de la concurrence peut être fondée sur la logique même de celui-ci, ou si ces exclusions, quels que soient par ailleurs leurs mérites politiques, sont effectivement des exceptions prétoriennes mal justifiées *en droit*.

Outre un intérêt théorique, celui d'éclairer la logique interne du droit européen de la concurrence et de questionner l'existence d'activités réfractaires « par nature » à cette logique, ce deuxième objectif — vérifier la cohérence des solutions de la Cour — nous semble présenter un intérêt pratique : dans la mesure où une décision mal justifiée est toujours, de ce fait même, menacée d'une certaine instabilité, la clarification de la cohérence (ou de l'absence de cohérence) des décisions de la Cour peut aider à renforcer la sécurité juridique en ce domaine ou, au contraire, à faire sentir le besoin de la renforcer. Enfin, l'attention à la logique qui parcourt la jurisprudence de la Cour sera également l'occasion de mettre en lumière certaines valeurs qui nous semblent sous-jacentes à cette dernière.

73. Comme nous allons le voir en détail ci-dessous, la Cour a progressivement dégagé deux critères cumulatifs pour l'identification des dispositifs de protection sociale qui échappent au champ d'application du droit de la concurrence. Le premier est la mise en œuvre d'un principe de solidarité, le second est l'existence d'un certain contrôle de l'État sur le montant des cotisations et des prestations. L'activité rencontrant ces deux critères est qualifiée par la Cour d'« exclusivement sociale », par opposition aux activités dites « économiques », qui relèvent du droit de la concurrence.

74. Afin de nous doter d'outils d'analyse précis de la jurisprudence de la Cour, nous commencerons par distinguer et définir théoriquement les différents sens qu'y recouvre la notion de solidarité (§ 1). Nous exposerons ensuite cette jurisprudence de manière chronologique, ceci dans le but de mieux faire apparaître le chemin parfois tortueux suivi par la Cour pour déterminer le contenu des deux critères et leur articulation (§ 2). En nous appuyant sur ces deux premières parties

European Competition Law Review, 2004, vol. 25, n° 7, p. 383-385 ; N. BOEGER, « Solidarity and EC competition law », *European Law Review*, 2007, vol. 32, n° 3, p. 331 ; J.W. VAN DE GRONDEN et W. SAUTER, « Taking the Temperature: EU Competition Law and Health Care », *Legal Issues of Economic Integration*, 2011, vol. 38, n° 3, p. 213-241.

1. J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive rights and state monopolies under EC law*, *op. cit.* ; A. WINTERSTEIN, « Nailing the jellyfish », *op. cit.* ; A. NIJENHUIS, « The Application of EC Competition Law to Supplementary Pension Funds », *Euredia*, 2000, n° 3, p. 340-351.

descriptives, nous proposerons une interprétation permettant d'expliquer de manière plus systématique les solutions retenues par la Cour (§ 3). Nous synthétiserons les résultats de nos développements pour proposer une classification des régimes de pension en termes d'activités exclusivement sociales ou économiques selon qu'ils sont financés en répartition ou en capitalisation (§ 4). Enfin, nous relativiserons ces résultats en disant quelques mots des valeurs qui nous semblent poindre dans la jurisprudence de la Cour (§ 5), avant de conclure brièvement cette première section.

75. Les conclusions auxquelles nous conduisent nos développements sont qu'une seule forme de solidarité parmi celles évoquées dans la jurisprudence de la Cour permet de justifier l'exclusion d'un régime de pension hors du champ d'application du droit de la concurrence *de manière parfaitement cohérente* avec la logique propre de ce dernier. Il s'agit de la solidarité intergénérationnelle, qui est liée au mode de financement des pensions qu'on appelle la répartition. Ce mode de financement repose en effet nécessairement sur une collectivité pérenne dans le temps et irréductible aux rapports inter-individuels qui la composent, de sorte qu'il est incompatible avec les notions d'entreprise et d'activité économique telles que développées par la Cour. D'autres formes de solidarité sont également sources de tension avec la logique du droit de la concurrence, mais elles ne peuvent suffirent à justifier une exclusion de son champ d'application d'une manière qui soit entièrement convaincante au regard de la définition de la notion d'entreprise habituellement retenue par la Cour.

Étant donné la primauté du critère du mode de financement pour l'identification d'une activité exclusivement sociale en matière de pension, il nous semble ainsi devoir nuancer l'opinion selon laquelle le partage entre les régimes de pension exclus du champ d'application du droit de la concurrence et ceux qui y sont soumis correspond à la distinction entre les régimes de pension légaux et les régimes de pension complémentaires. En effet, cette opinion repose sur l'idée répandue que le financement par répartition serait propre aux pensions légales tandis que le financement par capitalisation serait réservé aux pensions complémentaires. Or, cette idée ne correspond pas à la réalité des systèmes de pension de plusieurs États membres, par exemple à celui de la France où des pensions qualifiées de complémentaires en droit interne sont financées en répartition, et à celui de la Suède où une partie de la pension légale est financée par capitalisation. Les frontières du droit de la concurrence en matière de pension ne suivent donc pas toujours celles qui séparent, en droit national, les régimes organisés par l'État de ceux créés à l'initiative d'acteurs non-étatiques. Il s'agit d'en tenir compte pour la bonne compréhension de la portée du droit de la concurrence dans ce domaine.

§ 1. Les multiples sens de la solidarité dans la jurisprudence de la Cour

76. L'un des deux critères établis par la Cour pour identifier les activités qui échappent au champ d'application du droit de la concurrence est la mise en œuvre d'un principe de solidarité. Cette notion recouvre cependant différents mécanismes ou techniques, auxquels la Cour n'accorde pas la même importance pour l'évaluation du caractère solidaire d'un régime. Pour être en mesure de donner une description et une explication précises de la jurisprudence de la Cour, il nous faut donc commencer par distinguer entre elles les différentes formes de solidarité que l'on y rencontre.

77. À la fin des années 1990, la doctrine a identifié cinq techniques de solidarité différentes dans les régimes de protection sociale à propos desquels la Cour avait dû décider s'ils étaient soumis ou non au champ d'application du droit de la concurrence¹. Ces cinq techniques étant bien connues dans le domaine des assurances ou dans celui de la sécurité sociale et les arrêts adoptés depuis lors n'en ayant pas, sauf erreur de notre part, abordé de nouvelles, nous les reprenons à notre tour pour l'analyse de la jurisprudence de la Cour. Pour faciliter l'exposé, nous les regroupons selon qu'elles relèvent du mode de financement des prestations de protection sociale (1) ou qu'elles portent sur le lien établi au sein du régime entre le montant des cotisations et celui des prestations (2).

78. Dans les développements qui suivent, nous nous attachons exclusivement au sens à donner à cette notion dans le contexte d'une discussion de la jurisprudence de la Cour en matière de droit de la concurrence. Plus loin, nous remettrons quelque peu en perspective cette notion en relevant les présupposés, notamment axiologiques, de cette jurisprudence².

1. Voy. A. WINTERSTEIN, « Nailing the jellyfish », *op. cit.*, spéc. p. 327-328, et J.-M. BINON, « Solidarité et assurance : mariage de cœur ou de raison ? », *Revue du marché unique européen*, 1997, n° 4, p. 87-140. Ce dernier auteur mentionne deux autres formes de solidarité, la mutualisation des risques – principe même de l'assurance, dont il est question *infra* aux n° 84 et s. — et la « solidarité palliative » — sur laquelle il n'était pas utile de nous attarder pour notre propos. Voy. également M. FERRERA, *The Boundaries of Welfare: European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 151-152, et D. MABBETT, « Social Regulation and the Social Dimension in Europe: The Example of Insurance », *European Journal of Social Security*, 2000, vol. 2, n° 3, p. 248-249, qui mentionnent trois des cinq formes de solidarité en question (la solidarité (re)distributive, la solidarité financière et la solidarité intergénérationnelle). À propos du sens de la solidarité dans le droit de la protection sociale, voy. aussi J. VAN LANGENDONCK, « Wanner is een verzekering sociaal? », in *Over grenzen: Liber amicorum Herman Cousy*, Antwerpen – Cambridge, Intersentia, 2011, p. 1283-1293.

2. Voy. *infra* n° 187 et s.

1. Les solidarités liées au mode de financement des prestations de protection sociale

79. Certaines formes de solidarité peuvent être mises en œuvre au niveau du mode de financement des régimes de protection sociale en général, parmi lesquels les régimes de pension. Elles sont soit liées au financement direct de l'entité (a), soit le résultat de l'organisation de transferts financiers entre plusieurs entités (b).

80. **(a) La répartition** et la capitalisation¹ sont les deux modes principaux de financement des régimes de protection sociale. Alors qu'en capitalisation les cotisations sont investies en vue de financer les prestations futures, en répartition les cotisations payées par certains sur une période donnée financent les prestations versées à d'autres sur la même période.

81. En raison de cette organisation particulière, le financement par répartition est qualifié de solidaire : ceux qui sont en mesure de cotiser paient pour ceux qui requièrent l'intervention du régime. Il entraîne une « solidarité intergénérationnelle » lorsque, comme c'est le cas dans les régimes de pension, la distinction entre les cotisants et les bénéficiaires repose sur le critère de l'âge ou, plus généralement, lorsque le régime financé de la sorte est destiné à perdurer dans un temps long : il ne pourra couvrir les prestations futures des participants actuels que si les nouvelles générations participent à leur tour à son financement. À l'inverse, dans un régime financé par capitalisation, le financement des prestations futures dépend uniquement des sommes auparavant versées par ou au nom de ceux qui en bénéficieront et de leur rendement.

82. **(b) La solidarité financière**² est l'autre forme de solidarité relative au financement des régimes. Elle intervient lorsque sont mis en place des systèmes de participation des régimes bénéficiaires ou en équilibre financier au financement de régimes déficitaires ou en difficulté financière. Ces systèmes peuvent être ponctuels (par exemple, chaque régime contribue à un fonds commun qui n'intervient qu'en cas de nécessité) ou structurels (par exemple, les excédents de certains

1. Pour une présentation des caractéristiques respectives de la répartition et de la capitalisation et de leurs combinaisons possibles dans le domaine des pensions, voy. notamment P. DEVOLDER et J. BOULET, *Défis et perspectives des régimes belges de pension*, Bruxelles, La Chartre, 2009, p. 19-21.

2. J.-M. BINON, « Solidarité et assurance : mariage de cœur ou de raison ? », *op. cit.*, p. 96. L'expression est utilisée par l'avocat général Tesauro au § 16 de ses conclusions précédant l'arrêt *FFSA* (CJUE, 16 novembre 1995, *FFSA*, C-244/94). On trouve aussi l'expression « solidarité inter-régimes » dans J.-M. BINON et H. CLAASSENS, « La protection sociale complémentaire en droit européen : cadre général, acquis et questions pendantes », in C. VAN SCHOU BROECK (éd.), *La protection sociale complémentaire dans l'Union Européenne. La problématique des pensions et des soins de santé – De aanvullende sociale voorzieningen in de Europese Unie. Pensioenen en gezondheidszorg*, Antwerpen – Louvain-la-Neuve, Maklu – Academia-Bruylant, 2003, p. 39-150, spéc. p. 46. C'est celle qu'utilise A. WINTERSTEIN, « Nailing the jellyfish », *op. cit.*, p. 328 (« inter-scheme solidarity »).

régimes sont systématiquement transférés en fin d'exercice comptable vers ceux qui s'avèrent en déficit).

2. Les solidarités portant sur le lien entre le montant des cotisations et le montant des prestations

83. La solidarité peut aussi se manifester dans la manière d'établir le lien au sein d'un régime de protection sociale entre les cotisations payées par ou au nom du bénéficiaire et les prestations auxquelles il a droit. Deux formes de solidarités appartiennent à cette catégorie, la solidarité subventionnelle (a) et la solidarité (re)distributive (c). Nous en présenterons également ici une troisième, la solidarité anti-sélective (b). Bien qu'elle ne porte pas à proprement parler sur le lien entre les cotisations et les prestations, elle est le complément logique de la solidarité subventionnelle.

84. **(a) La solidarité subventionnelle** ne se rencontre que dans les régimes opérant sur le modèle de l'assurance. Pour comprendre en quoi elle consiste, il est utile de dire quelques mots à propos du principe fondamental de la technique assurantielle qu'est la mutualisation des risques ou, plus précisément, la mutualisation des dépenses à supporter lors de la survenance d'un aléa, ainsi que sur la manière dont les primes sont calculées par les assureurs privés.

85. Le principe même de l'assurance consiste à regrouper des personnes soumises à un même type d'aléa afin de répartir entre elles la charge financière qui pèsera sur celles qui y seront confrontées. En d'autres mots, l'objet de l'assurance est de protéger ses bénéficiaires contre les répercussions financières de la survenance d'un élément aléatoire.

L'aléa est donc au cœur de la technique assurantielle. Une assurance au sein de laquelle l'exposition à l'aléa de chacun des assurés serait parfaitement prévisible et évaluée n'aurait plus d'assurance que le nom. Dans la logique des assurances privées, le montant de la prime est en principe fixé individuellement, en prenant en compte, d'une part, la probabilité, au regard des caractéristiques propres de l'individu, que l'aléa assuré se réalise (ce qu'on appelle le « profil de risque ») et, d'autre part, la hauteur de l'intervention de l'assurance en cas de réalisation de l'aléa. Si la probabilité de réalisation de l'aléa est mal appréciée, la prime payée est déconnectée du coût de principe de l'assurance, la différence entre les deux étant alors financée par d'autres moyens.

86. Cette imprécision dans l'appréciation de l'aléa peut être volontaire ou involontaire. Dans le premier cas, il n'y a pas, à proprement parler, défaut d'évaluation, mais non-prise en compte délibérée de certains critères liés à l'aléa ou substitution aux critères liés à l'aléa de critères d'un autre ordre. Il en va par exemple ainsi lorsque la législation interdit que le bénéficiaire d'une assurance soins de santé soit soumis, préalablement au calcul de sa prime, à un questionnaire ou à un examen

médical. On parle de « solidarité subventionnelle consciente¹ ». Lorsque le défaut de calcul est involontaire, la solidarité subventionnelle est dite « inconnue ». Elle est présente dans tout mécanisme d'assurance étant donné l'impossibilité de prendre en compte l'ensemble des facteurs de risque de l'individu pour la détermination de la prime².

87. Lorsqu'elle est organisée au sein d'un régime de protection sociale, la solidarité subventionnelle est bien entendu mise en œuvre de manière consciente³ puisque l'objectif poursuivi avec l'instauration de ces régimes est précisément de rendre une couverture assurantielle financièrement accessible aux « mauvais profils de risques », c'est-à-dire aux personnes pour qui la probabilité de survenance de l'aléa est plus élevée. Elle peut y être obtenue par l'interdiction ou la modalisation de la technique de la segmentation tarifaire utilisée par les assureurs privés, laquelle consiste à différencier les primes selon l'exposition à l'aléa des individus⁴. Le même objectif d'accessibilité explique que la solidarité subventionnelle soit souvent combinée avec la solidarité anti-sélective.

88. **(b) La solidarité anti-sélective** vise à garantir l'accès au régime de protection sociale à tous ceux qui relèvent de son champ d'application (accès dit « universel »), indépendamment de leur situation particulière au regard de l'aléa couvert par le régime. Elle repose sur l'interdiction, pour les organismes administrant un régime assurantiel ou de protection sociale, de refuser l'accès au bénéfice de l'activité en question en raison d'autres critères que ceux qui définissent le groupe cible de ce régime.

89. La solidarité anti-sélective et la solidarité subventionnelle se distinguent donc en ceci que la première interdit que les caractéristiques individuelles pertinentes pour établir le profil de risque soient prises en considération au stade de

1. N. DE PRIL et J. DHAENE, « Commission des Assurances. Rapport du groupe de travail Segmentation », in *Competitiviteit, ethiek en verzekering – Compétitivité, éthique et assurance*, Antwerpen – Louvain-la-Neuve, Maklu – Academia-Bruylant, 1998, p. 109-139., rapport cité par. J.-M. BINON, « Solidarité et assurance : mariage de cœur ou de raison ? », *op. cit.*, p. 94. Voy. également Y. STEVENS, G. GIESELINK et B. VAN BUGGENHOUT, « Towards a New Role for Occupational Pensions in Continental Europe: Elements and Techniques of Solidarity Used within Funded Occupational Pension Schemes », *European Journal of Social Security*, 2002, vol. 4, n° 1, p. 41.
2. N. DE PRIL et J. DHAENE, « Commission des Assurances. Rapport du groupe de travail Segmentation », *op. cit.*, p. 119.
3. Pour cette raison, nous ne parlerons plus que de solidarité subventionnelle dans la suite de cette contribution, sans préciser à chaque reprise qu'il s'agit d'une solidarité subventionnelle consciente.
4. À propos de cette technique et de ses rapports avec la solidarité subventionnelle ou « solidarité de subvention », voy. notamment C. DEVOET, *Les Assurances de personnes*, Limal, Anthemis, 2011., p. 191-194, et F. CORLIER, « Segmentation : le point de vue de l'assureur », in *Competitiviteit, ethiek en verzekering – Compétitivité, éthique et assurance*, Antwerpen – Louvain-la-Neuve, Maklu – Academia-Bruylant, 1998, p. 189-204. (dir. H Cousy *et al.*), *op. cit.*, p. 189-204.

l'accès au régime, tandis que la seconde interdit en tout ou en partie qu'elles le soient au stade de la fixation du montant de la cotisation au régime.

90. (c) **La solidarité (re)distributive**, seconde forme de solidarité opérant sur le lien entre les cotisations et les prestations, est mise en œuvre lorsque le montant des prestations octroyées n'est pas fonction du montant des cotisations payées. Généralement associée à l'idée d'une atténuation des inégalités de revenus, on la tient souvent pour la caractéristique essentielle, ou devant l'être, des systèmes de sécurité sociale¹.

91. Il ne suffit toutefois pas que le montant des prestations soit en tout ou en partie indépendant du montant des cotisations versées pour qu'il y ait redistribution de ressources depuis les riches vers les pauvres. Celle-ci n'opère qu'à condition que les prestations soient forfaitaires ou plafonnées sans que les cotisations le soient — tous reçoivent la même chose ou un montant maximum alors que certains paient plus que les autres — ou que les prestations soient garanties à tous les individus couverts par le régime à hauteur d'un montant minimum indépendamment du niveau de cotisation effectivement supporté par chacun.

92. Cette dernière précision nous paraît importante. Elle signifie que si un plafond de cotisations existe et que les prestations varient entre un minimum garanti et un montant maximum, le régime n'opère une redistribution qu'envers ceux qui n'ont pas payé de cotisations ou seulement des cotisations très faibles. Pour tous les autres, le système n'organise pas une redistribution depuis les riches vers les pauvres (ce que l'on appelle une « redistribution verticale »), mais une distribution de revenus selon une logique autre que l'équivalence entre ce que l'on verse et ce que l'on reçoit (que l'on désigne parfois par l'expression de « redistribution horizontale »)². Afin de garder en tête cette caractéristique, nous utilisons la graphie « solidarité (re)distributive ».

93. À côté des régimes (re)distributifs proprement dits, d'autres régimes peuvent intégrer de manière ponctuelle ou limitée un élément (re)distributif sans

1. Voy. notamment parmi les auteurs français J.-J. DUPEYROUX, « 1945-1995 : quelle solidarité ? », *Droit social*, 1995, n° 9-10, p. 713-717, et M. BORGETTO, « La solidarité : le maître mot de la protection sociale ? », in *La solidarité dans l'Union européenne. Éléments constitutionnels et matériels*, Paris, Dalloz, 2011, p. 157-164. ; pour la Belgique, voy. par exemple B. CANTILLON, « Het herverdelend vermogen van de sociale zekerheid: beschouwingen, een halve eeuw later », *B.T.S.Z.*, 2014, n° 4, p. 523-541, qui actualise les analyses proposées en 1967 par H. DELEECK, « Maatschappelijke zekerheid en inkomensherverdeling in België », *B.T.S.Z.*, 1967, n° 6-7, p. 887-901, texte reproduit en 2014 dans le n° 4 de la même revue, p. 543-558.

2. Voy. les références citées dans la note précédente, qui nuancent fortement pour les systèmes belge et français, passés et actuels, la représentation de la sécurité sociale comme étant essentiellement un dispositif de redistribution depuis les riches vers les pauvres. Sur l'importance du plafond des cotisations pour le caractère redistributeur d'un dispositif, voy. en particulier H. DELEECK, « Maatschappelijke zekerheid en inkomensherverdeling in België », *op. cit.*, p. 891 pour l'édition de 1967 et p. 547 pour la réédition de 2014.

pour autant pouvoir être qualifiés eux-mêmes de (re)distributifs au sens qui vient d'être exposé. C'est par exemple le cas des mécanismes d'assurance qui octroient des dispenses de cotisation dans certaines circonstances (maladie, chômage, ...) sans conséquence sur le montant des prestations. De même en va-t-il des systèmes qui prévoient que les cotisations n'ayant donné lieu à aucune prestation, à défaut d'évènement déclencheur ou de bénéficiaire (« prestations en déshérence »), sont conservées pour financer à concurrence de leur montant les prestations des autres participants. On parle alors de « solidarité (re)distributive secondaire¹ ».

94. Pour conclure cette présentation des différentes formes de solidarité, une dernière précision doit être apportée. Nous avons regroupé la solidarité subventionnelle et la solidarité (re)distributive dans une même catégorie en raison de leur influence sur le lien entre le montant des cotisations et le montant des prestations. Il convient toutefois de relever que cette influence n'est pas identique dans les deux cas.

95. La solidarité subventionnelle consciente a pour effet de faire baisser le coût d'une couverture assurantielle pour les personnes ayant un mauvais profil de risque, puisqu'elle interdit de prendre en compte certains critères pertinents pour le calcul des cotisations à payer par l'individu. Son influence est donc celle-là : permettre d'obtenir une prestation pour un montant de cotisations moindre que celui qui aurait dû être payé en son absence compte tenu d'un profil de risque défavorable. Cependant, *elle ne rompt pas le lien de proportionnalité* entre les cotisations et les prestations ; quand bien même le coût d'une prestation est moins élevé, la hauteur des prestations continue de varier selon le montant qu'on paye pour en bénéficier. Par exemple, un assureur soins de santé peut se voir interdire de demander à ses assurés s'ils sont fumeurs pour établir le montant de leurs cotisations, ceux-ci ayant ainsi accès à une couverture assurantielle à moindre coût ; la différence entre le coût réel pour l'assureur et les cotisations versées par les assurés fumeurs est alors financée grâce aux subventions indirectes des assurés non-fumeurs, qui auraient pu, eux, obtenir une assurance pour un prix moins élevé. Mais, par ailleurs, l'assureur peut continuer d'offrir différentes couvertures, plus ou moins avantageuses, à des prix différents.

La solidarité subventionnelle ne fait donc pas obstacle à la différenciation du montant des prestations selon le montant des cotisations payées. Ainsi, elle permet de lutter contre les inégalités en termes de couverture assurantielle qui découlent de la différence de profils de risques. Mais elle ne permet par contre pas de lutter contre les inégalités d'assurance qui découlent d'une différence de fortune².

1. J.-M. BINON, « Solidarité et assurance : mariage de cœur ou de raison ? », *op. cit.*, p. 95.

2. Voy. également Y. STEVENS, G. GIESELINK et B. VAN BUGGENHOUT, « Towards a New Role for Occupational Pensions in Continental Europe », *op. cit.*, p. 41, qui prennent le même exemple d'une solidarité subventionnelle entre fumeurs et non-fumeurs.

96. La solidarité (re)distributive, quant à elle, rompt la proportionnalité entre les cotisations versées et les prestations reçues. Elle intervient non seulement dans les critères de fixation des cotisations (comme la solidarité subventionnelle), mais également dans ceux des prestations; celles-ci ne peuvent plus être déterminées en fonction seulement des cotisations versées. Par exemple, une couverture d'assurance vieillesse mettant en œuvre une solidarité (re)distributive est financée par des cotisations qui ne tiennent pas compte de l'espérance de vie de l'individu couvert, et délivre des prestations qui ne dépendent pas du montant total des cotisations versées, mais de tout autre critère qui aura été jugé pertinent (les années passées au service d'un employeur déterminé, les périodes travaillées sous le statut de travailleur salarié, la nécessité de garantir un niveau de vie décent,...). Ainsi, la solidarité (re)distributive empêche que la hauteur de la couverture assurantielle dépende de l'état de fortune de l'assuré.

97. La présentation des différentes formes de solidarité susceptibles d'être mises en œuvre dans des régimes de protection sociale étant faite, il s'agit maintenant de déterminer l'importance qu'accorde la Cour à chacune d'entre elles pour l'identification d'une activité exclusivement sociale.

Autant prévenir d'emblée le lecteur que l'exposé de la jurisprudence de la Cour pourrait lui paraître fastidieux, et peut-être même parfois inutilement détaillé. Si nous avons rendu cet exposé aussi précis, c'est toutefois pour lui permettre de vérifier par lui-même les informations sur lesquelles nous nous appuyons pour développer ensuite, dans le paragraphe suivant, notre interprétation des critères de la solidarité et du contrôle de l'État, de la logique implicite qui les justifie et des raisons pour lesquelles la Cour semble parfois si confuse dans leur utilisation.

§ 2. La construction jurisprudentielle de la frontière entre les activités économiques et les activités exclusivement sociales

98. Conformément à l'approche fonctionnelle adoptée par la Cour dans son célèbre arrêt *Höfner*¹, le champ d'application *rationae personae* du droit de la concurrence se définit par référence non pas aux caractéristiques d'une entité, mais au type d'activité qu'elle exerce. Dans une jurisprudence entamée en 1993, la Cour a progressivement dessiné une frontière entre les activités économiques, qui indiquent l'existence d'une entreprise et sont donc soumises au droit européen de la concurrence, et les activités exclusivement sociales, qui sont exclues du champ d'application de celui-ci.

1. CJUE, 23 avril 1991, *Höfner*, C-41/90. À propos de cet arrêt et des implications de l'approche fonctionnelle de l'entreprise qu'il consacre, voy. notamment J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive rights and state monopolies under EC law*, op. cit., p. 47-49 et O. ODUDU, « The Meaning of Undertaking within 81 EC », op. cit.

Selon la compréhension que nous en avons, cette jurisprudence a connu deux temps. Le premier moment s'est ouvert avec deux arrêts pionniers, les arrêts *Poucet et Pistre*¹ et *FFSA*², qui définissent les lignes qui allaient être suivies dans cinq arrêts ultérieurs³ (1). Le passage au deuxième moment s'opère avec l'arrêt *AOK Bundesverband* de 2004⁴, qui semble rompre avec la logique de la jurisprudence poursuivie jusque-là en décidant que la présence de mécanismes limités de solidarité suffit pour exclure du champ d'application du droit de la concurrence des entités se faisant pourtant partiellement concurrence. Un autre arrêt⁵, adopté quelques années plus tard, renforce l'impression que la Cour a revu son approche de la frontière entre les activités économiques et les activités exclusivement sociales (2).

Cette présentation chronologique de la jurisprudence de la Cour nous permettra de formuler l'hypothèse, développée dans le paragraphe suivant⁶, que ce repositionnement trouve son explication dans la différence d'objet entre les régimes de protection sociale en cause dans le premier et le deuxième moment. Nous serons alors en mesure d'exposer quels sont les critères décisifs pour la définition de l'articulation du droit de la concurrence avec les régimes de pension des États membres. À notre sens, la solidarité par répartition occupe une place centrale dans ces critères.

1. La jurisprudence fondatrice et ses suites

99. Les balises de la jurisprudence qui allait être adoptée pendant une dizaine d'années ont été posées par la Cour dans les arrêts *Poucet et Pistre* et *FFSA* ((1)). Les arrêts adoptés ensuite allaient confirmer l'orientation prise par la Cour. La mise en œuvre d'une solidarité par répartition et (re)distributive par des organismes liés entre eux par une solidarité financière systématique caractérise une activité exclusivement sociale. Par contre, la solidarité subventionnelle et la solidarité (re)distributive secondaire présentes dans des régimes financés par capitalisation ne sont, elles, pas suffisantes pour enlever à une activité de protection sociale son caractère économique ((2)).

1. CJUE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, C-159/91 et C-160/91.

2. Aussi appelé arrêt *Coreva*. CJUE, 16 novembre 1995, *FFSA*, C-244/94.

3. On cite parfois deux décisions supplémentaires pour donner la position de la Cour sur la qualification des dispositifs de protection sociale au regard des traités européens : l'arrêt *Garcia* (CJUE, 26 mars 1996, *Garcia e. a.*, C-238/94) et l'arrêt *Commission c. Belgique (assurance accident du travail)* (CJUE, 18 mai 2000, *Commission c. Royaume de Belgique*, C-206/98). Celles-ci portant sur le champ d'application d'une directive adoptée en matière d'assurance (dite « troisième directive 'assurance non vie' »), et pas sur celui du droit de la concurrence, nous ne les aborderons pas ici.

4. CJUE, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband*, affaires jointes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01.

5. CJUE, 3 mars 2011, AG2R, C-437/09.

6. Voy. *infra* n° 171 et s.

(1) *Les premières balises pour l'identification d'une activité exclusivement sociale*

100. Dans les deux affaires à l'origine de l'arrêt *Poucet et Pistre*¹, un litige était né à propos de l'obligation en droit français de s'affilier à des organismes de protection sociale déterminés, l'un chargé de la gestion d'un régime d'assurance maladie et maternité, l'autre de la gestion d'un régime d'assurance vieillesse. Les demandeurs ne contestaient pas l'obligation d'affiliation elle-même, mais revendiquaient le droit de s'adresser à des compagnies d'assurance privées. À l'appui de leurs prétentions, ils avançaient la non-conformité de l'obligation d'affiliation aux organismes cités au regard de l'article 102 TFUE (alors article 86 TCE) interdisant l'abus de position dominante. Se posait dès lors la question de l'applicabilité de l'article aux organismes concernés, lesquels relevaient au regard du droit français du domaine de la sécurité sociale.

101. La Cour, comme l'avocat général Tesauo dans ses conclusions, a conclu à son inapplicabilité en raison de la « fonction de caractère exclusivement social » des deux organismes. Sa solution repose sur trois éléments : l'absence de but lucratif, la mise en œuvre du principe de la « solidarité nationale », et la fixation du montant des cotisations et des prestations par la loi².

102. Les éléments de solidarité nationale relevés par la Cour correspondaient à trois des formes de solidarité décrites plus haut. Le calcul des cotisations sur la base des revenus alors que les prestations étaient identiques pour tous les assurés garantissait une solidarité (re)distributive entre les affiliés au régime d'assurance maladie et maternité, renforcée par des mécanismes de solidarité (re)distributive secondaire. Quant à lui, le régime d'assurance vieillesse mettait en œuvre une solidarité par répartition et une solidarité (re)distributive (les droits à pension octroyés étaient « non proportionnels aux cotisations versées »). Enfin, chacun des deux régimes était intégré dans un système de solidarité financière entre organismes de protection sociale³.

Prenant acte de ces éléments de solidarité, et en particulier des mécanismes à caractère (re)distributif, la Cour reconnaît, à la suite de l'avocat général⁴, la nécessité de l'affiliation obligatoire aux deux régimes⁵. C'est que la possibilité pour les bénéficiaires de verser leurs cotisations dans un autre système que ceux gérés par les organismes en cause aurait mis à mal le principe de solidarité et leur équilibre

1. Pour les premières analyses de cet arrêt, voy. notamment P. LAIGRE, « Les organismes de Sécurité sociale sont-ils des entreprises ? », *Droit social*, 1993, n° 5, p. 488-493. et P. CHENILLET, « Assurance vieillesse, Communauté européenne et libre concurrence », *Revue de droit sanitaire et social*, 1993, n° 3, p. 554-564.

2. § 18 de l'arrêt.

3. §§ 10 à 12 de l'arrêt.

4. § 12 des conclusions.

5. § 13 de l'arrêt.

financier. L'affiliation obligatoire constituait donc le corrélat technique du principe de solidarité.

103. Quant au rôle de l'État dans l'organisation des régimes en cause, la Cour relève que les organismes chargés de leur gestion ne font qu'appliquer la loi « et n'ont donc aucune possibilité d'influer sur le montant des cotisations, l'utilisation des fonds et la détermination du niveau des prestations ». Elle mentionne également que leur activité est soumise au contrôle des pouvoirs publics¹.

104. La question de la qualification, au regard du droit de la concurrence, d'un régime de protection sociale est revenue devant la Cour dès l'année 1995. Cette année-là, la Cour fut saisie à deux reprises : d'abord à propos de la compatibilité avec le droit de la concurrence du régime d'un fonds de pension néerlandais (arrêt *Van Schijndel et Van Veen*²), ensuite à propos de celle d'un régime complémentaire d'assurance vieillesse français (arrêt *FFSA*³).

105. Pour des raisons procédurales, la première affaire n'a pas été tranchée par la Cour. Il est cependant intéressant de noter que l'avocat général Jacobs avait proposé de lui donner une réponse opposée à celle que la Cour allait retenir, quelques années plus tard, dans les arrêts *Albany* et *Pavlov*, à propos de fonds de pensions pourtant similaires. Pour lui, ces fonds de pension devaient être considérés comme exerçant une activité exclusivement sociale. La Cour, elle, y verra des activités économiques, comme nous l'expliquerons plus loin⁴.

106. Le litige à l'origine de l'arrêt *FFSA*⁵ portait, lui, sur la légalité d'un décret français prévoyant la déductibilité du revenu professionnel imposable des cotisations versées à un régime complémentaire facultatif d'assurance vieillesse. Plusieurs entreprises d'assurance, dont les clients ne pouvaient bénéficier de ce traitement fiscal favorable, avaient argumenté devant le Conseil d'État de France qu'une telle disposition viole, notamment, le droit européen de la concurrence.

107. Pour répondre à la question de la soumission ou non du régime en cause au droit de la concurrence, la Cour commence par rappeler les éléments de solidarité (re)distributive, financière et par répartition relevés dans sa jurisprudence *Poucet*

1. §§ 14 et 15 de l'arrêt.

2. CJUE, 14 décembre 1995, *Van Schijndel et Van Veen*, C-430/93 et C-431/93. À propos de cet arrêt, voy. notamment P. MAVRIDIS, « Régimes complémentaires : droit de la concurrence ou droit social communautaire », *Droit social*, 1998, p. 239 et s.

3. CJUE, 16 novembre 1995, *FFSA*, C-244/94.

4. Voy. *infra* n° 111 et s.

5. Pour les premiers commentaires de cet arrêt, voy. notamment P. LAIGRE, « L'intrusion du droit communautaire de la concurrence dans le champ de la protection sociale. À propos de l'arrêt *Coreva* », *Droit social*, 1996, n° 1, p. 82-90. ; M.-C. BERGERÈS, « Les organismes chargés de la gestion des régimes sociaux échappent-ils aux règles communautaires de la concurrence ? », *Répertoire Dalloz*, 1996, n° 23, p. 317-319.

et Pistre. Elle pointe ensuite trois caractéristiques du régime en question dont elle déduit, par contraste avec le régime de l'arrêt *Poucet et Pistre*, son caractère économique. Elle relève en effet qu'il ne comporte pas les éléments de solidarité rappelés : « Il importe (...) de relever que l'affiliation au régime est facultative, que ce régime fonctionne selon le principe de la capitalisation et que les prestations auxquelles il donne droit dépendent uniquement du montant des cotisations versées par les bénéficiaires ainsi que des résultats financiers des investissements effectués par l'organisme gestionnaire. [L'organisme en question] exerce donc une activité économique en concurrence avec les compagnies d'assurance vie¹. »

Comme nous le verrons plus loin², le caractère facultatif du régime se révélera, dans la jurisprudence postérieure, moins déterminant que ce que ce passage laisse entendre. Apparaissent donc décisifs, dans le raisonnement de la Cour, le financement par capitalisation et le lien au niveau individuel entre, d'une part, le montant des cotisations préalablement versées et le résultat des investissements réalisés et, d'autre part, le montant des prestations attribuées, c'est-à-dire l'absence de solidarité (re)distributive. Le raisonnement de la Cour nous semble donc parfaitement aligné sur la jurisprudence *Poucet et Pistre* pour ce qui regarde le principe de solidarité : la solidarité par répartition, la solidarité financière et la solidarité (re)distributive étant absentes, rien n'empêche la reconnaissance d'une activité économique.

108. Quant à l'absence de but lucratif, sur laquelle la Cour fondait également sa décision dans son arrêt de 1993, elle est, en l'espèce, considérée comme non pertinente. La Cour estime en effet que l'activité considérée « peut donner lieu à des comportements que les règles de concurrence visent à réprimer³ », que l'entité qui l'exerce ait un but lucratif ou non. Cette solution est conforme à l'approche fonctionnelle adoptée dans l'arrêt *Höfner*⁴ : c'est la nature de l'activité et non le cadre légal applicable à l'entité qui l'exerce qui décide de la soumission ou non de cette dernière au droit de la concurrence.

109. Enfin, le dernier élément mis en avant dans l'arrêt *Poucet* — le contrôle de l'État — est repris par la Cour, mais il est jugé non décisif en l'espèce. La Cour est concise sur ce point, mais on comprend de l'économie de l'arrêt et de la lecture des conclusions de l'avocat général que les contraintes imposées à l'organisme en

1. § 17 de l'arrêt.

2. Voy. *infra* le commentaire des arrêts *Albany* et *Pavlov*, n° 114.

3. § 21 de l'arrêt.

4. CJUE, 23 avril 1991, *Höfner*, C-41/90, précité. Pour des références à des travaux portant sur cette approche fonctionnelle, voy. *Supra* p. 75, note 1.

question par l'État sont insuffisantes pour considérer qu'elles excluent le caractère économique de l'activité¹.

110. Une combinaison d'arguments se dégage donc de ces deux premiers arrêts. Premièrement, la mise en œuvre d'une solidarité par répartition, financière et (re)distributive semble décisive pour exclure le caractère économique d'une activité. Deuxièmement, le contrôle de l'État doit être suffisamment serré pour qu'une activité puisse être qualifiée d'exclusivement sociale. La Cour semble cependant accorder un poids plus important au premier de ces deux arguments². Cinq arrêts postérieurs, dont trois ont été adoptés le même jour et seront présentés comme un seul, s'inscrivent dans la même ligne argumentative.

(2) Continuité et précision de la jurisprudence antérieure

111. Dans les arrêts *Albany*³ et *Pavlov*⁴, rendus respectivement en 1999 et en 2000, la Cour s'est prononcée sur la nature de l'activité de fonds de pension néerlandais octroyant une pension complémentaire sur la base d'une activité professionnelle salariée ou indépendante. Pour ce qui concerne notre question, les deux fonds en cause présentaient plusieurs caractéristiques similaires : financement par capitalisation ; autonomie dans la détermination du montant des cotisations et des prestations ; absence de solidarité financière ; affiliation obligatoire en vertu d'un accord collectif. Ils se distinguaient toutefois en ceci que le fonds en cause dans l'arrêt *Albany* mettait en œuvre une solidarité (re)distributive renforcée par une solidarité (re)distributive secondaire tandis que le fonds en cause dans l'arrêt *Pavlov* instaurait une solidarité subventionnelle accompagnée d'éléments de solidarité (re)distributive secondaire⁵.

1. § 20 de l'arrêt ; § 21 des conclusions.

2. Dans le même sens, voy. notamment S. VAN RAEPENBUSCH, « Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économique et le social », in J.-V. LOUIS et S. RODRIGUES (éds.), *Les Services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 118.

3. CJUE, 21 septembre 1999, *Albany International*, C-67/96. La Cour a adopté le même jour deux autres arrêts dans des affaires similaires : il s'agit des arrêts *Brentjens*, C-115/97 et *Drijvende Bokken*, C-219/97. Son raisonnement est identique dans les trois cas. Parmi les nombreux commentaires de ces arrêts, voy. notamment X. PRÉTOT, « La Cour de justice des Communautés européennes et les fonds de pension néerlandais. Ad augusta per angusta », *Droit social*, 2000, n° 1, p. 106-111. et A. NIJENHUIS, « The Application of EC Competition Law to Supplementary Pension Funds », *op. cit.*

4. CJUE, 12 septembre 2000, *Pavel Pavlov*, C-180/98 à C-184/98.

5. Pour un exposé des éléments de solidarité mis en œuvre par les fonds en cause dans les arrêts *Albany*, *Brentjens* et *Drijvende Bokken*, voy. le § 75 de l'arrêt *Albany*, qui énonce les éléments pointés par le gouvernement néerlandais et le fonds de pension en cause : « obligation d'accepter tous les travailleurs sans examen médical préalable, [...] continuation de la constitution de la pension en dispense de versement des cotisations en cas d'incapacité de travail, [...] prise en charge par le fonds de l'arriéré de cotisations dû par l'employeur en cas de faillite de ce dernier

112. Dans les deux arrêts, la Cour conclut au caractère économique de l'activité des fonds. Elle justifie sa conclusion par les mêmes termes : « (...) le Fonds détermine lui-même le montant des cotisations et des prestations et fonctionne selon le principe de la capitalisation. Dès lors, le montant des prestations fournies par le Fonds dépend des résultats financiers des placements qu'il effectue et pour lesquels il est soumis, à l'instar d'une compagnie d'assurances, au contrôle de la chambre des assurances¹ ».

L'argument paraît identique à celui avancé dans l'arrêt *FFSA*, qui mettait en avant le lien direct entre le montant des cotisations versées par les bénéficiaires ainsi que les résultats financiers des investissements effectués par l'organisme gestionnaire et les prestations reçues par le bénéficiaire pour démontrer l'absence d'une solidarité forte dans le régime. Pourtant, une discrète variante de formulation indique, nous semble-t-il, que la Cour se place ici à un autre niveau d'analyse. En établissant un lien de conséquence (« Dès lors... ») entre l'autonomie du fonds pour fixer le montant des cotisations et des prestations et la capitalisation, d'une part, et la dépendance du montant des prestations vis-à-vis des résultats financiers, d'autre part, la Cour paraît situer son argumentation sur le plan du financement du régime et non, comme c'était le cas dans l'arrêt *FFSA*, sur le plan du mode de calcul des prestations.

En effet, le mode de calcul des prestations délivrées par un système est, dans une large mesure, indépendant de son mode de financement². L'Italie et la Suède,

ainsi que par l'indexation du montant des pensions afin de maintenir leur valeur [,] *absence d'équivalence à titre individuel entre la cotisation versée, qui [est] une cotisation moyenne et indépendante des risques, et les droits à pension, pour la détermination desquels un salaire moyen [est] pris en compte* » (nous soulignons). Pour un exposé des caractéristiques du fonds en cause dans l'arrêt *Pavlov*, voy. le § 80 de l'arrêt : les éléments de solidarité consistent en l'espèce en « *l'indépendance des cotisations par rapport au risque, l'obligation d'accepter tous les membres de la profession sans examen médical préalable, la prise en charge du versement des cotisations en vue de poursuivre la constitution de la pension en cas d'invalidité, l'octroi de droits à pension rétroactifs aux affiliés qui exerçaient déjà la profession à la date de l'entrée en vigueur du régime ainsi que par l'indexation du montant des pensions afin de maintenir leur valeur* ». Le régime de pension était composé de deux volets. Le second comprenait les éléments de solidarité (re)distributive secondaire (prise en charge du versement des cotisations, octroi de droits rétroactifs, etc.). Le premier consistait lui en une « *pension de référence* » dont les primes étaient calculées de manière individuelle, « *selon l'âge, le sexe et les revenus de l'affilié, les frais administratifs du Fonds ou de l'assureur, ainsi que le rendement des placements [...]* » (§ 36), mais sans tenir compte toutefois, comme cela apparaît dans la citation plus haut ainsi qu'au § 39 de l'arrêt, de l'état de santé du bénéficiaire ; autrement dit, en mettant en œuvre une solidarité subventionnelle, consistant en l'espèce à ne pas tenir compte des critères médicaux pour la détermination du profil de risque.

1. § 114 de l'arrêt *Pavlov*, qui reprend les §§ 81 et 82 de l'arrêt *Albany*.
2. Voy. Y. STEVENS, *Gelijkheid en solidariteit in aanvullende werknemerspensioenen*, Katholieke Universiteit te Leuven, 2002, p.105-106, n° 170, disponible sur <https://liris.as.kuleuven.be/handle/123456789/159755>. Voy. aussi *supra* la partie liminaire.

par exemple, connaissent en matière de pension des régimes financés par répartition dont le mode de calcul des prestations, qui s'inspire d'un modèle de comptes individuels, établit un lien entre le montant des contributions et celui des prestations de pension¹. C'est la technique dite des « comptes notionnels² ». À l'inverse, des régimes par capitalisation délivrent des prestations dont le montant n'est pas en lien direct avec le montant des cotisations versées par ou au nom de leur bénéficiaire. Selon le gouvernement néerlandais et le fonds lui-même, le régime en cause dans l'arrêt *Albany* relevait précisément de ce dernier cas de figure : mettant en œuvre une solidarité (re)distributive, il se caractérisait par « l'absence d'équivalence à titre individuel entre la cotisation versée (...) et les droits à pension (...)»³.

L'équivalence relevée par la Cour entre le montant des cotisations et des résultats financiers et celui des prestations semble donc devoir s'entendre, dans ces deux arrêts, comme la marque d'un régime financé par capitalisation : le montant global des prestations qu'il est en mesure de délivrer est déterminé par le montant global des cotisations reçues et des résultats des investissements, dont il assure lui-même la gestion. Cette équivalence ne semble donc pas être mise en avant par la Cour pour démontrer l'absence de solidarité portant, au niveau individuel, sur le lien entre les cotisations versées par ou pour un bénéficiaire et les prestations qu'il reçoit, comme c'était le cas dans l'arrêt *FFSA*. La précision nous paraît d'importance. Elle conduit à se demander à quelles formes de solidarité la Cour accorde le plus d'attention : est-ce aux solidarités liées au mode de financement des régimes de protection sociale ou à celles qui s'expriment dans la manière dont le lien est établi entre les cotisations et les prestations délivrées par ces régimes⁴? Nous reviendrons plus loin sur cette question, après avoir exposé l'ensemble de la jurisprudence de la Cour⁵. Disons déjà qu'à notre sens, les solidarités liées au mode de financement, et particulièrement la solidarité par répartition, sont plus décisives pour qualifier une activité d'exclusivement sociale.

-
1. À propos de ces modèles, voy. la présentation qui en est faite dans le *Pension Adequacy Report 2018: Current and Future Income Adequacy in Old Age in the EU. Volume 2 – Country Profiles*, European Commission, DG for Employment, Social Affairs and Inclusion, 2018, disponible sur <https://ec.europa.eu/social/>.
 2. On présentera plus en détails cette technique plus loin, lors de la discussion de l'applicabilité de la libre prestation des services aux pensions légales. Voy. *infra* n° 405 et s.
 3. § 75 de l'arrêt. Comme l'avocat général dans ses conclusions (voy. p. 80, note 5), le gouvernement soulignait que les cotisations, consistant en une « moyenne », étaient indépendantes du profil de risque et que le montant des prestations était calculé par référence à un salaire moyen. Il en tirait cependant la conclusion contraire à celle défendue par lui.
 4. L'explication de ces deux catégories de solidarité et des mécanismes qu'elles recouvrent est donnée *supra*, aux n° 76 et s.
 5. Voy. *infra* le n° 159.

113. Quant à l'autre élément de notre combinaison d'arguments, le contrôle de l'État, la Cour se contente de relever que les fonds concernés déterminent eux-mêmes le montant des cotisations et des prestations, et que leurs investissements sont soumis au même contrôle que ceux des compagnies d'assurance. Comme dans les arrêts précédents, le critère du contrôle de l'État ne semble invoqué qu'à l'appui de l'argumentation principale portant sur le principe de solidarité. En l'espèce, il est l'indice venant confirmer que la solidarité mise en œuvre dans l'activité de protection sociale en question n'empêche pas qu'elle soit qualifiée d'activité économique.

114. Un dernier enseignement relatif à la question qui nous intéresse se dégage des deux arrêts. Le caractère obligatoire de l'affiliation à un régime de protection sociale ne suffit pas pour exclure le caractère économique de l'activité. Comme l'a remarqué un auteur¹, le contraire aurait d'ailleurs été étonnant. En effet, il aurait alors suffi aux États membres de rendre un mécanisme obligatoire pour le soustraire à la concurrence. En outre, l'article 106, § 2 TFUE relatif aux entreprises bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs en raison de l'exercice d'un service d'intérêt économique général aurait perdu une bonne part de son utilité dans le domaine de la protection sociale. En effet, l'octroi d'un droit spécial ou exclusif à une entité active dans ce domaine s'accompagne très souvent d'une obligation, pour les individus concernés, de s'affilier au régime qu'elle gère. Si le caractère obligatoire d'un régime avait suffi pour l'exclure du champ d'application du droit de la concurrence, les entités en charge d'un régime de protection sociale se seraient alors partagées entre des entités exerçant une activité exclusivement sociale et des entreprises pleinement soumises au droit de la concurrence; il n'aurait pu subsister de zone grise où évoluent les entreprises dotées de droits exclusifs en principe contraires aux interdictions édictées par le droit de la concurrence, mais bénéficiant de dérogations autorisées par l'article 106, § 2, en raison de l'exercice d'une activité de protection sociale pouvant être qualifiée de service d'intérêt économique général.

115. L'arrêt *Cisal*², adopté en 2002, présente la particularité de porter sur un régime d'assurance obligatoire contre les accidents du travail et les maladies professionnelles italien dont une branche — celle du secteur agricole — était financée par répartition tandis que l'autre — celle du secteur industriel — l'était par une technique partageant plusieurs traits avec celle de la capitalisation³.

116. L'avocat général Jacobs, dans ses conclusions précédant l'arrêt, organise son argumentation en tenant compte de cette différence. Pour la première branche, le seul

1. L. DRIGUEZ, *Droit social et droit de la concurrence*, Bruxelles-Paris, Bruylant-FEC, 2006, p. 266.

2. CJUE, 22 janvier 2002, *Cisal*, C-218/00.

3. La technique de financement employée était le système de répartition des capitaux de couverture. Pour une explication de son fonctionnement, voy. P. DEVOLDER et J. BOULET, *Défis et perspectives des régimes belges de pension*, op. cit., p. 21.

fait de la répartition suffit pour conclure que l'activité d'assurance en cause n'est pas de nature économique. C'est que, argumente-t-il, personne ne serait prêt à payer aujourd'hui sans garantie que d'autres payeront encore demain. Or, une entreprise privée ne peut apporter cette garantie. Le contrôle exercé par l'État sur l'activité de l'organisme et la garantie financière qu'il apporte à son financement confortent selon lui cette analyse¹.

L'argumentation de l'avocat général en faveur de la reconnaissance du caractère exclusivement social de la seconde branche est plus complexe. La politique de financement à l'œuvre, estime-t-il, n'est pas fondamentalement différente de celle qu'adopterait ou pourrait adopter une entreprise privée. Cependant, « une des caractéristiques essentielles de l'assurance privée réside (...) dans le lien qui existe entre les cotisations et les prestations non seulement au niveau global (l'ensemble des prestations doit être financé par l'ensemble des cotisations) mais également au niveau individuel. L'assuré (ou un tiers qui cotise pour lui) ne sera disposé à payer des cotisations que s'il peut attendre en contrepartie des prestations qui sont fonction du montant des cotisations² ». Or, contrairement à ce que soutenait le demandeur, ce lien n'existe pas en l'espèce. Certes, cotisations et prestations sont calculées sur une base commune, la rémunération des travailleurs. Mais alors que le montant de la rémunération est plafonné pour le calcul des prestations, il ne l'est pas pour le calcul des cotisations. En outre, une prestation minimum est prévue, qui est donc octroyée quel que soit le montant des cotisations payées.

En raison de ces caractéristiques, dont on a vu plus haut qu'elles appartiennent au mécanisme de la solidarité (re)distributive³, l'avocat général estime que le lien entre cotisations et prestations est « trop indirect pour être comparable à celui qui caractérise une assurance privée⁴ ». Cet élément, combiné au contrôle effectif de l'État sur le montant des cotisations et des prestations, le conduit à conclure au caractère non économique de l'activité en cause, et ceci bien qu'elle soit financée par une technique proche de la capitalisation.

117. Ces deux éléments — l'absence de lien direct entre les cotisations et les prestations et le contrôle de l'État sur le montant de celles-ci — ont été repris par la Cour pour justifier sa décision, conforme à celle de l'avocat général. À la différence des arrêts *Albany* et *Pavlov*, où la Cour semblait se concentrer sur les formes de solidarité relatives au mode de financement des régimes⁵, c'est donc ici la présence d'une solidarité portant sur le lien entre les cotisations et les prestations, et en particulier celle d'une solidarité (re)distributive, qui occupe une place centrale dans

1. §§ 56 et 57 des conclusions.

2. § 62 des conclusions (les parenthèses sont dans le texte).

3. Voy. *supra* n° 91.

4. § 80 des conclusions.

5. Voy. *supra* n° 112.

l'argumentation de la Cour. Et ceci est d'autant plus remarquable que la question du mode de financement du régime est, elle, tout simplement ignorée.

118. Peu de temps après l'arrêt *Cisal*, la Cour était à nouveau appelée à se prononcer sur la qualification à donner à un régime de sécurité sociale au regard du droit de la concurrence. L'arrêt *Freskot*¹ concerne une assurance agricole faisant historiquement partie du régime de sécurité sociale des agriculteurs grecs. Elle couvre notamment les dommages causés à la production des cultures et au capital végétal, animal et foncier des agriculteurs, ainsi qu'aux installations et aux bâtiments de leurs exploitations agricoles. Les cotisations dont doivent s'acquitter les agriculteurs sont fixées par application d'un taux unique à la valeur de leurs produits, tandis que le montant des prestations ne dépend pas du montant des cotisations versées. Le régime met donc en œuvre une solidarité (re)distributive. Son mode de financement présente des traits particuliers. Les cotisations à charge des agriculteurs sont perçues par l'administration fiscale et inscrites dans les recettes de l'État sous une rubrique spécifique, lequel verse chaque année à l'organisme chargé de la gestion du régime un montant fixé en concertation avec le ministère de l'agriculture.

119. La Cour a exclu la qualification d'activité économique en l'espèce. Pour motiver sa décision, la Cour s'appuie principalement sur l'emprise de l'État sur les modalités de financement du régime. Elle pointe notamment le fait que les cotisations versées « revête[nt] essentiellement la nature d'une charge imposée par l'État² », et que c'est l'État également qui fixe le montant alloué à l'organisme pour financer les prestations offertes par le régime. Ici, le critère du contrôle de l'État se confond en quelque sorte avec le critère de la solidarité financière. L'activité n'est pas seulement encadrée par l'État, elle est tout entière intégrée, pour ce qui regarde son financement, dans l'administration étatique. Cette particularité ne permet guère aisément de distinguer ce qui, entre le critère de la solidarité et celui du contrôle de l'État, a emporté la conviction de la Cour.

Conclusions intermédiaires relatives au premier moment de la jurisprudence

120. Avec l'arrêt *Freskot*, dont les particularités permettent difficilement de tirer des enseignements généraux, se clôt ce que nous considérons être le premier moment de la jurisprudence de la Cour. L'analyse que nous venons de mener permet d'en dégager plusieurs enseignements.

1. CJUE, 22 mai 2003, *Freskot*, C-355/00.

2. § 78 de l'arrêt.

Les arrêts *FFSA*, *Albany* et *Pavlov* nous apprennent tout d'abord que ni l'interdiction pour l'entité exerçant une activité de protection sociale d'agir dans un but lucratif, ni le caractère facultatif ou obligatoire du régime de protection sociale ne sont des critères pertinents pour établir la distinction entre les activités économiques et les activités exclusivement sociales. L'arrêt *Poucet et Pistre* permet quant à lui d'affirmer que les régimes financés par répartition et organisant une solidarité financière et (re)distributive sont de nature exclusivement sociale.

Notre analyse met aussi en lumière quelques incohérences. Dans l'arrêt *Albany*, la mise en œuvre d'une solidarité (re)distributive secondaire n'a pas suffi pour altérer la nature économique des régimes financés par capitalisation, la Cour semblant ainsi accorder un poids décisif au mode de financement des régimes pour qualifier ceux-ci. À l'inverse, l'arrêt *Cisal* permettrait de soutenir que la présence d'une solidarité (re)distributive suffit à elle seule pour qualifier une activité d'exclusivement sociale. Le fait cependant que le régime en cause dans cet arrêt repose sur un système de financement plus complexe que dans les arrêts précédents — l'une de ses branches est financée par répartition tandis que l'autre repose sur un type de financement par capitalisation particulier — doit selon nous amener à la prudence : la Cour aurait-elle pris la même décision si le régime était entièrement financé par capitalisation ?

121. Par ailleurs, il se dégage de l'ensemble de ces arrêts l'impression que le critère du contrôle de l'État est de seconde importance par rapport à celui de la solidarité¹. Plutôt qu'un critère autonome, il semble être invoqué par la Cour à l'appui des conclusions que son analyse du critère de la solidarité a déjà permis de dégager, à savoir que les caractéristiques de l'activité de protection sociale en cause excluent ou n'excluent pas qu'elle puisse être qualifiée d'activité économique. C'est précisément à propos de l'articulation entre les critères du contrôle de l'État et de la solidarité que la jurisprudence de la Cour nous semble s'être modifiée dans ce que nous avons désigné comme son deuxième moment.

2. En rupture avec la jurisprudence antérieure ?

122. L'arrêt *AOK Bundesverband* de 2004² est le premier, parmi ceux analysés jusqu'ici, dans lequel la Cour n'a pas suivi l'avis de l'avocat général sur la nature de l'activité en cause. Le régime de protection sociale concerné est le système

-
1. Dans le même sens, voy. notamment J. FAULL et ANIKPAY (éds.), *Faull & Nikpay: the EC law of competition*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 599, n° 6.21 ; S. HENNION-MOREAU, « La notion d'entreprise en droit social communautaire », *Droit social*, 2001, n° 11, p. 957-966 ; R. KOVAR, « Droit communautaire et service public. Esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée ? », *op. cit.*, qui ne se prononce évidemment qu'à propos des arrêts prononcés à l'époque de la rédaction de l'article (1996), à savoir les arrêts *Poucet et Pistre* et *FFSA*.
 2. CJUE, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband*, affaires jointes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, précité.

d'assurance maladie allemand. Il est administré par plusieurs caisses de maladie indépendantes entre lesquelles existe cependant un mécanisme de solidarité financière. Les prestations de base qu'elles octroient sont fixées par la loi. Elles disposent par contre d'une certaine marge de manœuvre dans la fixation des cotisations. Elles sont également autorisées à délivrer certaines prestations accessoires aux prestations de base. Sur ces deux points, elles peuvent donc entrer en concurrence. Par ailleurs, certains travailleurs sont dispensés de l'obligation d'affiliation à l'assurance maladie légale et ont le choix entre s'affilier à une caisse de maladie ou s'assurer auprès d'une compagnie d'assurance.

123. Ces éléments de concurrence entre caisses de maladie et entre caisses de maladie et compagnies d'assurance ont amené l'avocat général Jacobs à conclure à l'applicabilité des règles de concurrence. Le raisonnement est cohérent : qui dit concurrence, fût-elle encadrée, dit existence d'entités exerçant une activité potentiellement lucrative, et donc application des règles visant précisément à encadrer le comportement de ces entités sur le marché¹. En conformité avec l'approche fonctionnelle adoptée dans l'arrêt *Höfner*, c'est la nature de l'activité qui décide de l'application ou non du droit de la concurrence.

124. La Cour, on l'a dit, a choisi une autre solution. La fixation des prestations « pour l'essentiel identiques » par la loi et la solidarité financière entre les caisses de maladie a emporté sa conviction que l'activité en cause ne devait pas être qualifiée d'économique². Certes, « un élément de concurrence » existe en matière de cotisations, mais celui-ci, relève la Cour, a été introduit par le législateur « afin d'inciter les caisses de maladie à exercer leur activité (...) de la manière la plus efficace et la moins coûteuse possible, dans l'intérêt du bon fonctionnement du système de sécurité sociale allemand ». La poursuite d'un tel objectif ne remet donc pas en cause, estime la Cour, la nature exclusivement sociale de l'activité de ces caisses³.

125. La divergence entre la solution adoptée par la Cour et sa jurisprudence antérieure n'a pas manqué d'être relevée⁴. Certains y ont vu une atténuation du principe, proclamé notamment dans la jurisprudence *Höfner*, selon lequel une concurrence antérieure, existante ou potentielle dans un domaine d'activité révèle son caractère économique. N'empporterait pas la qualification d'activité économique la concurrence qui satisfait à un critère quantitatif — être limitée à « un

1. §§ 40 à 42 des conclusions.

2. §§ 52 et 53 de l'arrêt.

3. § 56 de l'arrêt.

4. S. BELHAJ et J.W. VAN DE GRONDEN, « Some room for competition does not make a sickness fund an undertaking. Is EC competition law applicable to the health care sector? », *European Competition Law Review*, 2004, vol. 25, n° 11, p. 682-687. Pour un avis sur l'affaire *AOK Bundesverband*, exprimé avant la décision de la Cour, qui concluait à la soumission du régime allemand au droit européen de la concurrence, voy. P.J. SLOT, « Applying the competition rules in the healthcare sector », *European Competition Law Review*, 2003, vol. 24, n° 11, p. 580-593.

élément de concurrence » — et à un critère qualitatif — être intentionnellement introduite au service de la pérennité du système au sein duquel elle est organisée¹.

Une autre particularité de l'arrêt réside à nos yeux dans les arguments mis en avant par la Cour pour justifier sa décision. D'une part, elle insiste sur l'encadrement par l'État des régimes en cause, semblant faire du contrôle de l'État le critère principal pour l'identification d'une activité exclusivement sociale. Le résumé de la jurisprudence antérieure qu'elle propose à l'appui de son argumentation va nettement dans ce sens². D'autre part, elle accorde une importance toute particulière à la solidarité financière à l'œuvre entre les organismes en cause³. Or, les régimes mettaient également en œuvre une solidarité (re)distributive : les prestations obligatoirement comprises dans la couverture assurantielle étaient « pour l'essentiel identiques⁴ » tandis que les cotisations étaient proportionnelles à la rémunération, seuls leurs taux pouvant varier d'un organisme à l'autre. À la différence de l'arrêt *Cisal*, où la solidarité (re)distributive avait semblé jouer un rôle important, voire décisif, la Cour semble donc ici lui préférer la solidarité financière comme critère d'identification d'une activité exclusivement sociale⁵.

126. Il nous paraît qu'une explication de cette particularité de l'argumentation de la Cour peut se trouver dans l'objet du système de protection sociale concerné. L'arrêt *AOK Bundesverband* est le premier à se prononcer sur la nature d'un dispositif uniquement consacré à la couverture de frais — en l'occurrence, des dépenses médicales⁶. Dans tous les autres régimes soumis jusque-là à l'analyse de la Cour, les prestations consistaient, pour l'essentiel⁷, en l'octroi d'un revenu de

-
1. M. KRAJEWSKI et M. FARLEY, « Limited competition in national health systems and the application of competition law: the AOK Bundesverband case », *European Law Review*, 2004, vol. 29, n° 6, p. 842-851., spéc. p. 848.
 2. Voy. les §§ 45 à 50 de l'arrêt.
 3. § 53 de l'arrêt.
 4. § 9 de l'arrêt.
 5. Cette différence dans le raisonnement de la Cour apparaît d'autant mieux que la mise en œuvre d'une solidarité (re)distributive n'est pas mentionnée dans le résumé de l'arrêt *Cisal* proposé par la Cour au § 48 de l'arrêt *AOK Bundesverband*.
 6. Il est vrai qu'un régime national de couverture des soins de santé (en l'occurrence le système national de santé espagnol) avait déjà été concerné par une affaire de droit de la concurrence, jugée par le Tribunal de première instance (TPIUE, 4 mars 2003, *FENIN/Commission*, T-319/99) dont la décision a été confirmée en appel par la Cour (CJUE, 11 juillet 2006, *FENIN/Commission*, C-205/03 P). La nature de l'activité du régime en question n'y a cependant pas été discutée, les plaignants soutenant seulement que l'exclusion du champ d'application du droit de la concurrence reconnue aux entités exerçant une activité exclusivement sociale ne portait pas sur les relations entre celles-ci et leurs fournisseurs. Le Tribunal, suivi par la Cour, leur a donné tort.
 7. Le régime d'assurance maladie et maternité notamment en cause dans l'arrêt *Poucet et Pistre* assurait certainement aussi la couverture de certains soins.

remplacement. Or, pour des raisons que nous exposerons plus bas¹, il nous semble que le critère de la solidarité développé par la Cour ne permet pas toujours de départager les dispositifs de couverture de soins de santé entre activités exclusivement sociales et activités économiques de manière aussi nette qu'il ne le fait pour les dispositifs d'octroi d'un revenu de remplacement, typiquement les régimes de pension. De ce fait, la décision de la Cour ne peut éviter de donner le sentiment qu'elle repose *in fine* sur le choix de placer le curseur à tel endroit plutôt qu'à tel autre entre ces deux pôles : d'une part, la volonté de l'État membre d'organiser souverainement son régime de protection sociale et, de l'autre, les exigences du droit européen de la concurrence².

127. Peut-être est-ce en raison des difficultés d'argumentation rencontrées par la Cour dans l'arrêt *AOK Bundesverband* que celle-ci a décidé de donner une présentation plus systématique, dans l'arrêt *Kattner*³, des critères permettant l'identification d'une activité exclusivement sociale. L'arrêt porte sur le système allemand d'assurance contre les accidents du travail. À la différence du dispositif italien en cause dans l'arrêt *Cisal*, il est administré par plusieurs caisses d'assurance.

128. L'avocat général Mazak, dans ses conclusions précédant l'arrêt, pointe des éléments appartenant à trois des formes de solidarité identifiées plus haut. Il s'agit en l'occurrence d'une solidarité (re)distributive consistant en l'absence de lien direct sur le plan individuel entre les cotisations versées et les prestations reçues ; de la solidarité découlant du financement en répartition, le coût total des prestations supportées par une caisse sur une année étant financées par les cotisations versées à cette caisse sur une année ; et de la solidarité financière qui assure une certaine péréquation des coûts entre les caisses. Considérant par ailleurs que les éléments essentiels du régime — les cotisations et les prestations — sont vraisemblablement soumis à un contrôle effectif et important de l'État, il conclut à la nature non économique de l'activité en cause.

129. La Cour reprend ces éléments habituels dans son argumentation. Mais, pour la première fois, elle exprime explicitement le caractère cumulatif des deux critères d'une activité exclusivement sociale, « la mise en œuvre du principe de

1. Voy. *infra* n° 171 et s.

2. Dans le même sens, voy. J. FAULL et A. NIKPAY (éds.), *Faull & Nikpay*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 1355-1356, n° 11.146.

3. CJUE, 5 mars 2009, *Kattner Stahlbau*, C-350/07. Sur cet arrêt, voy. notamment J.-P. LHERNOULD, « Le monopole des régimes de protection sociale à l'épreuve de la jurisprudence récente de la CJUE », *Droit social*, 2011, n° 12, p. 1265-1268 ; L. DRIGUEZ, « Les institutions de protection sociale face au droit de la concurrence : confirmations ou inflexions ? », *Revue de droit sanitaire et social*, 2010, n° 6, p. 1048-1061 ; M. ORZAN, « The concept of economic activity in the Kattner case: between the free movement rules and competition law », *European Law Reporter*, 2009, n° 12, p. 416-421.

solidarité » et « le contrôle exercé par l'État¹ ». Cette innovation n'a pas d'effet autre que stylistique dans le cas d'espèce. Le régime allemand partageant plusieurs traits communs avec celui en cause dans l'arrêt *Cisal*, la Cour conclut sans surprise à son caractère exclusivement social.

130. L'arrêt *AG2R*², rendu deux ans plus tard, en révèle cependant les potentialités. La question posée à la Cour est celle de la qualification à donner, au regard du droit de la concurrence, à un organisme français chargé par les partenaires sociaux d'exécuter le dispositif complémentaire dont ils ont fixé les paramètres.

131. Comme dans l'arrêt *AOK Bundesverband*, le dispositif en cause a pour objet la couverture des frais de soins de santé. Mais à la différence de celui-là, le dispositif concerné est issu d'un accord conclu entre partenaires sociaux, il met en œuvre une assurance complémentaire à l'assurance légale et aucune solidarité financière n'est prévue.

132. La Cour commence par relever les éléments de solidarité (re)distributive principale et de solidarité (re)distributive secondaire présents dans le dispositif, dont elle conclut qu'il est « caractérisé par un degré élevé de solidarité³ ». Elle se penche ensuite sur les liens entre les partenaires sociaux et l'organisme qu'ils ont choisi pour organiser le dispositif afin de déterminer si le critère du contrôle de l'État est rencontré. Constatant que l'encadrement légal de ce type d'arrangement laisse une place pour la négociation entre les premiers et le second sur les modalités de leur collaboration, elle estime qu'« il pourrait être conclu » que l'organisme en cause est une entreprise exerçant une activité économique en concurrence avec d'autres entreprises sur le marché de la prévoyance⁴.

La Cour semble donc douter de ce que le contrôle de l'État soit suffisamment étroit pour conclure au caractère exclusivement social de l'activité⁵. Elle s'intéresse

1. §§ 44 et 60 de l'arrêt.

2. CJUE, 3 mars 2011, *AG2R*, C-437/09.

3. § 52 de l'arrêt. En l'occurrence, la solidarité (re)distributive consiste en ceci que les cotisations consistent en un montant uniforme pour tous (40 euros supportés pour partie par l'employeur et pour partie par le salarié), indépendamment des profils de risque individuels, tandis que les prestations garanties sont les mêmes pour tous également ; il n'y a donc pas de lien au niveau individuel entre les cotisations et les prestations. La solidarité (re)distributive secondaire s'exprime, elle, dans le fait que « les prestations sont, dans certains cas, servies indépendamment du paiement des cotisations dues » : par exemple, « le bénéfice du régime est reconnu rétroactivement lorsque le salarié a atteint l'ancienneté minimale d'un mois requise pour adhérer audit régime » (§ 51 de l'arrêt).

4. § 65 de l'arrêt. Nous verrons plus loin que le mode de sélection de l'organisme gestionnaire du régime a été au centre d'un autre arrêt de la Cour. Voy. *infra* n° 478 et s.

5. Dans le même sens, voy. le commentaire de l'arrêt par J.-P. KOVAR, « La CJUE considère que la gestion d'un régime complémentaire de santé obligatoire par un organisme à but non lucratif constitue un service d'intérêt économique général justifiant l'octroi de droits exclusifs », *Concurrences*, 2011, n° 2, p. 209-210. U. NEERGAARD, « The Concept of SSGI and the Asymme-

ensuite en détail à la réponse qu'il conviendrait de donner à l'étape suivante du raisonnement s'il était décidé que l'activité est de nature économique : le dispositif pourrait-il être justifié sur la base de l'article 106, § 2 TFUE, qui permet de déroger au droit de la concurrence dans la mesure nécessaire pour permettre l'exercice, par une entreprise, d'une mission d'intérêt économique général ? En l'espèce, elle considère que c'est le cas¹.

133. Cet arrêt étonne à deux titres. D'abord, parce qu'il conclut à la rencontre du critère de solidarité dans un dispositif dont on peine à voir ce qui le rend plus solidaire que les fonds de pension néerlandais des arrêts *Albany*. L'organisme AG2R est une « institution de prévoyance », un type d'organisation encadré par le Code de la sécurité sociale français dont le régime financier est soumis aux dispositions du Code ayant transposé les directives européennes successives en matière d'assurance². Son mode de financement ne diffère donc pas dans son principe de celui d'une entreprise d'assurance privée³. Quant aux mécanismes de solidarité opérant sur le lien entre les cotisations et les prestations, ils consistent en une solidarité (re)distributive principale et une solidarité (re)distributive secondaire, soit les deux formes de solidarité également présentes dans les régimes de pension complémentaires néerlandais des arrêts *Albany*, que la Cour a pourtant qualifié d'activité économique⁴.

134. Cet arrêt étonne, ensuite, en raison de la volonté assez marquée de la Cour de déplacer les débats vers l'article 106, § 2 TFUE, dont on a pertinemment relevé

tries Between Free Movement and Competition Law », *op. cit.*, p. 228 et J.W. VAN DE GRONDEN et W. SAUTER, « Taking the Temperature: EU Competition Law and Health Care », *op. cit.*, p. 221 considèrent quant à eux que la Cour a (implicitement) conclu que le critère du contrôle de l'État n'était pas rempli.

1. Voy. le § 81 de l'arrêt.
2. J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, 18e éd., *op. cit.*, p. 1125-1127. Ces directives sont aujourd'hui reprises et coordonnées dans la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) (refonte).
3. On remarquera qu'institutions de prévoyance et entreprises d'assurance sont d'ailleurs toutes soumises à la surveillance de l'« Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles » (*Ibid.*, p. 1132-1134) ; or, la Cour avait précisément usé de l'argument que les fonds de pensions néerlandais en cause dans les arrêts *Albany* et *Pavlov* étaient soumis à la même autorité de contrôle que les entreprises d'assurance pour appuyer sa décision de qualifier leur activité d'économique (voy. le § 82 de l'arrêt *Albany* et le § 112 de l'arrêt *Pavlov*).
4. Pour un rappel des éléments solidaires de ces régimes, voy. *supra* p. 80, note 5. On remarquera par ailleurs que, dans la jurisprudence que nous venons de passer en revue, l'expression « un degré élevé de solidarité » utilisée dans l'arrêt AG2R (§ 52) n'avait été utilisée jusque-là que deux fois par la Cour, dans les arrêts *Albany* (§ 109) et *Pavlov* (§ 80), soit deux arrêts où la Cour a conclu au caractère économique de l'activité.

la nouveauté par rapport à la jurisprudence antérieure¹. Dans ce que nous avons appelé le premier moment de sa jurisprudence, à chaque reprise la Cour avait tranché de manière nette la question de la nature économique ou exclusivement sociale de l'activité en cause. Et ses décisions se fondaient en premier lieu sur la rencontre ou non du critère de la solidarité, les analyses relatives au critère du contrôle de l'État ne venant qu'appuyer le résultat qui se dégageait déjà des discussions relatives au caractère solidaire de l'activité.

Dans l'arrêt *AG2R*, la logique semble renversée. Le critère de la solidarité est jugé rencontré après une analyse rudimentaire et étonnante au regard de la jurisprudence antérieure tandis que c'est le critère du contrôle de l'État qui concentre les discussions : ce contrôle est-il suffisamment serré pour que l'on puisse considérer que l'activité échappe au droit de la concurrence, ou devrait-on plutôt évaluer la légalité de l'intervention étatique dans l'organisation de cette activité au regard de l'article 106, § 2, qui pose des conditions à l'octroi par l'État de droits spéciaux ou exclusifs aux entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général ? La question n'est donc plus tant de savoir de quelle « nature » est l'activité de protection sociale considérée que de déterminer le rapport qu'entretient l'État avec l'organisme chargé d'exercer cette activité. En l'espèce, la Cour semble considérer que l'article 106, § 2 est plus approprié pour appréhender ce rapport².

135. Cette attention accrue au contrôle de l'État nous semble confirmée dans l'arrêt *Dôvera*, le dernier dont nous avons pu tenir compte dans notre recherche³. Ce critère paraît même recevoir une interprétation quelque peu renouvelée, pour tenir compte des *finalités* poursuivies par l'État lorsqu'il définit le cadre juridique applicable à une activité.

La Cour, siégeant en grande chambre, s'est prononcée à l'occasion d'un pourvoi dirigé contre un arrêt du Tribunal de 2018⁴, qu'elle a annulé avant de statuer elle-même définitivement sur le litige. L'affaire concerne le système slovaque d'assurance soins de santé, qui présente beaucoup de similarités avec le système

-
1. C. KERSTING, « Social Security and Competition Law—ECJ focuses on Art. 106(2) TFEU », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, vol. 2, n° 5, p. 473-476. L. IDOT, « Notion d'entreprise et affiliation à un régime complémentaire de soins de santé », *Europe*, 2011, n° 5, commentaire n° 180, estime au contraire que l'arrêt est « tout à fait dans la ligne de la jurisprudence des années 1999/2000 ».
 2. Sur la base de l'article 106, § 2 TFUE, et pour autant que l'activité en cause soit qualifiée d'économique, la Cour de justice reconnaît donc, dans cet arrêt *AG2R*, la validité de principe, au regard du droit européen de la concurrence, des accords collectifs désignant un organisme unique pour la gestion d'un régime de protection sociale complémentaire.
 3. CJUE, 11 juin 2020, *Dôvera*, C-262/18 P et C-271/18 P.
 4. TUE, 5 février 2018, *Dôvera zdravotná poisťovňa c. Commission*, T-216/15. A propos de cet arrêt, voy. notamment D. GALLO, « Functional Approach and Economic Activity in EU Competition Law, *Today: The Case of Social Security and Healthcare* », *European Public Law*, 2020, vol. 26, n° 3, p. 569-586.

allemand en cause dans l'arrêt *AOK Bundesverband*. Trois organismes concourent à sa gestion, dont l'un a l'État pour actionnaire tandis que les deux autres ont été établis par des acteurs privés. Les organismes ont l'obligation d'affilier tous les résidents slovaques qui leur en font la demande. Les cotisations sont fixées par la loi en proportion des revenus des assurés, sans considération pour leur profil de risques. La loi fixe également les prestations minimales devant être obligatoirement délivrées par les organismes. Enfin, il existe une solidarité financière entre les organismes, puisque « les organismes assurant des personnes à haut risque reçoivent des fonds des organismes ayant un portefeuille composé de personnes présentant des risques moindres » (§ 56 de l'arrêt). Le système met donc en œuvre une solidarité (re)distributive et une solidarité financière, et il est étroitement encadré par l'État.

Les cotisations étant fixées par la loi, les trois organismes slovaques ne peuvent se faire concurrence sur le montant des cotisations demandées aux assurés, au contraire des organismes actifs dans le système allemand de l'arrêt *AOK Bundesverband*. Une concurrence existe toutefois, qui porte sur la qualité des soins ainsi que sur des services connexes gratuits que proposent les institutions liées aux organismes en question.

Le système slovaque partage donc de fortes similarités avec le système allemand. Il semble même laisser moins de place que celui-ci à la concurrence, puisque les organismes ne peuvent se distinguer que par la qualité et la diversité des services offerts, et non par leur prix. Saisi d'un recours contre une décision de la Commission en matière d'aide d'État, le Tribunal a toutefois considéré que les organismes en question sont bien des entreprises au sens du droit de la concurrence. Appliquant un raisonnement proche de celui tenu par l'avocat général Jacobs dans ses conclusions précédant l'arrêt *AOK Bundesverband*¹, que la Cour avait décidé de ne pas suivre, il a considéré que l'existence d'une concurrence entre des organismes, parmi lesquels des organismes privés autorisés à poursuivre un but lucratif, permet de conclure à la qualité économique des activités exercées par l'ensemble d'entre eux.

Saisie sur pourvoi de la Commission, la Cour a considéré que le raisonnement du Tribunal était entaché d'erreurs de droit et a annulé l'arrêt en conséquence. Le Tribunal a accordé une « importance indue », au regard de la jurisprudence de la Cour, à deux éléments, à savoir la possibilité donnée aux organismes slovaques de rechercher des bénéficiaires et l'existence d'une certaine concurrence entre eux². À propos du premier élément, la Cour relève que cette possibilité est « fortement encadrée par la loi » afin que les bénéficiaires éventuels servent à « garantir la pérennité du régime et la réalisation des objectifs sociaux et solidaires qui le sous-ten-

1. Voy. *supra* n° 122 et 123.

2. § 38 de l'arrêt.

dent¹ ». Concernant le second, la Cour rappelle que d'après la jurisprudence *AOK Bundesverband* l'organisation d'une certaine concurrence entre les organismes ne permet pas de conclure à l'existence d'une activité économique dès lors que « l'élément concurrentiel [...] vise à inciter les opérateurs à exercer leur activité selon les principes d'une bonne gestion [...] dans l'intérêt d'un bon fonctionnement du système de sécurité sociale² ». Elle ajoute qu'une solidarité financière est organisée entre les organismes, ce qui empêche de considérer que la concurrence pointée par le Tribunal annihile le principe de solidarité qui sous-tend le régime en cause³.

Après avoir conclu à l'annulation de l'arrêt du Tribunal, la Cour décide de statuer elle-même définitivement sur le litige. Elle avance que le critère de la solidarité et du contrôle de l'État sont tous deux rencontrés, en prenant argument à propos de ce second critère de l'existence d'« un office de régulation qui veille à ce que [les] organismes respectent le cadre législatif et intervient en cas d'infraction⁴ ». Elle revient ensuite sur la question des conséquences à tirer de l'existence d'un élément concurrentiel pour la qualification de l'activité en cause. Cette concurrence n'a qu'« un aspect secondaire », rappelle la Cour, étant donné qu'elle ne peut porter ni sur le montant des cotisations, ni sur les prestations légales obligatoires⁵. « En outre et surtout », ajoute-t-elle, les bénéficiaires sont fortement encadrés par la loi, comme il a déjà été dit, et le législateur est expressément intervenu pour organiser cette concurrence, notamment en exigeant que les opérateurs du régime prennent la forme juridique d'une société anonyme de droit privé à but lucratif⁶. Dans les deux cas, souligne la Cour, il faut comprendre que « ces éléments [...] ont été introduits dans l'intérêt du bon fonctionnement dudit régime et ne sauraient, dès lors, remettre en cause la nature non économique de celui-ci⁷ ».

136. Cet arrêt est intéressant en ce qu'il confirme, selon nous, l'orientation prise par la jurisprudence de la Cour avec l'arrêt *AG2R*. Quand le critère de la solidarité est mis en difficulté, que ce soit parce que les organismes censés être solidaires se font en réalité concurrence (affaire *Dóvera*) ou parce que les opérateurs en cause semblent bien être actifs sur un marché (affaire *AG2R*), il convient d'être attentif à l'encadrement juridique de l'activité en cause et aux finalités — sociales — qu'il doit permettre de poursuivre, en l'occurrence « préserver la viabilité et la continuité de l'assurance maladie obligatoire » et « renforcer l'utilisation efficace des moyens disponibles et la qualité des soins de santé⁸ ». Il convient en d'autres

1. § 40 de l'arrêt.

2. § 43 de l'arrêt.

3. § 46 de l'arrêt.

4. § 60 de l'arrêt.

5. § 61 de l'arrêt.

6. § 62 de l'arrêt.

7. *Ibid.*

8. *Ibid.*

termes de prêter attention à la volonté de l'État d'atteindre certains objectifs sociaux dans ce domaine d'activité et à la manière dont cette volonté est concrètement mise en œuvre au travers des normes applicables aux organismes actifs dans ce domaine. Si ces normes sont cohérentes avec l'objectif social du cadre juridique du régime, alors les (petites) libertés prises avec la notion de solidarité pourront être tolérées.

Formellement, ce critère de la poursuite d'un objectif social au moyen du cadre juridique applicable à l'activité est distinct, dans le raisonnement de la Cour, du critère du contrôle de l'État à proprement parler tel qu'il a été développé dans la jurisprudence antérieure. On comprend toutefois que l'un et l'autre renvoie à une même préoccupation, à savoir l'existence de normes particulières visant spécifiquement à organiser l'action des opérateurs en cause¹.

Conclusions intermédiaires : les deux moments de la jurisprudence de la Cour et la réalité du caractère cumulatif des deux critères

137. Ce que nous avons appelé le deuxième moment de la jurisprudence de la Cour se compose donc des arrêts *AOK Bundesverband* et *AG2R*, l'arrêt *Kattner* se trouvant, lui, dans la même ligne que la jurisprudence élaborée entre les arrêts *Poucet et Pistre* et *Cisal*. Comment rendre compte des différences importantes, au regard des arrêts du premier moment de sa jurisprudence, que nous avons constatées dans la manière dont la Cour y appréhende les activités de protection sociale? Doit-on y voir un revirement ou du moins une évolution de la jurisprudence dont les causes seraient à chercher dans des motifs d'opportunité, extérieurs aux raisonnements exposés dans les arrêts antérieurs? Ou peut-on donner une raison qui permettrait de les expliquer au moins en partie sur la base de ce qui a été dit par la Cour?

138. Comme déjà mentionné plus haut², notre hypothèse est que ces tensions trouvent une explication dans la différence d'objet entre les prestations en cause dans les arrêts du premier moment et les prestations en cause dans les arrêts du deuxième moment. De même que l'arrêt *AOK Bundesverband*, les arrêts *AG2R* et

1. Le rapprochement avec l'arrêt *AG2R* permet de pointer une difficulté potentielle de la voie suivie dans l'arrêt *Døvera*. La prise en compte des objectifs sociaux poursuivis par un législateur pour justifier une interprétation souple (ou une dérogation à la conclusion à laquelle mènerait une interprétation stricte) des critères de solidarité et du contrôle de l'État risque de rendre poreuse la frontière entre la jurisprudence de la Cour relative à l'*applicabilité* du droit européen de la concurrence, d'une part, et celle relative à l'article 106, § 2 TFUE, dont il sera question plus loin, qui permet de *déroger* à l'application de principe de ce droit, précisément lorsque les États poursuivent un objectif social par le moyen d'entreprises soumises à un régime juridique particulier, d'autre part.

2. Voy. *supra* n° 126.

Dôvera devaient se prononcer sur la « nature » d'un régime de couverture des soins de santé, c'est-à-dire d'un type de régime que le critère de la solidarité permet moins facilement, selon nous, d'identifier comme étant économique ou exclusivement social, pour des raisons que nous expliciterons plus bas¹. Pour contrer cette difficulté, la Cour s'est écartée de la ligne suivie dans le premier moment de sa jurisprudence pour donner au critère du contrôle de l'État (et plus largement aux normes spécifiquement adoptées pour encadrer l'activité en cause) une importance qu'il n'avait pas jusque-là. Cette reconfiguration de son argumentation lui permet ainsi une plus grande souplesse dans la prise de décision.

En effet, le caractère déclaré cumulatif des critères de la solidarité et du contrôle de l'État permet en réalité de moduler l'importance respective de chacun de ces critères. Si la solidarité mise en œuvre est insuffisante au regard de la jurisprudence antérieure pour conclure au caractère exclusivement social de l'activité en cause, la Cour peut n'en proposer qu'une analyse sommaire et déplacer la discussion vers le critère du contrôle de l'État. À l'inverse, lorsque la solidarité est telle qu'elle suffit pour exclure l'activité du champ d'application du droit de la concurrence, la Cour peut passer plus rapidement sur l'étude de l'encadrement étatique de l'activité. En d'autres termes, alors qu'elle présente les critères de la solidarité et du contrôle de l'État comme étant cumulatifs, il semble que la Cour les utilise en réalité de manière alternative, focalisant son attention sur l'un ou sur l'autre selon le type de prestation sociale en cause.

139. Il convient maintenant de développer plus avant cette hypothèse en passant de la description des solutions retenues par la Cour à une explication des raisons pour lesquelles elle fait de la solidarité et du contrôle de l'État les critères d'une activité exclusivement sociale.

§ 3. Les raisons de l'édification de la solidarité et du contrôle de l'État comme critères d'une activité exclusivement sociale

140. Pour comprendre au mieux les raisons des variations de la jurisprudence de la Cour entre ses deux moments, il est utile de mettre en évidence les points communs entre le critère de la solidarité et le critère du contrôle de l'État ainsi que ce qui les distingue. Selon nous, les deux critères expriment une même exigence : l'entité chargée de l'activité de protection sociale ne doit pas avoir la possibilité de se comporter comme une entreprise privée active sur un marché. Mais ils ne rencontrent pas cette exigence pour les mêmes raisons (1).

Cette précision permet d'explicitier l'hypothèse que nous formulons pour rendre compte des variations de la jurisprudence : en raison de caractéristiques

1. Voy. *infra* n° 171 et s.

propres à cette activité, la couverture de soins de santé d'une population se prête mieux, par comparaison aux pensions légales, à une organisation reposant sur la coordination de plusieurs entités responsables, dans une certaine mesure, des résultats financiers de leurs activités. C'est cette spécificité, nous semble-t-il, qui explique que la Cour accorde une plus grande attention au critère du contrôle de l'État lorsqu'elle se prononce sur la nature économique ou exclusivement sociale des régimes de couverture des soins de santé, tandis qu'elle peut, par contre, se concentrer sur le principe de solidarité lorsqu'elle se prononce sur d'autres régimes, dont typiquement les pensions de retraite (2).

1. Solidarité, contrôle de l'État et autonomie de gestion

141. Comme il vient d'être dit, nous sommes d'avis que les critères de la solidarité et du contrôle de l'État traduisent tous deux une même préoccupation, celle d'évaluer dans quelle mesure l'entité concernée pourrait se conduire comme une entreprise privée active sur un marché. Mais la capacité à se conduire de la sorte peut être entravée de diverses façons : en raison de contraintes *inhérentes* à l'activité exercée, ce dont le critère de la solidarité doit permettre de rendre compte ((1)), ou par un cadre juridique imposé *de l'extérieur* par l'État, dont l'appréciation relève du critère du contrôle de l'État ((2)).

(1) *Solidarité et autonomie de gestion « en fait »*

142. Le critère de la solidarité est intimement lié à la notion d'activité économique telle qu'elle a été développée par la Cour dans sa jurisprudence en matière de droit de la concurrence ; il en est le pendant négatif. Si la définition exacte de cette notion d'activité économique et son caractère opérant font l'objet de nombreuses discussions et controverses¹, il semble qu'on puisse la présenter comme l'activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné et qui serait susceptible, au moins en principe, d'être celle d'une entité privée poursuivant un but lucratif².

-
1. Voy. par exemple E. BERNARD, « L'activité économique', un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, 2009, n° 3, p. 353-385. Voy. aussi M. DONY, « Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire », *Associations Transnationales*, 2004, n° 4, p. 299-307, spéc. p. 307.
 2. Définition donnée par l'avocat général Jacobs au § 38 de ses conclusions précédant l'arrêt *Cisal*, précité. Voy. O. ODUDU, « Are State-owned health-care providers that are funded by general taxation undertakings subject to competition law? », *European Competition Law Review*, 2011, vol. 32, n° 5, p. 231-241 ; ID, « The Meaning of Undertaking within 81 EC », *op. cit.* ; J. FAULL et A. NIKPAY (éds.), *Faull & Nikpay*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 599, n° 6.18 ; A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J.-Lextenso, 2014, p. 50 ; N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrestien-Lextenso, 2018, p. 119. Précisons que les définitions retenues par ces différents

Le raisonnement de la Cour faisant application du critère de la solidarité peut être résumé comme suit : n'est pas de nature économique et échappe donc au champ d'application du droit de la concurrence l'activité qui, parce qu'elle met en œuvre une certaine forme de solidarité, ne pourrait être exercée, pas même en principe, par une entreprise privée agissant dans un but lucratif. Et les arrêts du premier moment de la jurisprudence de la Cour nous apprennent que ces formes de solidarité exclusives d'une activité économique sont la solidarité du financement par répartition, la solidarité financière dans certaines de ses configurations et la solidarité (re)distributive. Ce raisonnement se fonde donc sur la « nature » des activités considérées ou, pour le dire autrement, sur leurs caractéristiques intrinsèques.

143. Mais pourquoi ces formes de solidarité excluent-elles que l'activité qui les met en œuvre puisse être exercée par une entreprise privée poursuivant un but lucratif? Qu'est-ce qui explique qu'elles ne pourraient être assumées par cet acteur typique d'une économie de marché?

Pour répondre à cette question, il faut à notre estime commencer par faire l'observation suivante. Pour qu'une entité puisse être comparée à une entreprise poursuivant un but de lucre sur le marché, les résultats financiers de son activité doivent pouvoir dépendre de son habileté sur le marché¹. À l'inverse, si ces résultats échappent de fait à l'influence du marché, on doit conclure à l'absence d'activité économique : l'entité en question ne pourrait se comporter comme une entreprise privée qui tend à s'enrichir par sa participation au marché, puisque *les conditions de la réussite de son activité sont autres*.

Les trois formes de solidarité à laquelle la Cour accorde une importance certaine tiendraient-elles donc leur caractère exclusif d'une activité économique du fait qu'elles rendent les activités des entités qui les mettent en œuvre, étrangères à la logique même du marché? C'est ce qu'il convient de déterminer pour chacune d'entre elles ((a), (b) et (c)).

auteurs ne sont pas identiques. Mais toutes nous semblent se retrouver dans celle que nous venons de donner.

1. O. ODUDU, « The Meaning of Undertaking within 81 EC », *op. cit.* et N. PETIT, *Droit européen de la concurrence, op. cit.*, p. 118 font tous les deux de « l'endossement du risque économique et financier lié à l'activité entreprise » un des trois critères pour l'identification d'une activité économique, les deux autres étant l'offre de biens ou de services sur le marché et la possibilité d'exercer l'activité en question dans un but lucratif. Le critère que nous proposons nous semble les réunir tous les trois : pour qu'une entité puisse être considérée comme exerçant une activité dont les résultats financiers dépendent de son habileté sur le marché, il faut qu'il y ait un marché et que l'entité en question endosse les risques économiques et financiers liés à cette activité ; quant à la *possibilité* d'exercer l'activité dans un but lucratif, elle n'est qu'une autre manière d'exprimer que l'activité exercée peut être couronnée de succès.

(a) *La solidarité par répartition*

144. L'impossibilité d'imputer les résultats financiers d'une entité financée en répartition à son habileté sur le marché se démontre aisément. On s'en souvient, la répartition et la capitalisation sont les deux modes principaux de financement des régimes de protection sociale¹. Alors qu'en répartition, les cotisations perçues sur une période donnée sont immédiatement utilisées pour le paiement des prestations à verser sur la même période, en capitalisation les cotisations sont investies en vue de financer des prestations futures.

145. La répartition est donc l'organisation d'un flux monétaire entre les membres d'une collectivité déterminée par l'intermédiaire d'une entité centralisée qui se charge de récolter les contributions de certains pour les distribuer directement et dans leur intégralité à d'autres, dans un mouvement toujours à répéter. Pour que le système fonctionne, il est nécessaire, premièrement, que la collectivité soit pérenne. Cela signifie qu'elle doit pouvoir se maintenir par-delà le départ ou la mort de certains de ses membres grâce à l'arrivée ou la naissance d'autres membres. Cela signifie aussi et surtout qu'elle doit contenir en elle les capacités économiques lui permettant de relancer sans cesse le flux monétaire institué. Pour que le système fonctionne, il est également nécessaire que les membres de la collectivité participent effectivement au financement du régime, et que l'on s'en assure. Autrement dit, l'obligation de participation est techniquement indispensable à son fonctionnement. En effet, personne, excepté peut-être dans des cercles où interviennent d'autres motivations, n'accepterait de payer pour certains sans l'assurance qu'au moment venu, d'autres paieront à leur tour pour lui, sous la contrainte si besoin.

Au vu de ces caractéristiques, il apparaît que les résultats financiers, positifs ou négatifs, de l'activité exercée par une entité financée en répartition ne sauraient dépendre, pas même en théorie, de son habileté sur un quelconque marché. Il n'existe en effet pas de marché « en amont » puisque la répartition est inconciliable avec l'idée selon laquelle c'est la capacité de l'entité à séduire de nouveaux clients venant alimenter le système qui devrait déterminer sa pérennité; on l'a dit, la répartition n'est possible que si la participation est obligatoire. Et il n'existe pas plus de marché « en aval » : la répartition ne crée aucune accumulation financière, de sorte que l'organisme financé de la sorte n'est chargé de la gestion d'aucune réserve qu'il s'agirait de valoriser au mieux *sur les marchés financiers*. Les « résultats » d'un régime en répartition ne sont déterminés par rien d'autre que la différence *sur une même période* entre les cotisations récoltées, d'autorité si besoin, auprès de certains et les prestations payées à d'autres.

1. Voy. *supra* n° 80.

146. La situation est tout autre dans les régimes financés en capitalisation. Les cotisations récoltées auprès des uns ne sont pas directement reversées à d'autres, elles sont investies pour former un capital. Pour fonctionner, le régime ne suppose donc ni une collectivité, ni une situation pérenne, ni une obligation de participation. En réalité, un versement unique par une personne seule peut suffire à la création d'un capital. La capitalisation ne s'oppose donc pas à l'existence d'une multitude d'entités, lesquelles sont susceptibles de se faire concurrence.

147. La capitalisation s'accorde également sans difficulté avec l'idée que les résultats financiers d'une entité financée de la sorte puissent dépendre de son habileté sur le marché. L'entité en question n'est pas qu'un simple intermédiaire entre ceux qui cotisent et ceux qui reçoivent des prestations, comme c'est le cas en répartition. Sur elle repose la responsabilité de faire que le capital constitué permette de financer les prestations attendues, qu'elle ait à cet égard une obligation de résultat ou simplement de moyens. Elle peut être plus ou moins efficace dans cette tâche, utiliser des techniques actuarielles plus ou moins sophistiquées, investir de manière plus ou moins opportune les cotisations confiées, etc. Elle peut donc chercher à mettre en avant ses performances pour convaincre les individus ou les entités (entreprises, associations, ...) qui souhaitent constituer un régime en capitalisation, de faire appel à ses services. Par ailleurs, elle est active sur un autre marché, celui des produits financiers, au sein duquel elle peut évoluer de manière plus ou moins heureuse selon son habileté propre.

Les activités d'une entité financée en capitalisation peuvent donc sans difficulté s'insérer dans un contexte concurrentiel, tant en amont, dans la constitution de nouveaux régimes, qu'en aval, dans la gestion des capitaux investis pour ces régimes. Au contraire de la répartition, rien, dans la capitalisation, ne s'oppose donc *de manière intrinsèque* à ce que les résultats d'une entité faisant appel à cette technique puissent, au moins en principe, dépendre de son habileté sur le marché, c'est-à-dire à ce qu'elle soit mise en œuvre par une entreprise privée poursuivant un but lucratif par le moyen du marché.

(b) *La solidarité financière*

148. La deuxième forme de solidarité que le premier moment de la jurisprudence de la Cour permet de considérer, dans certaines de ses configurations du moins, comme exclusive d'une activité économique est la solidarité financière. Pour rappel, cette solidarité consiste à faire participer les régimes bénéficiaires ou en équilibre financier au financement des régimes déficitaires ou qui connaissent une difficulté financière passagère. Elle peut être ponctuelle — elle n'intervient par exemple que lorsqu'un des régimes concernés est dans une situation financière particulièrement préoccupante, ou que le système de couverture est défaillant — ou systématique — elle intervient par exemple pour équilibrer les résultats des

régimes concernés par un système de « vases communicants » lorsque la disproportion entre leurs charges respectives dépasse un certain seuil.

149. Si l'on adopte la compréhension du critère de la solidarité que l'on propose, on peut comprendre de la manière suivante pourquoi une solidarité financière à la fois systématique (au sens qu'on vient de rappeler) et de grande ampleur s'oppose à ce que l'on considère qu'un régime de protection sociale exerce une activité économique. Non seulement la mise en œuvre d'une telle solidarité empêche l'entité qui gère le régime de s'approprier tout ou une partie des bénéfices éventuellement dégagés par son activité, puisque par hypothèse elle doit les partager avec d'autres entités, qui sont, elles, déficitaires. Mais, plus fondamentalement, elle interfère avec l'idée que les résultats financiers du régime dépendent de l'habileté sur le marché de l'entité qui en a la charge.

En effet, si une solidarité financière systématique est organisée entre plusieurs régimes, c'est que l'on estime que des causes objectives, *indépendantes de la bonne ou mauvaise gestion des entités concernées* (par exemple des facteurs démographiques, économiques, culturels, urbanistiques défavorables), exposent les régimes concernés à des charges financières différentes. La solidarité mise en œuvre vise alors précisément à éviter que le coût supplémentaire occasionné par ces causes extérieures ne pèse uniquement sur les membres de certains régimes; en répartissant tout ou partie du coût total de la couverture du risque concerné entre l'ensemble des régimes intégrés dans le mécanisme de solidarité financière, on assure ainsi une certaine égalité entre leurs bénéficiaires. *A contrario*, une solidarité financière systématique et importante organisée entre des régimes dont il apparaît à tous qu'ils sont les seuls responsables de leur bonne ou mauvaise santé financière serait vite dénoncée comme inappropriée.

150. Le caractère exclusif d'une activité économique de la solidarité financière dépend donc de son caractère systématique et de son ampleur. Au regard de la compréhension du critère de la solidarité que nous proposons, il paraît en effet exclu qu'une solidarité seulement ponctuelle puisse suffire à qualifier un régime d'activité exclusivement sociale: le partage, même préventif, entre différentes entités du coût d'une charge exceptionnelle, par exemple provoquée par un acte terroriste¹, ne permettrait pas de conclure que celles-ci ne doivent pas leurs résultats financiers à leur habileté propre sur le marché. Mais à partir de quel montant ou de quelle proportion de bénéfices concernés par le transfert, une solidarité financière systématique permet-elle de soustraire les régimes qu'elle lie entre eux du champ d'application du droit de la concurrence? La rencontre du critère de la solidarité en raison de la mise en œuvre d'une solidarité financière serait avant

1. Voy. par exemple le régime de solidarité entre assureurs, avec intervention de l'État, mis en place en Belgique par la loi du 1^{er} avril 2007 relative à l'assurance contre les dommages causés par le terrorisme, *M.B.*, 15 mai 2007.

tout, selon l'interprétation que nous proposons, une question de degré, et pas de nature, comme pour la solidarité en répartition.

151. Dans les trois arrêts où elle l'invoque dans son argumentation, la Cour semble plutôt prompte à considérer qu'une solidarité financière, dès lors qu'elle est systématique au sens où elle vise à assurer une certaine péréquation des coûts supportés par différentes entités, est suffisamment significative pour appuyer ou confirmer le caractère exclusivement social d'une activité. Ainsi, dans l'arrêt *Poucet et Pistre*, la Cour se contente de mentionner l'existence d'une telle solidarité, sans donner plus de détails sur son organisation. Dans l'arrêt *AOK Bundesverband* non plus, aucune indication précise n'est donnée sur les modalités de la solidarité financière systématique qui, combinée à la fixation par la loi des prestations qu'elles dispensent, permet à la Cour de conclure que les caisses d'assurance maladie allemandes ne sont pas soumises au droit de la concurrence¹. De toute évidence, elle devait cependant être d'une importance limitée. En effet, on se souvient que le législateur allemand avait introduit une certaine dose de concurrence entre les caisses de maladies afin de réduire ou maîtriser le coût total de la couverture des soins de santé. Or, il aurait été absurde de poursuivre un tel objectif par ce moyen dans un système où tout ou une majeure partie des bénéficiaires dégagés par certaines caisses sont de toute façon reversés aux caisses déficitaires; l'effet incitatif de la concurrence à optimiser ses performances en serait inhibé. Enfin, dans l'arrêt *Kattner*, la solidarité financière entre les caisses professionnelles allemandes n'est enclenchée qu'en cas de disproportion (très) importante entre leurs charges respectives². Elle est pourtant pointée par la Cour pour appuyer sa décision de qualifier leur activité d'exclusivement sociale³.

152. Si la Cour reconnaît donc facilement son existence, il est toutefois malaisé de déterminer à partir de quand une solidarité financière peut être considérée comme suffisamment significative pour exclure une activité du champ d'application du droit de la concurrence. En effet, dans les arrêts que nous venons de rappeler, elle est toujours invoquée en combinaison avec d'autres éléments et son poids propre dans l'argumentation de la Cour n'apparaît pas clairement.

1. §§ 52 à 54 de l'arrêt *AOK Bundesverband*, précité.

2. La législation allemande alors applicable prévoyait que « Pour autant que 1) la charge des pensions d'une caisse professionnelle soit plus de *4,5 fois supérieure* à la charge des pensions moyenne des caisses professionnelles, 2) la charge des pensions d'une caisse professionnelle qui répartit entre les entreprises au minimum 20 % et au maximum 30 % de ses dépenses pour les pensions, allocations de décès et indemnités sans tenir compte du degré de risque (...) dépasse le *triple* de la charge moyenne des pensions des caisses professionnelles, ou 3) le taux de la charge d'indemnisation d'une caisse professionnelle dépasse le *quintuple* du taux moyen de la charge d'indemnisation des caisses professionnelles, les caisses professionnelles compensent entre elles la charge excédentaire (...) » (§ 10 de l'arrêt *Kattner*) (nous soulignons).

3. §§ 48 et 53 de l'arrêt *Kattner*, précité.

(c) *La solidarité (re)distributive*

153. Le caractère exclusif de la nature économique d'une activité associé à la solidarité (re)distributive ne semble pas, à première vue, pouvoir être justifié par les mêmes raisons que celui de la solidarité par répartition et de la solidarité financière. La (re)distribution, entendue comme disproportion au niveau individuel entre le montant des cotisations payées et le montant des prestations reçues, peut se déployer dans un régime financé par capitalisation, donc dans un mode de financement qui ne fait pas obstacle en soi à ce que les résultats financiers d'un régime dépendent de l'habileté de l'entité chargée de sa gestion sur les marchés¹. En effet, dès lors que la capitalisation n'est pas organisée sur une base individuelle mais collective, donc que les cotisations versées ne sont pas attribuées à un individu en particulier mais réunies dans un pot commun, la règle présidant à la distribution des ressources générées par la capitalisation peut parfaitement déboucher sur une (re)distribution interne au groupe concerné par la capitalisation collective.

154. La solidarité (re)distributive peut donc être mise en œuvre dans des régimes dont la gestion ne diffère pas dans son principe de celle des régimes organisés par des entreprises privées poursuivant un but lucratif, c'est-à-dire dans lesquels les résultats financiers sont liés à l'habileté sur le marché d'une entité précisément identifiée. Or, la Cour en fait un élément apparemment central pour l'identification d'une activité exclusivement sociale. À lire certains passages de sa jurisprudence, on pourrait même être amené à croire que la solidarité (re)distributive est l'expression même du principe de solidarité. Dans les arrêts *Poucet et Pistre*, *Cisal* et *Kattner* précités, soit trois des quatre arrêts dans lesquels la Cour conclut au caractère exclusivement social d'une activité, la solidarité à l'œuvre dans les régimes en cause est résumée comme opérant « entre les travailleurs les mieux rémunérés et ceux qui, compte tenu de leurs faibles revenus, seraient privés d'une couverture sociale adéquate » si elle venait à disparaître, c'est-à-dire comme consistant en une solidarité (re)distributive verticale².

Notre interprétation du critère de la solidarité — il traduit l'exigence que les résultats de l'entité en charge du régime de protection sociale ne puissent pas dépendre de son habileté sur le marché — doit-elle donc être abandonnée? Deux remarques complémentaires l'une à l'autre nous semblent pouvoir être formulées, qui permettent de la maintenir.

155. La première est que l'analyse de la jurisprudence qui a été proposée plus haut conduit à nuancer l'importance de la solidarité (re)distributive pour la prise de décision de la Cour. Il convient en effet de remarquer que le régime de couver-

1. Voy. *supra* n° 146.

2. Voy. respectivement les §§ 10, 42 et 59 des trois arrêts.

ture des soins de santé en cause dans l'arrêt *AOK Bundesverband* mettait en œuvre une solidarité (re)distributive puisque les cotisations étaient nécessairement proportionnelles aux revenus (seul le taux des cotisations pouvait varier entre les différentes caisses de maladie), tandis que les prestations, fixées par la loi, étaient pour l'essentiel identiques pour tous les bénéficiaires. Or, comme il a été dit plus haut¹, l'élément ayant déterminé la décision de la Cour dans cette affaire est selon toute vraisemblance moins la présence d'une solidarité portant sur le lien entre le montant des cotisations et celui des prestations que l'encadrement par l'État de l'activité des caisses de maladie allemandes. Par ailleurs, on se souvient que la Cour a considéré, dans l'arrêt *AG2R*, que le critère de la solidarité était rencontré alors que le régime en cause mettait en œuvre une solidarité subventionnelle. On peut donc douter que la solidarité (re)distributive suffise à elle seule pour emporter la conviction de la Cour qu'un régime de protection sociale répond effectivement au critère de la solidarité.

156. Il est pourtant vrai que son rôle a été décisif dans l'arrêt *Cisal*, puisque c'est le seul fait que les cotisations n'étaient pas plafonnées tandis que les prestations l'étaient qui a décidé la Cour à juger que le régime italien d'assurance accident du travail en cause répondait au principe de solidarité; le mode de financement des prestations — répartition ou capitalisation — était quant à lui ignoré. On se souvient cependant que le financement du régime en cause était particulier : l'une de ses branches était financée par répartition, tandis que l'autre mettait en œuvre une technique de capitalisation particulière appelée « répartition des capitaux de couverture ». Sans rentrer dans le détail², cette technique suppose pour sa soutenabilité financière, comme en répartition « pure » bien que de manière différente et moins déterminante, la pérennité de la collectivité au sein de laquelle est organisé le régime, dans son existence même comme dans sa santé économique. On peut donc se demander si le mode de financement du régime en cause n'a pas tout de même facilité la décision de la Cour de le qualifier d'activité exclusivement sociale. Cette question nous paraît d'autant plus légitime que, comme on l'a soutenu plus haut³, la Cour semble avoir considéré dans les arrêts *Albany* et *Pavlov* que la technique de la capitalisation, en raison du lien direct qu'elle établit entre le montant total des cotisations et le montant total des prestations, suffit pour considérer que l'activité est de nature économique.

Il nous semble donc que l'importance de la solidarité (re)distributive, bien qu'invoquée par la Cour, doit être relativisée. Elle nous semble susceptible d'être reconnue comme excluant une activité économique avant tout dans les régimes

1. Voy. *supra* n° 124.

2. Pour plus de précisions sur ce point, voy. P. DEVOLDER et J. BOULET, *Défis et perspectives des régimes belges de pension*, op. cit., p. 21.

3. Voy. *supra* n° 112.

financés par répartition ou selon une technique qui partage avec celle-ci le besoin d'une certaine pérennité de la collectivité couverte.

157. Cette précision étant faite, une deuxième remarque permet peut-être d'éclairer la raison pour laquelle la Cour a accordé une importance certaine à la solidarité (re)distributive pour l'identification d'une activité exclusivement sociale. Si elle est neutre quant à la question de l'imputabilité des résultats financiers et donc d'éventuels bénéfices à l'habileté d'une entité déterminée sur le marché, la solidarité (re)distributive l'est certainement moins quant à l'existence effective de *bénéfices* importants pour l'entité elle-même. On peut en effet considérer que la fonction explicitement (re)distributrice d'un régime se combinerait mal avec la volonté de l'entité chargée de sa gestion de dégager des bénéfices pour elle et elle seule, c'est-à-dire qui ne soient pas eux aussi redistribués à ses bénéficiaires. En d'autres termes, en rompant la logique des échanges économiques qui veut que l'on paie un prix correspondant à la valeur du service ou du bien que l'on reçoit en retour¹, la solidarité (re)distributive attesterait une absence de but lucratif non pas (ou pas seulement) imposée par la loi, mais de fait².

Selon cette approche, le caractère solidaire d'une activité serait donc avant tout, comme pour la solidarité financière, une question de degré : la (re)distribution mise en œuvre est-elle d'une importance telle qu'on peut raisonnablement considérer que le régime est tout entier déterminé par l'objectif de l'organisation d'une solidarité forte entre ses bénéficiaires, de sorte qu'il semble absurde d'envisager que l'entité chargée de sa gestion puisse poursuivre un but lucratif?

Conclusions intermédiaires relatives au critère de la solidarité : la seule solidarité incompatible par nature avec la logique du droit de la concurrence est la solidarité intergénérationnelle

158. La compréhension que nous proposons du critère de la solidarité permet donc d'expliquer que la Cour accorde une importance certaine à ces trois formes de solidarité que sont la solidarité par répartition et la solidarité financière (relatives au mode de financement d'un régime), d'une part, et la solidarité (re)distributive (relative au lien établi au niveau individuel entre le montant des cotisations et celui des prestations), d'autre part. Relevant des caractéristiques même de l'activité exercée, elles influent directement sur la possibilité pour l'entité chargée de la gestion du régime de protection sociale de poursuivre un but lucratif sur le marché. Soit, elles disjoignent les causes des résultats financiers de l'activité d'une

-
1. L'avocat général Jacobs soulève un argument de cet ordre aux points 62 et 80 de ses conclusions précédant l'arrêt *Cisal*, précité.
 2. Dans un sens comparable, voy. O. ODUDU, « The Meaning of Undertaking within 81 EC », *op. cit.*, p. 227-228 ; P. MADDALON, *La Notion de marché dans la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 290-291.

quelconque habileté sur le marché (solidarité par répartition et, dans certaines de ses configurations, solidarité financière). Soit, elles s'accommodent mal, toujours en fait, avec la poursuite d'un but de lucre (solidarité (re)distributive et, dans certaines de ses configurations, solidarité financière). Leur mise en œuvre permet ainsi d'exclure ou du moins de douter que l'activité en question puisse être exercée, même en principe, par une entreprise privée poursuivant un but lucratif par le moyen du marché.

159. Quoique leur articulation et leur poids respectif dans le raisonnement de la Cour restent flous à la lecture des arrêts, les développements qui précèdent permettent de proposer un ordre d'importance de ces trois formes de solidarité.

Seule la solidarité par répartition semble être par elle-même suffisante pour exclure le caractère économique d'une activité : à la différence de la solidarité (re)distributive et de la solidarité financière dans certaines de ses configurations, son effet sur la possibilité pour une entité de poursuivre un but lucratif sur le marché ne tient pas au degré d'intensité avec lequel elle est mise en œuvre, mais à ses caractéristiques intrinsèques. Si le régime est financé par répartition, il semble dès lors entendu qu'il échappe au droit de la concurrence. Au contraire, s'il est financé par capitalisation ou selon une technique qui en emprunte certains aspects, le critère de la solidarité doit faire l'objet d'une évaluation plus circonstanciée.

Lorsque la solidarité mise en œuvre est une solidarité financière, il convient de se demander si elle fait suffisamment obstacle à l'imputabilité des résultats financiers de l'activité de protection sociale à l'habileté sur le marché de l'entité qui l'exerce. Si le seul élément de solidarité présent dans le régime est une solidarité (re)distributive, il convient de répondre à la question de savoir si la disproportion entre le montant des cotisations payées et celui des prestations payées est telle qu'elle inhibe la logique lucrative. Pour ce qui nous concerne, comme cela a déjà été dit, nous sommes d'avis que la solidarité (re)distributive ne permettrait pas à elle seule de soustraire un régime financé en « pure » capitalisation du champ d'application du droit de la concurrence¹.

160. Après ces développements relatifs au critère de la solidarité, il convient maintenant de revenir sur le critère du contrôle de l'État. Pour comprendre comment celui-ci s'articule au critère de la solidarité, il importe d'identifier les raisons pour lesquelles la Cour l'a édifié comme second critère pour l'identification d'une activité exclusivement sociale.

1. Dans le même sens, P. RODIÈRE, « L'impact des libertés économiques sur les droits sociaux dans la jurisprudence de la CJCE », *Droit social*, 2010, n° 5, p. 573-580, est d'avis que c'est l'« opposition entre répartition et capitalisation » qui est décisive pour qualifier l'organisme qui gère un régime de retraite d'entreprise ou non au sens du droit européen de la concurrence. Voy. aussi C. PRIETO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence, op. cit.*, p. 383.

(2) *Contrôle de l'État et autonomie de gestion « en droit »*

161. On vient de le voir, le critère de la solidarité porte sur les caractéristiques de l'activité ayant une incidence sur l'imputabilité des résultats financiers de l'entité qui l'exerce à son habileté sur un marché. Le critère du contrôle de l'État se situe, lui, sur un autre plan. Il porte sur l'encadrement *juridique* de l'activité ayant une incidence sur l'autonomie de l'entité pour la définition d'éléments essentiels de l'activité considérée, à savoir le montant des cotisations et des prestations.

162. Pourquoi la Cour en a-t-elle fait un critère pour l'identification des activités de protection sociale qui échappent au droit de la concurrence ? Pour répondre à cette question, il faut commencer par remarquer que l'organisation des trois formes de solidarité exclusives d'une activité économique nécessite un encadrement législatif de l'activité. Sans la contrainte de la loi rendant obligatoires les régimes qui les mettent en œuvre, elles ne pourraient tout simplement pas exister. Il serait en effet illusoire de croire que les individus pourraient tous adhérer spontanément à un régime qui les fait payer plus pour la même couverture (solidarité (re)distributive et financière) ou dont ils savent qu'il ne sera en mesure de leur venir en aide que si d'autres font dans plusieurs années le choix d'y participer également (solidarité par répartition). Il n'est dès lors pas étonnant que l'encadrement étatique des activités de protection sociale soit un des éléments du débat.

163. Cette réponse n'est cependant pas satisfaisante. Que l'État légifère pour rendre obligatoire l'affiliation à un régime est une chose. Qu'il s'occupe de la détermination du montant des cotisations et des prestations en vigueur dans ces régimes en est une autre : cette intervention-ci, au contraire de la première, n'est pas nécessaire à l'existence et au maintien d'un régime solidaire. D'autre part, comme cela est explicite depuis l'arrêt *Kattner* et à notre sens déjà implicite dans l'arrêt *AOK Bundesverband*, le critère du contrôle de l'État est devenu autonome vis-à-vis du critère de la solidarité. On ne peut donc l'expliquer en le réduisant à ce dernier.

164. Ce critère nous semble devoir être compris comme traduisant l'exigence que l'entité en charge d'un régime de protection sociale soit dans l'impossibilité non plus de « fait », mais de « droit » de s'organiser en vue de dégager des bénéfices les plus importants possibles par son action sur le marché. En effet, le contrôle de l'État sur le montant des cotisations et des prestations prive l'entité d'une maîtrise sur des éléments aussi essentiels pour la rentabilité d'une activité de service que le prix et le contenu précis de ce service¹. Que l'activité soit rentable ou non, l'entité qui l'exerce est donc de toute façon dans l'impossibilité, en droit, d'agir en vue de

1. O. ODUDU, « The Meaning of Undertaking within 81 EC », *op. cit.*, p. 227.

rétablir ou d'augmenter ses bénéfiques. De ce fait, elle ne peut être assimilée à une entreprise dont les résultats financiers dépendent de son habileté sur le marché.

165. Il reste que le critère du contrôle de l'État est difficilement compatible avec l'approche fonctionnelle de l'entreprise adoptée de longue date par la Cour dans l'arrêt *Höfner*. Pour rappel, cette approche consiste à définir l'entreprise non pas d'après son statut ou plus généralement le cadre juridique dans lequel elle évolue, mais selon *le type d'activité* qu'elle exerce. En quoi un contrôle de l'État sur les conditions d'exercice d'une activité serait-il pertinent pour qualifier la nature de l'activité exercée ?

166. Certes, le critère de la solidarité suppose lui aussi que l'on n'adopte pas une compréhension trop restrictive de la notion d'activité — et qu'on accepte notamment que celle-ci puisse être tributaire d'un certain encadrement législatif — pour qu'il ne jure pas avec cette approche. Qu'est-ce donc, en effet, qu'une « activité » ? Si l'on devait réduire cette notion à un simple fait, à une simple prestation, abstraction faite d'un *contexte* plus général constitué de normes et de relations à d'autres individus, on aurait par exemple bien des difficultés à dire en quoi une épargne pension individuelle financée en capitalisation se distingue d'une pension légale contributive financée en répartition. Dans les deux cas, un individu verse de l'argent à un moment donné et en reçoit à un autre moment ; l'« activité » est identique, elle consiste en le versement d'une somme d'argent à un instant t contre une autre somme d'argent reçue à un moment $t+1$. Pour que cette notion d'activité soit opératoire, elle doit revêtir une extension plus large pour englober une prestation *et* son contexte, duquel font partie les relations qui doivent nécessairement se nouer entre différents acteurs pour qu'elle ait lieu¹.

167. La notion d'activité, ou plus précisément son maniement dans un raisonnement concret, est donc elle aussi nécessairement en tension avec l'approche fonctionnelle adoptée dans l'arrêt *Höfner*. Mais l'écart entre le critère du contrôle — par définition exercé de l'extérieur — de l'État et le principe maintes fois proclamé selon lequel ce sont les caractéristiques propres de l'activité exercée qui décident de l'application ou non du droit de la concurrence est, nous semble-t-il, bien plus important. Et il l'est plus encore depuis que la Cour en a fait, dans ce que nous avons appelé le deuxième moment de sa jurisprudence, un critère autonome et, pensons-nous, seulement formellement cumulatif à celui de la solidarité.

168. On est donc amené à se demander si l'on ne doit pas voir dans la proclamation explicite de ce critère la volonté de la Cour de se ménager une marge de manœuvre en réalité plus importante que celle que lui laisse la seule approche

1. On remarquera que toute la difficulté, ou tout l'enjeu est précisément de circonscrire les limites du contexte inséparable de l'activité, autrement dit de définir à partir de quand l'abstraction des éléments du contexte dans lequel l'activité est exercée ne permet plus de rendre fidèlement compte de la réalité de cette activité.

fonctionnelle lorsqu'elle fait face à un certain type de prestation sociale dont le caractère solidaire est parfois moins assuré. Autrement dit, quoiqu'elle les présente comme cumulatifs, la Cour nous semble en fait utiliser le critère du contrôle de l'État de manière alternative au critère de la solidarité lorsque celui-ci ne permet pas de préserver, avec la même certitude et en conformité avec l'approche fonctionnelle, certains régimes légaux de protection sociale de l'emprise du droit de la concurrence.

169. On notera que la Cour pourrait avoir décidé de donner une place plus importante au critère du contrôle de l'État pour un autre motif. Celui-ci pourrait servir à organiser l'articulation entre le droit de la concurrence et les libertés économiques, notamment la libre prestation des services. On estime traditionnellement que ces libertés s'adressent avant tout aux États, tandis que le droit de la concurrence a pour sujet les entreprises¹. En édictant le critère du contrôle de l'État pour délimiter le champ d'application du droit de la concurrence, la Cour aurait cherché à affiner cette ligne de partage.

Au droit de la concurrence, il reviendrait de contrôler le comportement des entreprises autonomes, ainsi que, de manière secondaire, les avantages accordés par l'État à ces entreprises, sous la forme de droits spéciaux ou exclusifs (appréhendés par l'article 106 TFUE) ou d'aides d'État (appréhendées par l'article 107, TFUE). Aux libertés économiques, il reviendrait de contrôler non seulement les normes étatiques d'application générale, mais également les effets pour l'intégration du marché intérieur de la création d'entités étroitement contrôlées par l'État, y compris donc des entités exerçant une activité économique au sens de l'arrêt *Höfner*, c'est-à-dire une activité qui pourrait être assumée par le marché. On trouverait une illustration de cette approche dans l'arrêt *Kattner*, où la Cour a exclu l'existence d'une entreprise au sens du droit de la concurrence mais a fait application de la libre prestation des services².

170. Quelles que soient les motivations de la Cour, le contrôle de l'État nous semble donc devoir être considéré comme un critère alternatif à celui de la solidarité, qui permet à la Cour d'écarter du champ d'application du droit de la concurrence les entités pour lesquelles ce dernier critère ne suffit pas. C'est ce que nous allons maintenant argumenter.

-
1. Voy. notamment K. MORTELMANS, « Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition? », *Common Market Law Review*, 2001, vol. 38, p. 622-623; A. JONES et B.E. SUFRIN, *EC competition law: text, cases, and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 36; O. ODUDU, « The public/private distinction in EU Internal Market Law », *R.T.D. eur.*, 2010, n° 4, p. 826-841.
 2. CJUE, 5 mars 2009, *Kattner Stahlbau*, C-350/07, précité.

2. La solidarité, un critère plus décisif pour certains types de prestations sociales que pour d'autres ?

171. Comme nous l'avons déjà dit à plusieurs reprises, il nous semble que certaines prestations de protection sociale se prêtent mieux à la présence d'une solidarité exclusive d'une activité économique que d'autres en raison de leur objet. Nous allons développer cet argument en comparant le cas des pensions de retraite avec celui de la couverture des soins de santé¹. Cette comparaison nous semble intéressante pour faire mieux apparaître, par contraste, les caractéristiques d'une activité qui font qu'elle est plus susceptible ou non d'être qualifiée de solidaire au sens de la Cour. Nous lançons ici des pistes de réflexion que nous pensons à même de donner un éclairage sur les raisons des fluctuations de la jurisprudence de la Cour. Abstraites car d'un certain niveau de généralité, elles ne peuvent rendre compte avec précision de tous les dispositifs existant effectivement dans les États membres.

172. On se souvient que la solidarité par répartition influe sur l'imputabilité des résultats financiers d'une activité à l'habileté sur le marché de l'entité qui l'exerce². Dans un régime de pension financé par répartition, cette imputabilité fait défaut pour les raisons que nous avons développées plus haut : l'entité en charge du régime assure la circulation constante du flux de cotisations depuis les cotisants vers les pensionnés, entre lesquels elle sert de « simple » intermédiaire ; elle n'est elle-même active sur aucun marché, et ne pourrait l'être en raison des caractéristiques mêmes de l'activité. Les paramètres du régime (montant des cotisations et montant des prestations) étant fixés, elle ne dispose d'aucun levier pour en améliorer les résultats financiers (sinon par une meilleure organisation administrative interne, mais cela est négligeable en regard des montants gérés).

173. Par comparaison, l'entité en charge d'un dispositif de couverture des soins de santé est susceptible de se voir confier un rôle plus complexe. C'est que la poursuite de l'objectif de ce type de dispositif — garantir l'accès aux soins nécessaires au maintien ou au rétablissement d'un certain niveau de santé — repose sur des moyens plus mouvants, aux contours plus changeants que ceux sur lesquels repose un régime de pension en répartition (principalement, le niveau des salaires et le choix de la finalité du système de pension : maintenir le niveau de vie ou protéger

-
1. À propos de l'applicabilité du droit européen de la concurrence aux assurances soins de santé et de ses conséquences éventuelles, voy. F. LOUCKX, « L'influence du droit européen de la concurrence sur l'organisation des systèmes de soins de santé nationaux », *Cahiers de droit européen*, 2008, p. 339-406. Pour des considérations sur la diversité des assurances soins de santé et l'intensité variable avec laquelle la Cour et la Commission (dans sa compétence en matière d'aides d'État) leur applique la définition d'une activité économique, voy. D. GALLO, « Functional Approach and Economic Activity in EU Competition Law, Today: The Case of Social Security and Healthcare », *op. cit.*
 2. Voy. *supra* n° 144.

les retraités contre la pauvreté). Il suppose en outre la collaboration d'autres acteurs que l'organisme lui-même : décide-t-on par exemple d'intervenir pour tel type d'action préventive, pour réduire la demande de soins, ou pour tel type de soins innovants mais aux résultats encore incertains, et si oui, quel montant accepte-t-on de déboursier ? Ne pourrait-on par ailleurs trouver un accord avec les prestataires des soins ou les vendeurs de produits médicaux pour abaisser le coût des prestations ? etc. L'organisme chargé de la couverture de soins de santé s'insère dans des réseaux complexes de relations, auxquels prennent part également de nombreux acteurs, du monde médical et commercial notamment, qui évoluent probablement, eux, sur des marchés. Et des questions nombreuses se posent et ne cessent de se poser quant à la manière de garantir une couverture adéquate pour le maintien de la santé des bénéficiaires, en raison de l'objet même des prestations¹.

174. Cette complexité et cette interrelation entre les organismes assureurs et d'autres acteurs potentiellement actifs sur des marchés, peuvent amener les États à choisir des modes d'organisation de leurs systèmes de couverture des soins de santé très différents. Et il semblerait qu'au sein de l'Union européenne, un certain nombre d'entre eux aient fait le choix de confier la gestion de cette couverture à une pluralité d'entités organisées soit à un échelon local, soit visant à couvrir des groupes particuliers de la population², considérant vraisemblablement que ce mode d'organisation permet une gestion plus informée et donc meilleure des besoins des individus couverts. Or, il semble que cette délégation d'une part au moins de la gestion de la couverture des soins de santé à une pluralité d'entités s'accompagne, dans une certaine mesure et par la force des choses, d'une certaine autonomie de gestion financière au profit de celles-ci. Et cela, nous semble-t-il, reste vrai que les entités en question reçoivent leurs moyens financiers directement de l'État ou d'une institution parastatale par application d'une grille plus ou moins fixe de répartition des ressources, comme c'est apparemment le cas dans plusieurs États, ou qu'elles aient elles-mêmes la possibilité de récolter certains fonds, comme c'est le cas dans d'autres³.

-
1. Pour d'intéressantes réflexions sur la difficulté et les implications des choix auxquels doit faire face l'État qui organise une assurance soins de santé, voy. C. THEBAUT, *Ethique et évaluation économique des interventions de santé en vue d'une définition du périmètre des soins remboursables*, Université Paris-Dauphine, 2012, disponible sur <https://basepub.dauphine.fr/handle/123456789/10920?show=full>. Voy. aussi F. EWALD, *L'État providence*, *op. cit.*, p. 542-544.
 2. Voy. S. THOMSON, T. FOUBISTER et E. MOSSIALOS, *Financing health care in the European Union. Challenges and policy responses*, Copenhagen, World Health Organization on behalf of the European Observatory on Health Systems and Policies, 2009, spéc. le tableau comparatif repris aux pages 37 à 40. À propos d'une tendance à la décentralisation de la gestion des assurances soins de santé en Europe, voy. également C. HERMANN, « The marketisation of health care in Europe », *Socialist Register*, 2010, vol. 46, p. 125-144.
 3. S. THOMSON, T. FOUBISTER et E. MOSSIALOS, *Financing health care in the European Union*, *op. cit.*

175. Dans les États ayant fait le choix d'organiser leur système de couverture des soins de santé sur la base d'une pluralité d'entités dotées d'une certaine autonomie de gestion des fonds reçus ou perçus, il nous semble donc que les caractéristiques de la solidarité par répartition (qu'on vient de rappeler) qui expliquent que celle-ci soit exclusive d'une activité économique ne sont pas (ou moins susceptibles d'être) rencontrées : l'entité n'est pas un simple intermédiaire entre les cotisants et les bénéficiaires mais jouit d'une certaine marge de manœuvre dans laquelle elle peut jouer de son habileté pour influencer le coût total du risque couvert, et alimenter ainsi d'éventuelles réserves propres.

Il y a donc fort à parier que, dans ces conditions, le débat à propos du caractère économique ou exclusivement social de l'activité de ces entités aura tendance à s'orienter vers la question de l'existence d'une solidarité financière, ou de solidarités portant sur le lien au niveau individuel entre les cotisations et les prestations. Or, comme cela a été dit plus haut¹, à la différence de la solidarité par répartition, le caractère exclusif d'une activité économique de ces autres formes de solidarité est à notre sens davantage une question de degré que de « nature ». Celles-ci sont donc plus susceptibles de ne pas suffire à elles seules pour exclure la qualification économique de l'activité.

On comprend dès lors que, dans une telle situation, le critère du contrôle de l'État soit amené à jouer un rôle de premier plan : comme ce fut le cas dans l'arrêt *AOK Bundesverband*, un enjeu important des discussions consistera certainement à décider si le contrôle qu'exerce l'État sur la détermination des éléments essentiels de l'activité des entités suffit à garantir qu'elles ne puissent se comporter à la façon d'une entreprise privée poursuivant un but lucratif.

176. L'hypothèse que nous avançons pour rendre compte des fluctuations de la jurisprudence de la Cour est donc celle que la solidarité est un critère moins décisif pour décider de l'applicabilité du droit de la concurrence à l'égard de certains dispositifs de protection sociale qu'il ne l'est dans le domaine des pensions. Quoiqu'il en soit du bien-fondé de cette hypothèse, il est temps maintenant de synthétiser les enseignements des développements qui précèdent pour la question qui nous occupe principalement dans cette section, celle de l'étendue du droit européen de la concurrence en matière de pension.

§ 4. L'étendue du droit de la concurrence en matière de pension : la distinction décisive entre répartition et capitalisation

177. Un enseignement général se dégage de la description menée plus haut de la jurisprudence de la Cour et de l'interprétation proposée des logiques sous-jacentes aux critères de la solidarité et du contrôle de l'État. L'existence d'une solidarité par

1. Voy. *supra* n° 144 et 150.

répartition (ou solidarité intergénérationnelle) suffit, à notre sens, pour exclure l'applicabilité du droit de la concurrence, et ce pour des raisons parfaitement cohérentes avec la définition de l'entreprise et de l'activité économique adoptée par la Cour dans cette branche du droit européen et l'absence d'exclusion *a priori* de la protection sociale de son champ d'application. En raison des caractéristiques propres du financement en répartition, les résultats financiers, positifs ou négatifs, de l'activité exercée par une entité financée de la sorte ne sauraient dépendre, pas même en théorie, de son habileté sur un quelconque marché. Cette activité ne saurait donc être exercée par une entreprise, c'est-à-dire une entité privée agissant dans un but lucratif¹.

Cet enseignement général a deux implications importantes. Elles concernent respectivement la (non) pertinence du critère du contrôle de l'État pour les pensions financées en répartition (1) et la (non) pertinence de la distinction classique entre pensions légales et pensions complémentaires (ou entre premier et second piliers de pension) pour classer les régimes de pension selon qu'ils sont soumis ou non au droit européen de la concurrence (2).

1. Relativisation du critère du contrôle de l'État pour les pensions financées en répartition, en lien avec l'originalité profonde de la répartition

178. Notre enseignement général a une première implication importante. Dès lors qu'elle suffit pour exclure l'applicabilité du droit de la concurrence, la solidarité propre à la répartition rend inutile le critère du contrôle de l'État. Ainsi, on ne saurait souscrire à l'analyse de certains auteurs selon laquelle l'affirmation formelle du caractère cumulatif du critère du contrôle de l'État dans l'arrêt *Kattner*, dont il a été question plus haut, aurait soumis les régimes légaux de sécurité sociale à une emprise plus grande du droit de la concurrence puisque le critère de la solidarité ne serait plus par soi suffisant pour les en immuniser². À notre sens, cette analyse n'est pas valable pour ce qui concerne les régimes de pension en répartition; on peut considérer que ceux-ci échappent de toute façon au droit de la concurrence, sans qu'il faille s'inquiéter du degré d'implication de l'État dans leur gestion. L'intervention de ce dernier est certes nécessaire pour garantir que l'obligation pour les individus de participer au régime financé en répartition sera respectée, garantie sans laquelle le régime ne pourrait se maintenir dans le temps³.

1. Voy. *supra* n° 144 et s.

2. J.W. VAN DE GRONDEN et W. SAUTER, « Taking the Temperature: EU Competition Law and Health Care », *op. cit.*, p. 221-222. Précisons que leur argumentation s'inscrit dans une étude centrée sur les systèmes de soins de santé. Elle ne distingue donc pas, comme nous proposons de le faire, entre les dispositifs de couverture de soins de santé et les dispositifs d'octroi d'un revenu de remplacement, en particulier les pensions de retraite.

3. Voy. *supra* n° 145.

Mais le contrôle, par les autorités étatiques elles-mêmes, des paramètres dudit régime est à notre sens indifférent.

179. Cette précision peut paraître bien superflue en pratique. Il est en effet fort peu probable qu'un État membre de l'Union n'exerce pas un contrôle étroit, voire détermine seul le montant des cotisations et des prestations délivrées par un régime de pension en répartition : les implications en termes de politique sociale et économique d'un tel système sont de première importance pour lui. (Nous aurons d'ailleurs l'occasion de le constater plus loin, dans la partie consacrée à l'influence de la gouvernance économique et budgétaire sur les systèmes de pension des États membres de la zone euro¹.) Cette précision ne nous en paraît pas moins intéressante pour autant. Elle permet de pointer cette singularité du financement en répartition tel que nous l'avons présenté, dont les *caractéristiques propres* le font échapper à la logique d'une économie de marché ; c'est là, nous semble-t-il, un phénomène suffisamment remarquable en soi pour être signalé.

Au travers du critère de la solidarité par répartition, c'est en effet une toute autre manière de concevoir les rapports entre les individus que celle qui sous-tend la définition d'une entreprise en droit de la concurrence qui se fait valoir, et que ce dernier est en quelque sorte forcé de reconnaître. À moins de travestir la réalité de ce dispositif, les membres d'un régime de pension financé en répartition ne sauraient être considérés comme les simples clients d'une même entreprise, par ailleurs indépendants les uns des autres. Le financement des pensions par la répartition les inscrit dans le temps long du cycle des générations : la génération actuelle finance les pensions de la génération précédente, avec comme contrepartie l'assurance que le financement de ses pensions sera à son tour pris à sa charge par la génération future, et ainsi de suite. La qualification juridique de ce lien, qui fait coexister le passé, le présent et le futur d'une collectivité dans un même instant, échappe ainsi aux catégories d'entreprise et d'activité économique. Des auteurs suggèrent d'ailleurs qu'aucune catégorie usuelle du droit moderne ne permet d'en rendre correctement compte, et proposent de s'inspirer des notions développées dans d'autres disciplines, notamment la sociologie, pour en saisir l'originalité profonde².

1. Voy. *infra* n° 794 et s.

2. Voy. A. SUPLOT, *Homo juridicus*, *op. cit.*, p. 149-150. L'idée est reprise dans A. SUPLOT, *L'Esprit de Philadelphie : la justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, p. 162. Voy. également les réflexions de B. THÉRET, « Sécurité ou protection ? Assurance des risques ou réciprocité des attentes ? », *Revue Française de Socio-Économie*, 2018, vol. 20, n° 1, p. 195-200.

2. Relativisation de la distinction entre pensions légales et pensions complémentaires pour décider de l'applicabilité du droit européen de la concurrence; classification des régimes de pension selon qu'ils sont soumis ou non au droit de la concurrence

180. Notre enseignement général, celui que la solidarité par répartition suffit pour exclure l'applicabilité du droit de la concurrence, a une seconde implication importante. Il oblige à nuancer l'idée selon laquelle les frontières du droit de la concurrence en matière de pension recouperaient les frontières tracées dans les droits nationaux entre les pensions légales et les pensions complémentaires. En effet, la distinction entre pensions légales et pensions complémentaires ne recoupe pas nécessairement en théorie¹, et ne correspond pas toujours en pratique à la distinction entre répartition et capitalisation. En France, par exemple, des pensions qualifiées de complémentaires en droit interne — l'AGIRC et l'ARCCO — sont financées en répartition². À notre sens, cela suffit pour considérer qu'elles ne sont pas soumises au droit européen de la concurrence, indépendamment du degré d'implication de l'État dans leur organisation. Par ailleurs, d'autres États membres, notamment la Suède mais aussi plusieurs États membres d'Europe de l'Est, connaissent des pensions légales financées en partie en capitalisation.

181. Pour décider de l'applicabilité du droit européen de la concurrence au domaine des pensions, la *summa divisio* ne passe donc pas entre les pensions légales et les pensions complémentaires (ou entre les pensions du premier et du deuxième « piliers »), mais entre la répartition et la capitalisation. Les régimes financés en répartition sont, à notre sens, de toute façon exclus du champ d'application de cette branche du droit européen. Pour les régimes financés en capitalisation, l'analyse doit être affinée. Il faut distinguer selon que le régime est l'œuvre d'acteurs non étatiques ou qu'il a été créé à l'initiative de l'État.

182. Il paraît acquis que les régimes financés en capitalisation et organisés librement par des acteurs non étatiques, notamment les partenaires sociaux sont soumis au droit de la concurrence. La Cour semble très peu encline à admettre que le critère de la solidarité puisse y être rencontré. Des arrêts *Albany*, d'une part, et de l'arrêt *Pavlov*, d'autre part, il nous semble ressortir en effet que le seul fait de la capitalisation suffit à la Cour pour conclure à l'applicabilité du droit de la concurrence, peu importe par ailleurs le degré de solidarité mis en œuvre au sein du régime entre ses membres. (Nous verrons par contre plus loin que le degré élevé

1. Voy. à ce propos notamment le rapport rendu en Belgique par la Commission de réforme des pensions *Un contrat social performant et fiable : Propositions de la Commission de réforme des pensions 2020-2040 pour une réforme structurelle des régimes de pension*, 2014, p. 171, disponible sur <https://socialsecurity.belgium.be/fr/publications/un-contrat-social-performant-et-fiable>.

2. Voy. à leurs propos F. CHARPENTIER, *Les Retraites complémentaires AGIRC-ARRCO*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses Universitaires de France, 2016.

de solidarité d'un régime financé en capitalisation peut justifier une *dérogation* aux interdictions énoncées par le droit de la concurrence¹.)

Il est vrai que l'arrêt *AG2R* s'est montré moins tranché dans une affaire pourtant proche de celles ayant donné lieu à ces arrêts. Cela ne permet toutefois pas, à notre sens, de remettre en cause cette jurisprudence. En effet, comme nous l'avons expliqué plus haut, nous pensons que le critère de la solidarité dans cette affaire était secondaire pour la Cour, qui a concentré son attention sur le critère du contrôle de l'État, en raison de l'objet des prestations du dispositif en cause, à savoir la couverture assurantielle de soins de santé. Nous sommes donc d'avis qu'à l'égard de régimes de pension en capitalisation, la Cour n'accorderait pas que le critère de la solidarité entendu comme condition à respecter pour être exclu du champ d'application du droit de la concurrence, est rencontré. En tout état de cause, le critère du contrôle de l'État ne le serait, lui, assurément pas.

183. À l'égard des régimes en capitalisation organisés librement par les employeurs, les partenaires sociaux ou les associations professionnelles, la question de leur soumission au droit de la concurrence paraît donc tranchée. Qu'en est-il par contre des régimes en capitalisation institués ou contrôlés étroitement par l'État, comme ceux que connaissent de nombreux États membres ?

En Suède, par exemple, mais aussi en Croatie, en Estonie, en Lettonie, en Roumanie et en Slovaquie, les individus ont l'obligation de s'affilier à un dispositif de pension légal financé pour partie en répartition et pour partie en capitalisation². Toutefois, si la partie financée en répartition est gérée par un organisme unique, l'exécution de la partie financée en capitalisation est confiée dans chacun de ces États à une multitude d'acteurs, parmi lesquels on trouve principalement des opérateurs privés ainsi que, parfois, un opérateur établi par l'État lui-même. Dans cette configuration, les individus n'ont pas la liberté de participer ou non à la composante du régime financée en capitalisation. Ils peuvent par contre choisir auprès de quel opérateur les cotisations versées par eux ou pour leur compte vont être placées. La Suède, par exemple, permet aux individus couverts par son régime de pension légal de choisir d'investir leurs contributions, dont le montant est fixé par la loi, dans cinq fonds différents parmi plus de 800 fonds disponibles (selon des informations de 2016), gérés par une centaine d'organismes financiers. En

1. Voy. *infra* n° 254 et s.

2. Avec cette nuance concernant la Slovaquie que, jusqu'à leurs 35 ans, les individus ont la possibilité de choisir de participer au régime financé en capitalisation en même temps qu'au régime en répartition, ou seulement à ce dernier, mais qu'une fois pris, ce choix est irréversible. Pour une présentation du système de pension de chacun de ces États, voy. le *Pension Adequacy Report 2018: Current and Future Income Adequacy in Old Age in the EU. Volume 2 – Country Profiles*, *op. cit.*

l'absence de choix, leurs contributions sont versées dans un fonds géré par une agence gouvernementale¹.

184. Les organismes participant à la composante d'un régime de pension légal financé en capitalisation, et notamment les agences gouvernementales comme celle qui existe en Suède, sont-ils des entreprises au sens du droit européen de la concurrence? L'analyse de la jurisprudence menée plus haut invite à une réponse affirmative. Comme nous venons de le dire, nous sommes en effet d'avis qu'en matière de pension, le financement en capitalisation suffit à la Cour pour refuser de reconnaître un caractère exclusivement social à l'activité. En outre, à supposer même que ce ne soit pas le cas, les caractéristiques de ces dispositifs plaident dans le sens d'une inclusion dans le champ d'application du droit de la concurrence.

Ainsi, dans les États membres susmentionnés qui connaissent ce type de régime (la Croatie, l'Estonie, la Lettonie, la Roumanie, la Slovaquie et la Suède), les pensions servies sont de type « à cotisations définies », c'est-à-dire que leur montant dépend du montant des contributions versées par ou pour le bénéficiaire et du rendement de leur investissement². Cela a pour conséquence que les pensions sont directement proportionnelles aux contributions, autrement dit qu'il n'existe pas de solidarité (re)distributive entre les individus participant au régime. Cela implique aussi et surtout que l'État ne contrôle pas le montant des prestations, puisqu'il dépend des contributions versées et de leur rémunération sur les marchés financiers. Une concurrence existe donc au moins sur ce point entre les organismes actifs dans le régime; chacun est en mesure d'attirer à soi les individus en mettant en avant ses bonnes performances sur les marchés financiers. Au regard de la définition de l'activité économique adoptée par la Cour en matière de droit de la concurrence, à savoir l'activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché et pouvant être exercée, au moins en principe, par une entreprise privée poursuivant un but lucratif³, il nous semble donc que les organismes actifs au sein de ce type de régime doivent être considérés comme des entreprises.

185. La question reste ouverte à propos d'un dernier cas de figure : celui où l'État organise un régime de pension financé en capitalisation et octroyant des pensions de type « à prestations définies », c'est-à-dire des pensions dont le montant est déterminé d'après une formule faisant appel à des facteurs tels que la durée de la période d'emploi ou le salaire, et pas d'après le montant des contributions versées⁴. Puisque, d'après nous, les arrêts *Albany* et *Pavlov* ont montré qu'en matière de

1. *Ibid.*, p. 258.

2. Pour une classification des différents types de régimes de pension, voy. *Private Pensions: OECD classification and glossary. Les pensions privées : classification et glossaire de l'OCDE, op. cit.*

3. Voy. *supra* n° 142.

4. L'OCDE appelle ces régimes « à prestations définies traditionnels ». Voy. *Private Pensions: OECD classification and glossary. Les pensions privées : classification et glossaire de l'OCDE, op. cit.*, p. 60.

pension, la capitalisation suffit à la Cour pour décider du caractère économique de l'activité, nous sommes d'avis qu'un tel régime de pension serait soumis au droit européen de la concurrence.

Il n'est toutefois pas exclu que la Cour, face à un régime de ce genre, procède de la même façon qu'elle ne l'a fait dans l'arrêt *AG2R* (et avant lui, mais de manière moins visible, dans l'arrêt *AOK*)¹, c'est-à-dire qu'elle choisisse de faire usage de la flexibilité que lui procure le caractère dit cumulatif des critères de la solidarité et du contrôle de l'État pour ménager les choix de l'État membre concerné. Elle pourrait ainsi accorder, après un examen rudimentaire, que les pensions proposées par le régime présentent une certaine solidarité, étant donné l'absence de lien direct entre le montant de la pension et le montant des cotisations typique des pensions à prestations définies. Elle porterait ensuite son attention sur le critère du contrôle de l'État, et pourrait accepter de faire échapper le régime à l'applicabilité du droit de la concurrence à condition que l'État exerce sur celui-ci un contrôle étroit. Au regard des libertés qu'elle prendrait avec la définition d'une entreprise et d'une activité économique habituellement adoptée dans cette branche du droit, une telle décision ne manquerait cependant certainement pas d'être critiquée. Pour les raisons indiquées dans les développements qui précèdent², sur le plan de la technique juridique, ces critiques seraient à notre sens fondées.

186. Ici s'achèvent nos développements visant, dans un premier temps, à reconstituer la logique de la jurisprudence de la Cour afin, dans un second temps, de donner une réponse plus systématique à la question de savoir quels régimes de pension sont soumis au droit de la concurrence, et lesquels ne le sont pas. Avant de conclure cette section et de passer à l'analyse des implications concrètes de l'application de cette branche du droit aux régimes de pension concernés, nous voudrions encore prendre quelques mots pour remettre en perspective la manière dont la Cour raisonne et le sens des notions qu'elle utilise pour tracer les limites de l'applicabilité du droit de la concurrence en matière de protection sociale. Certaines valeurs nous semblent en effet sous-tendre les décisions de la Cour relatives à cette question.

§ 5. Les valeurs sous-jacentes à la notion d'activité exclusivement sociale

187. Cela va de soi, mais il est peut-être bon de rappeler que les raisonnements et les appréciations adoptées dans les développements qui précèdent à propos du caractère suffisamment solidaire ou non d'un dispositif n'ont pas un sens absolu. Ils ne valent pas de manière générale, mais par référence au contenu particulier

1. Voy. *supra* n° 130.

2. Voy. *supra* n° 165.

donné par la Cour à la notion de solidarité en vue de délimiter le champ d'application du droit européen de la concurrence. En l'occurrence, cette notion doit être interprétée à la lumière de la notion d'activité économique, dont elle est pour ainsi dire le parfait opposé. Pour rappel, l'activité économique au sens du droit européen de la concurrence est définie comme l'activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné et qui serait susceptible, au moins en principe, d'être celle d'une entité privée poursuivant un but lucratif¹.

188. Le schéma conceptuel qui guide les raisonnements de la Cour pour tracer les frontières du champ d'application du droit européen de la concurrence — et que nous avons donc adopté à notre tour pour l'interprétation de ces raisonnements — est ainsi celui d'une dichotomie radicale entre les activités qui, en raison de leurs caractéristiques propres, pourraient être proposées sur le marché par une entreprise privée et les activités qui échappent, par nature, à la sphère économique. L'expression même d'« activité *exclusivement* sociale » est révélatrice à cet égard. Le critère du contrôle de l'État permet d'atténuer quelque peu le tranchant de cette opposition, et c'est probablement là la raison de son adoption. Mais c'est bien l'idée d'une scission nette entre l'économique et le social qui organise le raisonnement de la Cour².

189. Cette manière de raisonner partage de fortes similitudes avec la classification des choses (biens et services) adoptées par la doctrine économique classique. Celle-ci oppose les « biens privés » aux « biens publics » sur la base de leurs supposées qualités propres. Et elle considère que le marché est le lieu naturel pour la production des premiers, tandis que seul l'État serait capable de prendre en charge les seconds³. Les biens privés sont les biens présentant la caractéristique d'être à la fois exclusifs et rivaux. « Un bien est dit exclusif lorsque son détenteur ou son producteur peut empêcher par l'exercice du droit de propriété sur ce bien l'accès à toute personne qui refuse de l'acheter au prix qu'il en exige. Un bien est rival lorsque son achat ou son utilisation exclut toute consommation par une autre personne⁴. » Les biens publics, quant à eux, sont les biens qui ne sont ni exclusifs, ni rivaux (des exemples typiques sont l'air qu'on respire ou l'éclairage public). Autrement dit, ils sont définis par la négative comme ce qui n'appartient pas au

1. Voy. *supra* n° 142.

2. A ce propos, voy. aussi T. HERVEY, « Social Solidarity: A Buttress Against Market Law? », in J. SHAW (éd.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 44-45.

3. Voy. par exemple le chapitre 4 « Public Goods » in H.S. ROSEN et T. GAYER, *Public finance*, 9^e éd., Boston, McGraw-Hill Higher Education, 2010, p. 54-68. Pour une théorie critique et alternative à cette doctrine, voy. P. DARDOT et C. LAVAL, « Du public au commun », *Revue du MAUSS*, 2010, vol. 35, n° 1, p. 111-122 et *ID.*, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2015.

4. P. DARDOT et C. LAVAL, « Du public au commun », *op. cit.*, p. 113.

domaine de l'économie, exactement comme l'activité exclusivement sociale au sens du droit de la concurrence est avant tout celle qui n'est pas économique¹. Redéfinies à l'aide de ces concepts de la théorie économique classique, l'activité économique au sens de la jurisprudence de la Cour serait l'activité portant sur des biens privés, tandis que l'activité exclusivement sociale serait l'activité portant sur des biens publics.

Il est intéressant de noter que cette théorie des biens privés et publics a, dès le début, éprouvé quelque embarras à classer certaines activités, parmi lesquelles notamment les soins de santé, dans l'une ou l'autre case de cette dichotomie². Les difficultés de la Cour à motiver de manière cohérente ses décisions relatives à la « nature » de certains dispositifs de protection sociale, principalement les assurances soins de santé, s'ancrent peut-être dans les mêmes embarras intellectuels induits par l'idée d'une séparation radicale et « naturelle » de ce qui relèverait du domaine économique — et par conséquent de l'initiative privée — et du domaine de l'État.

190. De ces quelques considérations sur le mode de raisonnement de la Cour et ses similitudes avec une certaine théorie économique, on peut tirer un premier enseignement provisoire quant aux valeurs qui soutiennent la jurisprudence de la Cour sur cette question. Premièrement, de manière explicite, la Cour accorde une « primauté normative » au marché, c'est-à-dire qu'elle pose le marché comme constituant l'environnement de principe dans lequel les activités sont ou doivent être exercées. Elle admet qu'il existe des exceptions nettes à ce principe, en vertu desquelles certaines activités peuvent être exclues du champ d'application du droit de la concurrence. Mais la justification de ces exceptions doit s'ancrent prioritairement dans la *nature* des activités considérées ; le régime juridique choisi par une autorité quelconque pour régir cette activité n'entre aucunement en considération, sinon dans les cas où il prend la forme d'un contrôle étroit de l'État, renforçant ainsi l'exigence que l'activité en cause soit tout à fait exorbitante de l'environnement de principe qu'est le marché.

Ces grandes lignes de force du raisonnement de la Cour nous semblent présenter par ailleurs des affinités avec certaines caractéristiques du modèle beveridgien de système de pension. Pour rappel, ce modèle combine deux types de pension. La première est une pension octroyée par l'État aux individus en vue de leur garantir un revenu minimum dans leurs vieux jours, indépendamment de leur

-
1. Sur l'approche positive (par la référence à la notion de marché) et l'approche négative (par l'opposition à l'activité exclusivement sociale) de la définition de l'entreprise, et pour une critique de la première, voy. L. DRIGUEZ, *Droit social et droit de la concurrence*, op. cit., p. 249 et s., particulièrement p. 309-333.
 2. Voy. P. CSERNE et M. DESMARAIS-TREMBLAY, « Merit Goods », in M. SELLERS et S. KIRSTE (éds.), *Encyclopedia of the philosophy of law and social philosophy*, Heidelberg, Springer, à paraître, qui discutent les travaux de Richard Musgrave.

passé professionnel. La seconde est une pension complémentaire octroyée aux individus en tant qu'ils sont des travailleurs. Nous avons expliqué dans la partie liminaire de cet ouvrage que ce modèle repose sur une certaine conception du travail, qui fait de celui-ci une chose — la force de travail — pouvant être échangée par le travailleur sur un marché; nous avons mis en avant cette caractéristique en parlant d'une conception « contractuelle » de la pension. De cette conception découle une certaine manière de penser la nature et la mesure d'une pension juste. Celle-ci est fondamentalement conçue comme du salaire différé : son montant doit correspondre à une portion des salaires accumulés tout le long de la carrière, dont on aurait réservé la consommation pour le moment de la retraite, lorsque la source de revenus — la vente de la force de travail — est tarie.

191. La première affinité entre la jurisprudence de la Cour et le modèle beveridgien tient dans la volonté même d'établir une séparation nette entre des activités solidaires encadrées par l'État et les activités économiques pouvant être exercées par des entités privées (ou se comportant comme telles). Cette volonté semble s'accommoder mieux avec la philosophie sociale de ce modèle qui fait de l'État le garant d'une protection sociale destinée avant tout aux plus démunis, la place étant laissée pour le reste à des initiatives privées complémentaires¹. Elle semble en tous les cas à première vue plus difficilement transposable dans une philosophie sociale de type bismarckien, où la sécurité sociale est conçue comme une structure parastatale s'appuyant sur des groupes homogènes définis par leur position professionnelle et à la gestion de laquelle participent des représentants des travailleurs et des employeurs.

192. Une autre affinité entre la manière dont la Cour raisonne pour tracer la frontière de l'applicabilité du droit de la concurrence en matière de protection sociale et le modèle beveridgien se situe en amont de ces considérations relatives au rôle de l'État et de l'initiative privée en matière de pension. Elle se trouve dans le fait d'accorder la priorité aux rapports entre les choses pour organiser les rapports entre les individus, qui est au fondement d'une conception contractuelle de la pension. Pour la Cour, c'est la « nature » d'une activité, c'est-à-dire ses qualités propres, qui doivent dicter sa soumission ou non au droit de la concurrence; dans la conception contractuelle, avec laquelle s'accorde le modèle beveridgien, c'est la valeur de la « chose » force de travail échangée sur le marché qui doit dicter le montant de la pension de retraite. Dans la jurisprudence de la Cour, cette priorité

1. Pour une affirmation plus tranchée de l'orientation beveridgienne de la jurisprudence de la Cour, voy. B. FRIOT, « La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière de pensions de retraite et les réformes du financement de l'emploi et de la protection sociale », in P. HASSENTEUFEL et S. HENNION-MOREAU (éds.), *Concurrence et protection sociale en Europe*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2003, p. 149-162. L'ouvrage est consultable librement à l'adresse suivante : <http://books.openedition.org/pur/15640> (consultée pour la dernière fois le 30 juin 2020).

accordée aux choses est même renforcée dans la mesure où ce n'est pas seulement l'échange entre les choses, mais, en amont, la « nature » des choses (plus précisément, l'activité qui se saisit de ces choses), indépendamment de leur régime juridique, qui doit décider de l'applicabilité de certaines règles de droit.

193. On l'accorde volontiers, ces liens entre le droit européen de la concurrence et le modèle beveridgien, d'une part, et la conception contractuelle de la pension, d'autre part, sont ténus. Le premier lien relève plutôt de l'ordre des éléments de langage, tandis que le second repose sur une communauté de valeurs très lâchement définie, que l'on pourrait qualifier de libérales. Selon celles-ci, la meilleure façon d'assurer la justice distributive, c'est-à-dire que chacun reçoive ce qui doit lui revenir¹, est d'accorder la priorité au marché pour l'organisation des rapports entre les hommes. L'analyse à suivre de l'application du droit de la concurrence aux régimes de pension qui entrent dans son champ d'application va montrer qu'il existe d'autres connivences, sur le plan des valeurs, entre cette branche du droit et la conception contractuelle des pensions. Elles concernent principalement la manière dont la négociation collective est appréhendée dans les raisonnements de la Cour.

Conclusions de section : champ d'application du droit européen de la concurrence et systèmes de pension

194. De nombreux auteurs ont critiqué la jurisprudence de la Cour relative à l'applicabilité du droit de la concurrence aux dispositifs de protection sociale. Certains s'inquiètent du manque de cohérence de cette jurisprudence. D'autres estiment qu'elle est en contradiction avec des fondamentaux du droit de la concurrence, notamment la notion d'entreprise, intimement liée à celle d'activité économique, et l'absence d'exclusion *a priori*, dans le texte des traités, de la protection sociale de son champ d'application. Nous avons donc cherché dans cette section à reconstruire la logique propre de la jurisprudence de la Cour pour en vérifier la cohérence. Ce travail devait nous permettre d'établir quels régimes de pension sont ou non potentiellement soumis au droit de la concurrence, et dans quelle mesure les régimes qui en sont exclus peuvent l'être pour des raisons conformes avec les fondamentaux de cette branche du droit.

195. L'exposé chronologique de la jurisprudence de la Cour nous a permis de montrer que celle-ci comprend deux moments. Le premier commence avec l'arrêt *Poucet et Pistre* et se termine avec l'arrêt *Cisal*. On y rattache également l'arrêt *Kattner*, adopté quelques années plus tard. Dès ce premier moment, la Cour invoque deux critères pour l'identification d'une activité exclusivement sociale, qui échappe au droit de la concurrence : la solidarité et le contrôle par l'État du

1. Voy. *supra* la partie liminaire.

montant des cotisations et des prestations. Selon toute vraisemblance, elle accorde cependant plus d'importance au premier d'entre eux, le critère du contrôle de l'État ne venant que confirmer ou appuyer les conclusions de l'analyse du critère de la solidarité. Ce premier moment nous apprend également que trois formes de solidarité sont potentiellement exclusives d'une activité économique : la solidarité par répartition, la solidarité financière et la solidarité (re)distributive.

196. Le deuxième moment se compose des arrêts *AOK Bundesverband* et *AG2R*. Constatant que dans ces arrêts, la Cour s'est montrée plus attentive au critère du contrôle de l'État qu'au critère de la solidarité pour qualifier des dispositifs de protection sociale d'activité exclusivement sociale, nous avons formulé l'hypothèse que ce changement d'accent s'explique par la différence entre l'objet des prestations en cause dans le premier moment — des pensions de retraite ou d'invalidité — et celui des prestations en cause dans le second moment — la couverture de soins de santé.

197. Afin d'être en mesure de développer plus avant cette hypothèse, nous sommes passé à l'exposé des raisons permettant d'expliquer pourquoi la Cour a retenu ces deux critères pour la délimitation du champ des activités exclusivement sociales. Nous avons vu dans le critère de la solidarité un obstacle « de fait » à l'exercice de l'activité par une entreprise privée agissant dans un but lucratif. Par « nature », la solidarité par répartition exclut que les résultats financiers de l'activité puissent être dus à l'habileté sur le marché de l'entité qui l'exerce. La solidarité financière tend à avoir le même effet, pour autant cependant qu'elle soit systématique et d'un degré suffisamment élevé. La solidarité (re)distributive, quant à elle, en rompant la logique de l'échange économique qui veut que l'on paie le prix correspondant à la valeur du bien ou du service reçu en retour, s'accommode mal avec la poursuite d'un but lucratif. Mais son caractère exclusif d'une activité économique dépend lui aussi de l'ampleur de la (re)distribution qu'elle opère.

198. Dans le critère du contrôle de l'État, nous avons vu un obstacle « de droit » à l'autonomie de gestion nécessaire à la poursuite d'un but lucratif. En contrôlant les éléments essentiels d'un dispositif de protection sociale que sont le montant des cotisations et celui des prestations, l'État empêche l'entité concernée de se comporter comme une entreprise agissant dans un but lucratif. Nous avons également relevé que ce critère s'accorde mal avec l'approche fonctionnelle adoptée de longue date par la Cour en droit de la concurrence, qui consiste à s'attacher au type d'activité exercée par une entité plutôt qu'au cadre juridique dans lequel elle évolue pour la définition d'une entreprise.

199. Ayant éclairé les raisons respectives de l'utilisation par la Cour du critère de la solidarité et du critère du contrôle de l'État pour l'identification d'une activité exclusivement sociale, nous avons pu reformuler avec plus de précision notre hypothèse. En raison de caractéristiques propres à son objet, l'organisation d'une assurance soins de santé par l'État est plus susceptible de s'appuyer sur une plura-

lité d'entités dotées d'une certaine autonomie de gestion. Or, dans une telle situation, la solidarité par répartition ne permet pas d'exclure avec autant de certitude le caractère économique de l'activité que dans un système de pension. Privée de l'argument le plus décisif qu'elle puisse tirer du critère de la solidarité pour soustraire un dispositif de protection sociale du champ d'application du droit de la concurrence, mais souhaitant selon toute vraisemblance, en raison du caractère politiquement très sensible de la question, arriver à un tel résultat, la Cour est alors encline à accorder une plus grande importance au critère du contrôle de l'État. Autrement dit, le basculement du centre de gravité depuis le critère de la solidarité vers celui du contrôle de l'État, constaté dans le deuxième moment de la jurisprudence de la Cour, s'expliquerait par la volonté de la Cour de faire échapper au champ d'application du droit de la concurrence ceux des dispositifs de protection sociale — parmi lesquels les assurances soins de santé — organisés par l'État qui ne présenteraient pas vraiment un caractère solidaire suffisant, par nature, pour les en exclure.

200. Ces développements ont permis de dégager un enseignement général d'importance concernant l'étendue du droit de la concurrence en matière de pension. Celui-ci est que, à notre sens, la solidarité propre à un financement en répartition suffit pour exclure l'applicabilité de cette branche du droit européen, et ce en parfaite conformité avec les fondamentaux du droit de la concurrence que sont la définition de la notion d'entreprise et l'absence d'exclusion, par les traités européens, de la protection sociale de son champ d'application.

Cet enseignement a deux implications. La première est que le critère du contrôle de l'État est superflu concernant les régimes financés en répartition. D'un intérêt pratique limité, cette implication est néanmoins intéressante en ce qu'elle fait apercevoir la profonde originalité des liens que crée un financement en répartition entre les individus au regard des principes qui guident l'organisation d'un marché.

Une deuxième implication de l'enseignement général tiré de l'analyse de la jurisprudence de la Cour est que la *summa divisio* concernant l'applicabilité du droit de la concurrence en matière de pension correspond probablement à la distinction entre pensions financées par répartition et pensions financées par capitalisation plutôt qu'à la distinction, plus classique, entre pensions légales et pensions complémentaires. Or, si ces deux distinctions se recoupent souvent, ce n'est pas toujours le cas, comme le montrent notamment les exemples de la France, qui connaît des régimes de pension complémentaires financés en répartition, et de la Suède, dont les pensions légales sont en partie financées en capitalisation.

À notre avis donc, dès lors qu'un régime de pension est financé en capitalisation, il est plus que probable qu'il soit considéré comme relevant du champ d'application du droit de la concurrence. Cela semble ne faire aucun doute concernant les régimes mis en place par des partenaires sociaux. Mais cela est également vrai, selon nous, pour les régimes mis en place par l'État, que ceux-ci présentent

par ailleurs des éléments de solidarité (re)distributive ou pas. Par exemple, les entités actives dans la gestion de la part des pensions légales financées en capitalisation en Suède et dans de nombreux États membres de l'Europe de l'Est doivent selon nous être considérées comme des entreprises au sens du droit de la concurrence, y compris lorsque ces entités sont des agences gouvernementales.

201. Enfin, après ces développements nous permettant de répondre aux objectifs que nous nous étions donnés pour cette section (reconstruire la logique de la jurisprudence pour en vérifier la cohérence et l'appliquer au domaine des pensions), nous avons souhaité mettre en perspective le raisonnement de la Cour et le sens des notions qu'elle utilise pour en questionner les valeurs sous-jacentes. À notre sens, la jurisprudence de la Cour présente des affinités, toutefois ténues, avec le modèle beveridgien de système de pension et la conception contractuelle de la pension sur laquelle il repose. D'une part, la volonté d'établir une séparation nette entre des activités solidaires encadrées par l'État et des activités économiques pouvant être exercées par des entités privées nous semble résonner avec une conception beveridgienne de la protection sociale, où l'État se charge d'assurer une protection sociale minimum et laisse les initiatives privées se charger de fournir des protections complémentaires. D'autre part, le choix de faire dépendre l'applicabilité du droit de la concurrence de la nature des activités considérées s'accordent, comme la conception contractuelle de la pension, avec les valeurs de la famille libérale, celles qui estiment que la justice distributive (chacun doit recevoir ce qui lui revient) est mieux assurée en donnant la priorité au marché pour organiser les rapports entre les individus.

202. Après ces considérations relatives au champ d'application du droit de la concurrence, il est désormais temps de nous pencher sur les implications concrètes de cette branche du droit européen pour l'organisation des régimes de pension qui y sont soumis.

Section 2 : Implications du droit de la concurrence pour les systèmes de pension

203. Le droit européen de la concurrence vise à assurer que la concurrence sur le marché intérieur soit et reste non faussée¹. Les dispositions qui composent cette branche du droit sont traditionnellement regroupées selon qu'elles encadrent le comportement des entreprises sur le marché ou les interventions de l'État en faveur de certaines entreprises. Le premier ensemble comprend les articles 101 et 102 TFUE, qui interdisent respectivement les ententes entre entreprises et les abus

1. Voy. le Protocole n° 27 du TFUE.

de position dominante. Le second ensemble comprend l'interdiction des aides d'État prévue à l'article 107 TFUE.

Le premier ensemble de dispositions, relatif aux comportements des entreprises, fournit des outils d'intervention, parmi d'autres possibles (par exemple, la régulation du marché par l'adoption d'instruments de droit dérivé), pour corriger ce que l'on considérerait comme des défaillances du marché. En l'occurrence, les défaillances visées sont celles causées par le comportement des entreprises elles-mêmes qui, par un certain usage de leurs libertés économiques, feraient obstacle au développement ou au maintien de la concurrence dans leur secteur d'activité. Selon une formule usuelle, ces dispositions du droit de la concurrence tendent à éviter que les entreprises ne reconstruisent les barrières au libre-échange que les libertés de circulation proclamées par les traités ont supprimées entre les États membres¹.

La réglementation des aides d'État, quant à elle, a pour objectif de garantir que les interventions des États sur le marché par le moyen direct ou indirect des deniers publics ne faussent pas le bon fonctionnement de la concurrence. Autrement dit, elle vise à éviter que certaines entreprises soient indûment favorisées par l'État.

204. Par commodité, nous suivons cette classification traditionnelle des dispositions du droit de la concurrence dans la présente section consacrée à l'influence de cette branche du droit européen sur les systèmes de pension. Précisons toutefois qu'elle est moins décisive pour notre question que d'ordinaire. Nous allons en effet constater que, dans chacune des affaires soumises à la Cour et portant sur l'interprétation des articles 101 et 102 TFUE, ce sont des mesures étatiques qui ont été principalement visées, en raison de leurs effets supposés de renforcement ou d'instauration de pratiques anticoncurrentielles par des régimes de pension ou, plus généralement, de protection sociale. Ces mesures étatiques, étroitement liées, sont l'extension de la force obligatoire d'accords collectifs conclus par les partenaires sociaux et l'octroi de droits exclusifs à l'entité gestionnaire d'un régime de protection sociale obligatoire. Dans ces affaires, ce sont donc bien certaines interventions de l'État, plutôt que le comportement d'entreprises, qui ont été passées au crible du droit de la concurrence.

La différence avec le droit des aides d'État, uniquement consacré à l'encadrement des interventions de l'État dans l'économie, est donc moins tranchée que dans la pratique ordinaire du droit de la concurrence. Il reste néanmoins utile de séparer les deux ensembles de dispositions. Les mesures étatiques auxquelles elles se confrontent ne sont pas de même nature ; les unes sont de type réglementaire, au sens où l'État prête sa force de contrainte pour la mise en place de régimes de pension, tandis que les autres sont de type financier, au sens où l'État utilise ses

1. A. JONES et B.E. SUFRIN, *EC competition law: text, cases, and materials*, *op. cit.*, p. 36 ; N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 95-96.

ressources financières pour encourager le développement de certains de ceux-ci. Nous les aborderons donc tour à tour (§ 1 et § 2). Conformément à notre question de recherche, nous étudions ces dispositions en vue de déterminer si et dans quelle mesure elles restreignent l'autonomie des États membres pour l'organisation de leurs systèmes de pension.

205. Les enseignements des développements contenus dans cette section peuvent être résumés comme suit. La contrainte exercée jusqu'à présent par le droit de la concurrence sur l'autonomie des États membres peut être qualifiée de négligeable. Cette branche du droit de l'Union renferme toutefois certaines zones d'incertitudes, qui sont à ce titre susceptibles de devenir des sources de contrainte dans le futur ; elles devraient à tout le moins faire l'objet d'une certaine attention par les acteurs du domaine des pensions dans l'élaboration de leurs pratiques. Ces sources éventuelles de contrainte sont au nombre de deux.

La première est créée par la condition de solidarité posée par la Cour pour qu'un régime de pension obligatoire financé en capitalisation et géré par une entité unique, laquelle est de ce fait mise en situation de monopole, puisse bénéficier de la dérogation à l'interdiction des abus de position dominante permise par l'article 106, § 2 TFUE. Nous verrons que cette condition conserve une bonne part d'indétermination.

La seconde est relative aux aides d'États ; pour que les avantages fiscaux accordés en faveur de régimes de pension mis en place par les partenaires sociaux puissent être justifiés au regard de l'article 107 TFUE, il est possible qu'il soit à l'avenir exigé de ces derniers qu'ils offrent des garanties de transparence lors de la sélection des entités qu'ils désignent pour la gestion de ces régimes.

206. Nos développements nous conduisent également à souligner certains choix de la Cour dans la manière de traiter la négociation collective et ses spécificités dans les décisions commentées. Ces choix nous semblent révélateurs de certaines valeurs portées par la jurisprudence de la Cour, lesquelles peuvent entrer en tension avec celles qui guident l'instauration d'instances et de mécanismes de négociation collective.

§ 1. Ententes entre entreprises et abus de position dominante

207. L'interdiction des ententes entre entreprises intéresse la question des pensions sur un point particulier, celui du traitement des accords collectifs conclus entre partenaires sociaux au regard de cette interdiction (1). Nous rappelons la solution bien connue retenue par la Cour à cet égard avant de passer à l'analyse des implications de l'interdiction d'abuser d'une position dominante (2).

1. Les dispositifs de pension instaurés par accord collectif et l'interdiction des ententes entre entreprises

208. La première des interdictions édictées par le TFUE en droit de la concurrence concerne les ententes entre entreprises. Cette interdiction est-elle susceptible de contrarier l'autonomie des États membres pour l'organisation de leurs systèmes de pension ?

Pour éclairer cette question, nous commençons par rappeler la solution retenue par la Cour pour concilier, d'une part, l'interdiction des ententes entre entreprises et, d'autre part, les pratiques de conclusion d'accords collectifs entre organisations représentatives des employeurs et organisations représentatives des travailleurs. Cette solution consiste à exempter les accords collectifs du champ d'application du droit de la concurrence, sous certaines conditions ((1)). Nous nous interrogeons dans un second temps sur la portée pratique véritable de cette exemption pour la définition du régime juridique en droit européen des régimes de pension instaurés par un accord collectif ((2)).

(1) *Un cas exceptionnel de conciliation par exemption : l'interdiction des ententes entre entreprises et les accords collectifs selon la jurisprudence Albany*

209. En vertu de l'article 101, § 1^{er} TFUE, « [s]ont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur [...] ». L'article continue avec une liste non exhaustive des objets ou effets des ententes incriminés, parmi lesquels la fixation « de façon directe ou indirecte [d]es prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ».

Le § 2 du même article énonce que « les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit ». Son § 3 prévoit toutefois des circonstances dans lesquelles l'interdiction du § 1^{er} peut être déclarée inapplicable. Il s'agit des cas d'ententes, décisions ou pratiques « qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte », à condition que cela se fasse sans « imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs » et sans « donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence ».

210. Dans un arrêt parmi les plus célèbres du droit social européen, que nous avons déjà rencontré plus haut, la Cour de justice a précisé le statut juridique des accords collectifs conclus entre partenaires sociaux au regard de l'interdiction de

l'article 101, § 1^{er} TFUE¹. L'affaire ayant mené à l'arrêt *Albany* mettait en cause une entreprise et le fonds de pension gestionnaire d'un régime de pension complémentaire néerlandais établi par les partenaires sociaux au niveau d'un secteur d'activité. L'affiliation au régime avait été rendue obligatoire pour toutes les entreprises du secteur suite à l'extension, par le ministre compétent, de la force obligatoire de l'accord collectif conclu entre les partenaires sociaux. L'entreprise *Albany* souhaitait se désaffilier du fonds, au motif qu'elle proposait déjà à ses travailleurs un régime de pension similaire à celui offert par le fonds sectoriel. Sa demande en ce sens ayant été rejetée, elle s'est pourvue en justice pour contester cette décision.

211. Entre autres arguments, elle a soutenu que l'obligation de s'affilier au régime de pension sectoriel était contraire au droit européen de la concurrence, et notamment à l'article 101 TFUE (alors article 85 CE), combiné à l'article 10 du Traité CE de l'époque qui énonçait en substance le principe de coopération loyale aujourd'hui consacré à l'article 4, § 3 TUE. La Cour avait déjà précisé dans sa jurisprudence antérieure que la combinaison de ces articles « impose aux États membres de ne pas prendre ou de ne pas maintenir en vigueur des mesures, de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises ». En l'espèce, *Albany* arguait que l'intervention du ministre rendant l'accord des partenaires sociaux obligatoire pour l'ensemble des entreprises du secteur concerné constituait une mesure de ce type, puisqu'elle avait étendu la force obligatoire d'une entente prohibée entre entreprises. Par suite, l'obligation de s'affilier au régime en cause devait, selon elle, être déclarée contraire à l'interdiction des ententes entre entreprises.

212. Comme cela est bien connu, la Cour a donné tort à l'entreprise *Albany* sur cet argument. (Nous verrons plus loin qu'elle a également rejeté un autre argument tiré de l'interdiction des abus de position dominante de l'article 102 TFUE².) L'originalité de sa décision mérite d'être soulignée. À la différence d'autres décisions portant sur le statut d'institutions du droit de la protection sociale à l'égard du droit européen de la concurrence, que nous aborderons autre part, sa réponse n'a pas consisté à déclarer l'interdiction du droit européen applicable en principe, puis à faire bénéficier la mesure en cause d'une exception à cette interdiction. Plus

-
1. CJUE, 21 septembre 1999, *Albany International*, C-67/96. Comme déjà dit, la Cour a adopté le même jour deux autres arrêts dans des affaires similaires : il s'agit des arrêts *Brentjens*, C-115/97 et *Drijvende Bokken*, C-219/97. Son raisonnement est identique dans les trois cas. À propos de cet arrêt, voy. notamment X. PRÉTOT, « La Cour de justice des Communautés européennes et les fonds de pension néerlandais. Ad augusta per angusta », *op. cit.* ; F. MULLER, « Retraites complémentaires des salariés : la consécration de la négociation collective au plan communautaire et national », *Revue de droit sanitaire et social*, 2000, n° 1, p. 212-222 ; A. NIJENHUIS, « The Application of EC Competition Law to Supplementary Pension Funds », *op. cit.*
 2. Voy. *infra* n° 234 et s.

radicale, la Cour a décidé que, sous certaines conditions, les accords collectifs conclus entre partenaires sociaux n'entrent tout simplement pas dans le champ d'application de l'article 101 TFUE, et que, par conséquent, ils ne sauraient contrevenir à celui-ci. Les accords collectifs ne sont donc pas simplement tolérés au regard d'une interdiction première, ils en sont exemptés. Par suite, l'État membre qui étend la force obligatoire d'un accord collectif au-delà du cercle de ses signataires ne saurait enfreindre le droit européen de la concurrence.

213. L'argumentation avancée par la Cour pour fonder cette solution peut être résumée comme suit. En s'appuyant sur une lecture des dispositions du Traité dans leur ensemble, la Cour a commencé par relever que « l'action de la Communauté [devenue l'Union] comporte non seulement un 'régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur', mais également 'une politique dans le domaine social' ». En effet, poursuit la Cour, l'Union a « pour mission, notamment, 'de promouvoir un développement harmonieux et équilibré des activités économiques' et 'un niveau d'emploi et de protection sociale élevé'¹ ». Or, parmi les mesures prévues par le Traité qui ressortissent à cette mission, figurent celles qui promeuvent le dialogue entre partenaires sociaux tant au niveau national qu'au niveau de l'Union. S'il est donc vrai que « certains effets restrictifs de la concurrence sont inhérents aux accords collectifs conclus entre organisations représentatives des employeurs et des travailleurs », la Cour remarque toutefois que « les objectifs de politique sociale poursuivis par de tels accords seraient sérieusement compromis si les partenaires sociaux étaient soumis à l'article [101, § 1^{er} TFUE]² ». Et la Cour de conclure qu'« [i]l résulte ainsi d'une interprétation utile et cohérente des dispositions du traité, dans leur ensemble, que des accords conclus dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux en vue de tels objectifs doivent être considérés, en raison de leur nature et de leur objet, comme ne relevant pas de l'article [101, § 1^{er} TFUE] » ; par conséquent, les États membres sont libres de rendre ce type d'accord obligatoire à des personnes qui n'en sont pas signataires.

En d'autres termes, la Cour a décidé d'exclure les accords conclus entre partenaires sociaux du champ d'application de cet article pour la raison qu'une décision contraire aurait conduit à interdire la mise en œuvre d'objectifs de politique sociale énoncés dans les Traités par le moyen de la négociation collective, moyen dont les mêmes Traités promeuvent pourtant expressément l'exercice.

214. Cette jurisprudence *Albany* a été confirmée à plusieurs reprises³. Les arrêts postérieurs ont aussi été l'occasion d'en préciser les contours. Selon la formule consacrée par la Cour, les accords collectifs ne relèvent pas de l'article 101, § 1^{er}

1. § 54 de l'arrêt *Albany*, précité.

2. § 59 de l'arrêt *Albany*, précité.

3. Outre les arrêts cités ci-dessous, voy. notamment CJUE, 9 juillet 2009, 3F, C-319/07 P.

TFUE « en raison de leur nature et de leur objet ». La condition de nature implique que l'exemption ne profite qu'aux accords conclus par les partenaires sociaux, c'est-à-dire par les organisations représentatives des employeurs et des travailleurs salariés. Dans les arrêts *Pavlov* et *FNV Kunsten*, la Cour a ainsi refusé d'en étendre le bénéfice aux accords conclus entre ou au sein d'organisations représentatives de travailleurs indépendants¹. Quant à la condition d'objet, outre la mise en place d'un régime de pension complémentaire, qui contribue « directement à l'amélioration de l'une des conditions de travail des travailleurs, à savoir leur rémunération² », la Cour a indiqué que rencontrent également cette condition les accords collectifs qui instaurent un régime d'assurance maladie³ ou une assurance soins de santé complémentaire⁴.

215. Après cette présentation de la solution retenue par la Cour dans l'arrêt *Albany* et sa jurisprudence ultérieure, il convient de souligner l'importance, mais aussi les limites de la portée pratique de cette jurisprudence pour la définition du statut des régimes de pension instaurés par les partenaires sociaux au regard du droit européen.

(2) *La portée fondamentale, mais restreinte, de la jurisprudence Albany*

216. La jurisprudence *Albany* constitue un socle solide et de première importance pour l'élaboration d'un régime de pension complémentaire par les partenaires sociaux en conformité avec le droit européen. Jamais démentie⁵, la solution adoptée par la Cour s'ancre dans « l'architecture institutionnelle » des Traités⁶. Elle exprime en substance que la négociation collective et le droit de la concurrence sont deux institutions juridiques parallèles et indépendantes inscrites dans

-
1. CJUE, 12 septembre 2000, *Pavel Pavlov*, C-180/98 à C-184/98, précité ; CJUE, 4 décembre 2014, *FNV Kunsten*, C-413/13. Sur cette question, voy. A. BOITOS et M. KELLERBAUER, « Le droit des prestataires de services économiquement dépendants de conclure des conventions collectives de travail au regard du droit de l'Union européenne », in D. DUMONT, A. LAMINE et J.-B. MAISIN (éds.), *Le droit de négociation collective des travailleurs indépendants : cadrages théoriques et études de cas*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 87-107.
 2. § 63 de l'arrêt *Albany*, précité.
 3. CJUE, 21 septembre 2000, *Van der Woude*, C-222/98.
 4. CJUE, 3 mars 2011, *AG2R*, C-437/09.
 5. Certains auteurs continuent toutefois de contester le bien fondé de la solution de la Cour, au motif qu'elle ne respecte pas la définition traditionnelle de l'entreprise, sujet du droit européen de la concurrence. Voy. notamment S. BRADSHAW, « Is a trade union an undertaking under EU competition law? », *European Competition Journal*, 2016, vol. 12, n° 2-3, p. 320-340.
 6. Nous empruntons l'expression à S. DEAKIN, « The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: In Search of New Foundations for Europe's "Social Market Economy" », *op. cit.*, p. 24. Un auteur estime cette argumentation peu convaincante : voy. X. PRÉTOT, « La Cour de justice des Communautés européennes et les fonds de pension néerlandais. Ad augusta per angusta », *op. cit.*, p. 110.

les Traités, de sorte que l'une ne saurait se subordonner l'autre. Sans cette jurisprudence, c'est l'existence même de régimes de pension obligatoires d'origine non étatique qui aurait été mise en difficulté, puisque le mécanisme d'extension de la force obligatoire d'un accord collectif au-delà de ses signataires eût été condamné, à moins de pouvoir être justifié sur la base d'une des exceptions étroites prévues à l'article 101, § 3 TFUE.

217. Aussi importante soit-elle, la portée de cette exemption des accords collectifs de l'interdiction de l'article 101, § 1^{er} TFUE ne doit cependant pas être surestimée. Comme nous le verrons avec plus de détails dans la suite, la jurisprudence *Albany* n'a en effet pas empêché la Cour de soumettre les régimes de pension établis par les partenaires sociaux au contrôle de leur conformité avec d'autres dispositions du droit de la concurrence, ainsi qu'avec la libre prestation des services. Ainsi, dans l'arrêt *Albany* lui-même, la Cour a contrôlé la légalité du contenu du régime de pension sectoriel en cause au regard de l'interdiction des abus de position dominante énoncée à l'article 102, § 1^{er} TFUE¹. Dans une jurisprudence plus récente, elle a également rejeté l'argument selon lequel les raisons qui sous-tendent l'exemption accordée au regard du droit de la concurrence impliquent que la même exemption doit être accordée à l'égard de la libre prestation des services. Elle a par conséquent conditionné la légalité des accords collectifs instaurant un régime de protection sociale complémentaire obligatoire du type de celui en cause dans l'arrêt *Albany* à la preuve qu'ils constituent une entrave justifiée et proportionnée à cette liberté économique².

218. En définitive, l'exemption de la jurisprudence *Albany* a apporté aux régimes de pension établis par un accord collectif la garantie que leur existence même n'est pas menacée par le droit de la concurrence. Elle ne les assure par contre en rien que leur physionomie, quant à elle, ne devra pas être adaptée pour tenir compte d'autres exigences du droit européen. Parmi ces exigences, figurent notamment celles liées à l'interdiction d'abus de position dominante énoncée à l'article 102 TFUE.

2. Les pensions financées en capitalisation et l'interdiction d'abuser d'une position dominante

219. Parmi l'arsenal juridique visant à garantir l'existence d'une concurrence libre et non faussée dans le marché intérieur, le droit européen de la concurrence peut également compter sur l'interdiction des abus de position dominante prévue à l'article 102 TFUE. Les systèmes de pension des États membres sont-ils susceptibles de tomber sous le coup de cette interdiction ? Le cas échéant, des exceptions peuvent-elles être invoquées, qui les préservent finalement des conséquences de

1. Voy. *infra* n° 248 et s.

2. Voy. *infra* n° 457 et s.

cette interdiction ? Il convient d'éclairer ces questions pour déterminer si et dans quelle mesure l'article 102 restreint l'autonomie des États membres pour l'organisation de leurs systèmes de pension.

Nous commençons pour ce faire par présenter la notion d'abus de position dominante, ses éléments constitutifs et ses finalités ((1)). En nous appuyant sur la jurisprudence de la Cour, nous nous penchons ensuite sur la question de savoir si et dans quelles circonstances l'entité chargée de la gestion d'un régime de pension peut être susceptible de se trouver en situation d'abus de position dominante. Nous argumentons à cet égard que, au regard de la caractérisation de l'abus d'une position dominante dégagée par la jurisprudence dans le cas particulier de l'octroi d'un droit exclusif à l'entité gestionnaire d'un régime de pension, ce droit exclusif devrait en principe échapper à toute critique sur la base de l'interdiction des abus de position dominante. Cette position, toutefois, n'est pas celle adoptée par la Cour. Nous nous penchons donc sur les conditions requises par la jurisprudence pour qu'un régime de pension en position d'abus (potentiel) de position dominante puisse bénéficier de l'exception prévue à l'article 106, § 2 TFUE ((2)). Nous évoquons ensuite brièvement d'autres formes d'abus de position dominante que celles abordées par la jurisprudence de la Cour relative à des dispositifs de protection sociale et posons la question de leur éventuelle incidence sur l'autonomie des États membres ((3)). Enfin, nous généralisons l'enseignement principal de nos développements en précisant à quels types de régimes de pension il s'applique, au-delà de ceux abordés par la jurisprudence, et nous présentons en quelques mots les valeurs qui nous semblent guider cette dernière ((4)).

(1) *Introduction : la notion d'abus de position dominante*

220. L'interdiction de l'abus par une entreprise de sa position dominante repose sur l'idée qu'« une entreprise puissante qui ferait un mauvais usage de son pouvoir de marché peut [ou plutôt doit] être sanctionnée¹ ». L'article 102 TFUE est rédigé comme suit :

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

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,

1. C. PRIETO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 792.

c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,

d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

L'article 102 TFUE ne définit pas la notion d'abus de position dominante. La jurisprudence et la doctrine en ont précisé le sens en la décomposant en ses deux éléments constitutifs : l'existence d'une position dominante et l'abus de cette position. Les développements à leurs propos sont considérables¹, et regorgent de subtilités. Nous n'en dirons ici que ce qui est utile pour notre question, en les exposant tour à tour ((a) et (b)).

(a) *Une position dominante*

221. Selon une définition donnée par la Cour de justice dans un arrêt *United Brands*, une position dominante est « une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs² ».

Il ressort de cette définition qu'une position dominante se reconnaît à la possibilité d'une « indépendance de comportements à l'égard des autres acteurs économiques³ » dont jouit « dans une mesure appréciable » une entreprise sur un marché donné. On a relevé le flou de cette définition, eu égard notamment à la difficulté de déterminer le seuil à partir duquel l'indépendance est suffisamment « appréciable » pour considérer qu'il y a domination⁴. Elle nous enseigne néanmoins, d'une part, que la position dominante ne s'évalue pas à l'égard du marché intérieur, mais d'un marché donné (« le marché en cause ») et, d'autre part, que l'indépendance de comportement est due à la puissance économique de l'entreprise sur ce marché.

222. L'identification d'une position dominante passe donc par deux étapes. La première est la délimitation du marché pertinent, à la fois quant aux produits concernés (le marché de produits) et quant au territoire sur lequel il s'étend (le marché géographique). La seconde est la mesure de la puissance de l'entreprise sur

1. Voy. notamment D. GERARDIN *et al.*, « The Concept of Dominance », in D. GERARDIN (éd.), *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, Bruges, Global Competition Law Centre, 2005 ; R. O'DONOGHUE et A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 140-212.

2. CJUE, 14 février 1978, *United Brands*, C-27/76, § 65.

3. CJUE, 14 novembre 1996, *Tetra Pak c. Commission*, C-333/94, § 30.

4. Voy. notamment N. PETIT, *Droit européen de la concurrence, op. cit.*, p. 378.

ce marché. Pour l'évaluer, il est tenu compte de plusieurs facteurs, dont les principaux sont la part de marché de l'entreprise et les « barrières à l'expansion et à l'entrée » sur le marché¹. Par ces dernières, on entend les obstacles de diverse nature (juridique, économique, technique ou technologique²) qui empêchent que la décision de l'entreprise en cause d'augmenter ses prix ne soit suivie d'une expansion de la production de ses concurrents actuels (pour offrir leurs produits aux clients de ladite entreprise qui chercheraient un autre fournisseur consécutivement à la hausse de ses prix) ou de l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché (toujours en vue d'offrir leurs produits aux clients déçus de l'entreprise en cause)³. Ainsi, une entreprise active sur un marché qui ne connaît pas, ou peu de barrières est plus fortement exposée à la pression concurrentielle et donc moins susceptible de pouvoir se comporter de manière indépendante à l'égard des autres opérateurs économiques, quand bien même elle disposerait de parts de marché importantes ; à l'inverse, une entreprise active sur un marché protégé par des barrières importantes peut disposer d'une grande indépendance de comportement malgré des parts de marché réduites.

223. Un cas limite de barrière à l'entrée est celui du monopole légal, c'est-à-dire la situation où une entreprise est la seule à pouvoir offrir un bien ou un service sur un territoire donné en vertu de la loi⁴. Dans cette situation, l'entreprise n'est plus soumise à aucune pression concurrentielle puisque non seulement elle n'a pas de concurrent actuel, mais en outre elle ne craint par hypothèse aucun concurrent potentiel. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence considère que l'entreprise qui jouit d'un monopole légal est nécessairement en position dominante⁵. Comme nous le verrons plus bas, la Cour a jugé que l'entité chargée de la gestion d'un régime de pension sectoriel obligatoire se trouve, précisément, en situation de monopole légal⁶.

224. L'article 102 TFUE n'interdit pas à une entreprise de se trouver en position dominante, mais seulement d'abuser de cette position. Il convient donc de caractériser les comportements constitutifs d'un abus.

-
1. Voy. notamment *Ibid.*, p. 395-406 ; C. PRIETO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence, op. cit.*, p. 821-849.
 2. C. PRIETO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence, op. cit.*, p. 835.
 3. N. PETIT, *Droit européen de la concurrence, op. cit.*, p. 399-400.
 4. Voy. C. PRIETO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence, op. cit.*, p. 836.
 5. Voy. notamment CJUE, 3 octobre 1985, *CBEM*, C-311/84, § 16 ; CJUE, 23 avril 1991, *Höfner*, C-41/90, § 28 ; CJUE, 18 juin 1991, *ERT*, C-260/89, § 31 ; CJUE, 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, C-179/90, § 14 ; CJUE, 12 février 1998, *Raso*, C-163/96, § 25 ; CJUE, 18 juin 1998, *Corsica Ferries France*, C-266/96, § 39. Voy. également le § 91 de l'arrêt *Albany*, C-67/96, précité ; le § 126 de l'arrêt *Pavlov*, C-180/98 à C-184/98, précité ; le § 67 de l'arrêt *AG2R*, C-437/09, précité.
 6. Voy. *infra* n° 237.

(b) *L'abus d'une position dominante*

225. Selon une définition de l'abus de position dominante proposée par la Cour, « la notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence¹ ».

226. L'abus consiste donc, selon cette définition, à faire obstacle au maintien ou au développement d'une concurrence sur le marché par des moyens autres que ceux d'une « compétition normale », que la Cour qualifie encore de « concurrence par les mérites² ». Ainsi définie, la notion d'abus repose sur une *ratio* comportementale : c'est le comportement de l'entreprise qui est en cause, qu'on soupçonne de porter atteinte à la concurrence sur le marché par des méthodes étrangères à celles qui font la norme, mais que sa position dominante lui permet d'adopter.

227. La jurisprudence a également dégagé une autre définition de l'abus, qui repose sur une « responsabilité particulière [de l'entreprise dominante] de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun³ ». Selon cette définition, l'abus ne consiste pas à adopter des comportements différents de ceux d'une entreprise en situation de concurrence normale, mais à adopter des comportements qui, normaux ou non, sont susceptibles de porter préjudice à la structure concurrentielle du marché en cause, eu égard à la domination de l'entreprise sur le marché. Cette définition de l'abus repose sur une *ratio* structurelle⁴.

228. Qu'elle applique l'une ou l'autre définition, la Cour a précisé de longue date que « la notion d'exploitation abusive est une notion objective⁵ » : la qualification d'abus est indépendante de l'intention de son auteur. Il n'est donc pas nécessaire de démontrer une volonté de l'entreprise dominante de porter atteinte à la struc-

1. CJUE, 13 février 1979, *Hofmann-La Roche*, C- 85/76, § 91.

2. Voy. CJUE, 3 juillet 1991, *AKZO Chemie*, C-62/86, § 69 ; CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark*, C-209/10, § 24.

3. Voy. CJUE, 9 novembre 1983, *Michelin*, C-322/21, § 57.

4. Nous empruntons les expressions de *ratios* comportementale et structurelle à N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 414-416, qui montre par ailleurs que ces deux *ratios* peuvent être réconciliées.

5. CJUE, 13 février 1979, *Hofmann-La Roche*, C- 85/76, § 91.

ture concurrentielle du marché pour établir l'existence d'un abus. La preuve d'une telle intention, difficile à établir, peut par contre en être un indice¹.

229. Il existe plusieurs typologies possibles des diverses formes d'abus. La plus fréquente distingue l'abus d'exploitation de l'abus d'exclusion². Le premier est celui qui porte préjudice aux clients ou aux fournisseurs de l'entreprise en position dominante. Il recouvre notamment les hypothèses visées par l'article 102, al. 2 TFUE : l'imposition de conditions de transaction (prix ou autres) inéquitables ou discriminatoires, et la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique au préjudice des consommateurs. L'abus d'exclusion est celui qui se fait au détriment des concurrents de l'entreprise en position dominante, qui cherche à les exclure du marché. Ce deuxième type d'abus, qui va donc au-delà de la lettre de l'article 102, al. 2 TFUE, a été mis en lumière par la jurisprudence.

230. Ces deux formes d'abus sont évidemment liées, puisque le contrôle des abus d'exclusion des concurrents de l'entreprise dominante doit permettre de prévenir des abus d'exploitation de ses consommateurs : « sauver les concurrents dans le court terme revient à protéger les consommateurs dans le long terme³ », selon l'idée que le maintien d'un environnement concurrentiel est bénéfique au bien-être de ces derniers. On remarquera d'ailleurs qu'en pratique, les affaires d'abus d'exploitation sont rares⁴. Les autorités de contrôle se concentrent sur la poursuite des abus de second type.

231. Après avoir présenté les grandes lignes de la notion d'abus de position dominante au sens de l'article 102 TFUE, nous proposons de nous interroger maintenant sur les points de rencontre avérés ou potentiels entre les systèmes de pension des États membres et l'interdiction d'abuser d'une position dominante, afin de déterminer si et dans quelle mesure cette dernière restreint ou est susceptible de restreindre l'autonomie des États membres pour l'organisation de leurs systèmes de pension.

(2) *Quel abus ? Les arrêts Albany, Pavlov et AG2R*

232. Pour répondre à la question de savoir si l'interdiction des abus de position dominante contraint les États membres dans l'organisation de leurs systèmes de

1. Voy. notamment CJUE, 19 avril 2012, *Tomra E.A.*, C-549/10, § 20 ; TUE, 1^{er} juillet 2010, *AstraZeneca*, T-321/05, § 359. Pour une critique de la preuve d'un abus par l'intention de son auteur, voy. notamment N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 422.

2. C. PRIETO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 907 ; L. VOGEL, *European Competition Law*, Paris, LawLex-Bruylant, 2015, p. 271.

3. N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 419.

4. Voy. notamment M.A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2006, p. 219-220.

pension, nous procédons de la même façon que nous l'avons fait plus haut pour l'analyse des limites du champ d'application du droit de la concurrence. Nous commençons par décrire de manière détaillée la jurisprudence de la Cour — bien moins fournie sur cette question — avant d'en proposer une interprétation mettant en avant sa logique, parfois implicite, ainsi que ses implications actuelles ou potentielles pour les systèmes de pension.

233. La jurisprudence que nous commentons ici est composée de trois arrêts, déjà rencontrés plus haut : les arrêts *Albany*, *Pavlov* et *AG2R*¹. Dans ceux-ci, la Cour a été amenée à se prononcer sur l'existence d'un abus de position dominante dans le chef d'entreprises chargées de la gestion d'un régime de protection sociale complémentaire, dont deux concernent des régimes de pension complémentaires ((a)). Outre que c'est principalement à ce niveau des régimes de pension complémentaires qu'est susceptible de se poser la question de l'applicabilité de l'article 102 TFUE, une lecture attentive de ces arrêts nous semble riche d'enseignements qui dépassent le cas d'espèce et sont susceptibles d'éclairer plus généralement notre question ((b)).

(a) *Les arrêts Albany, Pavlov et AG2R*

234. Dans chacun des trois arrêts susmentionnés, les complexes de faits formant les affaires soumises à la Cour partagent de fortes similarités ((i)), et la solution est adoptée au terme d'un raisonnement suivant les mêmes grandes étapes ((ii)). Nous les présenterons donc ensemble.

(i) *Les affaires ayant donné lieu aux arrêts Albany, Pavlov et AG2R*

235. Au centre des trois arrêts étudiés se trouvait la question du traitement à accorder en droit européen de la concurrence à un régime de protection sociale complémentaire mis en place au sein d'un secteur d'activité par des représentants des acteurs du secteur. Dans les arrêts *Albany* et *AG2R*, ces derniers étaient des représentants des employeurs et des représentants des travailleurs salariés, les régimes ayant été définis dans le cadre d'une procédure de négociation collective. Dans l'arrêt *Pavlov*, c'est l'organisme professionnel de travailleurs indépendants, en l'espèce des médecins, qui avait pris l'initiative d'établir le régime en question. Dans chacun de ces arrêts également, l'affiliation au régime avait été rendue obligatoire pour tous les acteurs du secteur concernés par application d'un mécanisme de droit national permettant l'extension de la force obligatoire des accords collectifs au-delà de ses seuls signataires. Enfin, dans chacun de ces arrêts toujours, la gestion du régime avait été confiée à un opérateur unique.

1. CJUE, 21 septembre 1999, *Albany International*, C-67/96; CJUE, 12 septembre 2000, *Pavel Pavlov*; CJUE, 3 mars 2011, *AG2R*, C-437/09.

236. Les litiges ayant débouché sur les arrêts de la Cour étaient également pour l'essentiel identiques. Dans les trois espèces, des entreprises (dans l'arrêt *Pavlov*, il s'agissait de médecins) soumises à l'obligation d'affiliation au régime souhaitaient en être libérées. Elles avaient ainsi soutenu que cette obligation était illégale, pour contrariété notamment à l'interdiction d'abuser d'une position dominante prévue à l'article 102 TFUE.

Plus précisément, l'article 102 devait en l'espèce être combiné à l'article 106, § 1^{er} TFUE. Cet article prévoit que « [l]es États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus¹ ». En vertu de cet article donc, un État ne peut octroyer un droit exclusif à une entreprise si de ce fait, l'entreprise en question est amenée à abuser de sa position dominante. Or, l'obligation d'affiliation en cause dans les trois affaires était bien le pendant d'un droit exclusif octroyé par l'État à l'entité gestionnaire du régime de protection sociale complémentaire, à savoir le droit de percevoir et de gérer les cotisations versées au régime.

L'argument avancé par les opposants à l'obligation de s'affilier au régime était donc qu'en étendant la force obligatoire de l'accord collectif confiant la gestion de ce régime à une entité unique, l'État s'était rendu coupable d'avoir placé ladite entité en situation d'abus de position dominante, en contrariété avec les articles 102 et 106, § 1^{er} TFUE. Pour étayer cet argument, ils avançaient, premièrement, que l'octroi d'un droit exclusif à une entreprise suffit pour donner à cette entreprise une position dominante. Ils avançaient, deuxièmement, que l'entreprise en question abusait de cette position dominante, pour la raison notamment que les prestations délivrées par le régime étaient inférieures à celles offertes sur le marché des pensions complémentaires et ne permettaient pas de satisfaire les besoins des entreprises du secteur. En outre, dans les arrêts *Albany* et *Pavlov*, les opposants à l'affiliation obligatoire avançaient l'existence d'une deuxième forme d'abus de position dominante. Elle découlait selon eux du pouvoir de l'entité unique gestionnaire du régime obligatoire, en vertu de la loi, de décider elle-même d'octroyer une dispense d'affiliation aux entreprises qui en faisaient la demande; cette combinaison du droit exclusif de gestion du régime obligatoire et d'un pouvoir de dispense d'affiliation était constitutive, à leurs yeux, d'un conflit d'intérêts contraire à l'article 102 TFUE.

1. À propos de l'articulation des articles 106, § 1^{er} et 102 TFUE, voy. notamment C. MONGOUACHON, *Abus de position dominante et secteur public. L'application par les autorités de concurrence du droit des abus de position dominante aux opérateurs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2012, spéc. p. 526-531.

(ii) *Les décisions de la Cour*

237. Comment ces arguments ont-ils été reçus par la Cour ? Celle-ci a commencé par reconnaître que l'octroi d'un droit exclusif à une entreprise suffit pour mettre cette entreprise en situation de position dominante au sens de l'article 102 TFUE. En effet, en vertu d'une jurisprudence constante, l'entreprise détentrice d'un monopole légal de prestation de services sur une partie substantielle du marché commun est considérée comme occupant une position dominante¹. Or, le droit exclusif de percevoir et de récolter les cotisations versées au régime est bien constitutif d'un monopole légal. Et puisque ce droit exclusif vaut au sein d'un secteur d'activité, il porte sur l'ensemble du territoire d'un État membre, lequel est une partie substantielle du marché commun. Les affaires en cause pouvaient donc bien être analysées au regard de l'article 102 TFUE combiné à l'article 106, § 1^{er} TFUE, étant donné donc que la position dominante avait son origine dans une mesure étatique.

238. La Cour a poursuivi son raisonnement en rappelant que l'existence d'une position dominante n'est pas en soi illégale, mais que seul l'abus de cette position l'est. En l'espèce toutefois, il ne s'agissait pas de vérifier l'absence d'un abus en général, sans plus de précision. Puisque c'est la légalité de l'obligation d'affiliation aux régimes en cause qui était contestée, il fallait établir que l'abus éventuel était indissociable de ladite obligation, que celle-ci était la cause de celui-là²; à défaut, cette obligation ne pourrait être considérée comme contraire aux articles 102 et 106, § 1^{er} TFUE combinés. La Cour a donc répété sa jurisprudence constante selon laquelle « un État membre n'enfreint les interdictions édictées par ces deux dispositions que lorsque l'entreprise en cause est amenée, *par le simple exercice des droits exclusifs qui lui ont été conférés*, à exploiter sa position dominante de façon abusive ou lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à commettre de tels abus » (nous soulignons)³.

On l'a dit, dans leur argumentation, les entreprises contestant la légalité de l'affiliation obligatoire avaient avancé l'existence de deux abus dans le chef de l'entité en cause. Le premier consistait à proposer des prestations insuffisantes au regard de leurs besoins, le second à cumuler la qualité de gestionnaire du régime

1. Voy. *supra* la jurisprudence citée en note 5.

2. Conclusions avocat général Jacobs dans ses conclusions précédant l'arrêt *Albany*, § 388. Sur le lien causal entre l'abus d'une position dominante et la mesure étatique, et son interprétation souple par la Cour, voy. notamment C. MONGOUACHON, *Abus de position dominante et secteur public*, *op. cit.*, p. 526-531.

3. § 29 de l'arrêt *Höfner*, C-41/90, précité ; § 93 de l'arrêt *Albany*, C-67/96, précité ; § 127 de l'arrêt *Pavlov*, C-180/98 à C-184/98, précité ; § 68 de l'arrêt *AG2R*, C-437/09, précité. Voy. aussi entre autres CJUE, 5 octobre 1994, *La Crespelle*, C-323/93, § 18 ; CJUE, 18 juin 1988, *Corsica Ferries*, C-266/96, § 40.

et d'autorité disposant du pouvoir de dispenser les entreprises de l'affiliation obligatoire. Nous commencerons par présenter la position de la Cour relative au deuxième type d'abus (1°), avant de nous intéresser à celle adoptée à l'égard du premier, qui demande de plus amples développements (2°).

1° *L'abus comme conflit d'intérêts*

239. Dans une jurisprudence antérieure, la Cour avait jugé que l'octroi, par l'État, à une entreprise du pouvoir de réglementer ou de contrôler l'activité d'autres entreprises en concurrence avec elle sur le marché constitue un abus de position dominante, quand bien même il n'est pas établi *in concreto* que l'entreprise en cause a fait un usage anticoncurrentiel de ce pouvoir¹. Un tel conflit d'intérêts générateur d'abus était reproché aux fonds de pension néerlandais en cause dans les arrêts *Albany* et *Pavlov*, auxquels la législation nationale donnait le pouvoir de dispenser les entreprises couvertes par l'accord de l'obligation de s'affilier au régime (l'entreprise *Albany* et M. *Pavlov* avaient demandé cette dispense, sans succès). Selon les pourfendeurs du droit exclusif en cause, en permettant au fonds de pension de contrôler l'accès d'autres fonds de pension ou d'entreprises d'assurance au marché couvert par l'accord collectif, ce pouvoir de dispense le mettait en mesure de contrôler lui-même le degré de concurrence auquel il était soumis, et donc de porter préjudice à la structure concurrentielle du marché.

240. Sur avis contraire de l'avocat général Jacobs, la Cour a exclu l'existence d'un abus dans l'arrêt *Albany*, et ne s'est pas prononcée sur ce point dans l'arrêt *Pavlov*. Étant donné la quasi-identité des règles en cause dans les deux affaires et le peu de temps qui les séparaient, il fait toutefois peu de doute qu'elle aurait adopté la même décision². Celle-ci s'appuyait sur trois éléments.

Premièrement, le pouvoir de dispense accordé au fonds n'était pas entièrement discrétionnaire, puisque la législation prévoyait que dans un cas de figure précis, la dispense devait être octroyée; dans ce cas donc, le fonds ne disposait que d'un pouvoir de décision lié³. Deuxièmement, l'attribution d'une dispense d'affiliation supposait une évaluation de la situation financière du fonds et du risque que ferait

-
1. Voy. CJUE, 18 juin 1991, *ERT*, C-260/89; CJUE, 13 décembre 1991, *GB-Inno-BM*, C-18/88; CJUE, 12 février 1998, *Silvano Raso*, C-163/96. À propos de cette jurisprudence, voy. notamment C. MONGOUACHON, *Abus de position dominante et secteur public*, op. cit., p. 522-526.
 2. C'est également la solution que préconisait l'avocat général Jacobs dans ses conclusions précédant l'arrêt *Pavlov*, C-180/98 à C-184/98, précité, § 200.
 3. En l'occurrence, le fonds devait accorder la dispense lorsqu'une entreprise assurait déjà à ses travailleurs, six mois au moins avant que les partenaires sociaux fassent la demande d'extension de la force obligatoire de l'accord collectif, un régime de pension leur conférant des droits au moins équivalents à ceux qu'ils acquerraient en cas d'affiliation au fonds.

peser une telle dispense sur son équilibre financier. Or, estime la Cour, un État peut estimer que cette évaluation, en raison de sa complexité, doit être opérée par le fonds lui-même. Enfin, la Cour notait également que les juridictions nationales pouvaient, ou du moins devaient pouvoir vérifier au moins que « le fonds n'a pas fait un usage arbitraire de sa faculté d'octroyer une dispense et que le principe de non-discrimination ainsi que les autres conditions tenant à la légalité de cette décision ont été respectés¹ ».

La rencontre de ces trois éléments (dont le dernier était en l'espèce peut-être plus une condition posée par la Cour qu'une description du droit néerlandais de l'époque) permettait donc aux yeux de la Cour d'écarter l'existence d'un abus de position dominante dans le chef du fonds de pension généré par un conflit d'intérêts entre sa qualité de gestionnaire et celle d'autorité ayant le pouvoir de dispenser une entreprise de son obligation d'affiliation.

2° *L'abus comme incapacité manifeste à satisfaire la demande du marché*

241. Concernant le deuxième type d'abus avancé dans les trois affaires, la Cour a admis, comme elle l'avait déjà fait auparavant, qu'« une [...] pratique abusive contraire à l'article 106, paragraphe 1, TFUE existe, notamment, lorsqu'un État membre confère à une entreprise un droit exclusif d'exercer certaines activités et crée une situation dans laquelle cette entreprise n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour ce genre d'activités² ». Selon la jurisprudence de la Cour, une entreprise dans cette situation se rend coupable de l'hypothèse visée à l'article 102, al. 2, b), à savoir la limitation de la production au préjudice des consommateurs³.

242. Était-on en l'espèce face à un abus de ce type ? Dans l'arrêt *Pavlov*, la Cour a considéré qu'aucun élément apporté pendant la procédure ne permettait de l'établir⁴. Elle en a outre fait remarquer que les médecins qui contestaient en l'espèce l'affiliation obligatoire au régime en cause souhaitaient se désaffilier de celui-ci pour s'affilier à un autre régime du même type, laissant entendre que cela confir-

1. § 121 de l'arrêt *Albany*, C-67/96, précité.

2. § 95 de l'arrêt *Albany*, C-67/96, précité ; § 127 de l'arrêt *Pavlov*, C-180/98 à C-184/98, précité ; § 69 de l'arrêt *AG2R*, C-437/09, précité. L'originalité de cette forme d'abus a été relevée par plusieurs auteurs, qui ne sont pas tous convaincus de son opportunité. Voy. notamment N. PETIT, *Droit européen de la concurrence, op. cit.*, p. 510 ; C. MONGOUACHON, *Abus de position dominante et secteur public, op. cit.*, p. 519-521. Voy. aussi D. BRAULT, « Service public et position dominante : peut-il y avoir abus ? », *Les Petites affiches*, 2004, n° 239, p. 36-39.

3. §§ 30-31 de l'arrêt *Höfner*, C-41/90, précité.

4. § 128 de l'arrêt *Pavlov*, C-180/98 à C-184/98, précité. On notera que dans un autre arrêt également, relatif quant à lui à une assurance maladie établie par une convention collective rendue obligatoire, la Cour a rejeté l'argument d'un abus de position dominante dans le chef de l'entité gestionnaire du régime en raison de l'absence d'éléments du dossier permettant de supposer l'existence d'un tel abus. Voy. CJUE, 21 septembre 2000, *Van Der Woude*, C-222/98, § 30.

mais que le régime en cause n'était certainement pas « manifestement » incapable de satisfaire la demande du marché.

243. Dans les arrêts *Albany* et *AG2R*, par contre, la Cour a laissé la question non tranchée. Elle commence bien par donner des éléments laissant penser que l'abus n'est pas établi en l'espèce. Mais dans les deux arrêts, elle considère qu'il lui faut vérifier si l'obligation d'affiliation peut être justifiée par application de l'article 106, § 2 TFUE, qui permet de déroger aux règles du traité dans la mesure où cela est nécessaire pour permettre à une entreprise chargée d'un service d'intérêt économique général d'exercer sa mission.

244. Pour ce faire, la Cour a procédé en deux temps. Elle a commencé par souligner la raison d'être de cet article 106, § 2 TFUE. En permettant de déroger aux règles du traité en faveur d'entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général, cet article vise à concilier, d'une part, « l'intérêt des États membres à utiliser certaines entreprises, notamment du secteur public, en tant qu'instrument de politique économique ou sociale », avec, d'autre part, « l'intérêt de [l'Union] au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun¹ ». Cette recherche d'une conciliation de ces intérêts, poursuit la Cour, indique donc que les États membres ont le droit de mener une « politique économique ou sociale » propre, qu'ils définissent librement d'après leur contexte national²; on ne saurait donc condamner d'emblée la politique sociale d'un État au motif qu'elle serait une source de contraintes pour les entreprises se faisant concurrence sur le marché.

Vient alors le deuxième temps du raisonnement, celui consistant à déterminer la marge de manœuvre dont disposent les États pour choisir les moyens de cette politique sociale eu égard à « l'intérêt de [l'Union] au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun ». La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle « il n'est pas nécessaire, pour que les conditions d'application de l'article [106, § 2 TFUE] soient remplies, que l'équilibre financier ou la viabilité économique de l'entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général soit menacée. » La Cour est en effet plus conciliante. Elle considère que l'article 106, § 2 est applicable dès lors que, « en l'absence des droits litigieux, il [serait] fait échec à l'accomplissement des missions particulières imparties à l'entreprise, telles qu'elles sont précisées par les obligations et contraintes pesant sur elle [...] ou que le maintien de ces droits [est] nécessaire pour permettre à leur titulaire d'accomplir les missions d'intérêt économique général qui lui ont été imparties dans des conditions économiquement acceptables³ ».

1. § 103 de l'arrêt *Albany*, C-67/96, précité.

2. § 104 de l'arrêt *Albany*, C-67/96, précité.

3. § 107 de l'arrêt *Albany*, C-67/96, précité; § 76 de l'arrêt *AG2R*, C-437/09, précité.

245. En l'espèce, la Cour a accordé tant dans l'arrêt *Albany* que dans l'arrêt *AG2R* que les régimes de protection sociale complémentaires en cause constituent des services d'intérêt économique général. Elle ne s'attarde pas outre mesure sur ce point. Elle le considère apparemment comme allant de soi dans l'arrêt *AG2R*. Et elle se contente de préciser à l'égard du régime de pension complémentaire de l'arrêt *Albany* qu'il « remplit une fonction sociale essentielle dans le système de pension aux Pays-Bas en raison du montant réduit de la pension légale, calculé sur la base du salaire minimal légal », et que, « [e]n outre, l'importance de la fonction sociale dévolue aux pensions complémentaires a été récemment reconnue » par le législateur européen¹.

Dans les deux cas également, la Cour estime que la suppression du droit exclusif de percevoir et de gérer les cotisations versées au régime empêcherait précisément aux entités chargées de la gestion de ces régimes d'accomplir leur mission « dans des conditions économiquement acceptables ». Le contenu des régimes en cause constitue, sur ce point, un élément déterminant. La Cour pointe en effet que, dans chacun de ces régimes, un certain degré de solidarité a été mis en œuvre. Or, un corollaire de la solidarité est l'obligation pour certaines entreprises couvertes par le régime de payer des cotisations plus élevées que celles qu'elles devraient payer sur le marché pour obtenir des prestations équivalentes. Si le droit exclusif devait être supprimé, ces entreprises au profil de risque plus avantageux (les « bons risques ») ne manqueraient donc pas de quitter le régime, laissant ce dernier avec la charge des profils de risque moins avantageux (les « mauvais risques »). Pour continuer de délivrer les mêmes prestations, le régime devrait donc compenser la perte de revenu engendrée par ces départs par l'augmentation du montant des cotisations, entraînant le départ de nouvelles entreprises susceptibles de trouver une couverture assurantielle moins onéreuse sur le marché. Le régime se trouverait ainsi soumis à des contraintes financières allant en s'aggravant, au point potentiellement de devenir « inacceptables ». Le droit exclusif étant donc nécessaire au maintien du régime solidaire, il peut être justifié par application de l'article 106, § 2 TFUE.

246. Cette présentation des arrêts *Albany*, *Pavlov* et *AG2R* soulève plusieurs questions importantes pour notre propos, sur lesquelles nous proposons de revenir maintenant. Ces questions permettent notamment de mettre au jour une certaine logique ou du moins certains choix implicites de la Cour dans la conduite de son raisonnement.

1. §§ 105 et 106 de l'arrêt *Albany*, C-67/96, précité. La Cour fait référence à la directive 98/49/CE du Conseil, 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.

(b) *Les enseignements des arrêts Albany, Pavlov et AG2R*

247. La présentation des trois arrêts susmentionnés fait apparaître que l'existence d'une solidarité au sein d'un régime de protection sociale complémentaire obligatoire, et donc notamment d'un régime de pension complémentaire, est un élément de première importance pour pouvoir justifier l'octroi d'un droit exclusif à l'entité gestionnaire de ce régime par application de l'article 106, § 2 TFUE. Cette remarque appelle directement une question, celle de savoir quel type ou quel degré de solidarité est exigé pour bénéficier de l'application de cet article ((ii)). Avant de la traiter, nous commencerons toutefois par relever qu'à notre sens, la Cour aurait pu conclure à la non-violation des articles 102 et 106, § 1^{er} TFUE sans invoquer l'exception de l'article 106, § 2 TFUE. Cette remarque nous amènera à questionner la signification du choix de la Cour de ne pas trancher les affaires *Albany* et *AG2R* sur la seule base des articles 102 et 106, § 1^{er} TFUE ((i)).

(i) *Quel abus? Du choix de contourner les articles 102 et 106, § 1^{er} au profit de l'article 106, § 2 TFUE*

248. Comme nous venons de le voir, la Cour a fait le choix, dans les arrêts *Albany* et *AG2R*, de trancher la question de la légalité du droit exclusif octroyé à l'entité gestionnaire d'un régime de protection sociale complémentaire sur la base de l'article 106, § 2 TFUE. À notre sens, il s'agit bien là d'un choix : dans les deux affaires, la Cour aurait pu conclure à l'absence d'un abus de position dominante au sens des articles 102 et 106, § 1^{er} TFUE combinés, auquel cas le recours à l'article 106, § 2 TFUE aurait été inutile. Il nous semble même qu'elle aurait dû le faire si elle s'était tenue à vérifier la présence d'un abus de position dominante du type de celui qui était invoqué en l'espèce.

En effet, la question examinée par la Cour était celle de savoir si l'entité chargée de la gestion du régime complémentaire n'était « manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour ce genre d'activités ». Or, quel était « le marché » en l'occurrence? Celui sur lequel l'entité en cause disposait d'un droit exclusif, c'est-à-dire le secteur d'activité couvert par l'accord collectif : le marché donc *au sein duquel des négociations collectives avaient été menées* pour définir les modalités du régime contesté. Ce simple fait ne pouvait-il pas, voire ne devait-il pas suffire pour écarter toute possibilité d'un abus de position dominante consistant à n'être « manifestement » pas en mesure de satisfaire les besoins des entreprises du secteur? Les instances de négociations collectives entre représentants des employeurs et représentants des travailleurs sont institués, précisément, pour discuter entre autres des différents besoins du secteur, et notamment des besoins de protection sociale. Ne pouvait-on donc conclure que, par hypothèse, les décisions prises au sein de ces instances ne sont pas manifestement différentes de la demande du marché, sous réserve peut-être de circonstances tout à fait exceptionnelles (dont il n'était nullement question en l'espèce)?

On s'étonne donc que la Cour n'ait pas écarté d'emblée l'existence d'un abus de position dominante.

249. On s'en étonne d'autant plus au regard des implications de cette décision pour le statut des accords conclus par les partenaires sociaux au regard du droit de la concurrence. Comme cela n'aura certainement pas échappé à la Cour, en arguant que l'entité chargée de la gestion du régime obligatoire abusait de sa position dominante, les entreprises souhaitant se désaffilier de ce régime ne visaient pas l'entité gestionnaire du régime en tant que telle, mais bien, à travers elle, le choix des partenaires sociaux d'instaurer un régime obligatoire géré par une entité unique. En effet, cette entité ne faisait qu'exécuter le régime défini par ces derniers, et à aucun moment la qualité de sa gestion n'a été remise en cause. En vérité, la question soumise à la Cour dans ces affaires était donc celle de savoir si les partenaires sociaux peuvent être considérés comme ayant abusé de leur droit de négociation collective à l'égard des acteurs du secteur au sein duquel ils négocient. En choisissant de traiter la question au travers de l'article 106, § 2 TFUE, qui permet de justifier une *dérogation* à l'interdiction d'abuser d'une position dominante, la Cour répond par l'affirmative à cette question, de manière certes implicite, mais certaine. Ce choix ne nous semble pas anodin. Il revient en réalité à s'immiscer dans une question hautement importante et sensible pour les relations collectives de travail, celle de la représentativité des partenaires sociaux, et donc de leur légitimité à prendre des décisions qui peuvent engager l'ensemble des acteurs du secteur d'activité au sein duquel ils négocient.

250. Ce choix de la Cour de ne pas exclure l'existence même d'un abus de position dominante étonne encore davantage quand on le remet dans le contexte des deux arrêts considérés dans leur ensemble. Comme nous l'avons vu ci-dessus, c'est dans l'arrêt *Albany* lui-même que, pour la première fois, la Cour a proclamé qu'un accord conclu par les partenaires sociaux échappe, en raison de sa nature et de son objet, au champ d'application de l'article 101 TFUE, qui interdit les ententes entre entreprises. L'arrêt *AG2R*, adopté une dizaine d'années plus tard, s'inscrit dans cette jurisprudence. N'aurait-on pas pu considérer, en se montrant conséquent avec cette décision, que lorsqu'une entité est chargée d'exécuter un tel accord, en tant qu'entité au service des partenaires sociaux, elle échappe à son tour au champ d'application de l'article 102 TFUE portant interdiction d'abuser d'une position dominante? Si l'on décide qu'un accord collectif, en raison de sa nature et de son objet, ne peut pas être considéré comme portant atteinte à la concurrence dans le secteur d'activité au sein duquel il a été conclu, pourquoi en effet ne pas considérer que l'entité chargée d'exécuter cet accord, de ce fait même, ne porte pas et ne peut pas non plus porter atteinte à la concurrence *au sein dudit secteur*? On remarquera en outre que dans l'arrêt *Albany* comme dans l'arrêt *AG2R*, les entités chargées de l'exécution du régime étaient des institutions paritaires, c'est-à-dire administrées par les

partenaires sociaux eux-mêmes¹. Le pas entre la décision d'exclure les accords collectifs (l'instrument par lequel les partenaires sociaux expriment leur volonté) du champ d'application de l'article 101 TFUE et celle d'exclure les entités chargées de l'exécution de ces accords (le moyen par lequel les partenaires mettent en œuvre leur volonté) du champ d'application de l'article 102 TFUE eut donc pu être franchi plus facilement encore. Que la Cour se soit abstenue de le faire nous en paraît d'autant plus remarquable.

251. En décidant de ne pas trancher les affaires *Albany* et *AG2R* par le simple constat qu'il n'existait en l'occurrence aucun élément permettant de penser que l'entité bénéficiaire du droit exclusif avait abusé de sa position dominante, et que cet abus était d'autant moins probable (si pas exclu) que le régime en cause avait été défini au terme d'une procédure de négociation collective, la Cour a donc posé un geste ayant deux conséquences importantes pour notre question.

Premièrement, elle a amoindri la portée pratique de l'exclusion des accords conclus par les partenaires sociaux du champ d'application de l'article 101 TFUE. Dès lors qu'il implique l'octroi d'un droit exclusif, cet accord est soumis à l'article à l'article 106, § 1^{er} combiné à l'article 102 TFUE, et la circonstance qu'il est le fruit de la négociation collective n'est aucunement pris en compte. D'une certaine façon, ce que la Cour a accordé d'un côté, elle l'a repris de l'autre.

À cet égard, il nous semble donc qu'il faille nuancer une thèse répandue. D'après celle-ci, en prenant la décision, dans ses célèbres arrêts *Viking* et *Laval*, de soumettre la légalité des accords collectifs (et des actions collectives menées pour les faire appliquer) au respect de la libre prestation des services, la Cour aurait rompu avec l'esprit de la jurisprudence *Albany*, qui avait reconnu la coexistence, sans subordination des uns aux autres, d'objectifs économiques et sociaux dans les traités². Cette jurisprudence nous semble en réalité plus ambiguë. Déjà dans l'arrêt *Albany*, le contenu d'un accord collectif avait bien été contrôlé au regard du droit économique européen, en l'occurrence le droit de la concurrence.

252. Deuxièmement, en prenant cette décision, la Cour s'est donné la possibilité de vérifier la compatibilité de l'octroi du droit exclusif en cause avec les conditions posées par l'article 106, § 2 TFUE, lesquelles lui offrent une marge d'appréciation bien plus importante que celle dont elle dispose lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'existence d'un abus de position dominante. Surtout, le détour par l'article 106, § 2 permet à la Cour de soupeser la nécessité de ce droit exclusif au regard de

1. § 74 de l'arrêt *Albany*, C-67/96, précité; § 8 de l'arrêt *AG2R*, C-437/09, précité.

2. Parmi les auteurs défendant cette thèse, voy. notamment S. DEAKIN, « The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: In Search of New Foundations for Europe's "Social Market Economy" », *op. cit.*, p. 24; J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, 18e éd., *op. cit.*, p. 426-427.

« l'intérêt de [l'Union] au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun¹ ».

C'est certainement là que se trouve la raison principale de la décision de la Cour. Plutôt que de choisir de respecter les décisions prises collectivement par les partenaires sociaux en donnant son agrément de principe aux droits exclusifs octroyés par extension de la force obligatoire d'un accord collectif, ce qu'elle aurait pu faire à notre sens en se tenant à la définition de l'abus de position dominante allégué en l'espèce, la Cour a souhaité contourner la rigidité du contrôle permis sur la seule base des articles 102 et 106, § 1^{er} TFUE combinés (soit il y a abus de position dominante, soit il n'y en a pas) pour se donner les moyens d'opérer une forme de contrôle de proportionnalité desdits droits au regard des intérêts, par hypothèse contraires, de la libre concurrence sur le marché intérieur.

253. Si dans les affaires *Albany* et *AG2R*, la Cour a finalement conclu au respect du droit européen de la concurrence, le choix de recourir à l'article 106, § 2 TFUE n'est donc pas anodin pour autant. Comme le résumait P. Rodière dans un autre contexte, « l'exonération est de l'ordre de la tolérance, elle est accordée, alors que l'exclusion d'un champ d'application, tel que la règle définit celui-ci, est de droit pour les situations qui n'y entrent pas² ».

Pour le futur, la question reste donc ouverte de savoir si un régime de pension issu de la négociation collective et appuyé par un droit exclusif est conforme ou non au droit de la concurrence. Étant donné la centralité de l'article 106, § 2 TFUE pour décider de la légalité de ce droit exclusif, il convient de développer plus avant les conditions d'application de cet article, et particulièrement celle relative à l'existence d'une solidarité au sein du régime.

(ii) *L'article 106, § 2 TFUE et la question de la solidarité*

254. Le régime juridique de l'article 106, § 2 TFUE et plus largement des entreprises en charge d'un intérêt économique général a déjà fait l'objet d'études nombreuses et volumineuses³. Il ne saurait être question ici d'en étudier tous les aspects. Nous nous limiterons donc à en dire ce qui intéresse notre question.

1. § 103 de l'arrêt *Albany*, C-67/96, précité.

2. P. RODIÈRE, « L'impact des libertés économiques sur les droits sociaux dans la jurisprudence de la CJCE », *op. cit.*

3. Parmi les ouvrages consacrés à ce sujet, voy. notamment J.-V. LOUIS et S. RODRIGUES (éds.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006; M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD et J.W. VAN DE GRONDEN (éds.), *The changing legal framework for services of general interest in Europe: between competition and solidarity*, The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2009; E. SZYSZCZAK *et al.* (éds.), *Developments in Services of General Interest*, The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2011; U. NEERGAARD *et al.* (éds.), *Social Services of General Interest in the EU*, The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2013; E. SZYSZCZAK et J.W. VAN DE GRONDEN (éds.), *Financing services of general economic interest:*

En vertu de cet article, « [l]es entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union ».

255. Comme nous avons déjà pu l'exposer plus haut¹, cet article vise à résoudre la tension entre le droit des États membres d'octroyer des droits spéciaux ou exclusifs à certaines entreprises, d'une part, et le projet européen d'établir un marché unique au sein duquel la concurrence est libre et non faussée, d'autre part. L'avocat général Tesouro a bien exprimé la particularité de cette tâche : « La claire obscurité de l'article [106 TFUE...] n'est certainement pas due au hasard ou à une soudaine difficulté de rédaction, mais tient, au contraire, à la difficulté objective de concilier l'idée même d'un monopole ou d'une entreprise bénéficiaire de droits exclusifs avec un régime de libre concurrence et de marché commun. Cette difficulté procède, à notre avis, de la *contradiction de fond de l'ensemble du projet communautaire* tel qu'il est consigné dans le traité, entre, d'une part, la prévision ponctuelle d'un marché commun et d'un régime de libre concurrence et, d'autre part, le maintien des choix de politique économique par les États membres, sous réserve de coordination². »

256. Pour résoudre cette contradiction, la Cour et la Commission semblent procéder en général de la façon suivante. Elles accordent une large marge de manœuvre aux États membres pour l'identification d'un service d'intérêt économique général³. Elles procèdent par contre à un examen plus serré de la propor-

reform and modernization, The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2013; N. FIEDZIUK, *Services of general economic interest in EU law: The role of the « public service » exception in the light of recent developments in EU law*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2013, disponible sur <https://research.tilburguniversity.edu/en/publications/services-of-general-economic-interest-in-eu-law-the-role-of-the-p>.

1. Voy. *supra* n° 244.
2. Conclusions de l'avocat général Tesouro précédant CJUE, 19 mars 1991, *France c. Commission*, C-202/88, § 11. Nous mettons en italique.
3. Voy. notamment W. SAUTER et H. SCHEPEL, *State and Market in European Union Law: The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 175-176; P.J. SLOT, « Public Distortions of Competition: The Importance of Article 106 TFEU and the State Action Doctrine », in U. NEERGAARD *et al.* (éds.), *Social Services of General Interest in the EU*, The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2013, p. 255-257; G. GODIVEAU, « La place des services d'intérêt économique général parmi les valeurs de l'Union européenne », in L. POTVIN-SOLIS (éd.), *Les valeurs communes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 383-384; P. CRAIG et G. DE BÚRCA, *EU Law: text, cases, and materials*, 6^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 1125-1127; A. MAZIARZ,

tionnalité des droits spéciaux ou exclusifs octroyés à l'entreprise chargée de cette mission. Ce test de proportionnalité consiste à vérifier, de manière analogue au test appliqué pour la justification d'une entrave à la libre prestation des services¹, que les droits en question sont nécessaires à la bonne exécution de la mission, autrement dit qu'ils ne restreignent pas la concurrence au-delà de ce que l'exercice de cette mission exige². C'est lors de cette étape du raisonnement que se définit la véritable marge de manœuvre dont bénéficient les États membres pour organiser une activité économique d'après d'autres principes que ceux d'une économie de marché.

257. On a exposé plus haut que dans l'arrêt *Albany* comme dans l'arrêt *AG2R*, la nature d'« intérêt économique général » des régimes de protection sociale complémentaire a été facilement accordée. Et il semble en effet que, de manière générale, les dispositifs de protection sociale peuvent être considérés comme faisant partie des services d'intérêt économique général eu égard à leur finalité sociale³.

La nécessité du droit exclusif octroyé aux entités gestionnaires des régimes en question dans les deux arrêts a quant à elle été appréciée au regard des éléments de solidarité présents dans ces régimes. Sans ce droit exclusif, et plus précisément sans l'obligation d'affiliation au régime qui complète ce droit exclusif, cette solidarité ne pourrait être maintenue, ou alors seulement dans des conditions économiques inacceptables⁴.

258. Le critère de la solidarité joue donc un rôle central dans l'articulation entre le droit européen de la concurrence et les régimes de pension complémentaire obligatoires établis au sein des États membres : sa présence permet à ces régimes de bénéficier de la dérogation prévue à l'article 106, § TFUE. Mais de quelle solidarité est-il ici question ? Comment identifier la forme ou le degré de solidarité à partir duquel l'obligation d'affiliation est nécessaire à son maintien ? Force est de constater que nous disposons de peu d'éléments pour répondre à ces questions.

« Services of General Economic Interest: Towards Common Values? », *European State Aid Law Quarterly*, 2016, n° 1, p. 16-30.

1. Voy. *infra* n° 464 et s.
2. Voy. notamment W. SAUTER et H. SCHEPEL, *State and Market in European Union Law*, *op. cit.*, p. 179-182. Voy. également à ce sujet U. NEERGAARD, « The Concept of SSGI and the Asymmetries Between Free Movement and Competition Law », *op. cit.*, p. 237-239 ; F. PICOD, « Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur », in B. BRUNESSEN, F. PICOD et S. ROLAND (éds.), *L'Identité du droit de l'Union européenne : mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 767-782.
3. Voy. notamment la communication de la Commission du 26 avril 2006, *Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne ; les services sociaux d'intérêt général dans l'UE*, COM(2006), 177 final, p. 4.
4. §§ 108-109 de l'arrêt *Albany*, C-67/96, précité ; §§ 77-80 de l'arrêt *AG2R*, C-437/09, précité.

259. Certes, la Cour a précisé quels étaient les éléments solidaires présents dans le régime en cause dans l'arrêt *Albany* qui justifiaient à ses yeux l'obligation d'affiliation. Elle a ainsi noté que ce régime se caractérisait par « un degré élevé de solidarité en raison, notamment, de l'indépendance des cotisations par rapport au risque, de l'obligation d'accepter tous les travailleurs sans examen médical préalable, de la continuation de la constitution de la pension en dispense de versement des cotisations en cas d'incapacité de travail, de la prise en charge par le Fonds de l'arriéré de cotisations dû par l'employeur en cas de faillite de ce dernier ainsi que de l'indexation du montant des pensions afin de maintenir leur valeur¹ ». Ces éléments ressortissent pour l'essentiel à la forme de solidarité que nous avons qualifiée de « subventionnelle » (accompagnée d'éléments (re)distributifs secondaires) lors de notre discussion des limites du champ d'application du droit européen de la concurrence². On notera que la Cour ne reprend pas l'élément de solidarité (re)distributive présent dans le régime et consistant en « l'absence d'équivalence à titre individuel entre la cotisation versée [...] et les droits à pension [...] »³. On peut s'en étonner, dans la mesure où cette forme de solidarité est plus intense que la solidarité subventionnelle. Mais on ne saurait en tirer une quelconque conclusion étant donné le caractère non exhaustif de cette énumération (le « degré élevé de solidarité » consiste « notamment » en les éléments cités). Dans l'arrêt *AG2R*, la Cour a souligné l'existence d'une solidarité de type (re)distributif en relevant que le régime d'assurance soins de santé complémentaire en cause « se caractérise par un degré élevé de solidarité, en raison, notamment, du caractère forfaitaire des cotisations et de l'obligation d'accepter tous les risques⁴ ».

260. Les arrêts *Albany* et *AG2R* contiennent donc bien quelques indications sur la forme ou le degré de solidarité requis pour que l'entreprise gestionnaire d'un régime de protection sociale complémentaire puisse bénéficier de la dérogation prévue à l'article 106, § 2 TFUE. Il faut toutefois reconnaître que ces indications sont maigres. Surtout, elles se prêtent mal à la généralisation. Lorsque nous nous sommes essayé, plus haut, à dégager une cohérence de la jurisprudence relative aux limites du champ d'application du droit de la concurrence, nous pouvions nous appuyer sur une définition de l'activité économique dont il était possible de déduire *a contrario* quelques enseignements généraux pour la définition de l'activité exclusivement sociale⁵. Nous ne disposons d'aucun point d'appui de cette sorte pour répondre à la question qui nous occupe ici. La condition de solidarité de l'article 106, § 2 TFUE flotte quelque part entre la solidarité propre aux activités exclusivement sociales et les instruments de pension purement individuels, qui ne contiennent

1. § 109 de l'arrêt *Albany*, C-67/96, précité.

2. Voy. *supra* n° 84 et s.

3. § 75 de l'arrêt *Albany*, C-67/96, précité.

4. § 78 de l'arrêt *AG2R*, C-437/09, précité.

5. Voy. *supra* n° 142 et s.

aucune solidarité sinon éventuellement celle propre à toute opération d'assurance — ce que nous avons appelé plus haut la solidarité subventionnelle inconnue¹.

261. La seule indication générale fournie par la Cour est celle que l'obligation de s'affilier au régime doit être nécessaire au maintien de la solidarité qu'il met en œuvre « dans des conditions économiquement acceptables² ». Mais cette indication ne suffit pas pour déterminer comment la forme ou le degré de solidarité à partir duquel l'obligation n'est plus nécessaire peut être identifié. Doit-on se fonder sur des observations tirées de la pratique, sur des calculs actuariels, sur la situation particulière de l'entité en cause, ou sur un autre critère encore ? Et que décider si l'obligation d'affiliation est nécessaire pour l'existence d'une certaine solidarité, mais que celle-ci ne porte que sur des montants réduits au regard des prestations délivrées, par exemple une répartition solidaire des frais de fonctionnement de l'entité gestionnaire ? Est-ce suffisant pour bénéficier de la dérogation de l'article 106, § 2 TFUE, ou la solidarité nécessitant une affiliation obligatoire doit-elle en outre porter sur des montants importants ? Le flou domine sur ces questions. Un éclaircissement ne semble pouvoir venir que de décisions ultérieures de la Cour. Cette situation est dommageable pour la sécurité juridique des acteurs du domaine des pensions financées par capitalisation, qu'il s'agisse des partenaires sociaux, des autorités étatiques ou du législateur fixant le cadre réglementaire des régimes de pension pouvant être rendus obligatoires.

262. Pour illustrer cette insécurité, prenons un exemple tiré du droit belge³. En Belgique, les partenaires sociaux ont la possibilité d'établir au niveau sectoriel un régime de pension dit « social », c'est-à-dire auquel est lié un « engagement de solidarité ». Pour bénéficier des avantages fiscaux propres à ce type de régime⁴, l'affiliation au régime doit être rendue obligatoire pour l'ensemble des entreprises

1. Voy. *supra* n° 86.

2. § 107 de l'arrêt *Albany*, C-67/96, précité.

3. Voy. aussi par exemple la mise en garde à l'égard des réformes des pensions complémentaires envisagées aux Pays-Bas qui pourraient mettre à mal l'existence d'une solidarité suffisante pour bénéficier de l'exception de l'article 106, § 2 TFUE, formulée à l'époque par M. HEEMSKERK, « Op zoek naar de grenzen van de solidariteit in het aanvullend pensioen », *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2013, n° 6968, p. 223-231 ; voy. également H. VAN MEERTEN, « The Scope of the EU 'Pensions'-Directive: Some Background and Solutions for Policymakers », in U. NEERGAARD *et al.* (éds.), *Social Services of General Interest in the EU*, The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2013, p. 425. Pour une étude plus approfondie de la situation des pensions complémentaires aux Pays-Bas en lien avec le droit européen de la concurrence et de la libre prestation des services, voy. M. VAN DER POEL, *De houdbaarheid van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen. Toetsing aan het mededingingsrecht en het vrij verkeer van diensten en vestiging*, Amsterdam, Expertisecentrum Pensioenrecht Vrije Universiteit Amsterdam, 2013.

4. À propos de ces avantages, voy. *infra* n° 329.

du secteur¹, et sa gestion doit être confiée à une entité unique (une entreprise d'assurance ou un « organisme de financement de pension », c'est-à-dire un fonds de pension), sans possibilité de dérogation pour les employeurs qui préféreraient organiser ce régime au niveau de l'entreprise². En outre, l'engagement de solidarité doit assurer un degré de solidarité minimal, défini dans un arrêté royal. Premièrement, il doit prévoir la continuation du financement de la pension du travailleur pendant des périodes d'inactivité de deux natures différentes au moins parmi celles énumérées par l'arrêté royal (notamment les périodes de chômage, d'incapacité de travail ou encore les six premiers mois qui suivent la faillite de l'employeur)³. Deuxièmement, il doit prévoir soit l'octroi d'une rente en cas d'incapacité permanente de travail ou de décès pendant la carrière professionnelle, soit l'augmentation des pensions de retraite ou de survie en cours de paiement⁴. Enfin, le coût total de l'engagement de solidarité doit correspondre à 4,4 % au moins des versements effectués pour l'engagement de pension du régime sectoriel⁵.

Ces éléments de solidarité, qui conditionnent en droit belge le bénéfice d'avantages fiscaux, sont-ils suffisants pour justifier le droit exclusif octroyé à l'entité gestionnaire du régime social sectoriel au regard de l'interdiction des abus de position dominante en droit européen ? Certes, ils présentent plusieurs similitudes avec ceux prévus par le régime du fonds de pension en cause dans l'arrêt *Albany*. Toutefois, ils s'en distinguent également sur deux points importants.

D'une part, la loi relative aux pensions complémentaires prévoit que la personne morale chargée de l'exécution de l'engagement de solidarité doit gérer celui-ci « séparément de ses autres activités⁶ ». Au contraire donc du régime néerlandais, les actifs dédiés au financement des éléments de solidarité forment un ensemble distinct des actifs dédiés au financement de l'engagement de pension proprement dit. Cette organisation pourrait amener la Cour à considérer que l'obligation d'affiliation n'est pas nécessaire pour que l'organisme de pension puisse exercer sa mission dans des conditions économiquement acceptables pour ce qui concerne le volet « engagement de pension », puisque celui-ci est « détachable » des éléments de solidarité⁷.

-
1. Article 10, § 1^{er}, 3^o de la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale.
 2. Article 10, § 2, al. 2, de la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires, précitée.
 3. Article 1^{er}, 1^o, et article 2 de l'arrêté royal du 14 novembre 2003 fixant les prestations de solidarité liées aux régimes de pension complémentaires sociaux.
 4. Article 1^{er}, 2^o et 4^o, et article 2 de l'arrêté royal du 14 novembre 2003, précité.
 5. Article 2 de l'arrêté royal du 14 novembre 2003, précité.
 6. Article 47, al. 1^{er} de la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires, précitée.
 7. Voy. Y. STEVENS, *Gelijkheid en solidariteit in aanvullende werknemerspensioenen*, *op. cit.*, p. 533-534.

D'autre part, à supposer que la Cour analyse les régimes de pension sectoriels belges de manière intégrée, c'est-à-dire sans prêter attention à la séparation des actifs dédiés au volet solidarité, il faut remarquer que ceux-ci présentent souvent une physionomie bien différente de celle du régime en cause dans l'arrêt *Albany*. Ce dernier consistait en un régime de type « à prestations définies », c'est-à-dire un régime octroyant des pensions dont le montant est déterminé d'après une formule faisant appel à des facteurs tels que la durée de la période d'emploi ou le salaire, et pas d'après le montant des contributions versées¹. En outre, il octroyait des pensions payées sous forme de rentes. Ces deux caractéristiques étaient génératrices de solidarité (re)distributive (c'est-à-dire l'absence de lien direct entre les cotisations versées et le montant de la pension) et subventionnelle (les cotisations étaient fixées indépendamment du profil de risque individuel des travailleurs², lequel détermine pourtant ultimement le montant total de la rente versée).

En droit belge, un régime social peut être de type « à prestations définies », comme de type « à contributions définies », selon le choix des partenaires sociaux. De même, les pensions qu'ils octroient peuvent être versées sous forme de capital ou de rente. Mais la très grande majorité des régimes de pension complémentaires sectoriels existants sont à cotisations définies³ (avec cette nuance qu'ils sont accompagnés d'une promesse d'un rendement garanti minimum des cotisations⁴), ce qui exclut l'existence d'une solidarité (re)distributive (sinon sous la forme des éléments (re)distributifs secondaires contenus dans l'engagement de solidarité).

-
1. L'OCDE appelle ces régimes « à prestations définies traditionnels ». Voy *Private Pensions: OECD classification and glossary. Les Pensions privées : classification et glossaire de l'OCDE, op. cit.*, p. 60. Pour un rappel des caractéristiques du régime en cause dans l'arrêt *Albany*, voy. *supra* la note 5.
 2. Voy. *supra* n° 77
 3. Au 31 décembre 2015, sur les 47 régimes de pension sectoriels ouverts (à comprendre ici comme ne portant pas uniquement sur des années de travail antérieures à l'entrée en vigueur de la loi sur les pensions complémentaires), 42 étaient à cotisations définies et 4 à prestations définies (le dernier étant de type « cash balance », une formule hybride entre les cotisations définies et les prestations définies où l'organisateur du plan de pension s'engage à octroyer une prestation qui correspond au montant des cotisations versées augmenté d'un rendement prédéfini – et pas seulement un rendement minimum – dans le règlement de pension). Les régimes à prestations définies ne couvrent que 3 % de l'ensemble des affiliés actifs à un régime de pension sectoriel. Voy. le *Rapport bisannuel concernant les régimes de pension sectoriels*, Autorité des services et marchés financiers (FSMA), 2017, p. 8, disponible sur <https://www.fsma.be/fr/rapport-bisannuel>.
 4. L'OCDE appelle ces régimes de pension « à prestations définies hybrides » (*Private Pensions: OECD classification and glossary. Les pensions privées : classification et glossaire de l'OCDE, op. cit.*, p. 60.)

Et la plupart versent les pensions sous la forme d'un capital, ce qui exclut l'existence d'une solidarité subventionnelle¹.

Eu égard à ce qui précède, la question se pose de savoir si la solidarité à l'œuvre dans ces régimes serait jugée suffisante par la Cour pour justifier le droit exclusif de l'entité gestionnaire du régime au regard de l'article 106, § 2 TFUE dans les deux hypothèses. Elle l'est probablement pour les régimes à prestations définies versant des rentes, étant donné leur forte similarité avec le régime en cause dans l'arrêt *Albany*. Mais ceux-ci sont marginaux dans le paysage belge des pensions complémentaires. La question semble par contre devoir demeurer ouverte pour les régimes à contributions définies versant des capitaux (les plus nombreux). Elle se pose évidemment avec plus d'acuité encore si ces régimes ne comprennent aucun engagement de solidarité.

263. Ce qui est vrai pour les régimes de pension sectoriels belges l'est de manière plus générale pour tous les régimes sectoriels obligatoires à contributions définies existant dans les États membres, lesquels semblent être de plus en plus populaires au sein de l'Union européenne². La Cour ne s'étant jamais prononcée qu'à l'égard d'un régime à prestations définies, et les indications contenues dans cet arrêt n'étant pas généralisables, nous ne pouvons que constater l'absence de réponse certaine, en l'état actuel des choses, à la question de savoir si ces régimes peuvent bénéficier de la dérogation de l'article 106, § 2 TFUE. La question se pose *a fortiori* s'ils versent les pensions sous la forme d'un capital.

264. En vérité, la réponse à cette question dépendra du poids que la Cour décidera de donner à l'autonomie des États membres pour l'organisation de leurs régimes de pension financés en capitalisation dans sa mise en balance avec « l'intérêt de [l'Union] au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun³ ». Cette insécurité juridique découle directement du choix de la Cour de ne pas s'en tenir à la vérification de l'existence d'un abus de position dominante au regard de la théorie du « monopole défaillant » pour tran-

-
1. Au 31 décembre 2015, seuls deux régimes prévoyaient le versement obligatoire d'une rente. Deux autres régimes versaient en principe une rente, mais prévoyaient la possibilité de convertir la rente en capital. Tous les autres régimes prévoyaient le versement d'un capital. Notons que l'article 28, § 1^{er} de la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires, précitée, prévoit toutefois que lorsque la pension est versée en capital, l'affilié a le droit de demander sa transformation en rente.
 2. Voy. notamment S. BROOKS, « Interdependent and Domestic Foundations of Policy Change: The Diffusion of Pension Privatization Around the World », *International Studies Quarterly*, 2005, vol. 49, n° 2, p. 273-294; R. HOLZMANN, « Global pension systems and their reform: Worldwide drivers, trends and challenges », *International Social Security Review*, 2013, vol. 66, n° 2, p. 1-29; B. EBBINGHAUS, « The Privatization and Marketization of Pensions in Europe: A Double Transformation Facing the Crisis », *European Policy Analysis*, 2015, vol. 1, n° 1, p. 56-73; Y. STEVENS, « The silent pension pillar implosion », *op. cit.*, spéc. p. 99-100.
 3. § 103 de l'arrêt *Albany*, C-67/96, précité.

cher les questions posées dans l'arrêt *Albany*, à l'instar de ce qu'elle a fait dans l'arrêt *Pavlov*.

265. Dans les arrêts *Albany*, *Pavlov* et *AG2R*, la Cour a envisagé l'existence de deux formes d'abus de position dominante : celle consistant à n'être manifestement pas en mesure de satisfaire la demande du marché, et celle qui découle de l'octroi à l'entité gestionnaire du régime du pouvoir de dispenser les entreprises qui en font la demande de l'obligation de s'affilier au régime. Pour compléter ces développements relatifs à la question de l'incidence de l'interdiction des abus de position dominante sur l'autonomie des États, il semble bon de dire quelques mots à propos d'autres formes d'abus qui pourraient éventuellement être invoquées un jour contre l'entité gestionnaire d'un régime de pension obligatoire, quoique cela ne soit à notre connaissance encore jamais arrivé. Il s'agit des abus dont les effets se font sentir sur un marché connexe au marché dominé.

(3) *D'autres formes d'abus ?*

266. Une entreprise en position dominante grâce à un droit spécial ou exclusif octroyé par l'État n'est pas exposée à la critique sur la base de l'article 102 TFUE uniquement pour son comportement sur le marché de biens ou de services qu'elle domine. Dans la jurisprudence européenne, de nombreux exemples existent où une entreprise a été épinglée pour son comportement sur un marché *connexe* à celui au sein duquel elle jouit d'une position dominante¹. Un cas de figure bien connu à l'égard des entreprises titulaires d'un monopole légal est celui dit des « subventions croisées ». Il désigne la situation où l'entreprise titulaire d'un monopole légal utilise les bénéfices dégagés grâce à ce dernier pour financer les coûts d'une autre activité exercée, elle, sur un marché concurrentiel. Les subventions croisées ne sont pas illégales en soi, mais seulement dans les cas où elles entraînent une perturbation durable du marché². Un autre exemple de comportement pouvant être qualifié d'abus de position dominante alors que ses effets se font sentir sur un autre marché que le marché dominé est celui de l'usage d'une « facilité essentielle » liée au monopole légal pour l'exercice d'une activité concurrentielle. Relève notamment de cette catégorie des facilités essentielles les données récoltées sur les clients de l'activité monopolistique : l'entité bénéficiaire du monopole légal ne peut les utiliser dans le cadre d'une activité concurrentielle, sauf à en permettre l'accès à toutes les autres entreprises concurrentes³.

-
1. À propos de la notion de marché connexe, voy. C. MONGOUACHON, *Abus de position dominante et secteur public*, op. cit., p. 360-374 ; N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 436-438.
 2. C. MONGOUACHON, *Abus de position dominante et secteur public*, op. cit., p. 429-448.
 3. *Ibid.*, p. 451-453.

267. Il n'est pas impossible de penser que des acteurs du monde des pensions puissent se voir reprocher un jour un abus de position dominante de ce type. Par exemple, une entreprise d'assurance désignée pour la gestion d'un régime de pension complémentaire sectoriel pourrait utiliser les bénéfices générés par cette activité pour baisser le coût d'autres produits parmi ceux qu'elle propose sur le marché. Ou encore, la même entreprise pourrait souhaiter faire usage des données récoltées sur les travailleurs du secteur à l'occasion de cette gestion pour leur proposer des produits d'assurance vie individuelle.

268. L'interdiction de ce type de comportement ne nous semble pas de nature à exercer une quelconque incidence sur l'autonomie des États membres dans l'organisation de leurs systèmes de pension. Quand bien même l'entité gestionnaire d'un régime de pension sectoriel obligatoire serait reconnue coupable d'abuser de sa position dominante sur un marché connexe, cette conclusion ne serait pas de nature à remettre en cause la légalité du droit exclusif octroyé par l'État. En effet, dans une telle hypothèse, l'abus aurait sa cause dans un comportement adopté par l'entreprise elle-même de manière autonome, et pas dans la situation objective créée par l'octroi d'un droit exclusif. En raison de cette absence de lien indissociable entre l'abus et le droit exclusif, celui-ci ne pourrait donc être critiqué sur la base de l'interdiction des abus de position dominante.

(4) *Systématisation de l'enseignement principal de la jurisprudence relative aux abus de position dominante et discussion des valeurs qui la sous-tendent*

269. Une question de première importance est au centre de la jurisprudence ayant fait application de l'article 102 TFUE, qui interdit à une entreprise d'abuser de sa position dominante, à des régimes de pension. Cette question est celle de savoir si l'octroi d'un droit exclusif à l'entité gestionnaire d'un régime de pension complémentaire obligatoire est légal au regard de l'article 102 combiné à l'article 106, § 1^{er} TFUE, qui interdit aux États membres d'édicter ou de maintenir des mesures contraires aux règles des traités en qui concerne les entreprises dotées de tels droits exclusifs.

Étant donné les résultats de notre recherche sur les limites du champ d'application du droit européen de la concurrence, que nous avons menée plus haut, cette question peut être reformulée pour prendre une portée plus générale. D'après notre interprétation, tous les régimes de pension financés en capitalisation sont soumis au droit de la concurrence : il est ainsi indifférent qu'ils octroient des pensions légales ou complémentaires. Seul compte le mode de financement pour décider de l'applicabilité de cette branche du droit économique européen. Pour tous ces régimes donc, dès lors qu'ils sont obligatoires et gérés par une entité unique, la question se pose de savoir si le droit exclusif dont dispose par conséquent cette entité peut être justifié par application de l'article 106, § 2 TFUE.

La réponse à cette question est évidemment déterminante pour apprécier l'autonomie dont disposent les États membres dans l'organisation de leurs systèmes de pension. En l'absence de la possibilité d'obliger les individus et les entreprises à participer à un régime géré par une entité unique, les États seraient privés d'un moyen d'action de première importance pour l'élaboration d'une politique de pension.

270. Pour l'essentiel, la Cour considère que l'octroi d'un droit exclusif n'est pas contraire au droit européen de la concurrence dès lors qu'il permet au régime concerné d'organiser un « degré élevé de solidarité » dans des conditions économiquement acceptables. Toute la question est de savoir où se situe le seuil d'un degré élevé de solidarité, et à partir de quand les conditions d'exploitation d'un régime de pension deviennent économiquement inacceptables.

Dans aucun de ses arrêts, que ce soit les arrêts *Albany* ou l'arrêt *AG2R* portant sur un régime de protection sociale complémentaire autre qu'un régime de pension, la Cour n'a censuré le droit exclusif accordé au dispositif concerné. On peut ainsi raisonnablement penser que la Cour fait montre d'une certaine souplesse dans son appréciation de la condition de solidarité, ne souhaitant pas s'immiscer dans les choix des États membres — ou des institutions auxquelles les États membres ont donné la possibilité de choisir en droit interne — relatifs à l'organisation des régimes de pension financés en capitalisation. Le contrôle opéré par la Cour dans ce domaine sur l'absence d'un abus de position dominante est selon toute vraisemblance un contrôle marginal, visant uniquement à prévenir les cas où le droit exclusif octroyé est manifestement inutile pour le bon fonctionnement du régime de pension eu égard à ses caractéristiques propres (absence d'une solidarité suffisante expliquant le besoin du droit exclusif). La contrainte exercée par cette jurisprudence sur l'autonomie des États membres peut donc jusqu'à présent être tenue pour minime.

271. Il n'en reste pas moins que la condition de solidarité posée par la Cour est génératrice d'une certaine insécurité juridique. D'une part, la Cour ne s'étant prononcée qu'à propos de régimes proposant des pensions à prestations définies, la situation des régimes proposant des pensions à cotisations définies est plus incertaine; or, ces régimes sont de plus en plus nombreux au sein des États membres, et ils sont majoritaires dans le paysage des pensions complémentaires sectorielles belges. D'autre part, le flou de la condition de solidarité laisse à la Cour le pouvoir de lui donner un sens plus ou moins stricte, et par suite de réduire ou d'augmenter la marge de manœuvre dont disposent les États pour l'organisation des régimes de pension financés par capitalisation.

272. Nous avons expliqué plus haut qu'à notre sens, une autre solution, tout aussi convaincante sur le plan juridique mais génératrice de moins d'incertitudes,

aurait pu être retenue par la Cour dans les arrêts *Albany* et *AG2R*¹. La Cour aurait pu considérer que, dès lors que le dispositif est issu de la négociation collective, le risque est de toute façon écarté qu'il soit manifestement incapable de satisfaire la demande du marché, autrement dit qu'il se rende coupable d'un abus de position dominante consistant en l'exercice d'un « monopole défaillant ». La négociation collective vise en effet précisément à permettre aux partenaires sociaux de se mettre d'accord sur les mesures à prendre relativement à certaines questions intéressant l'ensemble d'un secteur, par exemple celle des pensions à octroyer aux travailleurs dudit secteur (du moins dans les États qui prévoient ou permettent l'instauration de plan de pension sectoriels). On aurait donc pu conclure que « la demande du marché » est en fait exprimée dans les accords collectifs passés entre partenaires sociaux, de sorte que le dispositif mis en place pour exécuter ces accords ne saurait pas être « manifestement » incapable de satisfaire cette demande.

273. On vient de le rappeler, ce choix de la Cour de ne pas prendre en considération le fait que le dispositif qui jouit d'un droit exclusif est issu de la négociation collective a des conséquences juridiques importantes : il fait de l'article 106, § 2 TFUE et de la condition d'un « degré élevé de solidarité » le prisme au moyen duquel on apprécie la légalité du droit exclusif au regard du droit de la concurrence, ce qui est générateur d'une certaine incertitude juridique et ce qui donne, de fait, un pouvoir d'influence important à la Cour.

274. Ce choix de la Cour est également intéressant sur un autre plan. Il nous renseigne sur les valeurs qui imprègnent le raisonnement de la Cour sur cette question. Ces valeurs nous semblent s'exprimer sur un point en particulier. Il concerne la manière dont la Cour semble penser les rapports entre l'État, la négociation collective et le marché.

En choisissant de ne pas tenir compte de l'origine négociée du droit exclusif, la Cour soumet l'ensemble des droits exclusifs au même régime juridique, qu'ils soient décrétés d'autorité par l'État ou qu'ils soient la mise en œuvre d'un accord collectif avec l'aide éventuelle de l'État : tout droit exclusif doit être justifié au regard de l'article 106, § 2 TFUE. Dans le raisonnement de la Cour, il n'y a donc pas de place pour une position intermédiaire entre l'État et le marché, ou plus précisément entre l'intervention verticale d'une autorité — qu'elle soit proprement étatique ou non-étatique mais supportée par l'État — et le principe du libre marché.

275. Ainsi, le schéma de raisonnement de la Cour évacue ce que l'on pourrait appeler les « corps intermédiaires », en l'occurrence les instances de négociation collective. Au sein de ces instances, des acteurs actifs *sur le marché* entrent en relation les uns avec les autres *par d'autres moyens* que les mécanismes du marché :

1. Voy. *supra* n° 248 et s.

ils se réunissent collectivement, au travers de leurs représentants, en vue de prendre des décisions concertées; leur comportement est donc exactement l'inverse de celui qu'ils adoptent d'habitude sur le marché, où chaque entreprise et chaque individu prend des décisions individuelles, lesquelles sont indirectement coordonnées aux autres décisions individuelles par le truchement du marché.

La Cour ne prend pas en considération la spécificité de cette manière d'organiser les relations entre les acteurs économiques. Dans son schéma de pensée, il semble n'y avoir place que pour l'intervention verticale d'une autorité extérieure au marché, d'une part, et pour la coordination des décisions individuelles dans et par le marché, d'autre part. Et, en cohérence avec l'objectif du droit de la concurrence de garantir l'existence d'une concurrence libre et non faussée, c'est cette seconde manière d'organiser les activités qui constitue la solution de principe : la nécessité de l'intervention verticale doit être justifiée, puisqu'elle constitue une exception au principe du libre marché.

276. Cette manière de raisonner n'est pas sans rappeler une conception libérale de la société, selon laquelle les individus, qui interagissent librement entre eux, font directement face à un État en position de surplomb, dont les interventions sont par hypothèse imposées de l'extérieur aux individus et doivent demeurer exceptionnelles, puisqu'elles restreignent leur liberté¹. Elle se concilie en tous les cas sans peine avec les valeurs libérales au fondement du modèle contractuel de pension, au sens où nous l'avons défini plus haut dans notre partie liminaire : selon ces valeurs libérales, pour que la justice distributive soit assurée, c'est-à-dire pour que chacun reçoive effectivement ce qui doit lui revenir, il faut articuler les rapports entre les hommes sur les rapports entre les choses qu'ils s'échangent librement sur le marché. Des instances de négociation collective ne sauraient être que des entorses au principe qui sous-tend la justice distributive, puisqu'elles consistent précisément à organiser la répartition de certaines choses — en l'occurrence les ressources monétaires des travailleurs — par un autre moyen que le marché. En tant qu'entorses au principe, ces instances de négociation collectives doivent être justifiables et justifiées aux mêmes conditions que les autres exceptions au principe, notamment les interventions de l'État dans l'économie. Dans une conception libérale de la justice distributive, la négociation collective entendue comme corps intermédiaire entre les individus et l'État ne saurait trouver sa place.

277. Le choix de la Cour de ne pas prendre en considération la spécificité de la négociation collective dans l'appréciation de l'existence d'un abus de position dominante nous semble ainsi témoigner d'une prégnance de valeurs libérales dans

1. À propos de la prégnance des valeurs libérales dans la jurisprudence de la Cour en général, voy. notamment P. MADDALON, *La notion de marché dans la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes*, *op. cit.*

son chef¹. Ainsi, bien que le résultat de son raisonnement — le droit exclusif est justifié pour maintenir un degré élevé de solidarité au sein du dispositif — ne constitue pas une menace pour l'existence des dispositifs issus de la négociation collective, il ne nous paraît pas étonnant que cette jurisprudence puisse susciter des crispations, voire de la méfiance dans certains milieux. Par exemple, le juriste qui se consacre à l'étude du droit des relations collectives ou le représentant syndical ou patronal habitué aux instances de négociation collective peuvent s'étonner de voir ce domaine de la réalité appréhendé au moyen de conceptions qui lui sont étrangères : de quel « marché » les partenaires sociaux risquent-ils de n'être pas capables de satisfaire la demande ? De quel « monopole défaillant » pourraient-ils être responsables ? Pour eux, les instances de négociation collective sont le lieu où des intérêts conflictuels — reconnus et assumés comme tels — se font face en vue de dégager une solution commune sur laquelle ils puissent s'entendre. La demande du marché, celui de leur secteur d'activité, n'est pas une donnée extérieure à leur négociation, qu'ils pourraient ou devraient prendre comme point de référence — comme valeur — pour apprécier le bien-fondé de leurs accords collectifs : ils se font face précisément pour dégager *une autre valeur* que celle du marché pour organiser leurs rapports.

Conclusions intermédiaires : l'interdiction des ententes, l'interdiction d'abuser d'une position dominante et l'autonomie des États membres pour l'organisation de leurs systèmes de pension

278. Dans ce paragraphe, nous avons cherché à identifier les contraintes éventuelles que l'interdiction des ententes entre entreprises et l'interdiction des abus de position dominante font peser sur l'autonomie des États membres pour l'organisation de leurs systèmes de pension.

279. À propos de la première interdiction, la jurisprudence pertinente pour notre question est celle entamée avec les arrêts *Albany*, dans lesquels la Cour a décidé qu'en raison de leur nature et de leur objet, les accords collectifs conclus par les partenaires sociaux ne constituent pas des ententes entre entreprises. Nous avons souligné l'importance de cette jurisprudence pour les États membres dont les pensions complémentaires sont organisées par les partenaires sociaux : si la Cour avait décidé autrement, c'est la possibilité même de prévoir ou de favoriser,

1. Nous verrons plus loin que cette difficulté — ou ce refus — de considérer la négociation collective au moyen d'un autre schéma de pensée que l'autorité verticale faisant face au marché se retrouve dans d'autres décisions de la Cour en lien avec l'organisation des systèmes de pension des États membres, en l'occurrence dans sa jurisprudence exigeant le respect d'une obligation de transparence lors de la constitution d'un régime de protection sociale complémentaire. Voy. *infra* n° 521 et s.

en droit interne, ce type de pension complémentaire qui aurait disparu. Nous avons toutefois fait remarquer que cette jurisprudence n'a par contre pas eu pour effet d'immuniser les régimes de pension fondés sur des accords collectifs contre l'intervention d'autres dispositions du droit économique européen, notamment l'interdiction d'abuser d'une position dominante.

280. Nous sommes ainsi passé à l'étude de l'incidence actuelle ou potentielle de cette deuxième interdiction énoncée par le droit de la concurrence. La jurisprudence de la Cour n'est pas très fournie sur cette question : elle comprend les arrêts *Albany* ainsi que l'arrêt *Pavlov* et l'arrêt *AG2R*. Au centre de chacune de ces affaires, on trouve la question de la légalité du droit exclusif dont bénéficie l'entité en charge d'un dispositif de protection sociale complémentaire obligatoire. Dans les affaires soumises à la Cour, cette légalité avait été contestée au motif que les dispositifs étaient constitutifs de deux types d'abus de position dominante particulier. Le premier découle de l'existence d'un conflit d'intérêts dû à l'octroi à une entreprise du pouvoir de réglementer ou de contrôler l'activité d'autres entreprises en concurrence avec elle sur le marché. En l'occurrence, les fonds de pension des arrêts *Albany* et *Pavlov* disposaient du pouvoir d'accorder des dispenses de participation au régime de pension sectoriel. Le second est l'abus dit du « monopole défaillant ». Il est rencontré lorsque l'entreprise titulaire d'un monopole légal (donc notamment les entreprises titulaires d'un droit exclusif) n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour l'activité en monopole.

281. La Cour a écarté les critiques des droits exclusifs en cause dans les trois affaires analysées (les arrêts *Albany*, *Pavlov* et *AG2R*). Dans l'arrêt *Albany*, elle a estimé qu'un État membre peut confier à un fonds de pension le pouvoir d'octroyer une dispense de participer au régime qu'il gère, étant donné la complexité des éléments à prendre en compte pour jauger de l'effet d'une telle décision sur l'équilibre financier du régime. Cette situation n'est pas créatrice d'un conflit d'intérêts générateur d'un abus de position dominante. Deux autres éléments ont pesé dans cette décision de la Cour. D'une part, le pouvoir de dispense dont disposait le fonds de pension en cause n'était pas entièrement discrétionnaire, puisque la législation lui imposait d'octroyer une dispense dans un cas de figure précis. D'autre part, la Cour a relevé que les juridictions nationales pouvaient, ou du moins devaient pouvoir vérifier au moins que « le fonds n'a pas fait un usage arbitraire de sa faculté d'octroyer une dispense et que le principe de non-discrimination ainsi que les autres conditions tenant à la légalité de cette décision ont été respectés ».

282. Concernant l'abus de position dominante présumé consistant à n'être manifestement pas en mesure de satisfaire la demande du marché, la Cour a estimé que la preuve d'un tel abus n'était pas apporté dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Pavlov*. Dans les arrêts *Albany* et *AG2R* par contre, elle ne s'est pas formel-

lement prononcée sur l'existence ou non d'un tel abus. Elle a par contre considéré que les droits exclusifs en cause pouvaient être justifiés au regard de l'article 106, § 2 TFUE, qui permet de déroger aux règles de la concurrence dans la mesure nécessaire à l'exercice d'un service d'intérêt économique général. Selon elle, les droits exclusifs en cause étaient en effet nécessaires au maintien d'une certaine solidarité entre les participants aux régimes. Selon ces décisions, la légalité de l'obligation d'affiliation à un régime de protection sociale complémentaire géré par une entité unique au regard du droit européen de la concurrence dépend donc de l'existence d'une solidarité entre les individus participant au régime en question.

283. Nous avons relevé que le recours à l'article 106, § 2 TFUE était révélateur d'un choix particulier de la Cour. À notre sens, la Cour aurait en effet pu, voire dû conclure à l'absence d'un abus de position dominante du type du « monopole défaillant » : les régimes en cause dans les deux arrêts ayant été établis à l'issue d'une négociation collective, il nous semble que l'argument selon lequel ils ne répondaient « manifestement » pas à la demande du marché ne pouvait être que considéré comme inconsistant. De toute évidence, la Cour a toutefois préféré répondre à la question de la légalité des droits exclusifs en cause en s'appuyant sur l'article 106, § 2 TFUE pour se préserver la possibilité d'établir une balance entre le droit des États membres à mener une politique sociale au moyen d'entreprises dotées d'un droit exclusif, d'une part, et le projet européen d'établir un marché sans frontières intérieures au sein duquel la concurrence est libre et non faussée.

Nous avons soulevé que ce choix de la Cour de recourir à l'article 106, § 2 TFUE est source d'incertitude juridique pour les partenaires sociaux. En effet, il paraît difficile d'établir *a priori* le type ou le degré de solidarité à partir duquel l'octroi d'un droit exclusif à l'entité gestionnaire du régime de pension est nécessaire. De plus, l'arrêt *Albany* portait sur un régime de pension à prestations définies. La question reste donc ouverte de savoir si les régimes à cotisations définies présentant certains éléments de solidarité tels que, par exemple, ceux requis par la législation belge pour qu'un régime puisse être qualifié de social, sont suffisamment solidaires pour justifier, par application de l'article 106, § 2 TFUE, qu'ils soient gérés par une entité unique.

C'est là un enseignement central de nos développements. N'eût été le choix de la Cour de trancher les affaires *Albany* et *AG2R* en recourant à l'article 106, § 2 TFUE, il n'y eût rien à craindre pour l'autonomie des États lorsqu'ils décident de confier l'organisation de régimes de pension complémentaire aux partenaires sociaux et de leur apporter un appui par l'octroi d'un droit exclusif à l'entité qu'ils choisissent. Sauf circonstances exceptionnelles, l'établissement des modalités du régime par le moyen de la négociation collective aurait permis d'exclure l'existence d'un abus de position dominante consistant à n'être manifestement pas en mesure de satisfaire la demande du marché. Mais étant donné le choix posé par la Cour,

la légalité du droit exclusif de l'entité gestionnaire d'un régime dépend de la solidarité mise en œuvre au sein de celui-ci, dont la Cour est en dernière instance seule compétente pour fixer le degré minimum requis afin de remplir les conditions de la dérogation de l'article 106, § 2 TFUE. L'autonomie des États membres trouve là une limitation potentielle, qui ne cesse pas d'exister du seul fait qu'aucun d'entre eux n'ait eu jusqu'ici à en pâtir.

284. Étant donné l'indifférence de l'origine conventionnelle d'un régime de pension pour juger de la légalité du droit exclusif octroyé à l'entité chargée de sa gestion, nous avons précisé qu'à notre sens, la jurisprudence de la Cour est généralisable à l'ensemble des régimes de pension soumis au droit de la concurrence. Ceux-ci sont, selon notre analyse des limites du champ d'application du droit de la concurrence, tous les régimes financés en capitalisation. Ainsi, dès lors qu'un régime financé de la sorte est obligatoire et est géré par une entité unique, le droit exclusif dont dispose par hypothèse cette entité doit répondre aux conditions de l'article 106, § 2 TFUE pour être compatible avec l'interdiction d'abuser d'une position dominante. Que ce régime constitue une composante des pensions légales ou qu'il octroie des pensions complémentaires est, à notre avis, indifférent à cet égard.

285. Nous avons souligné que le choix de la Cour de n'accorder aucune attention au fait qu'un droit exclusif se fonde dans un accord collectif pour apprécier l'existence d'un éventuel abus de position dominante est à notre sens révélateur de ce que sa jurisprudence est empreinte de valeurs libérales. Ce choix fait en effet écho à une conception de la société dans laquelle aucun corps intermédiaire ne saurait exister entre les individus et l'État. L'intervention d'un tel corps intermédiaire, en l'occurrence des partenaires sociaux se réunissant dans des instances de négociation collective, va contre la vision libérale de la justice distributive selon laquelle ce qui doit revenir aux individus doit être déterminé par leurs échanges libres sur le marché.

286. Enfin, nous avons mentionné pour information d'autres types d'abus de position dominante éventuellement susceptibles d'être reprochés à l'entité gestionnaire d'un régime de pension sectoriel obligatoire, à savoir ceux qui consistent en l'adoption de comportements ayant des effets anticoncurrentiels sur un marché connexe au marché dominé. Nous avons toutefois pointé qu'à supposer qu'ils puissent un jour être établis, cela ne permettrait pas de remettre en cause le droit exclusif lui-même, le comportement abusif constaté n'étant en toute hypothèse pas indissociable de ce dernier. En d'autres termes, les comportements autonomes d'une entreprise dotée d'un droit exclusif ne sont pas susceptibles de remettre en cause la légalité de l'octroi de ce droit par l'État. L'encadrement de ce type de comportement ne restreint donc pas l'autonomie des États pour l'organisation de leurs systèmes de pension.

287. Pour synthétiser en quelques mots les enseignements de ces développements, ni l'interdiction des ententes entre entreprises ni l'interdiction d'abuser d'une position dominante n'ont exercé, jusqu'à présent, une contrainte effective sur l'autonomie des États membres pour l'organisation de leurs systèmes de pension. Toutefois, la condition de l'existence d'un degré élevé de solidarité posée par la Cour pour justifier le droit exclusif octroyé à l'entité gestionnaire d'un régime de pension financé en capitalisation est une source d'insécurité juridique. Outre le flou inhérent à cette condition, on ne sait si la Cour considérerait qu'elle peut être rencontrée dans un régime octroyant des pensions à cotisations définies. Cette insécurité peut constituer une contrainte en quelque sorte négative, en ce sens qu'elle fait peser un risque sur les régimes existants ou à venir qui ne présentent pas des éléments de solidarité similaires à ceux présents dans les régimes des arrêts *Albany*. Ce risque mérite d'être considéré par les autorités étatiques et les partenaires sociaux.

Au-delà de ces considérations, on remarquera que la jurisprudence *Albany* a pu susciter des crispations, voire de la méfiance à l'encontre de la Cour pour d'autres raisons que ses effets juridiques concrets. Cette jurisprudence porte des valeurs qui sont en tension, sinon contradictoires avec celles qui expliquent et justifient l'existence d'instances de négociation collective. Ces instances sont le lieu où des intérêts divergents s'affrontent en vue de faire émerger une unité de mesure commune de ce qui doit revenir aux uns et aux autres, c'est-à-dire de la justice distributive. Par hypothèse, cette unité de mesure est autre que celle qui serait déterminée par le libre jeu du marché. Le simple fait d'énoncer, implicitement mais de manière certaine, que cette unité commune dégagée par la négociation pourrait être remise en cause par le droit européen pour assurer l'existence d'une concurrence libre et non faussée, autrement dit qu'elle devrait pouvoir céder le pas face à cet objectif, est de nature à échauder et à rendre méfiants ceux qui sont attachés, ou simplement habitués à la négociation collective et à son autre manière de définir la justice distributive. Et cela reste vrai quand bien même l'application du droit de la concurrence n'a pas pour effet de remettre en cause ces instances. « Jusqu'à quand ? », répondront ceux-là.

§ 2. Les pensions et les aides d'État

288. La troisième et dernière mesure de droit européen de la concurrence qu'il nous faut aborder est l'interdiction des aides accordées par les États aux acteurs économiques, dont le cadre est fixé aux articles 107 à 109 TFUE. En cohérence avec notre question de recherche, l'analyse que nous en proposons vise à déterminer si et dans quelle mesure cette interdiction exerce ou est susceptible d'exercer une contrainte sur l'organisation des systèmes de pension des États membres.

Pour ce faire, nous commençons par présenter la notion d'aides d'État et les finalités poursuivies par leur interdiction au niveau européen. Nous donnons également quelques indications relatives aux procédures de contrôle du respect de cette interdiction (1). Nous abordons ensuite les limitations du champ d'application de cette interdiction, en nous concentrant sur les cas de figure intéressant ou étant susceptibles d'intéresser les systèmes de pension (2). Nous exposons enfin les cas dans lesquels des aides d'État sont admises, par exception au principe de leur interdiction générale. À nouveau, nous n'abordons que celles de ces exceptions qui sont pertinentes pour répondre à la question de l'influence actuelle ou potentielle de cette branche du droit européen sur les systèmes de pension (3).

1. La notion d'aides d'État

289. L'interdiction des aides d'État est énoncée à l'article 107, § 1^{er} TFUE. Celui-ci prévoit que,

[s]auf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

La jurisprudence a dégagé quatre éléments constitutifs d'une aide d'État de ce paragraphe¹. Premièrement, l'intervention en cause doit être une intervention de l'État ou opérée au moyen de ses ressources. À cet égard, il a été précisé que la notion d'aide d'État comprend non seulement des prestations positives telles que des subventions, mais également les interventions qui allègent les charges qui grèvent normalement le budget d'une entreprise, comme par exemple une exonération de taxe ou d'impôt; il n'est donc pas nécessaire de démontrer qu'il y a eu transfert de ressources d'État pour que l'avantage octroyé puisse être considéré comme une aide d'État². Deuxièmement, l'intervention doit être susceptible d'affecter les échanges entre États membres. Troisièmement, elle doit accorder un avantage économique que l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché³. Quatrièmement, elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence, du fait notamment du caractère sélectif de l'aide octroyée.

-
1. Voy. notamment CJUE, 24 juillet 2003, *Altmark*, C-280/00, § 75; CJUE, 8 mai 2013, *Libert e.a.*, C-197/11 et C-203/11, § 74; CJUE, 21 décembre 2016, *Commission c. Hansestadt Lübeck*, C-524/14 P, § 40. Pour une analyse détaillée de la notion d'aide d'État, voy. M. DONY, F. RENARD et C. SMITS, *Contrôle des aides d'État*, 3^e éd., Commentaire J. Mégret, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2007, p. 15-189.
 2. Voy. notamment CJUE, 19 mars 2013, *Bouygues c. Commission*, C-399/10 P et C-401/10 P, § 101; TUE, 4 mars 2009, *Fineco Asset Management c. Commission*, T-445/05, § 138.
 3. Voy. notamment CJUE, 2 juillet 1974, *Italie c. Commission*, C-173/73, § 26; CJUE, 15 mars 1994, *Banco Exterior de España*, C-387/92, § 12-13; CJUE, 24 juillet 2003, *Altmark*, C-280/00, § 84.

Cette dernière condition de *sélectivité* de l'avantage est souvent l'élément clé pour l'identification d'une aide d'État. Elle est interprétée de manière extensive : « Il suffit de la présence d'un critère de sélection pour que la condition de sélectivité soit remplie¹. » Par exemple, l'octroi d'un avantage à toutes les entreprises actives dans un même domaine peut être sélectif parce qu'il se concentre sur un secteur d'activité particulier². La Cour a indiqué toutefois qu'une mesure n'est pas sélective si elle est « justifiée par la nature ou l'économie générale du système dans lequel elle s'inscrit³ ».

La Cour a également précisé, dans une jurisprudence constante, que la notion d'avantage, inhérente à la qualification d'une mesure comme aide d'État, revêt un caractère objectif : l'existence d'un avantage doit être appréciée indépendamment des motivations des auteurs de cette mesure⁴. Autrement dit, l'article 107, paragraphe 1, TFUE ne distingue pas selon les causes ou les objectifs des interventions étatiques, mais les définit en fonction de leurs effets⁵. Ainsi, le caractère social d'une intervention étatique ne suffit pas à la faire échapper d'emblée à la qualification d'aide⁶.

290. D'après la jurisprudence toujours, l'interdiction des aides d'État a pour finalité « d'éviter que les échanges entre États membres ne soient affectés par des avantages consentis par les autorités publiques qui, sous des formes diverses, faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou

-
1. L. VOGEL, *Contrôle des aides d'État*, Paris, LawLex – Bruylant, 2017, p. 76.
 2. Voy. notamment CJUE, 17 juin 1999, *Belgique c. Commission (Opération Maribel bis/ter)*, C-75/97 § 31 ; CJUE, 3 mars 2005, *Wolfgang Heiser*, C-172/03 ; CJUE, 15 décembre 2005, *Unicredito Italiano*, C-148/04 ; M. DONY, F. RENARD et C. SMITS, *Contrôle des aides d'État*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 59-61.
 3. Voy. notamment CJUE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline*, C-143/99, § 42 et la jurisprudence citée. Sur cette question, voy. notamment la communication de la Commission « relative à la notion d'aide d'État visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » (2016/C 262/01), p. 27-40 ; M. DONY, F. RENARD et C. SMITS, *Contrôle des aides d'État*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 65-70 ; L. VOGEL, *Contrôle des aides d'État*, *op. cit.*, p. 78-82. Voy. également, pour un exposé de cette question dans le domaine des aides de nature fiscales, I. PAPADAMAKI, *Les aides d'État de nature fiscale en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, Partie I, Titre I, spéc. p. 95-96, qui pointe la nature « indéterminée » de la notion de système fiscal de référence au regard duquel la sélectivité d'une mesure est censée être appréciée ; P. NICOLAIDES, « New Limits to the Concept of Selectivity: The Birth of a "General Exception" to the Prohibition of State Aid in EU Competition Law », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, vol. 6, n° 5, p. 315-323.
 4. Voy. notamment CJUE, 8 décembre 2011, *France Télécom c. Commission*, C-81/10, § 17.
 5. Voy. notamment CJUE, 26 octobre 2016, *Orange*, C-211/15, § 38 ; CJUE, 9 juin 2011, *Comitato « Venezia vuole vivere » c. Commission*, C-71/09, C-73/09 P et C-76/09 P, § 94 ; CJUE, 13 février 2003, *Espagne c. Commission*, C-409/00, § 46, et la jurisprudence citée.
 6. Voy. notamment CJUE, 26 septembre 1996, *France c. Commission*, C-241/94, § 21 ; CJUE, 5 octobre 1999, *France c. Commission*, C-251/97, § 37 ; CJUE, 29 avril 2004, *Pays-Bas c. Commission*, C-159/01, § 51 et la jurisprudence citée.

certaines productions¹ ». À la différence donc des deux autres interdictions du droit de la concurrence que nous avons abordées plus haut (l'interdiction des ententes entre entreprises et l'interdiction d'abuser d'une position dominante), l'interdiction des aides d'États ne tend pas à éviter que les entreprises ne reforment les barrières au commerce interétatique que les libertés de circulation ont pour objet d'abolir, mais à prévenir les interventions de l'État en faveur de certaines entreprises qui ont pour effet de fausser la concurrence sur le marché intérieur et, par suite, d'entraver les libertés de circulation².

2. La délimitation du champ d'application du droit des aides d'États dans le domaine social

291. De la définition donnée plus haut de la notion d'aides d'État, il découle que les interventions de l'État en faveur de certaines entités échappent à l'interdiction de l'article 107, § 1^{er}, lorsqu'un élément constitutif de la notion manque. À propos de deux de ces éléments, la Cour a élaboré une jurisprudence détaillée sur les circonstances qui empêchent qu'on puisse les considérer comme rencontrés : l'octroi de l'aide à une *entreprise* ((1)), et l'*avantage* que doit conférer cette aide à l'entreprise en question ((2)).

(1) Une aide d'État est une aide apportée à une entreprise

292. Comme il a déjà été dit, le droit de la concurrence ne s'applique qu'aux entreprises, c'est-à-dire aux entités qui exercent une activité économique. L'interdiction des aides d'États ne fait pas exception. Si l'entité bénéficiaire de l'aide ne peut être qualifiée d'entreprise au regard des critères du principe de solidarité et du contrôle de l'État, dont nous avons exposé la teneur en détail plus haut³, alors cette aide ne contrevient pas à l'article 107, § 1^{er} TFUE.

293. Ainsi, dans un arrêt de 2005⁴, la Cour avait à se prononcer sur une affaire portant sur la légalité d'interventions de l'État français, sous diverses formes, en faveur des commerçants et artisans. L'une des interventions en cause consistait en l'affectation d'une part des recettes d'une taxe pesant spécifiquement sur les commerces de grande surface au financement des régimes d'assurance vieillesse de base des travailleurs non-salariés des professions artisanales (lequel avait déjà été

-
1. § 34 des conclusions de l'avocat général Kokott précédant CJUE (grande chambre), 27 juin 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, C-74/16; CJUE, 2 juillet 1974, *Italie c. Commission*, 173/73, § 26; CJUE, 11 juillet 1996, *SFEI e.a.*, C-39/94, § 58; CJUE, 15 juin 2006, *Air Liquide Industries Belgium*, C-393/04 et C-41/05, § 27.
 2. Voy. notamment L. RUBINI, *The Definition of Subsidy and State aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 59-61.
 3. Voy. *supra* n° 70 et s.
 4. CJUE, 27 octobre 2005, *Casino France*, C-266/04 à C-270/04, C-276/04 et C-321/04 à C-325/04.

mis en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Poucet et Pistre*¹) et des travailleurs non-salariés des professions industrielles et commerciales. La Cour avait alors soulevé « que les caisses bénéficiaires [de l'affectation du produit de la taxe] exercent une activité de gestion d'un régime de sécurité sociale de base, reposant sur un mécanisme de solidarité. L'activité exercée par les caisses concernées ne constituant pas une activité économique [...]², le financement de cette activité ne relève pas de l'article [107, § 1^{er} TFUE]³ ».

294. Cet arrêt permet toutefois d'illustrer que le constat qu'une entité bénéficiaire de l'aide étatique n'est pas une entreprise ne met pas nécessairement fin à l'analyse de la compatibilité de l'aide à l'interdiction des aides d'État pour autant. En effet, il est possible que l'avantage octroyé bénéficie également, mais de manière indirecte, à d'autres acteurs. Il s'agit alors de vérifier si ceux-ci ne sont pas, quant à eux, des entreprises au sens du droit de la concurrence. Ainsi, un argument soulevé dans l'affaire soumise à la Cour pointait qu'en affectant le produit de la taxe en cause aux régimes d'assurance vieillesse des artisans et commerçants, l'État octroyait un avantage non seulement aux entités gestionnaires de ces régimes, mais également aux artisans et aux commerçants eux-mêmes, lequel avantage consistait en l'allègement consécutif des cotisations à verser aux régimes en question : grâce au financement alternatif des régimes d'assurance vieillesse par la taxe, les charges pesant sur les artisans et commerçants avaient pu être réduites. Or, ceux-ci sont des entreprises au sens du droit européen de la concurrence. L'affectation du produit de la taxe en cause pouvait donc être qualifié, selon cet argument, d'aide d'État⁴. En l'espèce, cet argument n'a pas pu être retenu en raison de spécificités de l'espèce. Son principe n'a toutefois pas été rejeté par la Cour.

295. Comme le montre cet arrêt, la qualification d'activité exclusivement sociale pourrait donc être moins décisive pour l'exclusion de l'application de l'article 107, § 1^{er} TFUE qu'elle ne l'est pour les deux autres interdictions dont on a parlé plus haut, à savoir l'interdiction des ententes entre entreprises et l'interdiction d'abuser d'une position dominante⁵. Dans chaque cas en effet, il s'agit en outre de considérer la qualité des acteurs sur qui ruisselle l'avantage concédé à une entité non qualifiée d'entreprise. Ainsi, pour illustrer ce point d'une autre manière encore, une aide accordée directement à des travailleurs salariés n'est pas nécessairement exclue du champ d'application de l'article 107, § 1^{er}, quoique ceux-ci ne soient pas des entreprises au sens du droit européen de la concurrence, puisque cette aide est

1. À propos de cet arrêt, voy. *supra* n° 100 et s.

2. La Cour renvoie à l'arrêt *AOK Bundesverband*, C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, dont nous avons déjà parlé plus haut. Voy. *supra* n° 122.

3. § 54 de l'arrêt *Casino France*, précité.

4. § 86 des conclusions de l'avocat général Stix-Hackl précédant l'arrêt *Casino France*, précité.

5. Voy. *supra* n° 207 et s.

susceptible d'alléger les charges qui pèsent normalement sur l'entreprise qui les emploie¹.

296. L'application de la notion d'aide d'État doit être attentive à une autre dimension de la définition d'une entreprise retenue en droit européen de la concurrence. Comme déjà expliqué, la Cour a approché la notion d'entreprise de manière fonctionnelle en indiquant que c'est la nature de l'activité exercée qui décide de la qualité d'entreprise ou non d'une entité². Cette approche fonctionnelle a notamment pour conséquence qu'une même entité peut être qualifiée d'entreprise pour certaines de ses activités seulement, tandis que cette qualification serait exclue à l'égard d'autres de ces activités³. Cette distinction au sein d'une même entité entre des activités économiques et des activités non-économiques peut avoir son importance lorsqu'il s'agit de déterminer si l'intervention d'un État constitue une aide prohibée par le droit de la concurrence. Une affaire mettant en cause la Mutuelle Fonction Publique, une union de mutuelles d'agents publics français, en fournit un exemple⁴.

La Mutuelle Fonction Publique avait reçu la mission de gérer une branche du régime de base de sécurité sociale des fonctionnaires français, à savoir les prestations en nature de l'assurance obligatoire maladie, maternité et invalidité. Outre cette activité, elle proposait également des produits d'assurance maladie et prévoyance, à titre facultatif et complémentaire au régime de base. La Commission avait qualifié ces activités respectivement d'activités exclusivement sociales et d'activités économiques, en cohérence avec la jurisprudence de la Cour en cette matière. Le financement de la gestion du régime obligatoire était assuré par l'État français au moyen de « remises de gestion », définies dans des contrats de gestion. Étant donné le caractère non économique de cette activité, les montants versés devaient échapper à l'interdiction de l'article 107, § 1^{er} TFUE.

La Commission en avait toutefois décidé autrement, en raison d'une mauvaise séparation des comptabilités propres à chacune des activités exercées. Elle avait ainsi pointé que « le manque de transparence dans le procédé de compensation et de séparation dans les comptes du régime obligatoire et complémentaire

-
1. Voy. notamment CJUE, 23 février 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen*, C-30/59, p. 48-49 et CJUE, 12 décembre 2002, *Belgique c. Commission*, C-5/01, § 48 ; ces deux décisions font application du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), dont les dispositions sur « les subventions ou aides accordées par les États » sont identiques, quant à leur champ d'application personnel du moins, aux dispositions sur les aides d'État du TFUE. Voy. également CJUE, 26 septembre 1996, *France c. Commission*, C-241/94, précité, §§ 39-40.
 2. Voy. *supra* n° 98.
 3. Voy. notamment CJUE, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband*, C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, précité, §§ 57-59.
 4. Décision du 15 juillet 2005, Aide d'État E 21/2004 — France — Aide à la Mutualité Fonction Publique et ses mutuelles membres, C(2005)2712 final.

permet aux mutuelles d'utiliser librement les excédents potentiels provenant des remises de gestion, car ces derniers alimentent alors des comptes communs à toutes les activités. En particulier, ces sommes excédentaires peuvent servir à la gestion du régime d'assurance complémentaire. Dès lors, malgré la vocation initiale des remises à financer la gestion d'un régime non soumis aux règles de concurrence, la partie en excès des remises qui financerait des activités commerciales tomberait dans le champ d'application du [TFUE]. En effet, les ressources additionnelles que constituent de tels excédents représenteraient un avantage financier pour les mutuelles de la [Mutuelle Fonction Publique] par rapport aux autres organismes qui leur font concurrence sur le marché de l'assurance maladie et prévoyance complémentaires¹ ».

297. En vertu de l'approche fonctionnelle de la notion d'entreprise, une même entité peut donc être soumise aux contraintes de l'interdiction des aides d'État pour une partie de ses activités, tandis qu'elle en est immunisée pour ses autres activités de nature exclusivement sociales. Toutefois, comme cela apparaît dans la décision de la Commission relative à la Mutuelle de la Fonction Publique, cette solution suppose que les financements des deux types d'activités soient nettement séparés, de sorte que les aides versées pour le versant non économique de l'activité de l'entité ne puissent servir au financement de son versant économique. C'est à cette condition que lesdites aides destinées aux activités exclusivement sociales échappent à l'interdiction de l'article 107, § 1^{er} TFUE.

298. Une première dimension de l'influence du droit européen des aides d'États sur l'organisation des systèmes de sécurité sociale en général, et des systèmes de pension en particulier, consiste ainsi en cette exigence d'une séparation nette des modes de financement des activités qui ressortissent au domaine de l'exclusivement social tel que défini par la Cour et de celles qui relèvent du domaine de l'économique. L'entité gestionnaire d'une branche du régime de sécurité sociale n'est pas interdite d'œuvrer également sur le marché, mais elle doit le faire sans pouvoir tirer avantage des financements propres à son activité première.

299. À notre connaissance, la Commission n'a jamais adopté de décision comparable à l'égard du financement d'une entité chargée de la gestion d'un régime de pension légal. La pratique de la gestion d'un régime complémentaire à côté de cette mission première n'est cependant pas inconnue du monde des pensions. Ainsi, en Belgique, le Service fédéral des pensions (SFP), organisme chargé de la gestion des régimes de pension légaux des travailleurs salariés et des fonctionnaires, a assuré un temps la gestion du régime de pension complémentaire instauré en 2011 par les partenaires sociaux dans le secteur de l'industrie chimique². En décembre 2017,

1. *Ibid.*, §§ 39-40.

2. Pour les ouvriers, la convention collective de travail (CCT) a été déposée le 17 décembre 2010 et enregistrée le 19 janvier 2011 sous le n° d'enregistrement 102859/CO/116, pour les employés,

son Comité de gestion a décidé de mettre fin à cette activité. À l'époque de la désignation du SFP par les partenaires sociaux, les assureurs privés avaient manifesté leur mécontentement. Le porte-parole de l'union professionnelle des entreprises d'assurance (Assuralia) avait reproché au SFP de « fausser le jeu¹ ». Il avait notamment annoncé que l'absence de stricte différenciation des activités de gestion des régimes légaux et de celle du régime complémentaire dans le chef de l'organisme public pourrait faire l'objet d'une plainte auprès des autorités européennes de la concurrence². Pour autant que l'on sache, cette plainte n'a cependant jamais été déposée.

(2) *Une aide d'État consiste en un avantage octroyé par l'État*

300. La deuxième exception au champ d'application de l'article 107, § 1^{er} TFUE découle des précisions apportées par la jurisprudence à propos de l'exigence, pour qu'une aide d'État puisse être constatée, que l'intervention étatique procure un *avantage* à son bénéficiaire. Deux types de circonstances dans lesquels l'aide apportée est considérée comme n'octroyant aucun avantage intéressent notre propos : la compensation des coûts engendrés par des obligations de service public ((a)) et la compensation d'un désavantage structurel ((b)).

(a) *L'aide comme compensation des coûts liés à des obligations de service public : la jurisprudence Altmark*

301. Dans un arrêt *Altmark* de 2003³, la Cour a décidé qu'il n'y a pas d'avantage au sens de l'article 107, § 1^{er} lorsque l'aide étatique apportée consiste en la compensation des charges que doit supporter une entreprise pour l'exécution d'obligations de service public qui lui ont été confiées par l'État. Ainsi, selon la Cour, une intervention étatique ne constitue pas un avantage lorsqu'elle « doit être considérée comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public, de sorte que ces entreprises ne profitent pas, en réalité, d'un avantage

la CCT a été déposée le 17 décembre 2010 et enregistrée le 19 janvier 2011 sous le n° d'enregistrement 102860/CO/207. Ces CCT ont été rendues obligatoires respectivement par des arrêtés royaux du 12 juillet 2011, *M.B.*, 6 septembre 2011 et du 6 juillet, *M.B.*, 28 août 2011.

1. « Open oorlog in pensioenland », *De Tijd*, 8 décembre 2010.
2. « Rijksdienst Pensioenen speelt vals in tweede pensioenpijler », *De Tijd*, 8 décembre 2010.
3. CJUE, 24 juillet 2003, *Altmark*, C-280/00. À propos de cet arrêt et de son contexte voy. notamment M. MEROLA et C. MEDINA, « De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics », *Cahiers de droit européen*, 2003, n° 5-6, p. 639-694 ; V. KARAYANNIS, « Le financement des services d'intérêt général par des fonds publics. Quelques réflexions sur l'arrêt Altmark rendu par la C.J.C.E. », *Journal des Tribunaux. Droit européen*, 2004, n° 1, p. 6-9 ; M. DONY, « Les compensations d'obligations de service public », in M. DONY et C. SMITS (éds.), *Aides d'État*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 109-152.

financier et que ladite intervention n'a donc pas pour effet de mettre ces entreprises dans une position concurrentielle plus favorable par rapport aux entreprises qui leur font concurrence¹ ». Et la Cour d'ajouter que pour être considérée comme une telle compensation, une intervention étatique doit respecter quatre conditions. « Premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies. [...] Deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente [...]. Troisièmement, la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations. [...] Quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée [...], aurait encourus pour exécuter ces obligations². »

Ainsi, le bénéfice de la jurisprudence *Altmark* est soumis à des conditions de transparence (première et deuxième conditions) et d'efficacité (quatrième condition), ainsi qu'à la condition qu'il n'y ait pas de surcompensation du coût des prestations de service public (troisième condition)³.

302. Véritable arrêt de principe, cette jurisprudence *Altmark* a eu un grand retentissement pour l'encadrement des entreprises qui accomplissent également des tâches considérées d'intérêt général. Elle a été précisée et complétée dès 2005 par un ensemble de mesures destinées à faciliter et à systématiser son application. Appelé le « Paquet *Altmark*⁴ » (ou « Paquet Monti-Kroes » du nom des commissaires à la concurrence Mario Monti et Neelie Kroes) il a été remplacé en 2011 par un autre ensemble de mesures, dit « Paquet *Almunia* » (du nom du vice-président

1. § 87 de l'arrêt *Altmark*, C-280/00, précité.

2. §§ 89-93 de l'arrêt de l'arrêt *Altmark*, C-280/00, précité.

3. J. BAQUERO CRUZ, « Social Services of General Interest and the State Aid Rules », in U. NEERGAARD *et al.* (éds.), *Social Services of General Interest in the EU*, The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2013, p. 301.

4. Décision de la Commission du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ; Communication de la Commission — Encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensations de service public (2005/C 297/04) ; Directive 2005/81/CE du 28 novembre 2005 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises.

de la Commission européenne d'alors chargé de la concurrence), qui rassemble divers instruments dans lesquels la Commission définit la manière dont elle a décidé d'interpréter et de mettre en œuvre la jurisprudence de la Cour¹.

303. La Commission a en réalité été au-delà de la spécification des conditions posées par la Cour pour définir les interventions étatiques qui échappent à la notion d'aides d'État. Elle a en effet saisi l'occasion de cette jurisprudence pour déterminer à quelles conditions elle juge qu'une entreprise chargée par l'État d'obligations de service public qui ne remplirait pas toutes les conditions de la jurisprudence *Altmark*, peut néanmoins bénéficier de la dérogation aux interdictions du droit de la concurrence prévue à l'article 106, § 2 TFUE. Pour rappel², cet article prévoit que les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général « sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ». Ainsi, la Commission, qui est compétente pour veiller à l'application de cet article en vertu de son § 3, a précisé dans les deux paquets de mesure précités qu'elle considère que l'article 106, § 2 est applicable aux entreprises qui remplissent les trois premières conditions de la jurisprudence *Altmark*. Nous verrons ci-dessous que le Royaume-Uni a bénéficié de cette construction lors d'une réforme importante de son système de pension³.

(b) *L'aide comme compensation d'un désavantage structurel : la jurisprudence Combust*

304. La Commission et les juridictions européennes ont été confrontées à plusieurs reprises à la question du traitement à accorder aux aides octroyées par l'État à une ancienne entreprise publique privatisée, pour faire face aux coûts que représentent la continuation du traitement de travailleurs autrefois fonctionnaires (et parfois toujours actifs sous ce statut après la privatisation) ou les compensations accordées à ceux-ci lors de leur passage sous le statut de travailleur du secteur

1. Décision de la Commission du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (2012/21/UE) ; Règlement (UE) n° 360/2012 de la Commission du 25 avril 2012 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général ; Communication de la Commission — Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public (2012/C 8/03) ; Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général (2012/C 8/02).

2. Voy. *supra* n° 254 et s.

3. Voy. *infra* n° 310 et s.

privé. Les contentieux sont nombreux à ce propos, qui ont été alimentés par les différentes vagues de libéralisation de services publics au sein de l'Union européenne comme les transports, les télécommunications ou encore les services postaux¹. Nous ne faisons que les mentionner, parce qu'ils ne nous renseignent pas sur les contraintes qui pèsent sur l'organisation des systèmes de pension en général; ils ne se rattachent à notre question que par la bande, celle du traitement par le droit européen des aides d'État de dépenses de pension assumées par l'État au profit de certaines entreprises dans les circonstances spécifiques d'une privatisation.

305. Ce contentieux, toutefois, a donné lieu à un développement intéressant quant à la notion d'avantage, inhérente à celle d'aide d'État. En 2004, le Tribunal de l'Union européenne a adopté un arrêt relatif aux aides reçues par une ancienne entreprise publique de transport danoise après sa privatisation². Ces aides visaient notamment à permettre à l'entreprise privatisée de faire face aux charges sociales importantes occasionnées par le passage des travailleurs de l'entreprise du statut de fonctionnaire à celui d'agent contractuel. Les concurrents de l'entreprise avaient porté plainte auprès de la Commission pour aides d'États illégales.

306. Après examen, la Commission leur a donné tort et jugé ces aides compatibles avec le droit européen de la concurrence. Saisie d'un recours contre cette décision, le Tribunal a jugé que la Commission avait pu considérer que la mesure en cause ne constituait pas une aide d'État au sens de l'article 107, § 1^{er} TFUE pour la raison qu'elle « visait à remplacer le statut privilégié et coûteux des fonctionnaires employés par Combus par un statut d'agent contractuel comparable à celui des employés d'autres entreprises de transport par autobus se trouvant en concurrence avec Combus. Il s'agissait donc de libérer Combus d'un désavantage structurel par rapport à ses concurrents privés. Or, l'article [107, § 1^{er} TFUE] a pour seul objet d'interdire des avantages qui favorisent certaines entreprises, la notion d'aide ne recouvrant que des interventions qui allègent les charges grevant normalement le budget d'une entreprise et qui sont à considérer comme un avantage économique que l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché³ ».

Le Tribunal a donc estimé que l'aide apportée à une ancienne entreprise publique pour alléger les charges sociales plus élevées qui pèsent sur elle après sa privatisation ne fait que compenser le désavantage dont elle souffre au regard de ses concurrents, qui n'ont pas, eux, à rémunérer leurs travailleurs d'après les stan-

-
1. À propos des décisions de la Commission relatives à ce dernier secteur, voy. notamment E. RIGHINI et C. MALAMATARIS, « Postal Services, Market Liberalisation, and State Intervention in the EU. A State Aid Perspective », *Revue du droit des entreprises de réseau – Tijdschrift voor het recht van netwerkindustrieën*, 2017, n° 2-3, p. 161-163.
 2. TUE, 16 mars 2004, *Danske Busvognmænd (Combis)*, T-157/01.
 3. § 57 de l'arrêt *Danske Busvognmænd (Combis)*, T-157/01, précité. Nous soulignons.

dards du secteur public ou à les indemniser pour la perte de ce statut plus favorable. Cette aide ne constitue donc pas un avantage économique, mais rétablit l'équilibre entre des entreprises concurrentes dont les charges diffèrent fortement en raison de leur passé.

307. Cette jurisprudence a connu une postérité compliquée, étant parfois reprise, d'autre fois écartée par la Commission, la Cour et le Tribunal lui-même¹. En juillet 2016, le Tribunal l'a appliquée dans un litige de longue durée (les premiers éléments de procédure remontent à 1994) opposant l'Allemagne à la Commission à propos de la légalité des aides octroyées à la Deutsche Post pour couvrir, notamment, le coût des retraites des fonctionnaires travaillant à son service². À peine quelques mois plus tard, la Cour se prononçait dans une affaire similaire portant sur les aides octroyées par l'État français à Orange, anciennement France Télécom, pour le paiement des pensions de ses fonctionnaires³. À l'occasion de cette dernière, la Cour semble avoir indiqué qu'elle ne tiendra pas, ou plus, la jurisprudence *Combust* pour valable. Elle y énonce en effet que « force est de constater que, à ce jour, le seul cas de figure reconnu par la jurisprudence de la Cour dans lequel la constatation de l'octroi d'un avantage économique n'emporte pas la qualification de la mesure en cause d'« aide d'État » au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE est celui d'une intervention étatique représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général pour exécuter des obligations de service public, selon les critères établis par l'arrêt⁴ » *Altmark*, dont nous avons parlé plus haut⁵.

La Cour a donc refermé la porte de sortie ouverte en 2004 par le Tribunal, dont plusieurs États membres ont ou auraient souhaité profiter pour régler les contentieux relatifs au financement des pensions de retraite de leurs anciens fonctionnaires employés dans les entreprises publiques privatisées. Le Tribunal a entendu le message de la Cour et lui a emboîté le pas en 2017 en écartant, probablement définitivement, sa propre jurisprudence *Combust*, dans une affaire qui ne concernait pas, cette fois, les pensions d'anciens fonctionnaires⁶.

308. Après la délimitation du champ d'application de l'interdiction des aides d'État par l'exposé du sens et des implications des notions d'entreprise et d'avantage, il convient de présenter les exceptions à l'interdiction de principe des aides

-
1. Voy. les références données par K. BACON, *European Union Law of State Aid*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 35.
 2. TUE, 14 juillet 2016, *Allemagne c. Commission*, T-143/12.
 3. CJUE, 26 octobre 2016, *Orange*, C-211/15 P.
 4. § 44 de l'arrêt *Orange*, C-211/15 P, précité.
 5. Voy. *supra* n° 301 et s.
 6. TUE, 13 décembre 2017, *Grèce c. Commission*, T-314/15.

d'État dont sont susceptibles de bénéficier les interventions étatiques liées aux pensions¹.

3. Les exceptions à l'interdiction des aides d'État

309. Parmi les exceptions au principe posé par l'article 107, § 1^{er} qui intéressent notre propos, l'une est transversale au droit de la concurrence ((1)), tandis que les autres sont spécifiques à la matière des aides d'État ((2)).

(1) *L'application de l'article 106, § 2 aux aides d'État et le cas du NEST britannique*

310. Comme expliqué plus haut², dans la jurisprudence *Altmark*, la Cour a énoncé qu'une aide octroyée par l'État pour compenser le coût supplémentaire supporté par les entreprises chargées de l'exécution d'obligations de service public échappe au champ d'application de l'article 107, § 1^{er} si elle respecte quatre conditions. En résumé, ces conditions visent à garantir que les obligations de service publics à prendre en charge ont fait l'objet d'une définition claire et précise des autorités publiques, que la compensation octroyée par l'État en contrepartie de ces obligations est fixée d'après des critères objectifs et transparents, que cette compensation ne va pas au-delà des coûts supportés par l'entreprise pour l'exécution de ces obligations et d'une rémunération raisonnable de ces prestations, et enfin que ces coûts et cette rémunération ne sont pas plus élevés que ceux que demande ou qu'aurait demander une entreprise en situation de concurrence sur le marché pour les mêmes prestations, autrement dit que ces coûts et cette rémunération soient ceux que demanderait une entreprise « efficace ».

311. La Commission s'est appuyée sur cette jurisprudence pour expliciter les cas de figure dans lesquels elle estime qu'il n'y a pas d'aide d'État au sens du droit européen. Mais elle en a également profité pour établir un lien entre l'arrêt de la Cour et l'article 106, § 2 TFUE, qui prévoit que des dérogations aux règles du traité, et notamment au droit de la concurrence, peuvent être accordées aux entreprises en charge d'un service d'intérêt économique général (SIEG) lorsque cela est nécessaire à l'accomplissement des missions qui leur ont été imparties. Ainsi, dans une décision et une communication, adoptées en 2005 et renouvelées en 2011, la Commission a annoncé qu'elle considère, sous certaines réserves, que les aides octroyées par l'État qui ne respectent que les trois premières conditions de la jurisprudence *Altmark* et constituent donc des aides d'État en principe

1. Pour une étude de l'application du droit des aides d'États et le cas échéant de ses exceptions dans le champ de la protection sociale en Flandre, voy. J. GRUYTERS, J. PUT, T. OPGENHAFFEN et W. DEVROE, « Staatssteun in de Vlaamse welzijnssector: een verhaal van botsende logica's », *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2021, n° 4, p. 703-739.

2. Voy. *supra* n° 301 et s.

interdites, sont toutefois dans les conditions requises pour bénéficier du régime de l'article 106, § 2 TFUE¹. La Cour a confirmé, dans un arrêt de 2017, la conformité de cette position avec le droit primaire européen².

312. La position de la Commission s'explique en partie par les difficultés rencontrées pour démontrer le respect de la quatrième condition de la jurisprudence *Altmark*. À défaut d'avoir sélectionné l'entreprise chargée des obligations de service public *via* une procédure de marché public, cette démonstration suppose que l'on puisse identifier un point de comparaison approprié pour l'évaluation du caractère nécessaire des conditions financières auxquelles sont prestées les obligations de service public en question. Or, cela est rarement possible, précisément parce que l'environnement dans lequel évolue l'entreprise chargée des obligations de service public est différent de celui d'une entreprise « normale » active sur le marché³.

Les possibilités offertes par la Commission de retomber sur le régime de l'article 106, § 2 TFUE lorsque l'invocation de la jurisprudence *Altmark* bute sur cette difficulté, sont donc souvent utilisées. Le Royaume-Uni en a bénéficié pour la mise en œuvre d'une réforme importante de son système de pension. Avant d'exposer le détail de cette affaire, il semble utile de dire quelques mots de l'organisation des pensions dans cet État membre à cette époque.

313. Le système de pension britannique repose sur l'articulation de trois niveaux, qui délivrent des pensions de natures différentes. Le premier niveau est constitué d'une pension financée par l'impôt et octroyée aux personnes âgées de 60 ans et plus sous une condition de ressources (« means-tested benefits »), c'est-à-dire à la condition d'avoir des ressources propres (y compris des pensions constituées dans un autre régime) qui ne dépassent pas un certain montant. Appelée le *Pension Credit*, cette pension vise à alléger le risque de pauvreté des personnes âgées en complétant leurs ressources de façon à garantir qu'ils disposent, par semaine, d'un montant minimum pour vivre; son montant est donc fonction du montant des ressources propres. En 2018, ce montant minimum garanti hebdomadaire s'élevait à 159,35 livres sterling (environ 180 euros) pour les individus isolés et à 243,25 livres sterling (environ 275 euros) pour les couples. En 2018 toujours, environ 14 % des pensionnés (1,8 millions de personnes) bénéficiaient de ce dispositif⁴.

1. Voy. *supra* n° 302-303.

2. CJUE, 8 mars 2017, *Viasat Broadcasting UK c. Commission*, C-660/15.

3. Voy. notamment J. DE BEYS, « *Altmark* : un arrêt qui ne règle rien », *Journal des Tribunaux. Droit européen*, 2004, n° 1, p. 10; J. BAQUERO CRUZ, « *Social Services of General Interest and the State Aid Rules* », *op. cit.*, p. 304; K. BACON, *European Union Law of State Aid*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 58; W. SAUTER, *Coherence in EU competition law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 220.

4. *Pension Adequacy Report 2018: Current and Future Income Adequacy in Old Age in the EU. Volume 2 – Country Profiles*, *op. cit.*, p. 266.

314. Le deuxième niveau est constitué d'une pension légale contributive, c'est-à-dire une pension délivrée à la condition d'avoir contribué pendant un temps suffisamment long au financement du dispositif. Elle s'est composée pendant longtemps de deux régimes. Le premier est obligatoire et couvre l'ensemble des travailleurs, salariés et indépendants. Il délivre une pension forfaitaire, c'est-à-dire au montant identique pour tous. Il s'agit de la *Basic State Pension*, progressivement remplacée depuis avril 2016 par la *New State Pension*. En 2018, la *Basic State Pension* délivrait des pensions de 122,30 livres sterling (environ 138 euros) par semaine, réduites au prorata si le nombre d'années est inférieur au nombre requis pour une pension complète, à savoir 30 ans. La *New State Pension*, qui couvre les personnes ayant atteint l'âge de la retraite au plus tôt le 6 avril 2016, délivrait quant à elle, la même année, des pensions de 159,55 livres sterling (environ 180 euros) par semaine, également réduites au prorata si le nombre d'années est inférieur au nombre requis, qui est désormais de 35 ans¹. Le second régime de pension contributif couvrait les travailleurs salariés seulement et délivrait une pension liée aux salaires passés. Appelé la *State Second Pension* (ou « S2P »), il a pris fin en avril 2016 avec l'introduction de la *New State Pension*. Les travailleurs salariés étaient affiliés d'office à la S2P, mais pouvaient s'en désengager à condition qu'ils se constituent par ailleurs une épargne pension privée considérée comme équivalente aux prestations qu'elle délivrait (système de l'*opting-out*); dans cette hypothèse, le montant de leurs cotisations sociales était réduit en conséquence².

Enfin, le troisième niveau est constitué par les pensions purement individuelles et les pensions professionnelles facultatives des travailleurs salariés. Par pensions professionnelles facultatives, on entend les régimes de pension constitués librement par les employeurs au profit de leurs salariés³. Étant donné les montants assez modestes servis par les deux premiers niveaux de pension⁴ (lesquels pour rappel ne se cumulent pas, étant donné la nature subsidiaire du *Pension Credit*), ces pensions professionnelles sont appelées à occuper une place importante

-
1. Nous avons tiré cette information de la plateforme d'échange d'information MISSOC (*Mutual Information System on Social Protection*) mise en place par l'Union européenne (<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=fr&catId=815>), consultée pour la dernière fois le 9 août 2018.
 2. *Pension Adequacy Report 2018: Current and Future Income Adequacy in Old Age in the EU. Volume 2 – Country Profiles*, op. cit., p. 266.
 3. Voy. la classification élaborée par l'OCDE in *Private Pensions: OECD classification and glossary. Les Pensions privées : classification et glossaire de l'OCDE*, op. cit., p. 59.
 4. La Commission indique, dans sa première décision sur la compatibilité du NEST au droit européen des aides d'États, que les deux premiers niveaux du système de pension britannique, avant l'introduction de la *New State Pension*, visaient à octroyer des pensions assurant un taux de remplacement (c'est-à-dire le rapport entre la pension et les derniers revenus perçus avant la retraite) de 30 % pour les travailleurs qui perçoivent un revenu médian. Ce taux cible n'a certainement pas beaucoup changé avec la *New State Pension*, dont l'instauration a été accompagnée de la suppression de la S2P.

dans les revenus des travailleurs salariés pensionnés. L'intervention étatique ayant bénéficié de l'application de l'article 106, § 2 TFUE concernait précisément ces dernières pensions.

315. Constatant une baisse importante du nombre de personnes couvertes par une pension professionnelle (elles étaient 12,2 millions en 1967, mais seulement 7,8 millions en 2012¹), les autorités ont voulu donner un nouvel élan à ces régimes en instaurant un système d'affiliation automatique (*auto-enrolment*), dont la mise en place a été progressive entre 2008 et 2018. En vertu de ce système, les employeurs sont dans l'obligation d'établir un régime de pension professionnel respectant certaines prescriptions minimales et d'y affilier d'office leurs travailleurs. Les travailleurs sont toutefois libres de quitter le régime dans le premier mois d'affiliation (système d'*opting-out*) et de récupérer les contributions déjà versées. Ils peuvent également mettre fin au versement de contributions dans le régime à tout moment après ce premier mois; dans ce cas de figure, cependant, les contributions versées par ou pour eux restent dans le régime jusqu'à leur prise de pension².

Afin de s'assurer que tous les employeurs, et spécialement les petites et moyennes entreprises, puissent s'acquitter sans trop de difficultés de leur obligation d'*auto-enrolment*, les autorités ont créé un nouvel instrument, le *National Savings Employment Trust (NEST)*. Il s'agit d'un régime de pension professionnel financé par capitalisation, de facture similaire aux régimes proposés par les opérateurs privés. Il présente cette particularité toutefois qu'il est conçu pour accueillir les contributions des entreprises qui, en raison de leur petite taille ou du faible niveau de rémunération de leurs travailleurs, ne parviennent pas à trouver, parmi les produits de pension offerts sur le marché, un régime de pension leur permettant de remplir leurs obligations à des prix acceptables. Autrement dit, le *NEST* vise à rencontrer la demande (forcée) de pension d'une frange des entreprises et travailleurs soumis au système d'*auto-enrolment* qui ne trouve pas d'offre correspondante sur le marché. Il est ainsi soumis à plusieurs obligations de service public, notamment celle d'accepter l'affiliation de tous les travailleurs des employeurs qui ont décidé de faire appel à lui, ainsi que celle de proposer des services standards à un prix unique, sans distinguer donc selon les niveaux de rémunération des travailleurs affiliés³.

Dès 2008, une structure a été progressivement mise en place pour établir et gérer ce nouveau régime professionnel national. Selon les projections des autori-

-
1. *Pension Adequacy Report 2018: Current and Future Income Adequacy in Old Age in the EU. Volume 2 – Country Profiles, op. cit.*, p. 267.
 2. *Ibid.*
 3. Décision de la Commission du 6 juillet 2010, State aid N 158/2009 – United Kingdom Establishment of the National Employment Savings Trust – NEST, C (2010)4507 final, § 37.

tés, le régime devait pouvoir être autonome sur le plan financier une fois qu'il aurait atteint une certaine taille. Étant donné les obligations de service public qui pèsent sur lui, la mise en route du *NEST* ne pouvait toutefois se faire dans les mêmes conditions que celles d'un régime de pension privé : le retour sur investissement eût été trop long aux yeux de n'importe quel investisseur. Aussi, les autorités britanniques ont décidé d'octroyer elle-même un prêt à la structure chargée de le mettre sur pied, à des conditions avantageuses : le taux d'intérêt demandé était calqué sur celui auquel le gouvernement emprunte sur les marchés financiers¹. Ce faisant, elles se plaçaient cependant sous la coupe du droit européen des aides d'État.

316. Conformément à la procédure prévue pour les nouvelles aides, les autorités ont notifié le projet d'octroi du prêt à la Commission. L'avantage potentiellement constitutif d'une aide d'État consistait en ce que le prêt concédé répondrait à des conditions plus avantageuses que celles que pourrait obtenir son bénéficiaire sur le marché. Pour juger de la compatibilité de ce prêt à l'article 107, § 1^{er}, la Commission a commencé par constater que la structure chargée de la gestion du *NEST* (la *NEST Corporation*) était une entreprise : elle allait être active sur le marché des pensions professionnelles en concurrence potentielle avec d'autres acteurs privés ; le mode de financement du régime ne différait pas de celui d'un régime privé une fois qu'il aurait atteint une taille critique ; les pensions octroyées dépendraient du montant des contributions versées ; l'affiliation s'y ferait de manière volontaire².

317. La Commission a ensuite vérifié si la jurisprudence *Altmark* pouvait s'appliquer en l'espèce. En accord avec le gouvernement britannique, elle a dû constater que la quatrième condition fixée par cette jurisprudence (l'aide octroyée ne compense que les coûts absolument nécessaires, c'est-à-dire ceux que toute entreprise efficace engendrerait nécessairement) ne pouvait être vérifiée, faute de pouvoir comparer le *NEST* à « une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée » active dans le même secteur³ : la nécessité d'établir un régime comme le *NEST* vient précisément de ce qu'aucune entreprise existante ne souhaiterait offrir un produit de pension à son public cible.

La Commission s'est donc finalement penchée sur l'applicabilité de l'article 106, § 2 TFUE au prêt octroyé par le gouvernement britannique. Après un examen minutieux, elle a conclu à la rencontre des trois premières conditions établies par la jurisprudence *Altmark* et a donc accordé, par application de sa communication adoptée après l'arrêt de la Cour⁴, le bénéfice de la dérogation prévue en faveur des

1. *Ibid.*, §§ 41 et 55-56.

2. *Ibid.*, §§ 83-88.

3. *Ibid.*, §§ 93-106.

4. Communication de la Commission — Encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensations de service public (2005/C 297/04), depuis lors remplacée par Com-

entreprises chargée d'un service d'intérêt économique général au prêt octroyé par les autorités britanniques.

318. Outre les informations qu'elle contient sur le système de pension britannique, cette décision de la Commission nous semble intéressante sur deux points. D'une part, elle illustre l'étendue du droit de regard sur l'organisation des systèmes de pension des États membres que la Commission tire de son rôle dans le contrôle des aides d'États. Pour apprécier la compatibilité du prêt octroyé au *NEST* au droit européen des aides d'États, la Commission s'est appuyée sur des considérations relatives à l'ensemble du système de pension mis en place au Royaume-Uni, s'informant dans le détail des effets attendus de l'instauration du nouveau régime.

319. D'autre part, elle témoigne de la marge de manœuvre certaine dont disposent les États membres pour définir les régimes de pension qui constituent à leur sens un service d'intérêt économique général, conformément à la jurisprudence selon laquelle la Commission n'exerce qu'un contrôle d'erreur manifeste sur les qualifications proposées par les États¹. On remarquera en effet que le *NEST* ne présente que très peu d'éléments de solidarité : pour l'essentiel, son caractère solidaire tient à l'obligation d'accepter tous les travailleurs des employeurs qui se sont affiliés à lui et à celle d'offrir des services de base à un prix unique, indépendant de la rémunération du travailleur concerné. Mais son rôle se limite à investir les contributions versées par et pour un travailleur et à reverser le capital ainsi constitué au travailleur à l'âge de sa retraite, en vue de le transformer en une rente viagère ; il n'assume pas lui-même la gestion de ces rentes, lesquelles doivent être achetées sur le marché². Il n'existe donc pas même une solidarité subventionnelle entre les travailleurs concernés³, puisque les rentes constituées grâce aux capitaux versés par le *NEST* sont réparties entre différents opérateurs privés et que leur montant dépend du « profil de risque » (qui correspond ici à l'espérance de vie) de chacun des bénéficiaires. Cette quasi-absence de solidarité n'a cependant pas empêché la Commission d'accorder au gouvernement britannique que le *NEST* constitue un service d'intérêt économique général au sens de l'article 106, § 2 TFUE. Les voies menant à l'applicabilité de cet article nous semblent donc particulièrement larges.

320. Quant à la souplesse ou la sévérité des deux autres conditions à respecter pour que l'aide apportée par l'État à un régime de pension puisse bénéficier de la

munication de la Commission — Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public (2012/C 8/03).

1. Voy. *supra* n° 256. Cette jurisprudence est rappelée dans la décision de la Commission du 6 juillet 2010, State aid N 158/2009 – United Kingdom Establishment of the National Employment Savings Trust – *NEST*, C (2010)4507 final § 97.
2. *Ibid.*, §§ 29-34.
3. À propos de la notion de solidarité subventionnelle, voy. *supra* n° 84 et s.

dérogation de l'article 106, § 2 TFUE (la fixation de critères objectifs et transparents pour déterminer le montant de la compensation, l'absence de surcompensation au regard du coût réel du service d'intérêt économique général), le seul cas du *NEST* ne suffit pas pour tirer des enseignements généraux. Or, à notre connaissance, il n'existe pas d'autre exemple d'application de l'article 106, § 2 TFUE à un régime de pension dans une affaire relative au droit européen des aides d'État. On relèvera toutefois deux éléments pertinents relativement à cette question.

Premièrement, à la différence de ce qui est exigé pour bénéficier de la jurisprudence *Altmark*, l'application de l'article 106, § 2 TFUE ne suppose pas que l'on démontre que les coûts supportés par une entreprise pour exécuter un service d'intérêt économique général sont absolument nécessaires, c'est-à-dire qu'ils ne pourraient pas être moins élevés si l'on confiait ce service à une entreprise efficace au regard des critères d'une économie de marché. En effet, cette exigence est contenue dans la quatrième condition de la jurisprudence *Altmark*, dont on a dit qu'elle est précisément la seule des conditions fixées dans cette jurisprudence dont la Commission ne demande pas le respect pour bénéficier de la dérogation de l'article 106, § 2 TFUE. Les États membres doivent donc seulement apporter la preuve que l'aide qu'ils apportent au financement d'un service d'intérêt économique général ne va pas au-delà de ce qu'il coûte *en l'espèce* à l'entreprise particulière qui le met en œuvre. Ils bénéficient à cet égard d'une marge de manœuvre à l'évidence plus importante que celle définie par la jurisprudence *Altmark*.

Deuxièmement, à la différence de celle des systèmes de pensions, la compatibilité des systèmes d'assurance soins de santé des États membres ou de certaines de leurs composantes avec le droit européen des aides d'État a été questionnée à plusieurs reprises dans le cadre de l'article 106, § 2 TFUE¹. Or, à notre connaissance, les décisions négatives sont (très) rares². C'est probablement là un indice que le respect des conditions posées pour bénéficier de la dérogation prévue à cet article est

-
1. Voy. la décision de la Commission du 21 octobre 2016 concernant l'aide d'État 2016 SA.36798 (2016/NN) relative au financement de la clinique Osnabrück; la décision de la Commission du 5 juillet 2016 concernant l'aide d'État SA. 19864 – 2014/C (ex 2009/NN54) relative au financement des hôpitaux publics IRIS en Région de Bruxelles-Capitale; la décision de la Commission du 20 février 2013 concernant l'aide d'État SA. 34515 (2013/NN) relative au système d'égalisation des risques de l'assurance maladie irlandaise ("Health Insurance Risk Equalization Scheme"). Voy. aussi l'arrêt TUE, 12 février 2008, *BUPA c. Commission*, T-289/03. À propos de cet arrêt, voy. notamment M. Ross, « A healthy approach to services of general economic interest? The BUPA judgment of the Court of First Instance », *European Law Review*, 2009, vol. 34, n° 1, p. 127-140.
 2. La seule décision que nous avons pu identifier est la décision de la Commission du 26 janvier 2011 concernant les régimes d'aide C 50/07 (ex N 894/06), projetés par la France en faveur du développement des contrats d'assurance maladie solidaires et responsables et des contrats d'assurance complémentaires collectifs contre les risques de décès, incapacité et invalidité, C(2011) 267, §§ 141-145 et 183-192, où la Commission répond à l'argumentation d'une partie sur l'article 106, § 2 TFUE; la France elle-même n'avait pas invoqué cet article.

apprécié avec souplesse par la Commission lorsqu'un dispositif de protection sociale est en jeu.

321. Après ces considérations sur l'application de l'exception transversale de l'article 106, § 2 TFUE au cas particulier de l'interdiction des aides d'État, il convient de mentionner encore deux exceptions spécifiques à cette matière qui intéressent ou sont susceptibles d'intéresser les systèmes de pension des États membres.

(2) *Les exceptions propres au droit des aides d'État et les systèmes de pension des États membres*

322. Après avoir proclamé l'interdiction de principe des aides d'État en son § 1^{er}, l'article 107 TFUE énonce aux §§ 2 et 3 deux catégories d'exceptions particulières. Celles mentionnées au § 2 laissent en principe peu de place à l'appréciation de la Commission : le texte énonce que les aides reprises dans cette liste « *sont compatibles avec le marché intérieur* » (nous soulignons). Parmi elles, on trouve notamment « les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits » (article 107, § 2, a) TFUE). Les exceptions mentionnées au § 3 accordent, elles, un plus grand pouvoir à la Commission ; le texte énonce que les aides citées « *peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur* » (nous soulignons). Parmi celles-ci, figurent « les aides destinées [...] à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre » (article 107, § 3, b) TFUE). Nous considérons tour à tour ces deux exceptions particulières ci-dessous ((a) et (b)), en tant qu'elles ont été ou pourraient s'appliquer à des régimes de pension. Pour la deuxième d'entre elles, nous nous bornerons toutefois à mentionner son application lors de la crise financière de 2008.

(a) *Les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels*

323. Il est fréquent qu'un État développe une politique d'incitation au développement de régimes de pension complémentaires professionnels ou de pensions individuelles par l'octroi de subventions ou d'avantages fiscaux aux individus qui choisissent de participer à l'un de ces régimes. L'exception à l'interdiction des aides d'États prévue à l'article 107, § 2, a) TFUE, selon laquelle « [s]ont compatibles avec le marché intérieur [...] les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits », semble permettre de conclure facilement à la légalité de ce type de mesures.

Les décisions adoptées par la Commission sur la base de cette disposition vont dans ce sens. Toutefois, l'interprétation qu'elles retiennent de l'exigence d'absence de « discrimination liée à l'origine des produits » pourrait être source de difficultés lorsque l'aide est octroyée en soutien à un dispositif de protection sociale dont

l'organisme gestionnaire doit être sélectionné par les partenaires sociaux. Nous illustrerons ces remarques par des décisions adoptées à l'égard de mesures incitatives à la constitution d'une protection complémentaire contre les risques liés à la santé, mises en place en France¹; à notre connaissance, il n'existe en effet pas de décision comparable à l'égard de mesures destinées à la promotion de régimes de pension.

324. Les mesures étatiques en cause dans ces décisions étaient de deux types. D'une part, il s'agissait d'une participation de l'État au financement de la protection sociale complémentaire de ses agents, pour la couverture des risques « santé » (atteinte à l'intégrité physique de la personne et maternité) et « prévoyance » (incapacité de travail, invalidité et décès). D'autre part, il s'agissait de l'exonération d'une taxe pesant sur les contrats d'assurance complémentaire maladie au profit des contrats dits « solidaires », c'est-à-dire en l'espèce souscrits sans examen médical préalable et mettant donc en œuvre une solidarité subventionnelle².

325. Pour juger de la compatibilité de ces interventions avec le droit des aides d'États, la Commission a commencé, en bonne logique, par vérifier qu'elles constituent bien des aides au sens de l'article 107, § 1^{er} TFUE, à savoir donc qu'elles confèrent un avantage sélectif à une entreprise au moyen de ressources d'État, avantage qui fausse ou menace de fausser la concurrence et est susceptible d'affecter les échanges entre États membres. On remarquera à cet égard l'interprétation particulièrement extensive, à notre sens, de la notion d'aides d'État adoptée par la Commission.

D'une part, étant donné que les aides en question étaient attribuées à des individus, agents de la fonction publique ou simples particuliers, on aurait pu soutenir que la condition que l'aide bénéficie à une *entreprise* n'était pas rencontrée. C'eût été oublier ce que l'on a dit plus haut, à savoir qu'il suffit, pour que cette condition soit remplie, qu'une entreprise puisse bénéficier indirectement d'une aide apportée à un individu ou à une entité qui n'exerce pas une activité économique³. C'est l'argument qu'a utilisé la Commission dans les deux espèces, arguant que même si les mesures adoptées bénéficiaient prioritairement aux individus, elles étaient « de nature à favoriser l'activité des sociétés d'assurances » qui offrent les contrats d'assurance sociale complémentaire aidés⁴.

-
1. Décision du 2 juin 2004, Aide d'État E 46/2001 – France – Exonération de la taxe sur les contrats d'assurance maladie, C(2004)1922fin, § 23; de manière analogue, Décision du 23 février 2011, Aide d'État N 495/2010 – France – Aide à la protection sociale complémentaire des agents de la fonction publique territoriale, C(2011)1008 final, § 31.
 2. Sur la notion de solidarité subventionnelle, voy. *supra* n° 84 et s.
 3. Voy. *supra* n° 294 et 295.
 4. Décision du 2 juin 2004, Aide d'État E 46/2001 — France – Exonération de la taxe sur les contrats d'assurance maladie, C(2004)1922fin, § 23; de manière analogue, Décision du 23

D'autre part, on aurait pu douter du caractère sélectif des mesures adoptées, puisque leur bénéfice n'était pas soumis à la condition de contracter avec une catégorie particulière d'entreprises d'assurance. En cohérence avec l'interprétation extensive de la condition de la sélectivité en cette matière, la Commission estime toutefois que la sélectivité était suffisamment démontrée par la limitation de l'aide « à un certain type de contrat d'assurance remplissant des critères spécifiques », peu importe par ailleurs que ce type de contrat puisse être offert par tous les assureurs présents sur le marché français¹.

Cette interprétation généreuse des éléments constitutifs d'une aide d'État nous laisse penser que les incitations à la constitution de régimes de pension complémentaires, sous la forme de subventions (par exemple, allocation par l'État d'un montant supplémentaire pour chaque cotisation versée par un employeur ou un travailleur à un régime de pension) ou d'exonérations d'impôts, pourraient, elles aussi, être facilement qualifiées comme telles. Notons qu'il conviendrait toutefois de vérifier au cas par cas si ces mesures ne peuvent bénéficier de l'exclusion du champ des aides d'État prévue pour les aides de faible montant (dites aides *de minimis*) par un règlement européen².

326. L'existence d'aides d'État au sens de l'article 107, § 1^{er} TFUE étant établie, la Commission s'est ensuite intéressée à l'applicabilité de l'exception particulière prévue à l'article 107, § 2, a) TFUE qui nous intéresse ici. Cette exception est accordée sous trois conditions : la mesure étatique présente un caractère social ; elle est octroyée au bénéfice du consommateur individuel ; elle ne contient aucune discrimination quant à l'origine des produits.

La Commission a facilement admis le caractère social des aides en cause, en pointant notamment le fait que les dispositifs aidés présentaient des éléments de solidarité entre les individus (la solidarité consistait principalement en une solida-

février 2011, Aide d'État N 495/2010 – France – Aide à la protection sociale complémentaire des agents de la fonction publique territoriale, C(2011)1008 final, § 31.

1. *Ibidem*, § 32 ; de manière analogue, décision de la Commission du 2 juin 2004, Aide d'État E 46/2001 – France – Exonération de la taxe sur les contrats d'assurance maladie, C(2004)1922fin, § 24. Voy. également, dans des termes similaires, la décision de la Commission du 26 janvier 2011 concernant les régimes d'aide C 50/07 (ex N 894/06), projetés par la France en faveur du développement des contrats d'assurance maladie solidaires et responsables et des contrats d'assurance complémentaires collectifs contre les risques de décès, incapacité et invalidité, C(2011) 267, § 111. À propos de la condition de sélectivité de la mesure constitutive d'une aide d'État, voy. les références citées *supra* p. 167, note 3.
2. Règlement (UE) n° 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis*. Le seuil en-deçà duquel une aide échappe au droit européen des aides d'État est de 200 000 EUR sur une période de trois exercices fiscaux (article 2, 2.). Ce règlement est applicable jusqu'au 31 décembre 2023.

rité subventionnelle¹ : absence d'examen médical préalable, limitation des écarts entre les prix des différentes couvertures assurantielles proposées, etc.), participant ainsi d'un objectif de protection sociale².

La deuxième condition a été tout aussi facilement accordée, les subsides et exonérations octroyées permettant effectivement de réduire le coût des contrats d'assurance sociale complémentaire pour leurs bénéficiaires ; dans le cas des subsides accordés aux agents de l'État, celui-ci avait en outre mis en place des règles administratives et comptables permettant de vérifier l'allocation effective de ces subsides au financement desdits contrats. On notera qu'à l'occasion d'une autre affaire française relative à des mesures similaires applicables dans le secteur privé, la Commission a insisté sur l'importance de cette condition : « Il est nécessaire que le mécanisme mis en place garantisse une répercussion effective sur le consommateur final. » En l'espèce, la Commission a estimé qu'une réduction de l'impôt des sociétés en faveur de l'entité qui offre des contrats d'assurance maladie « solidaires » et « responsables » ne permet pas de rencontrer cette condition³.

Quant au critère de l'absence de discrimination, son respect a été constaté sans grands développements dans l'affaire relative à l'exonération fiscale octroyées aux contrats solidaires, la Commission se contentant de relever que « toutes les sociétés, aussi bien françaises qu'étrangères, sont en mesure de proposer [de tels contrats] et [donc] de bénéficier de l'exonération de la taxe ».

Le raisonnement fut toutefois plus complexe dans l'affaire relative à la participation de l'État français au financement des contrats d'assurance sociale complémentaire solidaires de ses agents. C'est que l'État avait prévu une sélection préalable, par les employeurs publics, des entreprises d'assurances auprès desquelles leurs agents pourraient conclure lesdits contrats solidaires, cette sélection visant à s'assurer que les contrats aidés respectent effectivement les critères de solidarité fixés dans la réglementation. Deux procédures alternatives étaient prévues pour la sélection des entreprises : une procédure de labellisation et une procédure de « mise en concurrence » des entreprises d'assurance, semblable à un appel d'offres.

327. Pour vérifier l'absence de discrimination « quant à l'origine des produits » (en l'occurrence, les services d'assurance), la Commission n'a pas seulement vérifié l'absence de discrimination selon la nationalité entre les entreprises d'assu-

1. Sur cette notion, voy. *supra* n° 84 et s.

2. Décision de la Commission du 23 février 2011, Aide d'État N 495/2010 – France – Aide à la protection sociale complémentaire des agents de la fonction publique territoriale, C(2011)1008 final, §§ 39-43 ; Décision de la Commission du 2 juin 2004, Aide d'État E 46/2001 – France – Exonération de la taxe sur les contrats d'assurance maladie, C(2004)1922fin, § 29.

3. Décision de la Commission du 26 janvier 2011 concernant les régimes d'aide C 50/07 (ex N 894/06), projetés par la France en faveur du développement des contrats d'assurance maladie solidaires et responsables et des contrats d'assurance complémentaires collectifs contre les risques de décès, incapacité et invalidité, C(2011) 267, §§ 121-128.

rances susceptibles de participer aux procédures de sélection. Elle s'est également assurée que ces procédures étaient menées de manière « transparente, objective, et non-discriminatoire », la discrimination devant s'entendre ici au sens large de toute distinction non justifiée. Or, il est intéressant de remarquer que pour évaluer le respect de ces exigences de transparence et d'objectivité, la Commission s'est inspirée selon toute vraisemblance du droit européen des marchés publics, et avec certitude de la jurisprudence de la Cour de justice relative à un principe appelé le « principe de transparence », à laquelle elle fait explicitement référence. Ce principe, sur lequel nous reviendrons en détail plus loin¹, vise à établir une certaine ouverture à la concurrence lors de l'octroi par l'État de droits exclusifs à des entreprises, même dans les situations qui ne ressortissent pas au champ d'application matériel du droit européen des marchés publics.

Ainsi, la Commission relève que les critères et les modalités des procédures de sélection de l'aide étatique en cause font l'objet d'une large publicité, garantissant une ouverture à la concurrence entre les opérateurs; elle en conclut que la condition de l'absence de discrimination « quant à l'origine des produits » est rencontrée. Transparence et objectivité sont donc considérés ici comme les moyens d'assurer la non-discrimination sur le marché, en harmonie avec l'esprit du droit européen des marchés publics.

328. Si nous pointons ce croisement manifeste entre le droit des aides d'États et le droit des marchés publics², et plus particulièrement le principe de transparence, c'est qu'il pourrait avoir des répercussions, au-delà des dispositifs créés par les autorités étatiques, pour les régimes de pension organisés par les partenaires sociaux. En effet, dans un arrêt *UNIS et Beaudout* de 2015, la Cour de justice a décidé que le principe de transparence doit être respecté lors de la sélection, par les partenaires sociaux, d'un organisme unique pour la gestion d'un régime de protection sociale complémentaire auquel l'affiliation a été rendue obligatoire par l'extension de la force obligatoire d'un accord collectif de travail³. Au vu de cette jurisprudence, la question se pose donc de savoir si les avantages fiscaux accordés à certains régimes de pension complémentaires ne risquent pas d'être qualifiés d'aides d'État illégales dans le cas où les partenaires sociaux n'auraient pas respecté le principe de transparence pour la sélection de l'entité chargée de gérer ledit régime.

1. Voy. *infra* n° 478 et s.

2. Pour un exposé plus général des liens entre ces deux branches du droit européen en général, voy. notamment S. SCHOENMAEKERS, W. DEVROE et N. PHILIPSEN (éds.), *State aid and public procurement in the European Union*, Cambridge, Intersentia, 2014.

3. CJUE, 17 décembre 2015, *UNIS et Beaudout*, C-25/14 et C-26/14. À propos de cet arrêt, voy. *infra* n° 478 et s.

329. Prenons un exemple, qui permettra de clarifier ce point. Le droit belge assujettit les opérations d'assurance à une taxe annuelle, desquelles opérations font partie les régimes de pension complémentaire¹. Une exonération est toutefois prévue pour les régimes de pension dits « sociaux », c'est-à-dire ceux qui comprennent certains éléments de solidarité, spécifiés dans un arrêté royal². Ces régimes sont établis sur initiative des partenaires sociaux (ou d'un employeur unique, s'il n'est pas déjà couvert par une convention collective de travail prévoyant un régime de pension social), qui sont libres d'en confier la gestion à une entreprise d'assurance de leur choix (ou à un organisme de financement de pension, mais nous pensons que dans ce cas de figure, le principe de transparence ne s'applique pas, pour des raisons que nous exposerons plus loin³).

À la lumière des décisions de la Commission que nous venons de commenter, il semble permis de considérer que l'exonération de la taxe annuelle est constitutive d'une aide d'État, puisqu'elle octroie un avantage financé par des ressources étatiques (ici, la renonciation à un revenu) et bénéficiant indirectement à certaines entreprises (elle est « de nature à favoriser l'activité des sociétés d'assurances » ou des fonds de pension), qui fausse par ailleurs ou menace de fausser la concurrence et est susceptible d'affecter les échanges entre États membres étant donné l'euro-péanisation du marché des assurances.

330. Mais il semble également permis de soutenir que cette exonération entre dans le champ d'application de l'exception prévue par l'article 107, § 2, a) TFUE au profit des « aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels » ; les régimes de pension exonérés sont solidaires, et l'exonération bénéficie certainement au moins en partie aux travailleurs « consommateurs » du régime, puisqu'elle les soulage d'une taxe qui pèse notamment sur leurs cotisations⁴.

Cette aide constituée par l'exonération rencontre-t-elle toutefois la troisième condition posée pour bénéficier de cette exception, à savoir être accordée « sans discrimination liée à l'origine des produits » ? Certes, toutes les entreprises d'assurance peuvent proposer leurs services pour la gestion d'un régime de pension social. Mais seules celles choisies par les partenaires sociaux bénéficieront effectivement de l'exonération. Or, comment les partenaires sociaux opèrent-ils leurs choix ? Si l'on en croit la décision de la Commission commentée plus haut, le res-

1. Articles 173 et 174 du Code des droits et taxes divers (loi du 2 mars 1927).

2. Article 176/2, 4^e bis du Code des droits et taxes divers ; articles 10, 11 et 43 de la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale ; arrêté royal du 14 novembre 2003 fixant les prestations de solidarité liées aux régimes de pension complémentaires sociaux. À propos de ces éléments de solidarité, voy. *supra* n° 262.

3. Voy. *infra* n° 573 et s.

4. Article 176/1 du Code des droits et taxes divers.

pect de la condition d'absence de discrimination liée à l'origine du produit suppose que cette sélection soit menée au terme d'une procédure dont les modalités et les critères appliqués pour départager les concurrents ont fait l'objet d'une publicité préalable. Cette exigence de publicité devrait-elle également être respectée par les partenaires sociaux ?

Jusqu'à l'adoption de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, on aurait pu arguer que cette exigence étant inspirée du droit européen des marchés publics, et spécifiquement du principe de transparence, elle ne peut peser que sur l'État, qui est le destinataire naturel de ces règles. Mais, précisément, cet argument a perdu de sa pertinence depuis cet arrêt, dans lequel la Cour a décidé que le principe de transparence s'applique également lorsque la sélection de l'opérateur économique auquel est octroyé un droit exclusif n'a pas été opérée par l'État lui-même, mais par les partenaires sociaux.

331. Les implications de l'arrêt *UNIS et Beaudout* pourraient donc bien déborder leur cadre originel (celui de la compatibilité de l'octroi d'un droit exclusif à la libre prestation des services, dont nous parlerons en détail plus loin¹) pour s'étendre à celui des aides d'État. Lorsqu'une aide est octroyée aux travailleurs en soutien d'un dispositif de protection sociale pour l'exécution duquel les partenaires sociaux doivent sélectionner au préalable *un ou plusieurs* opérateurs économiques, cette sélection pourrait devoir respecter le principe de transparence pour que l'aide en question puisse être considérée comme compatible avec le droit européen des aides d'État en vertu de l'article 107, § 2, a) TFUE.

(b) *Les aides destinées à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre*

332. L'exception en faveur des aides destinées à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre prévue à l'article 107, § 3, b) TFUE, pour l'application de laquelle la Commission dispose d'un pouvoir de discrétion certain (le texte énonce que ces aides « peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur »), a joué un rôle important dans la survie de certains dispositifs de pension lors de la crise financière et économique qui a débuté en 2008. Nous ne développerons pas plus ce point, dont la discussion demanderait des considérations dépassant largement la matière des aides d'État. Mentionnons donc seulement que l'exception a été évoquée notamment pour le sauvetage d'organismes importants pour le système de pension des Pays-Bas. Aegon², deuxième prestataire de services de pension du pays à l'époque avec près d'un quart des parts de

1. Voy. *infra* n° 478 et s.

2. Décision de la Commission du 27 novembre 2008 concernant les aides d'État N 569/2008 à Aegon N.V.

marché, et ING¹, occupant alors près d'un cinquième des parts du marché des produits de pensions, ont été aidés à hauteur de 3 milliards d'euros et de 10 milliards euros respectivement. Ces deux acteurs développaient également d'autres activités que l'offre de prestations de pension.

De manière générale, il semble toutefois que l'intervention de l'État a été moins nécessaire pour les organismes de pension que pour d'autres acteurs financiers, notamment les banques². Une des raisons en est probablement que le temps long de leurs engagements les rend plus résilients aux crises financières.

Conclusions intermédiaires : le droit européen des aides d'État et l'autonomie des États membres pour l'organisation de leurs systèmes de pension

333. La vue d'ensemble que nous venons de proposer de l'articulation entre le droit européen des aides d'État et les régimes de pension permet de dégager plusieurs enseignements généraux relatifs à notre question, celle des contraintes actuelles ou potentielles que fait peser cette branche du droit européen sur les États membres pour l'organisation de leurs systèmes de pension.

334. Le premier est qu'il n'y a probablement que peu d'interventions de l'État au profit de régimes de pension, légaux ou non, qui échappent *a priori* et avec certitude du champ d'application de l'article 107 TFUE. Nous avons en effet relevé que la qualification d'activité exclusivement sociale de l'activité de l'organisme de pension bénéficiaire d'une intervention de l'État ne permet pas, seule, de conclure à l'inapplicabilité de l'article 107 TFUE ; il faut en outre vérifier que cette intervention ne procure pas non plus, de manière *indirecte*, un avantage économique à une entreprise dont l'activité est liée d'une façon ou d'une autre à cet organisme de pension. Or, il suffit, par exemple, que cette entreprise voie ses charges allégées suite à l'intervention étatique pour qu'un tel avantage existe. À la différence des autres interdictions de principe du droit de la concurrence, les limites du champ d'application de l'interdiction des aides d'État ne peuvent donc être tracées par une simple référence à celles de la notion d'activité économique.

-
1. Décision de la Commission du 12 novembre 2008 concernant les aides d'État N 528/2008 à ING Groep N.V.
 2. En octobre 2008, soit un mois à peine après la faillite de la banque américaine *Lehman Brothers*, la Commission adoptait une communication dite « communication bancaire » relative à l'« application des règles en matière d'aides d'État aux mesures prises en rapport avec les institutions financières dans le contexte de la crise financière mondiale », C 270/8, indiquant que les aides apportées aux banques par les États tombaient dans le champ d'application de l'article 107, § 3, b). Sur cette communication, voy. notamment M. HEIDENHAIN (éd.), *European State Aid Law: Handbook*, München, Beck, 2010, p. 205-207.

335. Le deuxième enseignement est que, dans l'hypothèse où une intervention étatique est octroyée à un organisme ayant des activités pouvant être qualifiées, pour une part, d'activités exclusivement sociales et, pour une autre part, d'activités économiques, le droit des aides d'État impose une séparation nette et vérifiable des financements respectifs de ces deux types d'activités. À défaut, cette intervention, quand bien même elle viserait à soutenir la composante exclusivement sociale seulement des activités de l'organisme en question, doit de toute façon être qualifiée d'aide d'État au sens de l'article 107, § 1^{er} TFUE. Le droit européen est donc porteur à cet égard de contraintes d'ordre administratif pour les États membres : ils doivent s'assurer que les régimes de pension exerçant des activités exclusivement sociales (en tous cas donc les régimes financés en répartition) qui développeraient également des activités économiques au sens de la jurisprudence de la Cour, s'organisent en interne de façon à respecter la dichotomie posée par le droit européen de la concurrence entre les deux types d'activité.

L'importance de cette contrainte doit certainement être relativisée ; à notre connaissance, il n'existe pas de tradition de gestion intégrée, par un organisme unique, de régimes en répartition et de régimes en capitalisation au sein des États membres ; les différences fondamentales entre ces deux techniques de financement s'y prêteraient d'ailleurs probablement fort mal. Reste qu'il n'est pas impossible qu'un organisme chargé de la gestion d'un régime de pension en répartition développe également des activités dans le domaine des régimes en capitalisation, comme l'a montré l'exemple belge repris plus haut¹. Le cas échéant, l'État doit être attentif à ce que l'organisation interne de cet organisme, notamment son organisation comptable, permette de différencier nettement les financements de chacune de ces activités. Par ailleurs, comme il a déjà été dit plus haut², plusieurs États membres connaissent des pension légales combinant des régimes financés en répartition et des régimes financés en capitalisation, ces derniers devant selon nous être qualifiés d'entreprise. Or, certains d'entre eux, comme la Suède, ont prévu l'intervention d'un organisme public dans la gestion des régimes en capitalisation³. Dans ces États, une attention toute particulière doit certainement être accordée aux liens organisationnels entre les organismes chargés des différentes composantes du régime légal pour éviter l'intervention sanctionnatrice du droit européen des aides d'État.

336. Un troisième enseignement pouvant être tiré des considérations contenues dans cette section est que les États membres peuvent se prévaloir de plusieurs

1. Voy. *supra* n° 299.

2. Voy. *supra* n° 183.

3. Voy. le *Pension Adequacy Report 2018: Current and Future Income Adequacy in Old Age in the EU. Volume 2 – Country Profiles*, op. cit., p. 258.

exceptions à l'interdiction de principe des aides d'État, parmi lesquelles certaines nous paraissent assez généreuses.

Nous pensons en particulier à l'exception fondée sur l'article 106, § 2 TFUE, applicable aux interventions étatiques qui bénéficient aux entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général. L'exemple du *NEST* britannique a montré que la Commission accorde une réelle marge de manœuvre aux États membres pour la définition de ce qui constitue un service d'intérêt économique général. Par ailleurs, les conditions posées pour bénéficier de cette exception (mandatement contenant une définition précise du service d'intérêt économique général; établissement de paramètres objectifs et transparents pour le calcul de la compensation par l'État du coût engendré par le service d'intérêt général; absence de surcompensation, c'est-à-dire de compensation d'un montant plus important que les coûts effectivement occasionnés par ledit service) nous semble pouvoir être rencontrée sans trop de difficultés, à condition peut-être pour les États de prendre le soin de formaliser certaines pratiques. Le bénéfice de cette exception nous paraît donc mettre les États membres à l'abri d'une restriction importante, par le droit européen des aides d'État, des choix possibles pour l'organisation de régimes de pension financés en capitalisation (ceux financés par répartition n'étant pas, à notre sens, des entreprises¹) présentant des caractéristiques excentriques au regard des principes du marché.

337. Enfin, en guise de quatrième et dernier enseignement, nous pointerons la rencontre possible, sinon probable de la jurisprudence de la Cour exigeant le respect d'un principe de transparence lors de l'octroi d'un droit exclusif à un opérateur économique désigné par les partenaires sociaux (nous exposons plus bas cette jurisprudence et ses implications pour les partenaires sociaux²), d'une part, et du droit des aides d'États, plus précisément de la condition d'absence de discrimination contenue dans l'exception énoncée par l'article 107, § 2, a), au profit des aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, d'autre part. Dans l'hypothèse où une aide est octroyée aux individus pour le financement d'un produit de pension à condition que cette pension soit constituée auprès d'un organisme sélectionné ou désigné par les partenaires sociaux (éventuellement parmi plusieurs autres), il nous semble que ces derniers pourraient devoir être obligés de respecter le principe de transparence pour que cette aide puisse être jugée compatible avec le droit européen des aides d'États en vertu de l'article 107, § 2, a).

1. Voy. *supra* n° 180 et s.

2. Voy. *infra* n° 478 et s.

Conclusions de chapitre

Droit européen de la concurrence et organisation des systèmes de pension nationaux

338. Puisque chacune des sections de ce chapitre contient des conclusions intermédiaires détaillées, nous ne reprenons ici que le condensé des conclusions principales de nos développements.

339. À notre sens, le champ d'application du droit européen de la concurrence suit, en matière de pension, la division entre les deux modes de financement des pensions que sont la répartition et la capitalisation. En raison de caractéristiques propres à la répartition, les régimes de pension financés selon cette technique échappent nécessairement au droit de la concurrence. Par contre, les régimes financés en capitalisation y sont soumis, qu'ils présentent par ailleurs un haut degré de solidarité ou non. Contrairement à ce que pourrait laisser penser la jurisprudence récente de la Cour, l'intensité du contrôle de l'État sur un régime est donc, selon nous, indifférente pour décider de l'applicabilité du droit de la concurrence.

340. La jurisprudence relative à l'interdiction des ententes entre entreprises et à l'interdiction d'abuser d'une position dominante (articles 101 et 102 TFUE) n'a jusqu'à présent été la source d'aucune restriction de l'autonomie des États membres pour l'organisation de leurs systèmes de pension. Cependant, la condition de solidarité posée par la Cour pour bénéficier de la dérogation aux dispositions du droit de la concurrence permise par l'article 106, § 2 TFUE conserve une grande part d'indétermination. Il n'est pas certain, à notre sens, que les régimes octroyant des pensions à cotisations définies la rencontrent. Une incertitude pèse donc sur la légalité des régimes financés en capitalisation, obligatoires et gérés par une entité unique, dès lors que ceux-ci présentent un degré de solidarité moindre que le régime en cause dans les arrêts *Albany*, ce qui est typiquement le cas lorsqu'ils octroient des pensions à cotisations définies.

341. L'interdiction des aides d'État ne contraint pas plus l'autonomie des États membres pour l'organisation de leurs systèmes de pension. Le bénéfice de l'article 106, § 2 TFUE semble facilement accordé aux États lorsqu'ils procurent un avantage à un dispositif de protection sociale. Les exemples sont plus nombreux en

matière d'assurance soins de santé. Mais l'on en trouve une illustration récente en matière de pension avec la décision de la Commission relative au *National Savings Employment Trust (NEST)* britannique. Sur un point, toutefois, une évolution est peut-être à attendre. Des avantages fiscaux sont souvent accordés aux membres de régimes de pension complémentaire. Si un tel régime a été mis en place par les partenaires sociaux, il est possible que ceux-ci doivent dans le futur respecter certaines garanties de transparence lors de la sélection de l'entité gestionnaire du régime pour que ces avantages fiscaux puissent être justifiés par application d'une exception prévue en faveur des aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels. (Nous développons plus avant les exigences de transparence applicables aux partenaires sociaux dans la seconde partie.)

342. Aucune contrainte actuelle, et peu de contraintes potentielles émanent donc du droit européen de la concurrence pour l'organisation des systèmes de pension des États membres. Il n'est pas pour autant incompréhensible que cette jurisprudence suscite parfois des crispations, voire de la méfiance. C'est que la jurisprudence de la Cour semble imprégnée de valeurs libérales, dans le sens défini dans la partie liminaire. Or, tous ne les partagent pas nécessairement.

Tant pour la définition des limites du champ d'application du droit de la concurrence que dans le choix de ne pas prendre en considération les spécificités de la négociation collective pour décider de l'existence d'un abus (potentiel) de position dominante, la Cour semble raisonner sur la base de schémas binaires : l'économique et le social, le marché et l'État. Il y a d'une part les activités économiques, qui sont les activités de principe, et d'autre part les activités exclusivement sociales, dont l'existence est exceptionnelle. Ces activités sont définies selon leur caractéristiques supposées intrinsèques. Par ailleurs, le principe est le libre marché, et les exceptions à ce principe sont toujours le fait de l'autorité étatique, ou du moins d'une autorité qui partage avec elle la caractéristique d'intervenir de manière verticale et extérieure au marché : il n'y a donc pas lieu de distinguer le traitement juridique de ces interventions selon la qualité de leur auteur (par exemple les partenaires sociaux).

Ces manières de raisonner nous semble reposer sur une conception libérale de la justice distributive, selon laquelle la juste commune mesure pour décider qui a droit à quoi est donnée par le marché; les autres manières de définir une commune mesure — par exemple qui ne se fondent pas sur la supposée nature des choses, mais sur leur qualification juridique, ou qui ne posent pas le marché comme institution de principe pour la fixation des valeurs d'échange, en particulier des salaires et autres droits sociaux attachés au travail — sont exceptionnelles et à ce titre doivent être expliquées ou justifiées au regard de celui-ci. Elles n'ont pas de légitimité propre, mais seulement empruntée; leur reconnaissance se fait au travers de catégories d'inspiration libérale. Ces manières de raisonner sont ainsi

de nature à irriter, voire à rendre méfiants ceux qui conçoivent autrement et trouvent effectivement dans le droit positif d'autres valeurs pour définir la justice distributive. Et cela, quand bien même la jurisprudence de la Cour en matière de concurrence a jusqu'à présent été respectueuse des régimes de pension existants.

Chapitre 2

Libre prestation des services et organisation des systèmes de pension nationaux

343. Une impression de tension permanente domine dans les études relatives à l'application de la libre prestation des services dans le domaine social. Selon P. Rodière, par exemple, « [l]a Cour se montre en effet très vigilante lorsqu'il s'agit d'assurer l'empire ou l'emprise des libertés de circulation sur les droits sociaux, alors qu'elle fixe des frontières au droit de la concurrence¹ ». Dans le même sens, J.-Ph. Lhernould invitait dans un article paru en 2011 « à s'assurer que, pour ce qui est des régimes de base, la libre prestation des services ne sera pas le cheval de Troie des partisans d'une approche de la protection sociale fondée sur une mise en concurrence détachée des exigences de la solidarité² ». Dans un ouvrage consacré aux limites de la libre prestation des services, D. Grisel relève quant à elle que « en matière de services d'intérêt général [dont font partie les régimes de protection sociale,] les États membres ne peuvent pas se prémunir de manière définitive de l'impact des articles 56 et ss TFUE [c'est-à-dire des articles relatifs à la libre prestation des services], quel que soit le régime qu'ils mettent en place³ ». Enfin, parmi beaucoup d'autres encore⁴, F. Laagland estime que « *hardly any area of*

-
1. P. RODIÈRE, « L'impact des libertés économiques sur les droits sociaux dans la jurisprudence de la CJCE », *op. cit.*
 2. J.-P. LHERNOULD, « Le monopole des régimes de protection sociale à l'épreuve de la jurisprudence récente de la CJUE », *Droit social*, 2011, n° 12, p. 1265-1267.
 3. D. GRISEL, *La libre prestation de services en droit de l'Union européenne : Examen des limites à l'application des articles 56 et ss TFUE*, Bâle et Paris, Helbing Lichtenhahn et L.G.D.J., 2015, p. 49.
 4. Voy. notamment J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, 18^e éd., *op. cit.*, p. 427 qui estiment que « [L]es libertés économiques ouvrent [...] une "boîte de pandore" dont on ne sait ce qui pourrait en sortir si, quittant le domaine de la protection d'entreprise, à caractère facultatif, on venait à les confronter à certains régimes légaux confiés à des opérateurs sans qu'ils aient été mis en concurrence » ; G. FILHON et T. SÉNÉ, « Quels moyens juridiques pour la gouvernance européenne des retraites ? », *Retraite et société*, 2013, vol. 66, n° 3, p. 84 pour qui « Les régimes de retraite pourraient bien être affectés par une nouvelle évolution jurisprudentielle qui concerne l'ensemble des régimes de sécurité sociale en situation de monopole » ; ils font référence à l'arrêt *Kattner*, dont il sera question plus bas. Voy.

national labour law escapes from the application of the European internal market¹ ».

Et en effet, depuis une vingtaine d'années les exemples de l'application de la libre prestation des services à des domaines qu'on aurait pu croire étrangers à la logique du marché se sont multipliés dans la jurisprudence de la Cour. Les systèmes d'éducation², les assurances soins de santé³, les relations collectives de travail⁴, les assurances obligatoires contre les risques professionnels⁵, entre autres, ont ainsi vu leur légalité questionnée au regard de la libre prestation des services⁶. À cette application extensive de la liberté économique s'ajoute la difficulté de prédire les solutions retenues par la Cour, dont il deviendrait presque banal de dénoncer l'inconstance en la matière. Cette situation est propre à entretenir chez certains un sentiment de méfiance, associé à la crainte qu'au fil du temps la Cour réduise encore, ou empiète à nouveau sur des terrains réservés jusque-là à la souveraineté des États membres en matière sociale.

344. C'est dans ce contexte que nous posons la question de l'influence de la libre prestation des services sur l'organisation des systèmes de pension. Ou plutôt devrions-nous dire la question des raisons du faible degré d'interaction entre la libre prestation des services et les systèmes de pension. Il a en effet rarement été demandé à la Cour de préciser les rapports qu'entretiennent cette liberté européenne et les systèmes de pension. Plus encore : la question n'a été posée qu'à l'égard de pensions complémentaires. Quant aux pensions légales, jamais leur conformité à la liberté européenne n'a été questionnée devant la Cour.

345. Cette dernière situation peut paraître étonnante, notamment pour le contraste qu'elle offre avec la jurisprudence pléthorique de la Cour relative aux

aussi A.J. MENÉNDEZ, « United They Diverge? From conflicts of law to constitutional theory? On Christian Joerges' theory », *ARENA Working Paper*, février 2011, n° 2 ; D. ASHIAGBOR, « Unravelling the Embedded Liberal Bargain », *op. cit.*

1. F. LAAGLAND, « Member States' Sovereignty in the Socio-Economic Field: Fact or Fiction? The Clash between the European Business Freedoms and the National level of Workers' Protection », *European Labour Law Journal*, 2018, vol. 9, n° 1, p. 51.
2. Voy. notamment, à propos d'établissements scolaires privés, CJUE, 7 décembre 1993, *Wirth*, C-109/92 ; CJUE, 11 septembre 2007, *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, C-76/05 ; CJUE, 11 décembre 2007, *Commission c. Allemagne*, C-318/05.
3. Voy. notamment CJUE, 16 mai 2006, *Watts*, C-372/04.
4. Voy. notamment CJUE, 11 décembre 2007, *Viking Line*, C-438/05 ; CJUE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05.
5. CJUE, 5 mars 2009, *Kattner Stahlbau*, C-350/07.
6. Pour un aperçu chronologique de la jurisprudence faisant application de la libre prestation des services à des « services sociaux », voy. J.W. VAN DE GRONDEN, « Free Movement of Services and the Right of Establishment: Does EU Internal Market Law Transform the Provision of SSGI? », in U. NEERGAARD *et al.* (éds.), *Social Services of General interest in the EU*, The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2013, p. 125-129.

soins de santé, dont la couverture relève, à l'instar des pensions légales, du domaine de la sécurité sociale. Reste que la libre prestation des services s'applique par contre avec certitude aux pensions complémentaires. Et si la jurisprudence est mince à l'égard de celles-ci, elle n'est toutefois pas dépourvue d'enseignements intéressants. Par ailleurs, l'influence de la libre prestation des services à l'égard des systèmes de pension ne s'exerce pas qu'au niveau du droit primaire, mais également au travers d'une directive adoptée en vue notamment de faciliter la prestation de services transfrontaliers par les fonds de pensions.

346. Ce chapitre débute donc par une tentative de clarification des raisons de la singulière absence de jurisprudence relative aux pensions légales (Section 1). Il se poursuit avec une étude de l'incidence de libre prestation des services sur les pensions complémentaires, où sont interrogées les deux faces d'un même phénomène : la légalité de l'obligation d'affiliation à un régime de pension géré par un opérateur unique, d'une part, et les exigences procédurales pour l'octroi à cet opérateur du droit exclusif correspondant de gérer un régime de pension, d'autre part (Section 2). Enfin, le chapitre quitte le droit primaire pour se pencher sur la directive refonte relative aux institutions de retraite professionnelle¹ et son incidence sur l'organisation des systèmes de pension (Section 3).

Section 1 : Les pensions légales et la libre prestation des services : quelles relations ?

347. Comme il vient d'être dit, la Cour de justice n'a jamais eu à se prononcer sur l'applicabilité de la libre prestation des services aux pensions légales des États membres. Cette absence de jurisprudence peut surprendre, d'autant que la liberté européenne a souvent servi pour contester des règles ou mesures étatiques relevant de domaines pourtant éloignés des échanges économiques privés auxquels elle s'adresse évidemment. Pourquoi donc la compatibilité des pensions légales avec la libre prestation des services n'a-t-elle jamais fait l'objet d'une question préjudicielle ? La question peut paraître saugrenue, particulièrement dans une recherche en droit : un juriste sait combien il est difficile d'établir la preuve d'un fait négatif. Il nous semble pourtant qu'elle n'est pas sans intérêt, moins parce qu'il serait possible de lui donner une réponse assurée qu'en considération des enseignements relatifs aux prétentions de la libre prestation des services et aux particularités des pensions légales que son investigation permet de dégager. Nous proposons donc de la discuter, en reconnaissant volontiers que notre démarche est motivée par une curiosité théorique plus que par une utilité pratique.

1. Directive (UE) 2016/2341 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (IRP) (refonte).

348. Trois hypothèses peuvent être avancées pour expliquer cette absence de jurisprudence. La première est celle d'une raison de droit rendant improbable la formulation d'une question préjudicielle sur la compatibilité des pensions légales à la libre prestation des services : tous s'accordent pour dire que les pensions légales sont hors du champ d'application de cette liberté et tous considéreraient donc la question inutile. La deuxième hypothèse est celle d'une explication d'ordre structurel : les caractéristiques propres des pensions légales compliqueraient fortement l'appréhension des pensions légales sous la notion de service, de sorte qu'il est invraisemblable que l'on forme l'idée de faire usage de la libre prestation des services dans un litige relatif à celles-ci. La troisième hypothèse est celle de la contingence : aucune question préjudicielle ne serait jamais parvenue à la Cour pour la simple raison que, jusqu'à présent, aucun plaideur n'a jamais pensé ou décidé d'invoquer la libre prestation des services dans une affaire touchant les pensions légales ; la saisine de la Cour à ce propos ne serait donc qu'une question de temps. C'est à cette dernière hypothèse que l'on doit conclure si aucune des deux premières n'est vérifiée.

349. Pour trancher entre ces hypothèses, ou du moins pour distinguer la plus vraisemblable d'entre elles, nous commençons par jauger l'étendue de la libre prestation des services au travers de l'analyse de ses limites internes et externes, c'est-à-dire au travers de l'étude des contours de la notion de service et de sa place dans l'architecture du droit de l'Union européenne (§ 1). Nous examinons ensuite le raisonnement adopté par la Cour pour décider de l'applicabilité de cette liberté dans des affaires portant sur des régimes de sécurité sociale, en particulier dans sa jurisprudence relative aux assurances soins de santé (§ 2). Ces analyses nous conduisent à penser que les pensions légales sont, en droit, soumises à la libre prestation des services, ce qui nous amène à écarter la première hypothèse. Nous nous essayons alors à vérifier la deuxième hypothèse, c'est-à-dire à déterminer si certaines caractéristiques de ces pensions sont de nature à les rendre imperméables à la logique du marché, de sorte qu'il serait peu probable que l'individu couvert par un régime de pension légal forme le projet d'invoquer la libre prestation des services dans ses relations à ce régime (§ 3).

350. Au terme de ces considérations, nous sommes amenés à soutenir que, pour certains régimes de pension légaux au moins, la deuxième hypothèse doit également être écartée. À l'égard de ceux-ci, c'est donc la troisième hypothèse qui semble devoir être retenue : il est plausible qu'une question préjudicielle portant sur la légalité de ces régimes légaux au regard de la libre prestation des services soit un jour soumise à la Cour. Étant donné cette conclusion, nous nous essayons enfin à déterminer quelle pourrait être la réponse de la Cour à cette question (§ 4).

§ 1. L'étendue de la libre prestation des services

351. La libre prestation des services au sein du marché intérieur européen est proclamée à l'article 56 TFUE, qui énonce que « les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation ». La Cour de justice a précisé de longue date qu'elle comprend deux dimensions : une dimension active, consistant en la liberté des opérateurs de prescrire des services, et une dimension passive, consistant en la liberté des consommateurs de recevoir un service¹.

Pour préciser l'étendue de la liberté prévue à cet article, nous proposons de commencer par en présenter ce que nous appelons les limites internes, c'est-à-dire celles qui découlent de la notion même de service telle qu'elle a été définie par la Cour (1), pour nous intéresser ensuite à ses limites externes, entendues comme celles qui dérivent de la place de la libre prestation des services dans l'architecture générale des traités (2).

1. Les limites internes : la notion de service

352. En vertu de l'article 57 TFUE, « sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes ».

Cette définition de la notion de service comprend trois éléments, qu'il convient d'explicitier pour en obtenir une bonne compréhension. Premièrement, la notion de service au sens du droit primaire européen est censée être une catégorie résiduaire : elle couvre les prestations qui tombent en dehors des champs d'application respectifs des trois autres libertés de circulation définies par le traité. Précisons toutefois que ce caractère subsidiaire de la libre prestation des services est fortement nuancé par la Cour : si plusieurs libertés de circulation sont en cause, le régime juridique applicable est celui de la liberté clairement prédominante dans les faits de la cause ; à défaut, les différentes libertés seront considérées concomitamment².

353. Deuxièmement, un service au sens du traité consiste en une « prestation ». On peut toutefois se demander s'il s'agit véritablement là d'un élément constitutif

-
1. Voy. notamment CJUE, 31 janvier 1984, *Luisi et Carbone*, C-286/82 et C-26/83, § 10 ; CJUE, 6 novembre 2003, *Gambelli*, C-243/01, § 53.
 2. CJUE, 4 mai 2017, *Vanderborght*, C-339/5, § 58 ; CJUE, 26 mai 2016, *NN (L) International*, C-48/15, § 39 ; CJUE, 1^{er} juillet 2010, *Dijkman et Dijkman-Lavaleije*, C-233/09, § 33. Voy. également C. KADDOUS et D. GRISEL, *Libre circulation des personnes et des services*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012, p. 561-562 ; D. CHALMERS, G. DAVIES et G. MONTI, *European Union Law: text and materials*, 4^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 738.

de la notion de service. Énoncée sans plus de précision, tout ou presque peut être considéré comme une « prestation¹ ». Et en effet, la jurisprudence de la Cour qualifie de services au sens du traité des activités aussi diverses que l'exploitation de jeux de hasard par internet², la mise à disposition de plans d'eau pour la pêche³, l'interruption médicale de grossesse⁴ ou encore la prostitution⁵. Par ailleurs, la Cour a affirmé à de nombreuses reprises, notamment dans des arrêts relatifs à des régimes de soin de santé relevant de la sécurité sociale, que « la nature particulière de certaines prestations de services ne saurait faire échapper ces activités au principe fondamental de libre circulation⁶ ». Parce qu'il semble difficile de donner une substance à la notion de prestation, et parce que la nature des prestations est de toute façon indifférente pour l'applicabilité de la libre prestation des services, il semble donc que cet élément de la définition relatif au type d'activité exercée puisse être tenu pour négligeable. Plutôt que la nature de l'activité, ce sont les *rapports* établis entre des personnes autour ou à l'occasion de l'activité qui paraissent déterminants. Ce qui nous amène au dernier élément de la définition.

354. Troisièmement, pour être un service, la prestation doit être normalement fournie contre rémunération. C'est à propos de cet élément que la Cour a développé les raisonnements les plus sophistiqués dans les affaires où les frontières de la libre prestation des services ont été questionnées. On se contentera ici de relever les enseignements généraux de la jurisprudence qui sont utiles pour notre propos.

355. Selon une formule constante dans la jurisprudence de la Cour, « la caractéristique essentielle de la rémunération réside dans le fait que celle-ci constitue la contrepartie économique de la prestation en cause⁷ ». L'élément de la rémunération traduit donc l'ambition de la libre prestation des services de s'appliquer aux activités qui présentent un caractère économique. Les discussions menées plus haut à propos du champ d'application du droit de la concurrence ont cependant montré que ce n'est finalement pas dire grand-chose que de se référer à la

-
1. Voy. notamment D. GRISEL, *La libre prestation de services en droit de l'union européenne*, op. cit., p. 34, qui parle de « la variété illimitée des prestations de services imaginables ».
 2. Voy. par exemple CJUE, 6 novembre 2003, *Gambelli*, C-243/01 ; CJUE, 8 septembre 2009, *Baw International Ltd*, C-42/07.
 3. CJUE, 21 octobre 1999, *Jägerskiöld*, C-97/98.
 4. CJUE, 4 octobre 1991, *Grogan*, C-159/90.
 5. CJUE, 20 novembre 2001, *Jany*, C-268/99.
 6. Voy. notamment CJUE, 12 juillet 2001, *Vanbraekel*, C-368/98 ; CJUE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, C-157/99, § 54 ; CJUE, 28 avril 1998, *Kohll*, C-158/96, § 20 ; CJUE, 17 décembre 1981, *Webb*, C-279/80, § 10 ;
 7. Voy. notamment CJUE, 17 mars 2011, *Peñarroja*, C-372/09 et C-373/09, § 37 ; CJUE, 17 novembre 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, C-169/08, § 23 ; CJUE, 11 septembre 2007, *Schwarz*, C-76/05, § 38 ; CJUE, 26 juin 2003, *Skandia et Ramstedt*, C-422/01, § 23 ; CJUE, 22 mai 2003, *Freskot*, C-355/00, § 55 ; CJUE, 27 septembre 1988, *Humbel et Edel*, C-263/86, § 18.

« nature » économique d'une activité sans plus de détail¹. À la différence toutefois des raisonnements tenus en droit de la concurrence, les précisions sur les limites du champ d'application de la libre prestation des services n'ont pas été apportées par l'approfondissement du sens de la notion d'activité économique. Comme cela nous apparaîtra plus bas², elles l'ont été par l'indication de la relation à laquelle il convient de prêter attention, dans les situations où interagissent une multitude d'acteurs, pour décider de l'applicabilité de la libre prestation des services.

356. Outre l'explicitation du lien au domaine des activités économiques, la jurisprudence fournit d'autres informations relatives à l'élément de la rémunération.

La Cour a précisé que l'existence d'une contrepartie économique doit s'apprécier indépendamment de l'objectif poursuivi par le prestataire. Ainsi, l'absence de but lucratif dans le chef de ce dernier ne fait pas obstacle à la qualification de service au sens du TFUE³. La jurisprudence en matière de libre prestation des services rejoint sur ce point les décisions de la Cour en droit de la concurrence, qui ont également déclaré que la circonstance qu'une activité n'est pas poursuivie dans un but lucratif ne saurait faire obstacle à la qualification de cette activité comme étant de nature économique⁴.

L'identité du payeur de la rémunération est, elle aussi, indifférente pour l'identification d'un service : il n'est pas requis que le bénéficiaire de la prestation en supporte lui-même le coût⁵. Nous verrons ci-dessous l'importance de cette jurisprudence pour les nombreux régimes de protection sociale qui reposent sur des relations triangulaires, c'est-à-dire les régimes dans lesquels le bénéficiaire de la prestation ne rémunère pas lui-même le prestataire⁶.

Enfin, l'article 57 TFUE précise qu'un service est une prestation fournie « normalement » contre rémunération. L'absence de contrepartie économique dans un cas d'espèce ne suffit donc pas pour exclure avec certitude l'application de la libre prestation des services : l'activité en cause pourrait être habituellement exercée moyennant le paiement d'une rémunération, sauf exception, laquelle peut prendre par exemple la forme d'une exonération de paiement liée à la qualité du bénéficiaire⁷.

1. Voy. *supra* n° 98 et s.

2. Voy. *infra* n° 363 et s.

3. CJUE, 18 décembre 2007, *Jundt*, C-281/06, §§ 32-34.

4. Voy. *supra* n° 120.

5. Voy. notamment CJUE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteeders*, C-352/85, § 16 ; CJUE, 11 avril 2000, *Deliège*, C-51/96 et C-191/97, § 56 ; CJUE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, C-157/99, § 57 ; CJUE, 26 juin 2003, *Skandia et Ramstedt*, C-422/01, précité, § 24 ; CJUE, 11 septembre 2007, *Schwarz*, C-76/05, précité, § 41.

6. Voy. *infra* n° 367.

7. L'exemple est emprunté à D. GRISEL, *La libre prestation de services en droit de l'union européenne*, *op. cit.*, p. 42.

357. L'interprétation de la notion de rémunération par la Cour de justice lui donne donc une extension particulièrement large. Ni le but poursuivi dans le chef du prestataire, ni l'identité du payeur, ni la circonstance qu'aucune contrepartie n'a été payée en l'espèce ne permet d'exclure l'existence d'une contrepartie économique. Couplée à l'indétermination de la notion de prestation, cette jurisprudence ouvre grand les portes du champ d'application de la libre prestation des services. Elle ne semble pas plus trouver de limite dans la place accordée à d'autres intérêts dans les traités européens.

2. (L'absence de) limites externes

358. L'importance de l'étendue de la notion de service apparaît mieux encore à la considération que, dans le domaine social du moins, aucune limite ne lui est apportée « du dehors » par les traités, c'est-à-dire par l'affirmation que certains champs d'activité sont de toute façon préservés de l'influence de la libre prestation des services. Une telle exemption aurait pu reposer sur deux types de raison : l'affirmation que certains droits ou principes sociaux, considérés comme particulièrement éminents, priment en toute circonstance sur la liberté économique européenne, ou une répartition des compétences entre l'Union et les États membres assurant la parfaite souveraineté de ces derniers sur certaines questions.

359. Une exemption selon le premier type de raison évoqué aurait ainsi pu s'inspirer de certains articles de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'article 34, par exemple, énonce en son premier paragraphe que « [l]'Union reconnaît et respecte le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux assurant une protection dans des cas tels que la maternité, la maladie, les accidents du travail, la dépendance ou la vieillesse, ainsi qu'en cas de perte d'emploi, selon les règles établies par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales¹ ». La Cour de justice n'a toutefois jamais fait usage, à notre connaissance, des droits fondamentaux comme d'un « motif d'inapplication » des libertés économiques, mais aborde les relations des uns aux autres sur le mode du principe et de la justification à l'exception (les entraves auxdites libertés pouvant être justifiées par les droits fondamentaux)².

1. À propos de cet article, voy. notamment H. VERSCHUEREN, « Het recht op sociale zekerheid als een grondrecht. Een overzicht van het internationaal en nationaal juridisch kader », in A. VAN REGENMORTEL et H. VERSCHUEREN (éds.), *Grondrechten en sociale zekerheid*, Brugge, Die Keure, 2016, p. 28-32 ; D. DUMONT, « Article 34 : sécurité sociale et aide sociale », in S. VAN DROOGHENBROEK et F. PICOD (éds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 845-883. On se permet de renvoyer également à Q. DETIENNE, « Quelle peut être l'utilité de l'article 34 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ? Réflexions sur son défaut d'autonomie », in A. HOC, S. WATTIER et G. WILLEMS (éds.), *Human Rights as a Basis for Reevaluating and Reconstructing the Law*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 503-516.

2. Voy. notamment A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux*

À s'en tenir au texte du TFUE, on aurait par contre pu penser qu'une exemption reposant sur le deuxième type de justification a été prévue à l'article 153. Cet article définit les compétences de l'Union Européenne en matière sociale, et les procédures à respecter pour leur mise en œuvre. Ces compétences sont soit des compétences partagées, soit des compétences d'appui au sens de l'article 2, §§ 2 et 3 TFUE¹. Quand une compétence est partagée, les États membres restent libres de l'exercer seuls aussi longtemps que l'Union ne l'a pas mise en œuvre. Parmi ces compétences figure, entre autres, celle d'adopter des « prescriptions minimales » relatives à la sécurité sociale et à la protection sociale des travailleurs (article 153, § 2, b)). Quant aux compétences d'appui, elles ne permettent à l'Union que d'adopter des mesures destinées à encourager la coopération entre États membres, à l'exclusion de toute harmonisation de leurs dispositions législatives et réglementaires. Relève notamment de cette catégorie de compétences les mesures relatives à « la modernisation des systèmes de protection sociale » (article 153, § 1^{er}, k), et § 2, a)).

360. Une lecture combinée de ces articles 2 et 153 TFUE pourrait amener à l'interprétation selon laquelle la sécurité sociale échappe au champ d'action de l'Union européenne dans son ensemble, et donc au champ d'application de la libre prestation des services également. Ce n'est toutefois pas l'interprétation retenue par la Cour de justice. Concernant l'articulation entre la compétence des États membres en matière de sécurité sociale et la liberté européenne, la Cour a adopté de longue date le raisonnement suivant :

À titre liminaire, il y a lieu de constater que, selon une jurisprudence constante, le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale². [...] [L]es États membres doivent néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire. En effet, la Cour a constaté que la nature particulière de certaines prestations de services ne saurait faire échapper ces activités au principe fondamental de libre circulation. Par conséquent, le fait que la réglementation nationale en cause au principal relève du domaine de la sécurité sociale n'est

dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis – Bruylant, 2009, spécialement p. 290-293. C'est à cet auteur que nous empruntons l'expression « motif d'inapplication ». Voy. également, plus récemment, A. BAILLEUX, « Les droits fondamentaux dans le jardin du marché intérieur », in L. POTVIN-SOLIS (éd.), *Politiques de l'Union européenne et droits fondamentaux : treizièmes journées Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 221-222.

1. Sur ces notions en général, voy. notamment L. POTVIN-SOLIS, « Compétences partagées et objectifs matériels », in E. NEFRAMI (éd.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 29-90 ; P. CRAIG et G. DE BÚRCA, *EU law*, 6e éd., *op. cit.*, p. 83-88. À propos de l'article 153 TFUE en particulier, voy. notamment K. RIESENHUBER, *European Employment Law: a Systematic Exposition*, Cambridge, Intersentia, 2012, p. 139-151 ; P. WATSON, *EU Social and Employment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 15-18.
2. CJUE, 7 février 1984, *Duphar*, C-238/82, § 16 ; CJUE, 17 juin 1997, *Sodemare*, C-70/95, § 27.

pas de nature à exclure l'application des articles [56 et 57 TFUE]¹.

À la lumière de cette jurisprudence, il apparaît donc que ce que l'on pourrait appeler les « réserves de souveraineté » en matière sociale inscrites à l'article 153 TFUE au profit des États membres ne concernent en réalité que l'action législative de l'UE, autrement dit le droit dérivé : elles sont sans effet pour la limitation du champ d'application de la liberté européenne de prester des services²⁻³.

361. Pour compléter le tableau de l'articulation du droit national de la sécurité sociale et de la libre prestation des services européenne, il convient enfin de rappeler les deux principes fondamentaux de droit européen que sont le principe d'effet direct et le principe de primauté, tous deux établis par la Cour au début des années 1960⁴. En vertu du premier, les individus peuvent directement se prévaloir des dispositions du droit européen devant les juridictions nationales ou européennes pour autant que ces dispositions soient inconditionnelles et suffisamment

-
1. CJUE, 28 avril 1998, *Kohll*, C-158/96, §§ 17-21 ; voy. également, parmi d'autres, CJUE, 28 avril 1998, *Decker*, C-120/95, §§ 20-25, qui applique le même raisonnement à propos de la libre circulation des marchandises ; CJUE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, C-157/99, §§ 44-46 ; CJUE, 13 mai 2003, *Müller-Fauré*, C-385/99, § 100 ; CJUE, 5 mars 2009, *Kattner*, C-350/07, §§ 74-75 ; CJUE, 12 juillet 2012, *Commission c. Allemagne*, C-562/10, §§ 48-49. Par souci de lisibilité, la citation omet les numéros de paragraphe et les renvois proposés par la Cour à de la jurisprudence antérieure, excepté les deux arrêts repris en note de bas de page.
 2. Voy. notamment L. AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2008, n° 1, p. 39-40 ; F. LAAGLAND, « Member States' Sovereignty in the Socio-Economic Field », *op. cit.*, p. 54-55. À propos de la portée de l'article 153 TFUE, voy. également F. RÖDL, « The Labour Constitution », in A. von BOGDANDY et J. BAST (éds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford – Portland et München, Hart Publishing et CH Beck, 2010, p. 636-637 ; le même texte a aussi été publié sous le titre « The labour constitution of the European Union », in R. LETELIER et A.J. MENÉNDEZ (éds.), *The Sinews of European Peace. Reconstituting the Democratic Legitimacy of the Socio-Economic Constitution of the European Union*, ARENA Report Series, Oslo, ARENA, 2009, p. 367-426. Voy. aussi notamment CJUE, 21 décembre 2011, *Commission c. Pologne*, C-271/09, § 43.
 3. On remarquera que cette position n'est pas propre à la sécurité sociale. La Cour raisonne par exemple de la même façon en matière de fiscalité directe. Si cette matière relève bien de la compétence des États membres, la jurisprudence de la Cour énonce depuis longtemps que ceux-ci « doivent exercer leur compétence en matière de fiscalité directe dans le respect du droit de l'Union et, notamment, des libertés fondamentales garanties par le traité ». Voy. notamment CJUE, 11 août 1995, *Wielockx*, C-80/94 ; CJUE, 26 juin 2003, *Skandia et Ramstedt*, C-422/01 ; CJUE (grande chambre), 23 février 2016, *Commission c. Hongrie*, C-179/14.
 4. CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62 (principe d'effet direct) ; CJUE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, C-6/64 (principe de primauté). Sur l'importance de cette jurisprudence dans la construction européenne, voy. notamment l'étude classique de J.H. WEILER, « The Community system: The dual character of *supranationalism* », *Yearbook of European Law*, 1981, p. 257-306. À propos des raisons, historiques et politiques, pour lesquelles les États membres ont accepté cette construction jurisprudentielle dont on oublie parfois le caractère proprement inédit, voy. notamment K.J. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

précises¹. L'effet direct de la libre prestation des services a été proclamé par la Cour dès 1974². En vertu du second, toute norme de droit national contraire au droit européen doit être écartée au profit de ce dernier. Un individu peut donc en principe se prévaloir de la liberté européenne de prester des services pour contester la légalité d'un régime de protection sociale national, et dans l'hypothèse où la juridiction saisie estime que cette liberté est applicable et de surcroît entravée de manière injustifiée, elle doit écarter les normes organisant le régime au profit de la liberté économique³.

362. À considérer l'ensemble, on comprend que l'étendue quasiment indéterminable de la notion de service et l'absence de limite externe au champ d'application de la libre prestation des services, combinées à l'effet direct et à la primauté dont jouit cette dernière, laissent penser que la liberté économique européenne pourrait s'immiscer même dans les sphères d'activité *a priori* les plus éloignées des logiques du marché. Ces virtualités ont été confirmées par la Cour à propos des systèmes d'assurance soins de santé et de quelques autres régimes de sécurité sociale des États membres. Il convient maintenant de se pencher sur cette jurisprudence pour y puiser des éléments de réponse à la question de savoir si les pensions légales sont elles aussi exposées à l'intervention de la libre prestation des services.

§ 2. Régimes de sécurité sociale et libre prestation des services : du système à l'individu

363. À partir de la fin des années 1990, la Cour de justice a développé une jurisprudence nombreuse en matière d'assurance des soins de santé⁴. Elle a paru suffi-

-
1. Voy. notamment CJUE, 5 avril 1979, *Tullio Ratti*, C-148/78; CJUE, 19 janvier 1982, *Becker*, C-8/81.
 2. CJUE, 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, C-33/74.
 3. Sur l'importance de l'effet combiné de ces deux principes pour la répartition des compétences entre l'UE et les États membres en matière sociale notamment, voy. entre autres F.W. SCHARPE, *Community and Autonomy: Institutions, Policies and Legitimacy in Multilevel Europe*, Frankfurt am Main, Campus Verlag, 2010, p. 222.
 4. À propos de cette jurisprudence, voy. parmi beaucoup d'autres G. DAVIES, « Welfare as a Service », *Legal Issues of Economic Integration*, 2002, vol. 29, n° 1, p. 27-40; F. KESSLER et J.-P. LHERNOULD, « L'impact sur le droit de la protection sociale de la jurisprudence de la CJCE relative à la libre prestation des services », *Droit social*, 2002, n° 7-8, p. 748-759; F. KESSLER et J.-P. LHERNOULD, « La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, libre prestation des services en matière de protection sociale », in P. HASSENTEUFEL et S. HENNION-MOREAU (éds.), *Concurrence et protection sociale en Europe*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2003, p. 51-69; M. COUCHEIR, « Gezondheidszorgverstrekking als economische activiteit in de zin van het EG-verdrag: over gevrijwaarde solidariteit en semi-territorialiteit », *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2005, n° 1, p. 145-210; A.-C. SIMON, « La mobilité des patients en droit européen », in P. NIHOUL et A.-C. SIMON (éds.), *L'Europe et les soins de santé : marché intérieur, sécurité sociale, concurrence*, Bruxelles, Larcier

samment importante au législateur européen pour qu'il adopte, en 2011, une directive visant à en encadrer les conséquences¹. Nous ne reviendrons pas sur les subtilités de cette jurisprudence, et moins encore sur le contenu de cette directive, qui n'entrent pas dans notre objet de recherche. Les décisions adoptées en cette matière fournissent toutefois l'illustration la plus nette du raisonnement particulier construit par la Cour pour décider de l'applicabilité de la libre prestation des services à des activités ressortissant au domaine de la protection sociale. C'est dans cette mesure que nous nous y intéressons. Nous compléterons les enseignements de cette jurisprudence en exposant également les décisions de la Cour relatives à l'application de la libre prestation des services à d'autres régimes de protection sociale que les assurances soins de santé, toujours en vue seulement de dégager la logique qui guide la Cour dans cette matière.

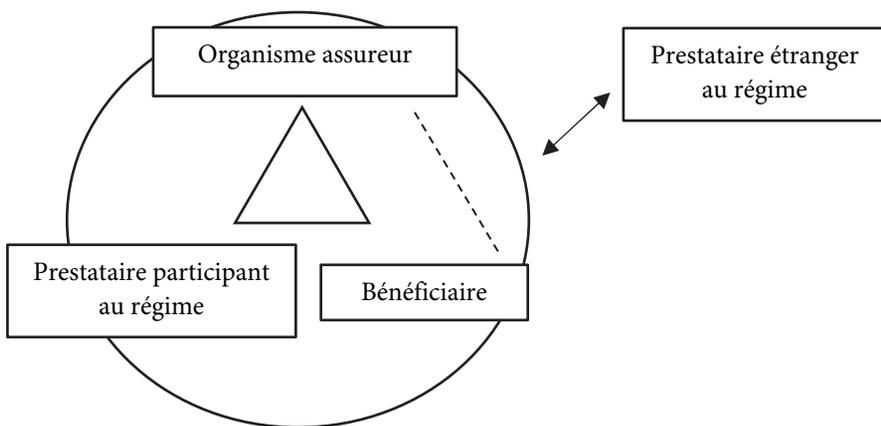
364. Pour l'exposé de la jurisprudence relative aux assurances soins de santé, il semble bon de commencer par présenter brièvement la question à laquelle la Cour a été amenée à répondre, avec des variations que l'on peut se permettre de négliger ici. Dans chacune des affaires soumises à la Cour, le bénéficiaire d'une assurance soins de santé étatique avait reçu des soins auprès de prestataires médicaux étrangers et avait ensuite demandé à ladite assurance d'intervenir pour leur remboursement. Dans chacune de ces affaires toutefois, le bénéficiaire en question n'avait pas respecté les conditions posées par la législation nationale, en conformité avec le règlement européen organisant la coordination des systèmes de sécurité sociale des États membres², pour l'obtention du remboursement de soins transfrontaliers. Faisant par conséquent face à un refus de sa demande, le bénéficiaire avait contesté la légalité de ce refus au regard de l'article 56 TFUE, arguant qu'il constitue une entrave injustifiée à sa liberté de recevoir des services proposés par des opérateurs établis dans un autre État membre.

– L.G.D.J., 2005, p. 145-188; S. VAN RAEPENBUSCH, « Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économique et le social », *op. cit.*, p. 143-160; C. NEWDICK, « Citizenship, Free Movement and Health Care: Cementing Individual Rights by Corroding Social Solidarity », *Common Market Law Review*, 2006, vol. 43, p. 1645-1668; L. HANCHER et W. SAUTER, *EU Competition and Internal Market Law in the Health Care Sector*, Oxford, Oxford University Press, 2012; V. HATZOPOULOS, « Healthcare in the internal market », in P. KOUTRAKOS et J. SNELL (éds.), *Research Handbook on the Law of the EU's Internal Market*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 139-170.

1. Directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers. Sur les liens entre la jurisprudence de la Cour et l'adoption de cette directive, voy. D.S. MARTINSEN, *An Ever More Powerful Court? The Political Constraints of Legal Integration in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2015, chapitre 5.
2. Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

Dans chacune de ces affaires, la Cour a donné raison au bénéficiaire. Par ses réponses, elle a ainsi progressivement construit une voie alternative à celles prévues alors par les législations nationales et par les règlements européens de coordination des systèmes de sécurité sociale pour l'obtention du remboursement de soins transfrontaliers. Comme il a été dit, ce qui nous intéresse ici n'est toutefois pas cette voie alternative, ni ce qu'elle est devenue dans la directive de 2011. Nous nous intéressons seulement à la première étape du raisonnement de la Cour, qui consiste à déterminer si la situation litigieuse entre bien dans le champ d'application de la libre prestation des services.

365. Répondre à cette question suppose en réalité de commencer par en éclaircir une autre, qui est de savoir à *quelle(s) relation(s)* il faut prêter attention pour décider de l'applicabilité de la liberté économique européenne. En effet, les affaires soumises à la Cour mettent en relation plusieurs acteurs. Premièrement, le bénéficiaire mécontent d'une assurance soins de santé. Deuxièmement, le prestataire de soins de santé national auquel le bénéficiaire doit en principe s'adresser, sauf à respecter les conditions prévues pour le remboursement des soins transfrontaliers. Troisièmement, l'organisme assurant le paiement des prestations des soins de santé, c'est-à-dire l'organisme assureur soins de santé. Enfin, le prestataire de soins de santé établi dans un autre État membre auquel s'est adressé le bénéficiaire. Les relations nouées entre ces acteurs sont multiples. Elles peuvent être représentées sous la forme graphique suivante :



Décider si la situation litigieuse entre dans le champ d'application de la libre prestation des services suppose donc de choisir préalablement à laquelle ou auxquelles de ces relations est attaché le « centre de gravité » de la situation, autrement dit de laquelle ou desquelles de ces relations dépend le régime juridique applicable à l'ensemble des relations engagées dans cette situation. Quatre relations peuvent être considérées tour à tour : celle qui unit le bénéficiaire et l'organisme assureur ; celle qui unit l'organisme assureur et le prestataire participant au régime ; celle qui

unit ce prestataire et le bénéficiaire ; celle qui unit le bénéficiaire et le prestataire étranger au régime. Les trois premières de ces relations forment ensemble le système d'assurance soins de santé. Nous formalisons cette unité systématique par l'ovale qui englobe le triangle central et ses acteurs. L'objet du litige — la demande de remboursement des soins transfrontaliers — se forme dans le cadre de la relation qui unit le bénéficiaire et l'organisme assureur. Mais puisque son existence est incertaine aussi longtemps que la Cour n'a pas décidé si le bénéficiaire a droit au remboursement, nous avons représenté la relation constituée par cette demande sous la forme d'une droite pointillée et parallèle à la droite pleine qui représente la relation de principe entre le bénéficiaire et l'organisme assureur.

366. En se concentrant sur cette question de la détermination de la « relation première », c'est-à-dire celle dont la qualification au regard de la libre prestation des services va déterminer le régime applicable aux trois autres relations, on peut schématiquement présenter la jurisprudence de la Cour comme constituée de deux moments. Le passage de l'un à l'autre ne correspond pas à un revirement de jurisprudence, mais plutôt à l'explicitation d'une solution déjà en germe dans les arrêts précédents, dont la radicalité et les implications n'étaient toutefois pas apparues aux commentateurs.

Dans le premier moment, une incertitude persistait sur l'importance accordée par la Cour au mode d'organisation du système de couverture des soins de santé sollicité, et plus précisément aux liens entre l'organisme assureur national et les prestataires participant au régime national. Le débat avait dès lors tendance à porter sur les caractéristiques organisationnelles du régime susceptibles d'entraîner l'applicabilité de la libre prestation des services (1). Les décisions appartenant au deuxième moment de la jurisprudence ont balayé cette incertitude en affirmant que la seule relation à considérer pour décider de l'existence d'un service au sens du TFUE est la relation particulière nouée entre le bénéficiaire et le prestataire de soins étranger, enlevant du même coup toute pertinence aux discussions sur l'organisation du régime d'assurance soins de santé national (2).

1. L'attention portée vers les caractéristiques du régime

367. Dès les premiers arrêts se prononçant sur l'applicabilité de la libre prestation des services à des systèmes d'assurance soins de santé¹, la Cour a rejeté les arguments, présentés notamment par un avocat général², selon lesquels la nature particulière des relations nouées entre le bénéficiaire et l'organisme assureur, d'une part, et entre le bénéficiaire et le prestataire participant au régime, d'autre

1. CJUE, 28 avril 1998, *Kohll*, C-158/96 ; CJUE, 12 juillet 2001, *Geraets-Smits et Peerbooms*, C-157/99 ; CJUE, 12 juillet 2001, *Vanbraekel*, C-368/98.

2. Voy. les conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer précédant CJUE, 12 juillet 2001, *Geraets-Smits et Peerbooms*, C-157/99, précité.

part, doit être prise en compte pour décider de l'existence d'un service au sens du droit.

Ainsi, le fait que le bénéficiaire ne rémunère pas lui-même le prestataire national, mais bénéficie « à titre gratuit » de soins de santé a été jugé indifférent par la Cour¹. Cette décision s'inscrit dans la jurisprudence bien établie selon laquelle un paiement ne doit pas nécessairement émaner du bénéficiaire d'une prestation pour qu'il y ait « rémunération » au sens de l'article 57 TFUE². Les assurances soins de santé qui, comme c'est le cas par exemple au Royaume-Uni, assurent un paiement *a priori* des prestataires, sans que le bénéficiaire ne doive rien déboursier à son tour, ne peuvent donc tirer argument de cette caractéristique pour échapper à la libre prestation des services. Sur ce point, elles doivent donc être appréhendées de la même façon que les assurances soins de santé qui, comme c'est en principe le cas en Belgique, remboursent *a posteriori* les frais exposés par le bénéficiaire pour se soigner.

La Cour a également considéré que la circonstance que le bénéficiaire ne puisse choisir ni les prestations couvertes par l'organisme assureur, ni le prestataire des soins de santé n'est pas non plus un obstacle à l'application de la liberté économique européenne³. Cette absence de choix du prestataire des soins de santé est fréquente dans les systèmes d'intervention *a priori* de l'assurance, les organismes assureurs ne couvrant que les soins reçus auprès de certains prestataires.

Enfin, dans ses arrêts la Cour ne prête aucune attention au mode de fixation des montants (primes, cotisations ou impôts, selon la nature du régime en cause) payés par le bénéficiaire en échange de la couverture des soins de santé par l'organisme assureur : que ces montants soient directement corrélés aux services reçus ou qu'une solidarité soit mise en œuvre entre les bénéficiaires, par exemple en liant les montants qu'ils paient à leurs revenus plutôt qu'à leur profil de risque, cela n'est pas pris en compte dans le raisonnement suivi par la Cour pour délimiter le champ de la libre prestation des services. Au contraire de ce qu'il en est en droit européen de la concurrence, l'existence d'une solidarité entre les bénéficiaires d'une assurance sociale est sans incidence pour l'applicabilité de la libre prestation des services. On notera que la solution contraire avait été préconisée quelques années auparavant par deux avocats généraux, avec un certain écho dans la jurisprudence de la Cour. Dans ses conclusions précédant un arrêt *Garcia* de 1996, l'avocat général Tesouro avait avancé, en s'appuyant notamment sur la jurisprudence *Poucet et Pistre*, que les systèmes de sécurité sociale, dès lors qu'ils mettent en œuvre un principe de solidarité, échappent au champ d'application des dispo-

1. §§ 55-57 de l'arrêt *Geraets-Smits et Peerbooms*, C-157/99, précité.

2. Voy. la jurisprudence citée *supra* p. 205, note 5.

3. §§ 51-52 de l'arrêt *Geraets-Smits et Peerbooms*, C-157/99, précité. Voy. G. DAVIES, « Welfare as a Service », *op. cit.*, p. 30.

sitions en matière de libre prestation des services et de liberté d'établissement¹. L'argument avait été repris par la Cour². L'avocat général Fennelly l'avait à son tour invoqué dans ses conclusions précédant un arrêt *Sodemare* de 1997³. De toute évidence, la Cour a définitivement écarté cette ligne argumentative à l'occasion de ses arrêts en matière d'assurance soins de santé.

368. Les relations auxquelles est partie le bénéficiaire dans le cadre du régime étant assurément non pertinentes pour l'applicabilité de l'article 56 TFUE, un commentateur avait cherché à expliquer les arrêts de la Cour par la nature des relations qui unissent l'organisme assureur national et les prestataires participant à ce régime national⁴. Ainsi précisée, la question devenait à ses yeux celle de savoir si le paiement par l'organisme assureur de prestataires de soins de santé constitue la rémunération d'un service au sens de l'article 57 TFUE.

Ce commentateur avait avancé que le critère décisif à cet égard était l'existence ou non de la possibilité *structurelle* pour l'organisme assureur d'opérer un choix entre différents prestataires de soins de santé⁵. Pour l'application de ce critère, l'organisation du système est déterminante. Si l'organisme assureur et le prestataire participent en réalité d'une seule et même structure, par exemple parce qu'ils sont tous les deux soumis en dernière instance à une même administration étatique, alors il n'y a pas de possibilité de choix, mais répartition des fonctions entre entités légalement distinctes mais organiquement une. S'ils ont par contre l'un et l'autre un pouvoir de décision autonome, alors leur relation peut s'analyser comme un échange de type contractuel d'une prestation contre une rémunération, c'est-à-dire comme constituant un service. En d'autres mots, dans cette hypothèse l'application de la libre prestation des services suppose une distinction effective entre l'organisme assureur et le prestataire, qui implique que leur relation est le résultat d'un choix libre, et pas une distinction qui soit seulement la conséquence d'une option d'organisation interne. Si la possibilité d'un choix est décisive, c'est

1. §§ 8-9 des conclusions précédant CJUE, 26 mars 1996, *Garcia*, C-238/94.

2. CJUE, 26 mars 1996, *Garcia*, C-238/94, § 13.

3. § 29 des conclusions précédant CJUE, 17 juin 1997, *Sodemare*, C-70/95 : selon l'avocat général, « l'existence de systèmes de sécurité sociale institués par les États membres sur la base du principe de la solidarité ne constitue pas, en elle-même, une activité économique, de sorte qu'une restriction inhérente à l'existence de ces systèmes et affectant la libre circulation des marchandises, des services ou des personnes ne peut entraîner l'application des dispositions du traité ».

4. G. DAVIES, « Welfare as a Service », *op. cit.* Voy. également E. SPAVENTA, « Public Services and European Law: Looking for Boundaries », *Cambridge yearbook of European legal studies*, 2004, vol. 5, p. 271-291, qui s'exprime après l'arrêt *Müller-Fauré* qui ouvre le deuxième moment de la jurisprudence (voy. *infra*), mais qui plaide pour que la Cour prenne à nouveau en compte ces relations dans ses raisonnements sur la notion de service.

5. G. DAVIES, « Welfare as a Service », *op. cit.*, p. 35-38. L'argument est déjà avancé en substance dans les conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer précédant CJUE, 12 juillet 2001, *Geraets-Smits et Peerbooms*, C-157/99, précité.

bien entendu parce qu'elle indique qu'un espace existe dans lequel une logique de marché est ou pourrait être à l'œuvre : la relation entre l'assureur et le prestataire se noue par la rencontre d'une offre et d'une demande, elle doit donc être organisée dans le respect de la libre prestation des services.

Comme le relevait l'auteur ayant formulé ce critère, son application entraînerait l'exclusion de plusieurs types de régimes de protection sociale du champ de la libre prestation des services. D'une part, les systèmes d'assurance soins de santé organisés sur le modèle d'un service public universel géré directement par l'État, comme le *National Health Service* (NHS) britannique, ne pourraient être qualifiés de prestations de service, en raison de l'identité entre l'organisme assureur et les prestataires de soins (au Royaume-Uni, les soins de santé sont dispensés gratuitement dans des hôpitaux publics financés par l'impôt général et qui opèrent sous la responsabilité du ministère de la santé). D'autre part, et ce point intéresse particulièrement notre propos, cet auteur estimait que les régimes de protection sociale couvrant le risque de vieillesse, notamment, ne rencontreraient certainement pas non plus ce critère, pour la raison que « *[a]lthough there is remuneration from the socially insured, via their premiums, the system is arguably incompatible with choice. It could be said it is built around the idea of a monopoly — a common pot¹* ».

369. À supposer le critère du choix possible établi, cette remarque aurait pu indiquer une intéressante piste de réflexion sur une éventuelle exemption des régimes de pension légaux à l'égard de l'influence de la libre prestation des services. Ces réflexions auraient pu prendre la même direction que celles que nous avons menées plus haut à propos du champ d'application du droit de la concurrence. Nous aurions cherché si le *mode d'organisation* des régimes de pension, et notamment leur mode de financement, empêche effectivement de considérer qu'ils prestent des services au sens du droit européen. Dans ses arrêts postérieurs, la Cour a toutefois écarté ce critère, ouvrant ce que nous avons désigné comme le deuxième moment de sa jurisprudence.

2. L'attention à la relation nouée par l'individu avec un prestataire étranger au régime

370. À partir d'un arrêt *Müller-Fauré* de 2003², il est apparu sans plus d'hésitation possible que la relation à laquelle la Cour prête attention pour décider de l'existence d'un service n'est pas celles entre le bénéficiaire et, respectivement, l'organisme assureur et le prestataire participant au régime (ce qui était déjà acquis dans le premier moment de la jurisprudence, où la Cour n'avait prêté aucune attention à l'existence d'une solidarité au sein du régime), mais qu'elle n'est pas non plus la relation entre l'organisme assureur et le prestataire appartenant au

1. *Ibid.*, p. 37.

2. CJUE, 13 mai 2003, *Müller-Fauré*, C-385/99.

système de soins de santé concerné (ce que d'aucuns avaient pu penser à la lecture des premiers arrêts de la Cour). La seule relation à considérer pour décider de l'applicabilité de la libre prestation des services est celle que l'individu, par ailleurs bénéficiaire du régime, noue avec un prestataire *étranger au régime*. En d'autres termes, à la différence de la solution retenue en droit de la concurrence, l'applicabilité de la libre prestation des services ne dépend pas de la manière dont l'activité de protection sociale est organisée en droit national : seul compte le *droit subjectif* de l'individu à recevoir librement des services prestés par un prestataire étranger.

Ainsi, à l'argument tiré de la particularité du système d'assurance soins de santé néerlandais en cause en l'espèce, la Cour répondait (en conformité avec les conclusions de l'avocat général) dans l'arrêt *Müller-Fauré* que « la circonstance que la réglementation applicable relève du domaine de la sécurité sociale et, plus particulièrement, prévoit, en matière d'assurance maladie, une intervention en nature plutôt que par voie de remboursement, n'est pas de nature à soustraire les traitements médicaux en cause du champ d'application de la libre prestation des services garantie par le traité. À cet égard, force est de constater que, dans les litiges au principal, les traitements dispensés dans un État membre autre que celui d'affiliation ont bien donné lieu à une rétribution directe par le patient du médecin prestataire ou de l'établissement dans lequel les soins ont été dispensés¹ ».

371. De manière plus explicite encore, dans un arrêt de grande chambre rendu en 2006 et se prononçant sur une affaire mettant en cause le NHS britannique, la Cour décidait que l'article 56 TFUE « s'applique à la situation d'une patiente qui [...] reçoit dans un autre État membre que son État de résidence des prestations médicales en milieu hospitalier contre rémunération, indépendamment du mode de fonctionnement du système national dont cette personne relève [...]. *Sans qu'il soit besoin, en l'occurrence, de déterminer si les prestations de soins hospitaliers fournies dans le cadre d'un service national de santé tel que le NHS constituent en elles-mêmes des services au sens des dispositions du traité sur la libre prestation des services*, il convient donc de considérer qu'une situation, telle que celle à l'origine du litige au principal [...], relève du champ d'application desdites dispositions² ». Peu importe donc l'organisation interne de l'assurance soins de santé étatique auquel est affilié l'individu, il suffit de constater qu'un service lui a bien été presté contre rémunération dans un contexte transfrontalier pour conclure à l'applicabilité de la libre prestation des services à cette assurance étatique. (Ce qui ne préjuge évidemment pas la question de savoir si l'entrave à cette liberté peut ou non être justifiée.)

1. CJUE, 13 mai 2003, *Müller-Fauré*, C-385/99, précité, § 39. Nous soulignons.

2. CJUE (grande chambre), 16 mai 2006, *Watts*, C-372/04, §§ 90-91. Nous soulignons.

372. Depuis lors, la Cour a confirmé cette décision dans des affaires relatives au remboursement de soins de santé¹, mais pas seulement. Le même raisonnement a par exemple été appliqué à l'égard d'écoles privées en Allemagne, la Cour précisant à nouveau qu'« il est sans pertinence de savoir si les écoles établies dans l'État membre du bénéficiaire de la prestation [...] fournissent ou non des prestations de services au sens de l'article [56 TFUE]. Seule importe la circonstance que l'école privée établie dans un autre État membre puisse être considérée comme fournissant des prestations de services rémunérées² ». Plus important pour notre propos, il l'a également été à propos de deux régimes de protection sociale autres que des assurances soins de santé.

373. Adopté en 2003, l'arrêt *Freskot*, que nous avons déjà rencontré dans nos développements sur le champ d'application du droit de la concurrence³, se prononce sur l'applicabilité de la libre prestation des services à une assurance obligatoire grecque couvrant les dommages causés par des risques naturels aux exploitations agricoles, qui fait historiquement partie du système de sécurité sociale des agriculteurs du pays⁴. Il illustre parfaitement les implications du choix de la Cour de se focaliser sur la relation entre un individu et un prestataire étranger pour délimiter le champ d'application de l'article 56 TFUE.

En effet, la Cour commence par donner raison au gouvernement hellénique et à la Commission en décidant que, en raison de ses caractéristiques propres telles que la fixation du montant des prestations et des contributions par le législateur et la perception de celles-ci par l'administration fiscale, les prestations de l'assurance obligatoire en question ne sont pas fournies contre rémunération et ne constituent donc pas des services au sens du TFUE. Mais elle poursuit son raisonnement en ajoutant que « [i]ndépendamment de la question de savoir si les prestations fournies par [l'assurance obligatoire] peuvent être qualifiées de « services » au sens desdites dispositions du traité, se pose, en second lieu, celle de savoir si la mise en place du régime d'assurance obligatoire [...] est en elle-même susceptible de constituer une entrave à la libre prestation des services par des compagnies d'assurances établies dans d'autres États membres et souhaitant offrir leurs services relatifs à l'assurance des risques concernés ou de certains de ceux-ci sur le marché hellénique⁵ ». À nouveau, peu importe donc la nature de l'activité du régime de protection sociale en cause : que celui-ci ne délivre pas des services au sens du droit européen n'est pas un obstacle à l'application de l'article 56 TFUE,

-
1. Voy. notamment CJUE (grande chambre), 15 juin 2010, *Commission c. Espagne*, C-211/08, § 47.
 2. CJUE (grande chambre), 11 septembre 2007, *Schwarz*, C-76/05, § 44 ;
 3. Voy. *supra* n° 118.
 4. CJUE, 22 mai 2003, *Freskot*, C-355/00.
 5. § 61 de l'arrêt *Freskot*, C-355/00, précité.

puisque seul compte que la relation entre l'individu et le prestataire étranger puisse, elle, être qualifiée de service.

En réalité, l'arrêt *Freksot* va même un pas plus loin que les arrêts relatifs aux assurances soins de santé. En effet, à la différence des affaires ayant donné lieu à ces derniers, où des individus demandaient le remboursement de services médicaux reçus à l'étranger, aucun service n'avait été presté par un opérateur étranger au profit de l'agriculteur en conflit avec l'assurance obligatoire grecque. Ce dernier souhaitait seulement échapper au paiement de contributions dues à l'assurance obligatoire en prenant argument de l'illégalité de son monopole au regard de la libre prestation des services. Ainsi, l'arrêt *Freskot* indique que pour décider de l'applicabilité de l'article 56 TFUE, il ne faut pas seulement prêter attention à la nature des relations effectivement nouées entre l'individu et le prestataire étranger, mais aussi à celle des relations qui *pourraient* se nouer entre un individu et un prestataire étranger potentiellement intéressé de proposer ses services ; autrement dit, une prestation effective n'est pas nécessaire pour entraîner l'application de la libre prestation des services, puisqu'une prestation potentielle, *simplement possible*, suffit.

Le deuxième arrêt rendu à propos d'un régime de protection sociale autre qu'une assurance soins de santé est l'arrêt *Kattner* de 2009, que nous avons également déjà rencontré dans nos développements sur le champ d'application du droit de la concurrence¹. Pour rappel, l'affaire ayant mené à cet arrêt mettait aux prises l'entreprise *Kattner* et la caisse professionnelle compétente pour la gestion de l'assurance obligatoire allemande contre les accidents du travail et les maladies professionnelles. *Kattner* avait contracté une assurance couvrant les mêmes risques auprès d'une entreprise d'assurance danoise, et souhaitait par conséquent se désaffilier de l'assurance obligatoire allemande. La caisse professionnelle avait, sans surprise, rejeté sa demande, la loi ne permettant pas l'affiliation à un autre organisme d'assurance qu'elle. On se souvient que la Cour avait considéré que cette caisse professionnelle n'était pas une entreprise au sens du droit de la concurrence, et avait donc rejeté sans plus d'analyse les arguments tirés de ce dernier. Mais d'autres arguments avaient été avancés, qui relevaient eux de la libre prestation des services. Sur ce point, le raisonnement de la Cour est bien différent. À nouveau, il offre une belle illustration des implications du critère choisi par la Cour pour déterminer le champ d'application de l'article 56 TFUE.

Ainsi, la Cour commence par écarter l'argument avancé par la Commission et le gouvernement allemand que la réglementation de l'affiliation à un régime de sécurité sociale relève de la seule compétence des États membres et ne peut donc

1. CJUE, 5 mars 2009, *Kattner*, C-350/07. Voy. *supra* n° 127.

être questionnée au regard de la libre prestation des services européenne¹, en cohérence avec l'absence de limite externe à cette liberté que nous avons pointée plus haut². Elle précise ensuite qu'« Il convient dès lors d'examiner si [...] la mise en place par un État membre d'un régime légal d'assurance tel que celui en cause au principal, qui prévoit l'affiliation obligatoire des entreprises, au titre de l'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, aux caisses professionnelles [...], est susceptible de constituer une entrave à la libre prestation des services au sens de l'article [56 TFUE]. » Et la Cour de préciser que l'existence d'une entrave doit être vérifiée à propos tant de la dimension active que de la dimension passive de la libre prestation des services : « Il convient ainsi de vérifier, d'une part, si elle restreint la possibilité pour les compagnies d'assurances établies dans d'autres États membres de proposer, sur le marché du premier État membre, leurs services relatifs à l'assurance des risques concernés ou de certains de ceux-ci et, d'autre part, si elle dissuade les entreprises établies dans ce premier État membre, en tant que destinataires de services, de s'assurer auprès de telles compagnies³. » La considération que l'activité de la caisse professionnelle en cause n'est pas de nature économique au sens du droit de la concurrence n'est donc pas plus un obstacle à l'application de l'article 56 TFUE que ne l'était la considération que les prestations de l'assurance obligatoire grecque ne constituent pas des services dans l'arrêt *Freskot*.

374. Les arrêts appartenant à ce que nous avons appelé, pour faciliter l'exposé, le deuxième moment de la jurisprudence de la Cour indiquent donc tous la même solution : pour décider de l'applicabilité de la libre prestation des services, seule l'analyse de la relation existante, voire seulement potentielle entre un individu et un prestataire de service étranger est pertinente. Cette jurisprudence a deux implications fondamentales, qui sont les deux faces d'une même réalité. D'une part, contrairement à ce qu'il en est en droit de la concurrence, l'organisation d'un régime de protection sociale en droit national est indifférente pour la question de l'applicabilité de la libre prestation des services. Les États membres ne disposent donc d'aucun moyen de se prémunir de l'application de la liberté économique européenne à ces régimes⁴. D'autre part, cette jurisprudence permet à tout individu participant à un régime de protection sociale national mais souhaitant, pour une raison quelconque, s'affranchir de celui-ci, de questionner sa légalité au regard de l'article 56 TFUE devant les cours et tribunaux : il lui suffit d'avancer que ce

1. §§ 72-76 de l'arrêt *Kattner*, C-350/07, précité.

2. Voy. *supra* n° 358.

3. § 77 de l'arrêt *Kattner*, C-350/07, précité.

4. En ce sens, voy. D. GRISEL, *La libre prestation de services en droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 48-49.

régime est une entrave à sa relation avec un prestataire offrant des services comparables à ceux délivrés par le régime en question.

Cette jurisprudence apporte ainsi de l'eau au moulin des commentateurs qui, comme ceux que nous citons en introduction de ce chapitre¹, s'interrogent et souvent s'inquiètent de l'emprise potentiellement sans limite de la libre prestation des services et des armes juridiques qu'elle offre aux pourfendeurs des obligations imposées par ou avec le soutien de l'État, dans le domaine social notamment. Et en effet : en droit, rien ne s'oppose à l'*applicabilité* de la libre prestation des services aux systèmes de sécurité sociale en général, et donc notamment aux pensions légales.

Cela ne veut évidemment pas dire que les entraves à cette liberté ne peuvent être justifiées. Nous reviendrons sur ce point plus bas. L'*applicabilité* sans limite de la libre prestation des services ne signifie pas qu'elle est, ni qu'elle doit être effectivement mise en œuvre partout et pour tout. On retrouve néanmoins ici, à propos du champ d'application de la libre prestation des services, ce que l'on a appelé plus haut, lors de notre analyse du champ d'application du droit de la concurrence, la « primauté normative » du marché² : c'est à l'aune des principes qui organisent ce dernier, à savoir la libre concurrence et les libertés économiques, que le bien fondé du reste des lois et autres dispositions obligatoires doit être évalué et, le cas échéant, justifié. En ce sens, la logique qui guide l'*applicabilité* de la libre prestation des services s'ancre également dans les valeurs de la famille libérale, celles qui estiment que la justice distributive (chacun doit recevoir ce qui lui revient) est mieux assurée en donnant — par principe, qui peut évidemment souffrir des exceptions — la priorité au marché pour organiser les rapports entre les individus.

Conclusions intermédiaires : rejet de la première hypothèse : les pensions légales sont soumises, en droit, à la libre prestation des services

375. L'exposé des limites internes et externes à la libre prestation des services ainsi que l'identification de la relation à laquelle la Cour prête attention pour décider de l'existence d'un service permettent d'écarter la première hypothèse explicative, énoncée en introduction, de l'absence de jurisprudence faisant application de cette liberté en matière de pension légale. Au regard des décisions de la Cour relatives aux systèmes d'assurance soins de santé principalement, mais aussi à d'autres régimes de protection sociale, on ne peut avancer que l'exclusion des pensions légales hors du champ d'application de cette liberté est une évidence,

1. Voy. *supra* n° 343.

2. Voy. *supra* n° 190.

reconnue par tous, et qu'il serait donc inutile de poser la question de son applicabilité à la Cour de justice. En effet, les développements qui précèdent ont établi sans hésitation possible que, *en droit*, les pensions légales peuvent être soumises à une analyse fondée sur l'article 56 TFUE.

L'explication du désert jurisprudentiel sur cette question doit donc être cherchée dans une autre direction, celle de notre deuxième hypothèse. Nous allons l'examiner maintenant. Pour rappel, celle-ci avance qu'un élément propre aux régimes légaux de pension rend peu probable, *dans les faits*, la formulation d'une question préjudicielle à la Cour de justice. Si cette piste se trouvait elle aussi infructueuse, il faudrait conclure que notre troisième hypothèse est la bonne : l'exploration de ce terrain par des plaideurs n'est probablement qu'une question de temps.

§ 3. Les pensions légales et la libre prestation des services : rencontre improbable dans les faits?

376. L'analyse de la jurisprudence de la Cour menée ci-dessus a montré que l'applicabilité de la libre prestation des services à un régime de protection sociale dépend de l'existence actuelle, voire seulement potentielle d'une prestation offerte contre rémunération entre un individu et un prestataire étranger audit régime (c'est-à-dire de la relation que nous avons formalisée par la flèche à double sens située hors de l'ovale dans le schéma repris ci-dessus¹). Pour déterminer si l'absence de décisions de la Cour tient à une particularité des régimes de pension légaux, il convient donc de commencer par se demander dans quelles circonstances un individu pourrait souhaiter se défaire de contraintes liées à ces régimes avant de déterminer si quelque chose dans l'organisation de ces régimes empêche ou dissuade l'apparition de ces circonstances. Nous testerons donc notre deuxième hypothèse selon laquelle l'absence de jurisprudence de la Cour s'explique par une spécificité des régimes de pension légaux en procédant de la manière suivante. Nous considérerons dans quelles conditions un individu pourrait chercher à prendre argument de la libre prestation des services pour se défaire de contraintes liées à son affiliation à ce régime (1), avant de tenter d'identifier si et dans quelle mesure la nature des régimes de pension légaux rend peu plausible que cette situation advienne effectivement un jour (2). L'investigation de cette deuxième question nous amènera à reprendre et à préciser certains développements déjà esquissés plus haut, dans notre partie liminaire sur les différents modèles de pension.

1. Voy. *supra* n° 365.

1. Situation dans laquelle un individu pourrait vouloir invoquer la libre prestation des services à l'encontre d'un régime de pension légal

377. Dans quelle(s) situation(s) un individu pourrait-il être amené à invoquer la libre prestation des services pour tenter de se défaire de contraintes liées à son affiliation à un régime de pension légal? Pour répondre à cette question, il faut commencer par relever que cette situation est nécessairement différente de celles qui ont donné lieu aux arrêts en matière d'assurance soins de santé. Pour rappel, dans ces dernières, les individus cherchaient à obtenir le remboursement de soins reçus auprès de prestataires étrangers au régime, pour lesquels les réglementations nationale et européenne ne prévoyaient aucune intervention. Dans ces affaires donc, les individus visaient à une *extension* de leur couverture assurantielle à des services particuliers par le moyen de la libre prestation des services. Cette situation n'est pas transposable au domaine des pensions légales pour des raisons évidentes. Le service presté par un régime de pension est le versement d'une pension lui-même, et pas la couverture assurantielle de services prestés par des tiers, comme c'est le cas d'une assurance soins de santé. Il n'y a donc pas de service à recevoir, dont on pourrait demander ensuite qu'il soit remboursé : un individu ne peut pas aller bénéficier d'un service de pension à l'étranger puis demander *a posteriori* son remboursement au régime de pension légal auquel il est affilié.

378. En matière de pension, la situation la plus proche de celle qu'on vient de décrire à propos des soins de santé est probablement celle où un individu demanderait à bénéficier d'avantages fiscaux dans le financement de pensions constituées auprès de prestataires étrangers (par exemple, une réduction d'impôt proportionnelle au montant des contributions versées au régime)¹. Nous n'investiguerons toutefois pas cette voie, notre objet de recherche n'incluant pas la fiscalité des pensions.

379. Puisque la situation dans laquelle un individu pourrait souhaiter se prévaloir de la libre prestation des services à l'encontre d'un régime de pension légal ne consiste pas à chercher l'extension de la couverture du régime, et que nous ne considérerons pas celle où il demanderait à bénéficier d'avantages de nature fiscale, il reste à envisager la situation où l'individu formerait le projet de *quitter* le régime auquel il est obligatoirement affilié pour nouer une relation avec un autre prestataire *de son choix* offrant des services de pension, par exemple un assureur ou un fonds de pension. Autrement dit, il revendiquerait le droit de s'adresser librement à un autre organisme que celui ou ceux qui gèrent le régime de pension légal pour la constitution d'une pension.

1. Pour un exemple de jurisprudence de la Cour relative à une demande de ce type formulée à propos de cotisations versées à une assurance maladie légale, voy. CJUE, 19 novembre 2009, *Filipiak*, C-314/08.

Cette situation est donc également différente de celle qui fait l'objet du règlement européen de coordination des systèmes de sécurité sociale¹. Celui permet de définir à quel régime les individus qui se déplacent au sein de l'Union européenne *doivent* être affiliés. Il n'autorise donc pas les individus de *choisir* de contribuer à l'un ou l'autre régime ; au contraire, il sert à déterminer quel État est en droit de les obliger à participer au financement de son régime².

La situation que l'on propose de considérer ici est en réalité similaire à celles qui ont donné lieu aux arrêts *Freskot* et *Kattner*, mentionnés plus haut³, ainsi qu'aux arrêts *Poucet et Pistre*, *Albany*, *Pavlov* ou encore *AG2R*, dont il a été question dans nos développements relatifs au droit de la concurrence⁴. Dans chacune de ces affaires, une entreprise souhaitait pouvoir contracter avec un autre prestataire de services de protection sociale que celui imposé par ou en vertu du droit social national, voire simplement être libérée de l'obligation de contribuer à un régime d'assurance sociale déterminé. La seule différence entre la situation à laquelle nous nous intéressons maintenant et ces affaires est que, plutôt qu'une entreprise, c'est un individu qui souhaiterait se défaire de l'obligation, prévue en droit national, de participer à un régime de protection sociale, en l'occurrence un régime de pension légal.

380. Un tel projet pourrait assurément s'appuyer sur la libre prestation des services. Comme nous l'avons établi plus haut, il suffit d'établir l'existence actuelle, voire seulement potentielle d'une prestation offerte contre rémunération entre un individu et un prestataire étranger à un régime de protection sociale, notamment à un régime de pension légal, pour que la libre prestation des services soit applicable à ce dernier. Pour se défaire de l'obligation de payer des contributions au régime, l'individu pourrait invoquer la dimension passive de la libre prestation des services, c'est-à-dire la liberté de recevoir des services offerts par des prestataires dans un contexte transfrontalier⁵. Dans son argumentation, l'entrave à la libre prestation des services consisterait en l'obligation qui lui est faite de payer des contributions au régime, alors qu'il pourrait les investir ailleurs, auprès d'un prestataire de pension étranger audit régime.

381. La formation d'un projet de ce type est-elle plausible *dans les faits*? Si oui, l'est-elle à l'égard de tous les régimes de pension légaux? C'est ce qu'il s'agit d'établir pour progresser dans l'investigation de notre deuxième hypothèse, celle que

-
1. Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.
 2. Voy. par exemple CJUE, 23 janvier 2019, *Zyla*, C-272/17, §§ 37-38.
 3. Voy. *supra* n° 373-374.
 4. Voy. *supra* n° 235-236.
 5. Voy. *supra* n° 351.

l'absence de jurisprudence de la Cour s'explique par une particularité propre aux régimes de pension légaux, ou du moins à certains d'entre eux.

382. Il nous faut à ce stade faire une précision. Nous excluons ici l'hypothèse d'une utilisation purement politique de la libre prestation des services comme d'une arme juridique pour attaquer le principe même de l'imposition d'un régime de pension obligatoire¹. Il existe en effet des mouvements réfractaires à toute obligation imposée par l'État, qui pourraient se saisir de la libre prestation des services comme d'un moyen militant. En France, par exemple, un mouvement libertarien s'est fait connaître en prétendant que l'affiliation obligatoire à la sécurité sociale était devenue illégale suite à l'adoption, précisément, de directives européennes organisant la libre prestation des services d'assurance au sein du marché intérieur². Étant donné l'hostilité de principe à l'obligation d'affiliation sur laquelle elle repose, la prise en compte de cette hypothèse d'une utilisation politique de la libre prestation des services ne nous permettrait pas de progresser dans la question qui nous occupe ici, celle de savoir si l'absence de jurisprudence faisant application de cette liberté économique aux régimes de pension légaux pourrait s'expliquer par la nature propre de ces régimes. Nous l'écartons donc, sans que cela signifie bien entendu que l'on considère cette hypothèse comme invraisemblable en soi; les développements qui précèdent établissent que rien, en droit, n'empêche de faire un tel usage politique de la libre prestation des services.

383. Cette précision étant faite, nous pouvons avancer dans la description de la situation dans laquelle un individu pourrait être amené à se prévaloir de la libre prestation des services contre le régime de pension légal auquel il est affilié. Nous avons dit que cette situation est celle où l'individu en question formerait le projet de quitter un régime de pension légal pour se constituer une pension par ses moyens

-
1. Notons que cette hypothèse n'a rien de farfelu : L. DRIGUEZ, *Droit social et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 245, note 721, relève que le droit européen de la concurrence a déjà été instrumentalisé à des fins strictement militantes.
 2. Voy. « Ces Français qui tentent de quitter la Sécurité sociale », *Le Figaro*, 14 octobre 2014. Parmi les représentants de cette tendance, voy. par exemple LAURENT C, *Je quitte la Sécu*, Éditions le Mammouth, 2015, et le blog animé par la même personne : <http://jequittela-secu.blogspot.com>. Voy. également le « Mouvement pour la liberté de la protection sociale » sur le site <http://www.claudereichman.com/mlps.htm>, qui avance que, suite notamment à un arrêt de la Cour de justice (CJUE, 3 octobre 2013, *BKK Mobile Oil*, C-59/12) appliquant une directive relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs (la directive 2005/29/CE) à un organisme en charge du régime légal d'assurance maladie allemand, « toute personne, salariée ou non-salariée, peut refuser de cotiser à une caisse de sécurité sociale à condition d'avoir préalablement contracté une assurance maladie ou retraite selon la caisse concernée ». L'auteur du livre susmentionné et le fondateur de ce mouvement ont été condamnés, avec d'autres, pour « incitation au refus des assujettis de se conformer aux prescriptions de la législation de sécurité sociale », un délit prévu par le code de la sécurité sociale français. Voy. « Prison avec sursis pour avoir incité à se passer de la Sécu », *Le Figaro*, 22 février 2018.

propres et auprès du prestataire de son choix. Il nous faut maintenant établir dans quelles conditions ou dans quelles circonstances la formation de ce projet pourrait être plausible, et si ces conditions ou circonstances peuvent être rencontrées dans le cadre d'un régime de pension légal. Pour formuler autrement la question, il convient de se demander si les modalités d'organisation d'un régime de pension légal rendent plausible la formation du projet, par un individu qui y est affilié, de quitter ce régime pour se constituer une pension par ses efforts propres auprès d'un prestataire privé ou si, au contraire, ces modalités rendent d'une certaine façon le régime *imperméable à la logique du marché* et l'immunise donc contre la formation d'un tel projet. Pour éviter les paraphrases à répétition, nous utiliserons dans la suite les expressions « projet fictif » ou « situation fictive » pour désigner ce projet dont il s'agit d'établir s'il est plausible ou non.

384. Pour établir les conditions auxquelles la formation de ce projet fictif est plausible, il convient de relever que celui-ci repose sur deux présupposés. Le premier présupposé est que l'individu acteur de ce projet peut circonscrire les montants versés à titre de contribution au régime de pension légal. En effet, former le projet d'utiliser l'argent versé au régime pour se constituer seul une pension demande de savoir à combien s'élève ce montant. Le second présupposé, qui est évidemment lié au premier, est que l'individu est en mesure d'établir un lien plus ou moins précis entre le montant des contributions versées au régime par ou pour lui et le montant des prestations qu'il peut s'attendre à recevoir de celui-ci. En effet, dans notre situation fictive l'individu n'est pas motivé par des raisons politiques, comme on l'a dit plus haut. Son projet répond au moins en partie à un calcul d'intérêt : il est motivé par la possibilité d'obtenir une pension plus élevée pour un même montant de contributions auprès d'un prestataire privé. L'individu doit donc être en mesure de penser et d'évaluer les prestations qu'il reçoit du régime de pension légal comme le résultat du versement de ses contributions dans ledit régime. Pour le dire avec les mots d'un économiste, l'individu doit considérer les prestations de pension reçues comme des « retours sur effort contributif », et ceux-ci doivent être suffisamment « lisibles¹ ».

385. L'explicitation des deux présupposés contenus dans la situation fictive où un individu serait amené à contester la légalité, au regard de la libre prestation des services, de l'affiliation obligatoire à un régime de pension légal nous permet de faire un pas vers la réponse à la question que nous posons ici, celle de savoir si la nature des régimes de pension légaux gêne, voire empêche la réalisation de cette situation fictive. En effet, il apparaît que la rencontre de ces présupposés dépend en réalité des modalités de fonctionnement du régime de pension légal lui-même : la possibilité de circonscrire les montants payés au titre de contribution au régime

1. Ces mots sont ceux de J. HINDRIKS, *Quel avenir pour nos pensions ? Les grands défis de la réforme des pensions*, préface de Pierre Devolder et avant-propos de Frank Vandembroucke, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2015, p. 22.

et la possibilité de comparer le « rendement » du régime à celui proposé par un prestataire privé sont respectivement liées aux modalités de financement du régime, d'une part, et au mode de calcul des prestations de pension qu'il délivre, d'autre part. En d'autres termes, les deux présupposés de la situation fictive renvoient directement à la configuration du régime de pension légal. C'est donc bien sur celle-ci qu'il faut se pencher pour jauger la plausibilité de la réalisation de cette situation.

2. Modalités d'organisation d'un régime de pension légal qui rendent plausible la formation du projet, par un individu, de quitter ce régime

386. Un régime de pension légal rend donc peu vraisemblable la formation par un individu du projet de quitter ce régime pour lui substituer une pension privée s'il fait obstacle à la rencontre des deux présupposés que nous venons d'explicitier. Pour tester l'hypothèse d'une explication de l'absence de jurisprudence de la Cour par la nature des régimes de pension légaux, il nous faut donc passer en revue les différentes façons d'organiser un régime de pension légal et déterminer si et dans quelle mesure elles contrarient la formation des deux présupposés. Pour ce faire, nous commençons par distinguer le lien entre les modalités de financement d'un régime de pension légal et le premier présupposé (la circonscription des montants versés à titre de contribution) ((1)). Nous exposons ensuite comment les modalités de calcul d'une pension favorisent ou non la formation du deuxième présupposé (la comparaison entre le « rendement » du régime et celui d'une pension privée) ((2)). Ces développements, en particulier ceux relatifs au deuxième présupposé, sont l'occasion de préciser et d'approfondir des éléments de la discussion que nous avons esquissée plus haut, dans notre partie liminaire, à propos des différences de valeurs entre un modèle-type « contractuel » de pension et un modèle-type « statutaire » de pension¹.

Précisons toutefois que nous ne prétendons nullement à l'exhaustivité, ni même à l'actualité dans le traitement des régimes de pension nationaux convoqués ci-dessous ; ceux-ci ne sont mentionnés qu'à titre d'exemple, en vue de concrétiser des développements passablement abstraits, et les conclusions tirées à leur sujet le sont sous réserve des modifications qui leur ont été apportées depuis 2018². Notre

1. Voy *supra* n° 29 et s.

2. Sauf indication contraire, les informations reprises dans les passages qui suivent sont tirées du *Pension Adequacy Report 2018: Current and Future Income Adequacy in Old Age in the EU. Volume 2 – Country Profiles*, *op. cit.* ; on les a croisées et complétées avec les données de la plateforme d'échange d'information MISSOC (*Mutual Information System on Social Protection*) mise en place par l'Union européenne (<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=fr&catId=815>), consultée dans sa version mise à jour au 1^{er} janvier 2018. Une nouvelle version intégrant les modifications apportées jusqu'au 1^{er} janvier 2021 a été mise en ligne depuis lors, à une date toutefois trop rapprochée de la finalisation

propos n'est donc pas d'informer à propos de systèmes actuellement existants (ces informations auraient de toute façon été vite périmées), mais uniquement d'utiliser les informations disponibles sur les régimes nationaux au moment de l'écriture de ces lignes pour illustrer le raisonnement qu'il conviendrait selon nous de mener à propos de n'importe quel régime particulier pour déterminer si et dans quelle mesure un individu pourrait plausiblement former le souhait de le quitter pour se constituer une pension par ses seuls efforts.

(1) *Modalités de financement d'un régime de pension et circonscription des montants versés*

387. On présente traditionnellement les régimes de protection sociale, et notamment les pensions légales comme pouvant reposer sur deux sources principales de financement. Soit, ils sont financés sur le budget de l'État, et donc en bonne partie par l'impôt général perçu auprès des citoyens. Soit, ils sont financés par des cotisations sociales payées par ou pour les bénéficiaires du régime, par exemple les travailleurs salariés. Cette distinction n'est toutefois pas la plus pertinente pour notre question. L'élément décisif à cet égard est plutôt l'affectation *a priori* des montants perçus au financement du régime de pension : l'argent versé sous la forme d'un impôt ou d'une cotisation sociale par un individu est-il spécifiquement dédié au financement des pensions ou alimente-t-il un pot commun à répartir entre différentes dépenses selon des critères établis *a posteriori*? C'est en effet à la condition que les contributions qu'il verse soient pré-affectées au financement du régime de pension qu'un individu peut évaluer ce que « coûte » sa participation audit régime.

388. En prenant cet élément de la pré-affectation comme critère de distinction entre les diverses modalités de financement possibles d'un régime de pension légal, nous proposons une classification en trois catégories. Nous les présentons selon l'ordre allant du mode de financement incompatible avec la circonscription des contributions servant au financement des pensions légales vers celui qui la rend possible. Pour chacune de ces catégories, nous mentionnons les États membres qui en relèvent (ou ont relevé) et donnons quelques informations complémentaires sur les régimes de pension concernés.

389. La première catégorie est celle des prestations de pension légales intégralement financées par l'impôt général. Relèvent typiquement de cette catégorie les pensions octroyées aux individus ayant résidé un certain temps sur le territoire national, dont le montant est le plus souvent forfaitaire. Parmi les États membres de l'UE, le Danemark, l'Estonie, la Finlande, la Grèce et la Suède, notamment, connaissent ce type de pension. Leur rôle varie grandement selon les pays. Au

de ces lignes pour en tenir compte. Répétons que les droits nationaux ne sont de toute façon convoqués ici qu'à titre exemplatif, et pas informatif.

Danemark et en Grèce, elles sont une composante à part entière des revenus de tous les pensionnés. Dans les trois autres États, elles permettent de garantir un revenu minimum aux pensionnés qui ne se sont pas ou peu constitué de droits dans les autres régimes de pension existants¹.

Pour les bénéficiaires de ces pensions financées directement par l'État, le calcul des montants qu'ils paient pour financer leurs futures pensions est techniquement impossible. En effet, aucun impôt n'étant pré-affecté au financement des pensions légales, les montants versés par l'individu se fondent dans le budget de l'État, dont la partie finalement utilisée pour le financement du régime est *a priori* indistincte. Quand bien même l'individu pourrait s'informer *a posteriori* sur le coût global des pensions ainsi financées, il ne peut déterminer la part qu'il a prise à leur financement par le versement de ses impôts. Pour ceux-là donc, le projet de sortir du régime de pension légal en question pour investir les montants consacrés à celui-ci dans un produit de pension privé serait en soi dépourvu de sens, sans considération même des capacités financières réelles des individus : incapables de circonscrire ces montants, ils ne pourraient souhaiter les dépenser autrement pour leur pension.

390. La deuxième catégorie est celle des prestations de pension financées par des cotisations sociales « générales », c'est-à-dire des cotisations affectées au financement du régime de sécurité sociale dans sa globalité et pas à l'une de ses branches seulement. Six États membres connaissent ce type de financement : la Belgique (depuis le 1^{er} janvier 1995 et la mise en place de la gestion financière globale, qui répartit les cotisations selon les besoins des différentes branches et plus d'après

1. La *rahvapension* (« pension nationale ») estonienne est une pension forfaitaire octroyée annuellement aux retraités vivant seuls et résidant légalement sur le territoire national, lorsqu'ils ne bénéficient pas de la pension fondée sur l'activité professionnelle passée (la *vanaduspension*) ou seulement pour un montant modeste. Elle s'élève à 115 euros par an, non indexés. La Finlande octroie une *kansaneläke* (« pension nationale ») aux personnes ayant résidé légalement sur son territoire pendant 3 années au moins après l'âge de 16 ans. Au 1^{er} janvier 2018, selon l'état civil, elle était d'un montant de 557,79 euros ou de 628,85 euros par mois (ce qui représente environ 20 % du salaire moyen brut) pour les personnes ayant résidé au moins 40 ans sur le territoire. Elle est réduite de 50 % si le bénéficiaire reçoit une autre pension d'un montant annuel de 666 euros par an, et elle est perdue dans son intégralité lorsque les revenus issus d'une pension liée à la carrière professionnelle dépassent 1 299,83 euros par mois, pour les personnes vivant seules, ou 1 157,66 euros par mois, pour les personnes mariées ou cohabitantes. La Suède connaît un système similaire, qui permet de garantir une pension minimum aux personnes ayant résidé sur le territoire pendant trois années au moins ; il faut toutefois y avoir résidé en permanence entre 25 ans et 64 ans (selon des données de décembre 2016) pour avoir droit au montant minimum garanti complet. Au 1^{er} janvier 2018, ce montant était, par an, de 96.912 couronnes pour une personne isolée et de 86.448 couronnes pour une personne mariée (respectivement 9.969 euros et 8.892 euros). Il est réduit à mesure des revenus que le pensionné tire des autres branches du système de pension.

une grille prédéfinie¹), Chypre, l'Espagne, l'Irlande, Malte et le Portugal. Dans les deux premiers (la Belgique et Chypre), le financement du régime de sécurité sociale repose également, outre les cotisations sociales payées par les travailleurs salariés et leurs employeurs, sur des interventions de l'État puisées en partie dans le budget général.

Dans chacun de ces États, la pension intégrée dans le régime de sécurité sociale est dite contributive, puisqu'une des conditions pour en obtenir le bénéfice est d'avoir participé au financement de la sécurité sociale par le paiement de cotisations. Excepté en Belgique (où le montant des cotisations versées est toutefois directement reflété dans le montant de la pension), une période de cotisation minimale est même exigée². Bien que contributifs en ce sens donc que le droit à la pension est ouvert sous la condition d'avoir participé au financement du régime, et pas sous la seule condition d'avoir résidé légalement sur le territoire national, ces régimes ne permettent toutefois pas le calcul des cotisations effectivement versées pour le financement des pensions, ou alors seulement de manière imprécise. Et pour cause : les cotisations sont attribuées au financement de la sécurité sociale en général, et pas spécifiquement au régime de pension. Tout au plus un individu peut-il se faire une idée plus précise du montant qui revient *in fine* aux pensions que dans un régime financé par le budget général de l'État, puisque ce montant est nécessairement une fraction du montant des cotisations globales. Il peut également s'informer sur les montants effectivement alloués aux pensions dans le passé et s'essayer à en dégager des constantes. Mais reste qu'il ne peut se référer à aucune clé de répartition préétablie et fixe pour aller au-delà de ce degré de précision. Pour les bénéficiaires de ces régimes, le projet de se défaire de l'obligation d'affiliation au motif de consacrer les montants versés à la constitution d'une pension privée paraîtrait donc, si pas impossible, bien peu consistant.

-
1. Cette réforme a été mise en œuvre par une loi du 30 mars 1994 portant des dispositions sociales, articles 6 à 10.
 2. Ainsi, le droit à la pension n'est ouvert, à Chypre, qu'à condition d'avoir cotisé pendant 780 semaines (ce qui équivaut à 15 ans) au moins. Si cette période de cotisation n'est pas atteinte à l'âge de 68 ans (l'âge légal de la retraite est de 65ans ; les individus qui l'atteignent sans avoir atteint les 780 semaines de cotisations doivent continuer à les payer), l'individu n'aura droit qu'à une pension forfaitaire, en lieu et place d'une pension liée à la carrière professionnelle passée. De même, en Espagne, un individu doit avoir cotisé pendant 15 années au moins, dont au moins 2 années parmi les 15 années qui précèdent le départ à la retraite, pour avoir droit à une pension. En Irlande, l'individu doit avoir été couvert pour la première fois par la sécurité sociale à 56 ans au moins et avoir cotisé pendant un minimum de 520 semaines (soit 10 ans). À Malte, il doit avoir cotisé pendant 15 semaines au moins en moyenne à partir de l'âge de 19 ans, et exercé une activité salariée ou indépendante pendant 10 ans au moins. Au Portugal, enfin, le droit à pension n'est ouvert qu'à condition d'avoir cotisé pendant au moins 15 années, sachant qu'une année est comptabilisée à partir de 120 jours de travail ayant donné lieu au paiement de cotisations et effectués pendant une même année civile. Les données fournies ici étaient valables au 1^{er} juillet 2017.

391. Enfin, la troisième catégorie rassemble les cas dans lesquels les contributions, qu'elles soient des impôts ou des cotisations sociales, sont spécifiquement affectées au financement du régime de pension, et à lui seul. Elle regroupe 20 États membres (certains parmi ceux déjà cités dans les deux premières catégories connaissent des régimes de pension légaux relevant de catégories différentes). Ces États sont : l'Allemagne, l'Autriche, la Bulgarie, la Croatie, l'Estonie, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Pologne, la République Tchèque, la Roumanie, la Slovaquie, la Slovénie et la Suède.

392. Ainsi, par exemple, le régime de pension légal des Pays-Bas est financé par un « impôt social » de 17,90 % intégré dans l'impôt sur les revenus personnels, et plafonné à 33994 euros par an (chiffres valables au 1^{er} janvier 2018). En Suède, le régime légal offrant une pension liée à la carrière professionnelle passée est financé par des cotisations équivalentes à 18,5 % (chiffres de 2018) des revenus inclus dans l'assiette des cotisations (pour l'essentiel, les revenus professionnels).

393. Pour les bénéficiaires de ces régimes financés par des contributions pré-affectées, les montants déjà versés et à verser encore dans le futur peuvent être calculés ou du moins faire l'objet d'une approximation serrée. Pour ceux-là donc, le premier présumé du projet fictif de quitter un régime de pension obligatoire et d'investir les montants ainsi récupérés dans la constitution d'une pension privée, nous semble rencontré. Reste à considérer si et dans quelle mesure le deuxième présumé de ce projet fictif, c'est-à-dire la possibilité de penser les prestations reçues du régime comme le retour sur investissement des montants versés, selon le modèle d'un échange économique privé, et donc de comparer leur rendement aux prestations offertes par d'autres prestataires de pension, pourrait lui aussi être rencontré.

(2) *Modes de calcul d'une prestation de pension : contrepartie et transfert*

394. Pour qu'un individu puisse former le projet de comparer ce qu'il reçoit d'un régime de pension légal à ce que pourrait lui offrir un prestataire de pension privé, il doit pouvoir considérer que les prestations servies par le régime sont la *contrepartie* des contributions qu'il a versées. Or, tous les régimes de pension ne peuvent pas être appréhendés au moyen de cette notion. Plus précisément, tous ne connaissent pas la notion de contrepartie entendue au sens particulier qu'elle aurait dans le projet de cet individu. Pour développer ce point, nous commencerons par définir cette notion particulière de contrepartie en l'opposant à une autre notion, celle de *transfert* ((a))¹. Nous utiliserons ensuite ces deux notions ainsi

1. Nous empruntons les notions de « transfert » et de « contrepartie » à Y. LE LANN, « La retraite, un patrimoine ? », *Genèses*, 2010, vol. 80, n° 3, p. 70-89, qui les utilise dans un contexte diffé-

précisées pour identifier ceux des régimes de pension qui sont compatibles ou non avec la formation du projet fictif ((b))¹. Pour rappel, nous nous servons de ce projet fictif comme d'un outil heuristique, c'est-à-dire comme d'un moyen d'investigation de la question de savoir si l'absence de jurisprudence de la Cour faisant application de la libre prestation des services aux pensions légales s'explique par une particularité propre à ces dernières, qui les préserverait *en fait* de l'influence de cette liberté économique, bien qu'elles y soient soumises *en droit*.

(a) *Les notions de contrepartie et de transfert et leurs liens aux deux modèles-types de pension*

395. Pour que le projet fictif puisse être formé, la pension légale dont bénéficie l'individu doit donc consister en la contrepartie des contributions qu'il a versées. Qu'est-ce à dire ? La contrepartie s'entend ici comme ce qui a non seulement sa cause dans l'échange d'une chose, mais aussi sa mesure dans la valeur d'échange de la chose échangée. En effet, c'est seulement s'il existe un lien avec les contributions sur ces deux aspects du droit à la pension et de son montant qu'un individu pourrait vouloir comparer les prestations offertes par le régime légal avec celles d'un prestataire privé.

396. Entendue en ce sens, la contrepartie dont il est question ici peut être qualifiée de marchande. En effet, dans une économie de marché, une chose n'est échangée contre une autre que si les deux parties à l'échange considèrent respectivement que les choses échangées « se valent » l'une l'autre sur le marché, c'est-à-dire ont des valeurs d'échange équivalentes. Ainsi, dans une transaction normale, lorsqu'on donne une somme d'argent contre un bien quelconque, c'est que l'on estime que ce bien *vaut* le prix demandé : le prix a sa mesure dans la valeur de marché de la chose échangée, il en est la contrepartie. On sort par contre du cadre des échanges d'une économie de marché si en échange d'une chose, l'on donne une somme d'argent sans rapport avec son prix, comme lorsqu'on achète une babiole vendue par une association caritative à un prix que l'on n'aurait jamais accepté de payer dans une grande surface : le prix n'a pas sa raison dans la valeur de marché

rent, celui de l'étude de l'évolution conceptuelle de la comptabilité nationale française des retraites.

1. Les développements qui suivent se sont construits pour une bonne part suite à la lecture des travaux de Bernard Friot, en particulier les ouvrages suivants : B. FRIOT, *Puissances du salariat*, *op. cit.* ; B. FRIOT et P. ZECH, *Émanciper le travail : entretiens avec Patrick Zech*, Paris, La Dispute, 2014 ; B. FRIOT, *Le Travail, enjeu des retraites*, *op. cit.* On a aussi consulté l'ouvrage de N. CASTEL, *La Retraite des syndicats : revenu différé contre salaire continué*, *op. cit.* Il y a beaucoup de matière à discussion dans les propositions politiques que nourrissent les analyses de Bernard Friot et des auteurs qui, comme Nicolas Castel, s'inscrivent dans la même ligne que lui. Ce n'est toutefois pas ici le lieu de les discuter. À notre estime, ces analyses sont pertinentes et stimulantes, que l'on partage leur projet politique ou non.

de la chose échangée mais dans une valeur d'un autre ordre, par exemple, dans la sympathie qu'on éprouve pour les causes défendues par l'association.

397. La pension reçue par un individu peut donc être qualifiée de contrepartie des contributions versées si sa cause et son montant sont en lien direct avec ces dernières. À l'inverse, elle ne rentre pas sous cette notion dès lors qu'elle est octroyée sans considération de contributions antérieures, tant sur le plan de sa justification que sur celui de sa générosité. Dans ce dernier cas, les modalités du régime de pension ne sont pas le fruit du hasard pour autant. Simplement, elles sont définies d'après un autre critère que celui fourni par la « chose » contribution : la valeur d'échange sur le marché cède la place à une autre référence, à une autre valeur comprise cette fois-ci au sens générique de référent pour l'évaluation de biens. Le cas de figure le plus éloigné de la pension comme contrepartie est celui où la pension serait octroyée sur la base d'un droit reconnu à la personne elle-même, pour un montant reposant sur la décision des autorités compétentes. Dans cette hypothèse, ce n'est pas par l'intermédiaire de la « chose-contributions » que se décident les titulaires et les montants d'une pension, mais par des liens établis de personnes à personnes. En ce sens, la pension peut être qualifiée de transfert : en rupture avec la logique de la valeur d'échange économique attachée aux choses, propre à la contrepartie, elle s'explique par la décision d'allouer un certain revenu à certaines personnes, autrement dit de leur transférer des montants en application d'une autre valeur, que traduisent les modalités d'organisation du régime de pension.

398. On aura reconnu dans cette présentation des notions de contrepartie et de transfert, ainsi définies abstraitement, des éléments de la discussion menée plus haut, dans notre partie liminaire, à propos des deux modèles-types de pension que sont le modèle contractuel et le modèle statutaire¹. Ces deux notions ne leur correspondent toutefois pas exactement : si la notion de contrepartie marchande se rencontre uniquement dans le modèle contractuel, la notion de transfert, elle, peut être utilisée pour décrire à la fois les pensions octroyées aux citoyens ou aux personnes dans le besoin dans un modèle contractuel et les pensions des travailleurs d'un modèle statutaire. On comprendra mieux cette articulation entre les deux notions et les deux modèles en revenant brièvement sur les grands traits de ces derniers.

399. On se souvient que chacun de ces deux modèles, tels que nous les avons exposés, s'ancrent fondamentalement dans une conception particulière du travail : celui-ci est une chose, la force de travail, ou une activité, celle d'une personne. La manière de penser et de calculer une pension dans chacun de ces modèles

1. Voy *supra* n° 29 et s. On rappelle que ces modèles-types constituent des idéaux : ils ne rendent compte d'aucun système de pension existant en particulier mais permettent de qualifier ces systèmes selon qu'ils sont plus ou moins proches de l'un des deux modèles en question.

reflète cette différence de conception du travail. Reprenons en quelques mots ces éléments.

400. Dans le modèle contractuel, qui conçoit le travail comme une chose, la personne du travailleur tend à s'effacer derrière l'objet « force de travail » : la relation de travail se noue par l'échange d'un temps en quantité définie pendant lequel un individu met ses capacités au service d'autrui contre une somme d'argent. Ce qui relie les deux individus est l'échange de cet objet-temps et de cet objet-argent, rien d'autre. Poussée au bout de sa logique, cette appréhension du travail peut se passer de la distinction traditionnelle entre travail salarié et travail indépendant, et même de celle entre un contrat d'entreprise et une vente : dans tous les cas, une chose est proposée sur un marché contre un certain montant, qu'il s'agisse d'une force de travail, d'un ouvrage à réaliser ou d'un bien quelconque (lui-même le résultat d'un travail exécuté en amont). En d'autres termes, dans cette première alternative, le travailleur est pour lui-même un objet d'échange ; à lui de « se » vendre, de la même façon qu'un artisan vend sa production ou un commerçant ses marchandises.

Dans le modèle statutaire, qui conçoit le travail comme l'activité d'une personne, la position du travailleur n'est pas tout entière définie par l'échange de son temps sur le marché. Cet échange est encastré dans une série de normes, imposées par une instance tierce, qui font du travailleur une personne juridique particulière, dotée de droits spécifiques. Face à lui, son cocontractant est obligé de tenir compte de cette dimension ; à la chose-force de travail échangée s'attache désormais la personne-travailleur et son statut juridique. Et la mise à distance de la chose au profit de la personne pour la définition du cadre juridique applicable au travail est accentuée à mesure que les droits attachés à la personne du travailleur sont rendus indifférents aux modalités de l'échange particulier mené sur le marché du travail. Ainsi, par exemple, des barèmes de rémunération uniformes fixés dans un accord collectif sectoriel ont pour effet de réduire la relation individuelle de travail au statut d'élément déclencheur d'une rémunération. Sauf exception (ou dans le cas où les barèmes définissent un salaire minimum souvent dépassé en pratique), ce n'est plus à son occasion qu'est fixée la rémunération du travailleur : la rémunération n'est plus le prix d'une chose-travail, mais l'attribut d'un poste de travail défini par l'instance de négociation collective¹. Ainsi encore, le paiement obligatoire du salaire pendant les vacances du travailleur s'ancre dans la compréhension de la rémunération comme d'un droit attaché à la personne plutôt que comme un prix à payer sur le marché pour obtenir du temps de travail.

1. Voy. à ce sujet les caractéristiques de ce que d'aucuns appellent le régime de rémunération fordiste exposées par B. BAUDRY, « De la relation d'emploi fordiste à la relation de "stabilité polyvalente" : une analyse économique de l'évolution des modalités de la rémunération », *op. cit.*, p. 49-52.

401. La distinction entre la pension comme contrepartie et la pension comme transfert recoupe en partie cette distinction entre le travail comme force de travail et le travail comme activité d'une personne.

Dans un système contractuel, la pension du travailleur est directement liée aux montants des contributions accumulées au fil de sa carrière. Elle s'organise ainsi selon la logique de la contrepartie. Mais l'idée que la pension doit être la contrepartie des contributions n'a de sens que si les contributions sont-elles mêmes dépendantes du temps de travail presté et des salaires perçus, comme c'est le cas dans les régimes financés par des cotisations sociales ou par des impôts pré-affectés sur les revenus professionnels. En effet, si tous les individus arrivant à l'âge de la retraite sont crédités des mêmes contributions sans considération de leurs parcours personnels, il est sans intérêt de lier la pension aux contributions : autant déclarer d'emblée qu'elle consiste en un montant forfaitaire. L'organisation d'un régime de pension d'après la logique de la contrepartie implique donc que la pension est le reflet des succès et des échecs passés de l'individu s'offrant sur le marché du travail. À la vente de la force de travail est attaché non seulement une rémunération pour le temps présent, mais également un montant à valoriser pour le temps de la retraite, sous la forme d'une contribution donnant droit à une prestation de valeur équivalente. En ce sens, la pension est un salaire différé.

Un système contractuel n'octroie toutefois pas seulement des pensions aux (anciens) travailleurs. Il prévoit également des pensions pour les individus considérés en tant qu'ils sont des citoyens (ou des résidents légaux), tous égaux en droit, ou en tant qu'ils sont des êtres humains, à qui on doit garantir un certain revenu lorsque leurs ressources propres sont insuffisantes pour vivre. Ces pensions sont ainsi octroyées parallèlement ou subsidiairement à celle des travailleurs. Les pensions octroyées aux citoyens sont des pensions forfaitaires universelles, c'est-à-dire accordées à tous les citoyens indépendamment de leur situation de fortune ou de leur carrière passée. Les pensions octroyées aux individus en tant qu'êtres humains sont subsidiaires, accordées à condition de faire la preuve d'un état de besoin. Par hypothèse, ces pensions n'ont pas leur cause ni leur mesure dans des contributions passées. Elles ne consistent donc pas en une contrepartie, mais en un transfert : leur montant est déterminé par référence à une autre valeur que le prix de vente de la force de travail.

Dans un système statutaire, par contre, ce sont les pensions des travailleurs elles-mêmes qui sont organisées selon la logique du transfert. Leur montant est calculé d'après une autre référence que le montant des contributions, ce qui revient à amoindrir, voire à court-circuiter l'incidence de la carrière professionnelle passée pour la détermination du montant de la pension du travailleur. L'exemple le plus net d'une pension liée à l'activité professionnelle et organisée selon la logique du transfert est fourni par le régime de pension des fonctionnaires dans certains États. Dans ces régimes, la pension est conçue comme la continua-

tion du dernier traitement. C'est que le fonctionnaire n'est pas rémunéré en échange de sa force de travail, mais en reconnaissance du service rendu à l'État. Laquelle reconnaissance ne cesse pas d'être due après le départ à la retraite de l'intéressé. Le traitement comme la pension sont donc déliés dans une large mesure des considérations relatives à un hypothétique marché du travail : les revenus sont attribués à la personne elle-même, pas à sa force de travail. Le régime de pension pour travailleurs salariés qui emprunte certaines de ses caractéristiques à celui des fonctionnaires tendrait ainsi vers la conception du travail comme l'activité d'une personne méritant rémunération au-delà de sa participation effective au marché, et s'éloignerait de celle d'une chose qui n'a de prix que pour autant qu'elle trouve acquéreur¹.

402. Les notions de contrepartie et de transfert ne recourent donc pas parfaitement la classification que nous avons proposée entre le modèle-type contractuel et le modèle-type statutaire. La logique de la contrepartie est propre aux pensions des travailleurs dans un modèle contractuel, tandis que la logique du transfert se retrouve à la fois dans les pensions des non-travailleurs du modèle contractuel et dans les pensions des travailleurs du modèle statutaire.

(b) *Application des notions de « contrepartie » et de « transfert » aux modalités de calcul d'une pension*

403. Ainsi présentées, les notions de contrepartie et de transfert peuvent être considérées comme deux pôles autour desquels gravitent différentes configurations possibles d'un régime de pension. En s'appuyant sur elles, on peut forger un outil de qualification des régimes de pension existants utile pour notre question, celle de la plausibilité d'une explication de l'absence de jurisprudence de la Cour faisant application de la libre prestation des services aux régimes de pension légaux, par la nature de ceux-ci. Il ne saurait toutefois être ici question de qualifier chacun des régimes de pension légaux des États membres de l'Union européenne. Nous nous bornerons donc à pointer les paramètres cruciaux pour l'identification de la tendance d'un régime vers la logique de la contrepartie ou vers celle du transfert ((ii)). Un caractère des plus importants pour qualifier un régime est son organisation selon le mécanisme des cotisations définies ou des prestations définies. Il convient donc de commencer par préciser les modalités propres à ces deux types de régime avant de préciser lesquelles indiquent une tendance vers la logique de la contrepartie ou vers celle du transfert ((i))

1. Voy. *infra* n° 415.

(i) *La distinction entre régimes à cotisations définies et régimes à prestations définies*

404. Pour rappel¹, un régime à cotisations définies fixe *a priori* le montant des contributions à verser, mais pas celui des prestations qui seront délivrées : le second dépendra du premier. Au contraire, un régime à prestations définies fixe *a priori* les prestations à délivrer, et adapte son financement en conséquence. Ces caractéristiques fondamentales se déclinent de diverses manières dans les modalités de l'organisation d'un régime de pension. On les illustrera par les régimes mis en place dans certains États membres.

405. Commençons par la description des modalités présentes dans les régimes à cotisations définies². Le système de pension suédois en fournit un bel exemple. Depuis 1998, ce système est composé de deux régimes, entre lesquels sont réparties les cotisations. Celles-ci s'élèvent, comme on l'a dit plus haut, à 18,5 % des revenus inclus dans l'assiette des cotisations. Le premier régime, dit « en comptes notionnels », est financé en répartition. Il reçoit 16 des 18,5 %. Le second régime est financé en capitalisation. Il reçoit les 2,5 % restant.

Les deux régimes fonctionnent selon la logique des cotisations définies³. Les cotisations versées sont accumulées tout au long de la carrière dans des comptes individuels ; à la prise de la retraite, dont l'âge est libre, une rente viagère est octroyée, dont le montant correspond au total des cotisations versées divisé par l'espérance de vie moyenne de la cohorte (le groupe de personnes étant nées la

1. Voy. notamment *supra* n° 0 et 184.

2. À nouveau, les informations reprises dans les passages qui suivent sont tirées de la plateforme d'échange d'information MISSOC, consultée dans sa version mise à jour au 1^{er} janvier 2018, et du rapport *Pension Adequacy Report 2018: Current and Future Income Adequacy in Old Age in the EU. Volume 2 – Country Profiles*, *op. cit.* On a également consulté le document *Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2018*, American Social Security Administration & International Social Security Association, 2018, disponible sur <https://www.issa.int/>.

3. Précisons qu'on s'éloigne sur ce point des définitions des régimes à cotisations définies et à prestations définies proposées par l'OCDE (*Private Pensions: OECD classification and glossary. Les pensions privées : classification et glossaire de l'OCDE, op. cit.*, p. 60.). Selon cette dernière, dès lors qu'un taux de rendement est attribué *a priori* aux cotisations, indépendamment de leur rendement réel, le régime consiste en un régime à prestations définies « hybride ». Si l'on s'en tient à cette définition, un régime en comptes notionnels doit être qualifié de régime à prestations définies hybride puisque, par hypothèse, le « rendement » des cotisations est prédéfini par voie réglementaire (les cotisations n'étant pas investies, elles ne sauraient avoir un rendement réel). Nous choisissons toutefois de prendre un autre critère pour distinguer les régimes à cotisations définies et à prestations définies, celui de l'ancrage du régime dans une logique de contrepartie ou de transfert. Comme nous l'expliquons plus loin (voy. *infra* n° 412 et s.), l'existence d'une garantie de rendement (notionnel) ne dénature pas à notre sens la logique qui préside à un régime en cotisations définies, qui veut que la justification et la mesure du montant de la pension reposent fondamentalement dans les cotisations versées au préalable. Pour cette raison, nous incluons les régimes « hybrides » au sens du document précité de l'OCDE dans la catégorie des régimes à cotisations définies.

même année) à laquelle appartient l'individu. Ainsi, plus l'individu a payé de cotisations, et plus il retarde son départ à la retraite, plus le montant de sa pension est important; bien entendu, l'inverse est vrai également.

Si les deux régimes partagent la même logique, ils se distinguent toutefois, comme on vient de le dire, dans le mode de financement. Dans le régime financé par capitalisation, les cotisations versées forment effectivement un capital, que des fonds de pension investissent sur les marchés financiers. Dans le régime financé par répartition, l'accumulation des cotisations n'est que virtuelle, puisque les cotisations sont directement utilisées pour assurer le paiement des pensions en cours. Le compte individuel rempli par l'individu au fil de ses versements ne correspond donc à aucun capital, mais seulement à une écriture comptable; c'est la raison pour laquelle on désigne ce type de régime sous le nom de pension « en comptes notionnels ».

406. On retrouve des régimes similaires à ces deux composantes du système suédois dans de nombreux États membres, principalement en Europe centrale et de l'Est. Ainsi, un régime de pension obligatoire financé par capitalisation et organisé selon la logique des cotisations définies est intégré dans les systèmes croate, estonien, letton, roumain, et slovaque¹. Par ailleurs, l'Italie, la Lettonie et la Pologne ont également organisé leur régime financé par répartition autour de la technique des comptes notionnels. Comme nous le verrons plus en détail plus loin, la Grèce l'a intégré à son tour en 2017 pour un de ses régimes.

407. Relèvent également de la catégorie des régimes à cotisations définies, quoique la diversité des configurations possibles invite à de fortes nuances, les régimes dits « à points ». Ce type de régime a été mis en place notamment en Allemagne, en Lituanie (depuis le 1^{er} janvier 2018) et en Roumanie, ainsi qu'en France pour les pensions complémentaires obligatoires financées par répartition. Plusieurs autres États membres en considèrent l'adoption, comme la Belgique² et la France à nouveau, mais pour ses pensions légales³. Avec des variantes impor-

-
1. Avec la nuance pour ce dernier État que le choix est donné aux individus jusqu'à l'âge de 35 ans de participer au régime financé en capitalisation en même temps qu'au régime en répartition, ou seulement à ce dernier, mais une fois pris, ce choix est irréversible.
 2. La « transition vers un système à points pour le calcul des pensions » figurait dans l'accord de gouvernement du 9 octobre 2014 (p. 28) du gouvernement fédéral conduit par M. Charles Michel (l'accord est disponible sur le site internet : <https://www.premier.be/fr/accord-de-gouvernement>, consulté pour la dernière fois le 26 juin 2020). Ce système a également été proposé par la Commission de réforme des pensions 2020-2040 dans son rapport *Un contrat social performant et fiable : Propositions de la Commission de réforme des pensions 2020-2040 pour une réforme structurelle des régimes de pension*, op. cit.
 3. Voy. le projet de loi organique relatif au système universel de retraite et le projet de loi instituant un système universel de retraite adopté par l'Assemblée nationale le 5 mars 2020. Les deux projets devaient encore être examinés par le Sénat lorsque la crise sanitaire provoquée par

tantes (en Lituanie par exemple, une partie seulement de la pension est calculée à l'aide de points), ce système consiste à accumuler des points dans un compte individuel, lesquels sont calculés d'après les revenus perçus sur l'année et ayant donné lieu au paiement de contributions. Au moment de la prise de la pension, ces points se voient attribuer une valeur ; combinée à un coefficient de conversion qui varie selon la durée de la carrière (une carrière plus courte que la carrière de référence est pénalisée, une carrière plus longue est récompensée), la valeur totale des points accumulés permet de déterminer le montant final de la pension¹. Dans ces régimes donc, les contributions sont fixées *a priori* et le montant de la pension est fondamentalement déterminé par le montant des contributions versés, raison pour laquelle nous les classons parmi les régimes à cotisations définies. Mais le lien entre les contributions versées et le montant final de la pension est bien moins direct que dans un régime en comptes notionnels, puisque la valeur et le coefficient de conversion des points servent d'élément médiatisant entre les premières et le second. Or, les paramètres pris en compte pour la fixation de cette valeur et de ce coefficient peuvent varier. Selon les cas, un régime à points relève donc pleinement de la catégorie des régimes à cotisations définies ou s'en écarte de manière plus ou moins nette.

408. Après avoir présenté les différentes modalités possibles des régimes relevant du modèle dit « à cotisations définies », il est bon de dire quelques mots à propos des modalités des régimes dits « à prestations définies ». Parmi ceux-ci, il faut distinguer les prestations définies forfaitaires des prestations définies par référence au salaire.

409. Les pensions forfaitaires consistent à octroyer à tous les individus remplissant les conditions posées par le régime, une pension de montant identique, indépendant des revenus professionnels passés. Le Danemark, la Grèce ou encore les Pays-Bas, parmi d'autres, connaissent ce type de pension.

La *folkepension* danoise prévoit ainsi que chaque année de résidence légale sur le territoire national entre 15 ans et 65 ans donne droit à un certain montant, identique pour tous ; l'accumulation de ces montants définit la hauteur de la pension

le coronavirus a éclaté en Europe. L'avenir de cette réforme est incertain à l'heure d'écrire ces lignes.

1. On s'appuie ici sur la présentation, par certains membres de la Commission de réforme des pensions susmentionnée en note 1 de la page 237, du système à points proposé en Belgique par ladite Commission. Voy. E. SCHOKKAERT *et al.*, « Towards an equitable and sustainable points system. A proposal for pension reform in Belgium », *Journal of Pension Economics and Finance*, 2018, p. 1-31. Une présentation destinée à un plus large public est également donnée par les mêmes auteurs dans J. HINDRIKS *et al.*, « Réforme des pensions légales : le système de pension à points », *Regards économiques*, 2017, n° 130, p. 1-7. Pour une étude plus générale de la technique des points, voy. P. DEVOLDER, *Nouveaux horizons des retraites : des comptes notionnels à la répartition par points*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2019.

perçue à l'âge de la retraite, avec un maximum de 40 années prises en compte. La *folkepension* représente en moyenne les deux tiers de l'ensemble des montants reçus à titre de pension par un retraité danois.

En Grèce, outre d'autres pensions légales liées à la carrière professionnelle, toute personne ayant cotisé pendant 15 ans au moins et résidé pendant 15 années au moins dans le pays de manière légale entre ses 15 ans et l'âge de départ à la retraite a droit à une pension forfaitaire. Au 1^{er} janvier 2018, elle variait entre 345,60 euros, pour ceux qui comptabilisent 15 années de résidence, et 384 euros, pour ceux qui en comptabilisent 40 ou plus et qui ont cotisé pendant 20 ans au moins. À la même époque, le revenu moyen cumulé des différentes pensions disponibles pour les pensionnés grecs était de 895 euros; la pension forfaitaire comptait donc pour un peu plus de 40 % de ces revenus cumulés.

Aux Pays-Bas, le montant de la pension légale dépend du nombre d'années de résidence légale passées sur le territoire national avant l'arrivée à l'âge légal de la retraite (qui est de 66 ans depuis 2018, mais qui sera progressivement porté jusqu'à 67 ans d'ici 2022; à partir de 2023, il variera selon l'évolution de l'espérance de vie). Chaque année donne droit à 2 % du montant de la pension complète, celle-ci étant donc atteinte après 50 années de résidence légale. La pension complète s'élève à 1 173,33 euros bruts par mois pour les personnes isolées, et à 807,88 euros bruts par mois et par personne pour les personnes mariées ou cohabitantes ayant toutes deux atteint l'âge légal de la retraite (chiffres valables au 1^{er} janvier 2018). En 2014, la pension légale représentait en moyenne 53,7 % des revenus des personnes âgées de 65 ans (l'âge légal de la retraite à l'époque) et plus.

410. À côté des pensions à prestations définies forfaitaires, existent les pensions à prestations définies par référence au salaire. L'exemple paradigmatique de ce type de régime est celui qui consiste à octroyer aux bénéficiaires arrivant à un âge de référence, une pension calculée par application d'un certain pourcentage (appelé « taux de remplacement ») à leurs salaires passés, à condition de pouvoir justifier d'une carrière d'une certaine durée; si cette durée n'est pas entièrement rencontrée, la pension est réduite au prorata des années manquantes. Quatre paramètres donc sont utilisés : un âge de référence pour le départ à la retraite, une carrière de référence, un salaire de référence et un taux de remplacement à appliquer à ce dernier. La physionomie d'un régime dépend de leur articulation, si bien qu'en modifier un entraîne souvent un changement de tout l'équilibre préexistant. L'Autriche, la Belgique, Chypre, la Finlande, la France (pour son régime de base), l'Espagne, la Hongrie, le Luxembourg (dont le régime combine une composante forfaitaire et une composante liée au salaire), le Portugal, la République Tchèque (dont le régime à deux composantes est comparable à celui du Luxembourg) et la Slovénie connaissent des pensions organisées autour de ces paramètres, avec des différences importantes toutefois entre chacun de ces États.

411. Après avoir rappelé la distinction entre régimes à cotisations définies et régimes à prestations définies et présenté quelques modalités d'organisation propres à l'un et l'autre de ces deux types de régimes, il nous faut maintenant préciser le rapport qu'entretiennent ces deux types de régimes avec la distinction que nous avons dressée plus haut entre le modèle de la contrepartie et celui du transfert. Pour rappel, la qualification d'un régime en termes de contrepartie ou de transfert doit nous permettre d'identifier quels types de régimes de pension légaux rendent plausible la formation par un individu du projet de quitter un régime de pension légal pour se constituer une pension par ses propres moyens auprès d'un prestataire de pension privé.

(ii) *Les liens entre le modèle de la contrepartie ou celui du transfert, d'une part, et les régimes à cotisations définies ou à prestations définies, d'autre part*

412. À première vue, les régimes à cotisations définies se prêtent parfaitement à une qualification en termes de contrepartie : le montant de la pension est directement lié aux contributions versées. Tandis que les régimes à prestations définies s'accorderaient plus aisément avec la logique du transfert : des prestations d'un certain montant seront de toute façon octroyées, la question du financement et donc des éventuelles contributions des bénéficiaires devant être traitée par ailleurs. Cette dichotomie peut toutefois être nuancée. Les modalités d'un régime à cotisations définies peuvent avoir pour effet de distendre le lien entre les contributions effectivement versées et le montant des prestations, tandis que les conditions d'acquisition du droit à une pension à prestations définies peuvent en réalité rapprocher celle-ci du mécanisme des cotisations définies. Considérons ces deux points successivement.

413. Une modalité souvent présente dans les régimes à cotisations définies est celle des périodes assimilées (l'Allemagne, l'Italie, la Lettonie, la Pologne et la Suède, par exemple, la connaissent pour leurs régimes financés en répartition, quoique la Suède dans une mesure moindre). Comme son nom l'indique, elle consiste à assimiler des périodes n'ayant pas donné lieu au paiement de contributions à des périodes de travail, générateur de contributions, pour le calcul des contributions versées : le participant au régime se voit donc gratifier de contributions fictives au moment du calcul du montant de sa pension. Peuvent par exemple être prises en compte les périodes de congés de maternité et de paternité, les périodes de chômage, les périodes d'invalidité, les périodes consacrées à l'assistance d'un proche malade, des périodes de formation professionnelle, etc. Cette modalité des périodes assimilées permet ainsi d'insérer une composante de solidarité dans le régime : certaines cotisations sont mises à la charge des autres participants ou de l'État lorsqu'une activité est considérée digne d'être reconnue pour la pension malgré qu'elle n'est pas contributive.

On peut mentionner une autre modalité, elle aussi souvent intégrée dans un régime à cotisations définie. Il s'agit de la garantie d'un taux de rendement (minimum) des contributions. Si le régime est financé par capitalisation, le rendement des contributions et donc le montant final des prestations dépendent des fluctuations des marchés financiers. Pour réduire cette incertitude inhérente à la capitalisation, un rendement (minimum) garanti peut être introduit dans le régime. Un régime à cotisations définies peut également être financé par répartition, comme nous l'avons vu plus haut avec la technique des comptes notionnels utilisée en Italie, en Lettonie, en Pologne et en Suède. Dans ce cas de figure, la garantie de rendement ne correspond à aucun risque d'évolution défavorable du montant des contributions versées, puisque celles-ci sont immédiatement transférées aux pensionnés actuels. Par le mime de cette modalité propre au financement par capitalisation, les régimes en répartition assurent en réalité l'indexation des comptes virtuels (« notionnels ») sur l'évolution des prix, sur celle des salaires (comme en Suède) ou encore sur celle du PIB (comme en Italie), pour des raisons évidentes d'adaptation des prestations aux conditions économiques actuelles.

Ces deux modalités des périodes assimilées et du rendement garanti sont une infidélité au modèle de la contrepartie, qui guide les régimes à cotisations définies. Elles ne sont toutefois pas en mesure d'en dénaturer la logique fondamentale, celle qu'une prestation a pour cause et pour mesure de son montant les contributions versées antérieurement par son bénéficiaire. Ainsi, les régimes à cotisations définies, qu'ils soient financés par répartition (dans leurs variantes « en comptes notionnels » ou « à points ») ou en capitalisation, nous semblent un terrain favorable à la formation du projet fictif de demander à sortir d'un régime obligatoire pour investir ses contributions dans un régime de pension individuel plus rémunérateur. Considérés dans leur logique même, ils ne sont pas si différents des produits de pension individuels proposés par des acteurs privés¹.

414. Quant aux régimes en prestations définies, la question du rapport à la logique de la contrepartie doit être distinguée selon que les prestations sont forfaitaires ou liées au salaire. La logique de la contrepartie est tout à fait absente des régimes à prestations forfaitaires. Ceux-ci reposent en effet sur une logique de solidarité verticale, c'est-à-dire allant depuis ceux qui ont plus vers ceux qui ont moins, puisque tous reçoivent la même chose alors que, sauf exception, la hauteur des contributions varie avec la hauteur des revenus (c'est le cas dans les trois États membres susmentionnés, à savoir le Danemark, la Grèce et les Pays-Bas). Souvent, cette solidarité peut également être qualifiée de nationale dans la mesure où, comme c'est le cas dans les États qu'on vient de mentionner, ces pensions sont

1. Dans le même sens, voy. W. SCHELKLE, « The Political Economy of Regulating Longevity Insurance in the EU », in U. NEERGAARD *et al.* (éds.), *Social Services of General Interest in the EU*, The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2013, p. 451.

généralement octroyées sous une condition de résidence légale sur le territoire, et qu'elles sont financées par l'impôt, donc par l'ensemble des citoyens.

Bien que la logique de la contrepartie lui soit donc étrangère, ce type de régime pourrait cependant s'accorder avec la formation du projet fictif qui sert de fil conducteur à notre développement dans un cas particulier, à savoir lorsque les contributions sont pré-affectées au financement des pensions, comme c'est le cas aux Pays-Bas. En effet, dans cette hypothèse, l'individu est en mesure d'évaluer à la fois combien il paie au régime et combien il peut espérer en recevoir en retour. Ainsi, l'idée pourrait germer dans son esprit d'utiliser son argent à la constitution d'une pension individuelle plus « rentable ». Ce cas particulier vient donc nuancer l'importance du deuxième présupposé, celui de la contrepartie, pour rendre possible le projet fictif. On soulèvera toutefois que la logique de la solidarité nationale autour de laquelle s'organise un régime de pension étant fondamentalement hétérogène à celle de la contrepartie, l'individu qui voudrait se retirer de ce régime pour se constituer seul une pension individuelle poserait par là un acte hautement politique.

415. Les prestations définies par référence au salaire sont l'autre mode d'organisation principal des régimes à prestations définies. Il en existe des variantes très nombreuses, dont certaines reposent sans hésiter sur la logique du transfert tandis que d'autres voisinent autour de la frontière qui les séparent de la logique de la contrepartie. Nous nous contentons ici d'ébaucher la question, qui demanderait des développements trop amples pour être traitée dans tous ses détails. Nous pointons quels paramètres d'un régime à prestations définies nous semblent indiquer un écart certain à la logique de contrepartie ou, au contraire, une tendance vers celle-ci.

416. Un régime de ce type est à notre sens le plus éloigné de la logique de la contrepartie dans le cas de figure suivant. La carrière de référence à justifier pour bénéficier d'une pension complète est relativement courte au regard de la moyenne des carrières généralement prestées avant d'arriver à l'âge de la retraite fixé par le régime, ce qui signifie qu'une bonne part des bénéficiaires peuvent se prévaloir d'une carrière complète. Par ailleurs, des périodes n'ayant pas donné lieu au paiement de contributions peuvent tout de même être valorisées pour le calcul de cette condition de carrière, selon la technique des périodes assimilées dont nous avons déjà parlé¹, ce qui augmente encore la probabilité de bénéficier d'une carrière complète pour le calcul de la pension. Cette carrière de référence est en outre intangible dans le calcul de la pension : le fait d'avoir travaillé et donc contribué plus longtemps que nécessaire pour rencontrer la condition de carrière ne donne pas droit à une pension plus élevée. Il existe ainsi une solidarité entre les participants au régime, laquelle peut être qualifiée d'horizontale au sens où elle

1. Voy. *supra* n° 413.

opère au sein d'une catégorie d'individus plus homogène en termes de revenus et de statut social (les travailleurs salariés, parfois même uniquement ceux d'un secteur d'activité donné) que ne l'est l'ensemble des citoyens d'un État. Le salaire de référence, quant à lui, est calculé en faisant la moyenne des salaires des quelques dernières années de travail, voire des années de salaires les plus élevés si elles ne correspondent pas aux dernières années de travail. À supposer que le taux de remplacement soit élevé, par exemple de 75 %, un régime de ce type permet à un grand nombre de retraités de percevoir une pension proche du dernier salaire touché sur le marché du travail.

Dans un pareil cas de figure, la pension est proche donc de constituer un « salaire continué », à la façon dont la pension des fonctionnaires constitue ou constituait une continuation du traitement au-delà de la période passée au service de l'État. Dans un pareil cas de figure donc, la pension s'identifie à un droit attaché à la personne du travailleur salarié, lequel continue de bénéficier de revenus proches de son dernier salaire malgré la fin de son emploi, et est sans lien ou presque avec le montant des contributions versées au régime. En d'autres termes, la cause et la mesure de la pension sont dans le statut acquis par le travailleur salarié en fin de carrière, et pas dans ses contributions. La formation du projet fictif de sortir du régime pour investir ses contributions dans un dispositif plus performant supposerait ainsi de tordre la logique de ce régime, de faire violence à sa réalité pour y voir un dispositif de même nature que les services de pension individuels offerts par des prestataires privés, autrement dit un dispositif marchand. Ici aussi, la formation de ce projet paraît donc moins plausible, excepté à nouveau dans le chef d'individus animés par des motivations politiques.

417. Une modification des paramètres du régime peut suffire toutefois pour affaiblir le lien au dernier salaire et renforcer celui aux contributions versées. Cela implique de renforcer le poids de la carrière passée dans le calcul du montant de la pension. On peut procéder pour ce faire de différentes façons, lesquelles peuvent se combiner. Le caractère contributif du régime peut être accentué en allongeant la durée de la carrière de référence, puisqu'il faut alors avoir cotisé plus longtemps pour obtenir une pension complète. On peut également renforcer ce caractère contributif en supprimant l'assimilation de certaines périodes non travaillées (et donc non cotisées) pour le calcul de la pension, ou moins drastiquement en diminuant le montant à hauteur duquel ces périodes sont valorisées dans le calcul du montant de la pension; de cette façon, les périodes effectivement travaillées gagnent en importance. Un autre procédé encore consiste à prendre en compte les années cotisées même au-delà d'une carrière complète (c'est-à-dire équivalente à la carrière de référence) pour le calcul de la pension, de sorte que travailler plus longtemps donne droit à une pension plus élevée, ou à alourdir les réductions du montant de la pension qui sont appliquées au prorata des années manquantes (système de « bonus-malus »). Le poids de la carrière passée peut également être

accentué en allongeant la période prise en compte pour le calcul du salaire de référence : si celui-ci, pour prendre l'exemple d'une réforme menée en France en 1993, ne repose plus sur les dix meilleures années de salaire mais sur les vingt-cinq dernières années de travail, le montant de la pension est plus directement dépendant des rémunérations perçues dans le passé. Enfin (sans prétendre à l'exhaustivité), une réforme visant plus radicalement à faire de la carrière passée le centre de gravité du régime peut consister à reculer l'âge légal du départ à la retraite tout en permettant une prise anticipée de la retraite à la condition d'avoir travaillé un nombre important d'années ; si l'âge légal nouvellement fixé est nettement supérieur à l'âge auquel les travailleurs salariés quittent en général le marché du travail, la condition de carrière pour bénéficier d'une retraite anticipée devient dans les faits la variable clé du régime.

Un régime à prestation définies ainsi façonné pour donner un rôle plus important à la carrière passée n'en reste pas moins un régime à prestations définies, puisqu'il assure qu'à certaines conditions, le salarié recevra une pension d'un montant sur la base d'un salaire de référence (et non pas sur la base du montant des cotisations versées). Il instille toutefois l'idée que la pension trouve sa cause et l'explication première de son montant dans la carrière passée, laquelle se valorise essentiellement par les contributions versées. En cela, il tend avec plus ou moins d'insistance vers la logique de la contrepartie. La formation du projet fictif reste donc peu plausible, mais sa formulation paraîtrait moins frontalement contraire aux fondamentaux du régime.

Conclusions intermédiaires : confirmation partielle de la deuxième hypothèse : les pensions légales sont souvent imperméables à la logique de marché

418. Après l'explicitation des deux présupposés du projet fictif de quitter un régime de pension légal pour se constituer une pension individuelle (la possibilité de circonscrire les contributions affectées au financement des pensions, d'une part, et la possibilité de penser et d'évaluer le « rendement » d'un régime, d'autre part) et l'exploration des types de régimes qui rendent plus ou moins probable leur rencontre, nous pouvons maintenant croiser les résultats obtenus pour déterminer si la deuxième hypothèse avancée pour expliquer l'absence de jurisprudence de la Cour faisant application de la libre prestation des services aux pensions légales est vérifiée ou non (2). Pour rappel, cette hypothèse est celle d'une explication de l'absence de jurisprudence par la nature particulière des régimes de pension légaux, qui les rendrait imperméables à la logique de marché et rendrait par conséquent peu plausible la formulation d'une question préjudicielle visant à contester la légalité de l'obligation d'y participer. Avant de croiser ces résultats, il est bon de les synthétiser brièvement (1). Enfin, nous proposerons de les nuancer

en pointant des éléments que le raisonnement suivi n'a pas permis de prendre en compte (3).

1. Synthèse des résultats obtenus

419. Concernant le premier présupposé du projet fictif, c'est-à-dire la possibilité d'identifier avec précision les montants versés au régime, nous avons constaté qu'un grand nombre d'États membres (une vingtaine) connaissent, parmi leurs régimes de pension légaux, des régimes dont les modalités de financement permettent la circonscription et l'évaluation du montant des contributions servant spécifiquement au financement des pensions. Il s'agit de l'Allemagne, l'Autriche, la Bulgarie, la Croatie, l'Estonie, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Pologne, la République Tchèque, la Roumanie, la Slovaquie, la Slovénie et la Suède. Dans les autres États membres, parmi lesquels la Belgique, le Danemark, l'Espagne et le Portugal (ainsi que le Royaume-Uni), les modalités de financement choisies rendent impossible (financement par l'impôt général) ou du moins très difficile (financement par des cotisations sociales non préaffectées) le calcul des montants payés par un individu qui seront *in fine* affectés au financement de sa pension. Dans ces derniers États, la formulation d'une question préjudicielle motivée par le projet de quitter le régime pour investir les contributions dans une pension individuelle paraît donc bien devoir rester du domaine de la fiction.

420. Pour déterminer dans quels régimes légaux le second présupposé pourrait se rencontrer, c'est-à-dire la possibilité de penser et d'évaluer les pensions versées comme le résultat du rendement des contributions versées, nous avons proposé de les qualifier en référence aux notions de contrepartie et de transfert. Un régime s'organise selon le modèle de la contrepartie lorsque les pensions qu'il sert ont leur cause et la mesure de leur montant dans les contributions versées. Entrent dans cette catégorie les régimes de pensions à cotisations définies, qu'ils soient financés en répartition ou en capitalisation. Au regard des informations données plus haut¹, sont donc concernés les États membres suivants : l'Italie, la Lettonie, la Pologne et la Suède, pour leurs régimes financés en répartition autour de la technique des comptes notionnels ; l'Allemagne, la Lituanie et la Roumanie, pour leurs régimes à points ; la Croatie, l'Estonie, la Lettonie, la Roumanie, la Slovaquie et la Suède, pour leurs régimes financés en capitalisation et organisés selon la technique des cotisations définies, auxquels l'affiliation est obligatoire (avec la nuance évoquée plus haut pour la Slovaquie²).

À l'inverse, un régime relève du modèle du transfert lorsqu'un autre critère préside à l'octroi et au calcul des pensions. Ce modèle est celui des régimes à pres-

1. Voy. *supra* n° 406.

2. Voy. *supra* p. 237, note 1.

tations définies, dont les variantes sont nombreuses. Parmi les États membres connaissant ce type de régime, on trouve notamment le Danemark, les Pays-Bas et la Grèce (ainsi que le Royaume-Uni), qui délivrent des pensions forfaitaires, ainsi que l'Autriche, la Belgique, Chypre, la Finlande, la France (pour son régime de base), l'Espagne, la Hongrie, le Luxembourg (dont la pension légale combine une composante forfaitaire et une composante liée au salaire), le Portugal, la République Tchèque (dont la pension légale connaît une composante forfaitaire et une composante liée au salaire, comme au Luxembourg) et la Slovénie, dont les pensions sont calculées en référence aux revenus passés.

La rencontre du second présupposé paraît assurée lorsqu'un régime relève du modèle de la contrepartie. Ce modèle invite et facilite la comparaison des prestations du régime avec les services de pension individuels proposés sur le marché par des prestataires privés. Elle est par contre moins probable dans les régimes qui relèvent du modèle du transfert. Celui-ci court-circuite la logique du marché, de sorte que l'appréhension des pensions servies par le régime légal comme un service équivalent aux produits de pension individuels ferait violence à la réalité de ces régimes. Cette conclusion doit toutefois être nuancée pour les régimes à prestations définies qui font de la carrière passée l'élément clé du calcul de la pension. Pour ceux-ci, le pas vers une conception des pensions légales en termes de services similaires à ceux offerts sur le marché pourrait être plus aisément franchi.

2. Croisement des résultats obtenus

421. Le croisement de ces résultats nous permet d'avancer que l'absence de jurisprudence de la Cour faisant application de la libre prestation des services aux régimes de pension légaux ne peut pas s'expliquer entièrement par la nature de ces régimes. En effet, une telle explication n'est convaincante qu'à l'égard des régimes d'un groupe d'États membres seulement. Ce groupe est composé, premièrement, de ceux dont les modalités de financement des régimes de pension légaux empêchent la rencontre du premier présupposé de notre projet fictif, à savoir donc la Belgique, Chypre, le Danemark, l'Espagne, la Grèce, l'Irlande, Malte et le Portugal (ainsi que le Royaume-Uni). D'autres États sont également hors de portée d'une éventuelle question préjudicielle pour la même raison, mais uniquement pour ce qui concerne leurs régimes de pension subsidiaires, c'est-à-dire les régimes qui octroient une pension minimale garantie aux individus non couverts par un régime principal (peu importe par ailleurs leurs autres sources de revenus) : l'Estonie, la Finlande et la Suède. Ce groupe d'États pour lesquels l'absence de jurisprudence semble pouvoir s'expliquer par la nature des pensions légales comprend, deuxièmement, les États membres dont les régimes, quoique financés par des contributions pré-affectées et permettant donc la rencontre du premier présupposé, répondent au modèle du transfert et rendent ainsi improbable la rencontre du second présupposé : l'Autriche, la Finlande, la France, la Hongrie, le

Luxembourg, la République Tchèque, les Pays-Bas (dont les pensions légales sont forfaitaires) et la Slovénie. À l'égard de ceux de ces régimes qui définissent les prestations par référence au salaire, nous avons toutefois pointé plus haut que leur équilibre est mouvant, et que des réformes paramétriques peuvent aboutir à donner un poids prépondérant à la carrière passée pour le calcul de la pension. On apportera donc la nuance qu'au fil des réformes, un régime de ce type pourrait voir la frontière qui le sépare de la logique du marché devenir trop fine pour rendre toujours improbable une contestation de sa légalité au regard de la libre prestation des services.

422. Pour un deuxième groupe d'États, la réponse à la question posée (l'absence de jurisprudence de la Cour s'explique-t-elle par la nature des régimes de pension légaux?) nous semble devoir être nuancée. Nous pensons aux régimes à points mis en place en Allemagne, en Lituanie et en Roumanie. Ce type de régime fait de la carrière passée le centre de gravité du calcul de la pension; il ressort à ce titre au modèle de la contrepartie, lequel permet la rencontre du second présumé. Mais le lien entre les contributions versées et le montant des prestations est moins immédiat que dans un régime en comptes notionnels, étant donné l'interférence que constitue la conversion des contributions en points dont la valeur n'est fixée qu'*a posteriori*: la dimension de contrepartie du régime apparaît donc peut-être moins évidemment aux individus qui y participent. En outre, il est possible que les paramètres utilisés pour fixer la valeur des points intègrent différents critères, qui s'éloignent plus ou moins de la logique de la contrepartie. Plus encore que pour les autres types de régime, l'exposition des régimes à points, tels qu'ils existent dans les États membres susmentionnés ou tels qu'ils viendront, peut-être, bientôt à l'existence dans d'autres États, à la plausibilité d'une question préjudicielle fondée sur la libre prestation des services, nous semble dépendre du cas par cas.

423. Enfin, pour un dernier groupe d'États membres par contre, rien ne nous semble permettre d'avancer que l'absence de jurisprudence de la Cour s'expliquerait par la nature des régimes de pension concernés. Tant les modalités de financement que la cause et la mesure du montant des pensions délivrées par ces régimes nous semblent compatibles, sur le plan individuel, avec la logique du marché. À l'égard de ces États donc, la formulation d'une question préjudicielle portant sur la légalité de leurs régimes de pension au regard de la libre prestation des services ne nous paraît pas devoir rester toujours de l'ordre de la fiction. D'une part, il s'agit des régimes dits « en comptes notionnels » italien, letton, polonais et suédois, qui miment les régimes à cotisations définies financés en capitalisation. D'autre part, il s'agit, précisément, des régimes obligatoires financés en capitalisation et appliquant la technique des cotisations définies que connaissent la Croatie,

l'Estonie, la Lettonie, la Roumanie, la Slovaquie (avec la nuance apportée plus haut¹) et la Suède.

Pour ces régimes, l'absence de jurisprudence de la Cour paraît ainsi ne pas pouvoir s'expliquer par une particularité de nature propre aux pensions légales, ce qui constituait notre deuxième hypothèse. Concernant ces régimes donc, il semble qu'il faille se reporter à la troisième hypothèse formulée plus haut, celle de la contingence; la saisine de la Cour par un plaideur inspiré cherchant à mettre en cause la légalité de l'affiliation obligatoire à un régime de pension légal serait une question de temps.

424. Cette conclusion doit cependant être nuancée; le raisonnement que l'on a suivi jusqu'ici n'a pas tenu compte de tous les éléments pouvant motiver l'attitude d'un individu à l'égard de l'obligation de participer à un régime de pension légal. Nous en mentionnerons deux, qui atténuent la séparation nette entre une explication par la nature des régimes de pension légaux et un renvoi à la contingence, c'est-à-dire l'absence d'explication par une raison stable.

3. Nuancement des résultats obtenus

425. Deux éléments plus circonstanciels peuvent être avancés pour donner de la consistance à la situation présente d'absence de jurisprudence de la Cour, dont l'inertie pourrait être plus grande que ce que l'explication par la seule contingence permet de penser. Le premier est le sentiment de sécurité attaché à l'intervention de la collectivité et, ultimement, de l'État dans l'organisation d'un régime de pension. Le second tient à l'existence d'une certaine solidarité, même minime, permettant d'amortir au moins en partie les accidents de la vie professionnelle.

426. Quant au sentiment de sécurité, il faut certainement distinguer entre les régimes financés en répartition et ceux financés en capitalisation. Les premiers, dans lesquels les cotisations actuelles servent à payer les pensions actuelles, reposent en dernier ressort sur l'idée de permanence des collectivités au sein desquelles ils sont organisés. En effet, ceux qui accepteraient de payer à fonds perdus pour les pensionnés actuels sans croire que, plus tard, d'autres seront appelés à le faire à leur tour pour eux, sont certainement peu nombreux. Cette idée de permanence, qui accompagne donc nécessairement un régime en répartition, pourrait bien susciter chez beaucoup de bénéficiaires une confiance en celui-ci, ou plus précisément en la collectivité qui le sous-tend, qui leur ferait préférer les prestations financées en répartition aux produits financiers proposés par des prestataires privés. Ou, à tout le moins, qui expliquerait qu'ils ne souhaitent pas faire dépendre l'intégralité de leur future pension de la solidité des marchés financiers et de leurs acteurs. Quant aux régimes obligatoires financés en capitalisation, le fait que l'État soit à l'initiative de l'obligation de verser des contributions dans ces régimes laisse

1. Voy. *supra* la note 1.

peut-être penser à beaucoup des individus concernés que celui-ci interviendrait également si la permanence de ces régimes se trouvait menacée. Par une réflexion raisonnable, mais pas irréfutable, ils pensent probablement que l'État ne les laisserait pas seuls s'ils se trouvaient sans rien après avoir obtenu et placé leurs contributions dans les régimes indiqués par lui. Ce sens de la responsabilité présumé dans le chef de l'État est une garantie qu'ils ne sont pas prêts à perdre pour se constituer, seuls, une pension auprès d'un prestataire privé, quand bien même cette solution serait plus rentable.

427. Quant à l'élément de la solidarité, on a dit plus haut que même les régimes qui relèvent du modèle de la contrepartie (typiquement, les régimes en comptes notionnels et les régimes obligatoires financés en capitalisation mis en place en Suède, notamment) intègrent des composantes solidaires, qui consistent pour l'essentiel en l'assimilation de certaines périodes n'ayant pas donné lieu au paiement de cotisations, à des périodes de travail entrant en compte dans le calcul de la pension (c'est la technique des périodes assimilées). Cette solidarité peut expliquer que beaucoup préfèrent continuer de participer à un tel régime plutôt que de compter sur leurs seules cotisations, investies dans un produit de pension individuelle. C'est que peu peuvent se targuer d'être sûr de leur destinée future. Or, une pension solidaire est moins une assurance contre le risque de la vieillesse, comme on le dit souvent, qu'une assurance contre les répercussions financières à long terme des aléas qui sont toujours à craindre dans une vie professionnelle. Ceux-là préféreront donc participer à un régime qui amortira, même un peu seulement, les conséquences d'un événement imprévu, plutôt que de parier sur leur bonne fortune et de mettre toutes leurs contributions dans un régime certes plus rentable, mais qui ne pardonnera pas les accidents de parcours.

428. L'absence de jurisprudence de la Cour à l'égard des régimes de pension légaux pourrait donc trouver dans ces deux éléments également une partie d'explication. Mais une partie seulement, puisque ces motifs (la confiance en la pérennité de la collectivité et de l'État, le manque de certitude quant à l'avenir professionnel) ne peuvent s'appliquer à tous les individus absolument. Or, il suffit de quelques-uns à l'esprit autrement tourné et résolu pour que la formulation, un jour, d'une question préjudicielle sur la légalité d'un régime sorte du domaine du plausible pour devenir une réalité.

429. Comment la Cour répondrait-elle à une question de ce type ? C'est que nous proposons d'investiguer maintenant.

§ 4. Réponses possibles, sinon probables, de la Cour à la question de la conformité d'un régime de pension légal à la libre prestation des services

430. Les développements qui précèdent nous ont amené à conclure que la conformité d'un régime de pension légal à la libre prestation des services pourrait, en droit, être discutée. Nous avons également argumenté que les régimes de certains États membres sont probablement plus exposés à la possibilité d'une question préjudicielle que les autres. Il s'agit typiquement des régimes en comptes notionnels et les régimes à cotisations définies financés en capitalisation.

431. Il semble donc opportun de s'interroger maintenant sur la réponse que pourrait apporter la Cour à l'argumentaire qui dénoncerait ces régimes comme une entrave à la libre prestation des services. Puisque la Cour ne s'est jamais prononcée sur cette question, nous ne ferons ici qu'esquisser une solution possible, sinon probable, en nous appuyant sur les décisions adoptées dans des affaires relatives à des régimes de sécurité sociale.

432. Parmi les régimes légaux vulnérables à la libre prestation des services que nous avons pointés plus haut, les régimes financés en répartition seraient très probablement appréhendés différemment de ceux financés en capitalisation. C'est que leurs situations sont très différentes, d'une part quant à la portée des entraves à la libre prestation des services qu'ils constituent éventuellement, et d'autre part quant aux implications qu'aurait une condamnation par la Cour de l'obligation faite aux individus d'y participer.

433. Dans les régimes financés en répartition, les individus ont l'obligation de s'affilier à un régime géré par *un organisme unique*. En effet, tant en Italie et en Lettonie qu'en Pologne et en Suède, de même d'ailleurs que dans les régimes en répartition des autres États membres, un seul et même organisme est chargé de récolter les contributions et de les transférer, sous la forme de pensions, aux retraités actuels. Et pour cause : la répartition suppose une collectivité stable et étendue pour être soutenable à long terme. La gestion de ce type de régime par un seul organisme pour une collectivité donnée (ou par des organismes entre lesquels une solidarité financière importante et systématique existe, qui permet une compensation des déficits des uns par les surplus des autres, ce qui sur le plan financier revient au même que la gestion par un organisme unique¹), découle donc d'une nécessité propre au mode de financement choisi. Dans tous les régimes obligatoires financés en capitalisation relevés plus haut, par contre, les individus ont la liberté de choisir un organisme *parmi ceux* habilités dans l'État concerné. Cette multitude d'organismes est en cohérence avec le fait que pour ces régimes, la

1. À propos de la notion de solidarité financière, voy. *supra* n° 82.

nécessité de faire appel à un organisme unique n'existe pas : leur stabilité financière ne dépend pas des collectivités sur lesquelles ils reposent, mais des marchés financiers.

434. L'entrave potentielle à la libre prestation des services est donc la plus lourde dans le cas des régimes en comptes notionnels. Aucun choix, aucune latitude n'est laissée à l'individu qui souhaiterait investir lui-même ses contributions dans un produit de pension. Dans les régimes obligatoires en capitalisation par contre, si l'individu n'a pas le choix de participer ou non au régime, ni du montant des contributions versées, différents produits, offerts par différents prestataires, lui sont néanmoins proposés. En Suède, par exemple, les individus peuvent choisir d'investir leurs contributions dans cinq fonds différents parmi plus de 700 fonds disponibles. À défaut d'opérer un choix, leurs contributions sont versées dans un fonds géré par une agence gouvernementale¹.

Étant donné ces différences importantes entre les deux types de régimes, il convient de les considérer séparément pour déterminer la réponse probable de la Cour à une question préjudicielle mettant en cause leur légalité au regard de la libre prestation des services. Nous commencerons avec les régimes financés en répartition (1) avant de nous pencher sur ceux financés en capitalisation (2).

1. Libre prestation des services et affiliation obligatoire à un régime de pension légal financé en répartition

435. Selon une jurisprudence constante, « la libre prestation des services exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services établi dans un autre État membre en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayantes les activités du prestataire établi dans un autre État membre où il fournit légalement des services analogues² ». La libre prestation des services s'oppose donc aux restrictions discriminatoires autant qu'à celles qui, bien que non discriminatoires en raison de la nationalité, prohibent, gênent ou rendent moins attrayant l'accès au marché national pour les prestataires établis dans un autre État membre.

436. Les justifications admises à ces restrictions varient selon qu'elles sont discriminatoires ou non. Une restriction discriminatoire en raison de la nationalité ne peut être justifiée que par l'un des motifs énoncés à l'article 52 TFUE, à savoir des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.

1. *Pension Adequacy Report 2018: Current and Future Income Adequacy in Old Age in the EU. Volume 2 – Country Profiles*, op. cit., p. 258.

2. § 78 de l'arrêt *Kattner*, C-350/07, précité.

Une restriction non discriminatoire, quant à elle, « peut être justifiée dès lors qu'elle répond à des raisons impérieuses d'intérêt général, pour autant qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre¹ ».

437. Lorsqu'un État fait obligation de s'affilier à un régime de pension géré par une entité unique, cette mesure gêne de toute évidence l'exercice de la libre prestation des services. Cette restriction n'est pas discriminatoire. Elle empêche les opérateurs actifs dans le domaine des pensions, qu'ils soient établis dans l'État membre du régime en cause ou non, de proposer leurs services aux travailleurs couverts par cette obligation (restriction de la dimension active de la libre prestation des services), de même qu'elle empêche ces derniers de faire appel à une entité autre que celle choisie pour gérer le régime obligatoire (restriction de la dimension passive)².

438. Cette obligation d'affiliation est donc une entrave à la libre prestation des services devant être justifiée par application du test défini par la Cour pour les restrictions non discriminatoires, sous peine d'être déclarée contraire à l'article 56 TFUE. La réussite de ce test suppose la démonstration, d'une part, que cette obligation répond à « une raison impérieuse d'intérêt général », et, d'autre part, qu'elle est adéquate et proportionnée à l'objectif ainsi poursuivi³.

439. Comment la Cour apprécierait-elle la justification et la proportionnalité de l'entrave constituée par l'obligation d'affiliation à un régime financé en répartition? La raison impérieuse d'intérêt général invoquée consisterait probablement en un objectif de politique sociale, à savoir la mise en place d'une assurance sociale contre le « risque vieillesse », c'est-à-dire contre le risque que la vieillesse fait peser sur les ressources des individus, lequel fait partie des risques traditionnellement appréhendés par les systèmes de protection sociale des États membres. La Cour a

1. § 84 de l'arrêt *Kattner*, C-350/07, précité. Voy. également, parmi beaucoup d'autres exemples de cette jurisprudence constante, CJUE, 30 novembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, § 37; CJUE, 9 mars 1999, *Centros*, C-212/97, § 34; CJUE, 5 juin 1997, *SETTG*, C-398/95, § 21; CJUE (grande chambre), 5 décembre 2006, *Cipolla*, C-94/04 et C-202/04, § 61; CJUE, 13 décembre 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium*, C-250/06, § 39; CJUE, 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française et gouvernement wallon*, C-212/06, § 55; CJUE (grande chambre), 28 avril 2009, *Commission c. Italie*, C-518/06, § 72.
2. Voy. *supra* n° 351 à propos des deux dimensions de la libre prestation des services.
3. Voy. notamment la jurisprudence citée *supra* en note 1. Sur le test de proportionnalité en général, voy. notamment V. HATZOPOULOS, *Regulating Services in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 151-158, 173-178 et 184-189; D. GRISEL, *La Libre Prestation de services en droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 465-488; P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Droit matériel de l'Union européenne : libertés de circulation et marché intérieur*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 265-269.

admis qu'un objectif de politique sociale puisse constituer une raison impérieuse d'intérêt général dans l'arrêt *Freskot*, que nous avons déjà rencontré¹.

440. L'obligation d'affiliation au régime pourrait certainement être défendue comme une mesure à la fois adéquate et nécessaire en tant qu'elle est la condition *sine qua non* de l'existence d'une certaine solidarité entre les individus participant au régime, sans laquelle l'assurance *sociale* ne se distinguerait pas d'une assurance privée. Sans affiliation obligatoire, en effet, l'équilibre financier d'un régime solidaire est compromis.

441. Mais de quelle solidarité s'agirait-il ici? La question se pose particulièrement à l'égard des régimes organisés selon la technique des comptes notionnels. En raison de la logique même qui préside à leur organisation, ces régimes délivrent des prestations directement proportionnelles aux contributions, c'est-à-dire des prestations entre lesquelles il n'existe pas de solidarité (re)distributive, selon la terminologie développée plus haut pour l'analyse de la jurisprudence de la Cour en matière de droit de la concurrence². Certes, ces régimes connaissent des éléments solidaires, comme nous l'avons déjà mentionné : la prise en compte de certaines périodes n'ayant pas donné lieu au paiement de cotisations pour le calcul de la pension, selon la technique des périodes assimilées, ainsi que l'indexation des prestations interfèrent avec l'établissement d'un lien de stricte égalité entre les contributions versées et les prestations reçues. Mais ces éléments de solidarité pourraient être combinés avec des produits offerts par des assureurs privés, dont le libre choix serait laissé à l'individu ; si l'on adopte un financement en capitalisation, il est en effet techniquement possible de limiter l'intervention d'un organisme unique, imposé à tous, au seul financement des éléments solidaires, en donnant par ailleurs le libre choix d'un opérateur différent pour la constitution et le versement de la pension strictement personnelle (c'est-à-dire dépouillée de ces éléments de solidarité)³. Ces éléments de solidarité, considérés pour eux-mêmes, ne suffiraient donc probablement pas pour établir le caractère nécessaire de l'obligation d'affiliation à un organisme unique pour l'ensemble du régime ; ils ne mettent en œuvre que ce que l'on a appelé plus haut une solidarité (re)distributive secondaire.

Par contre, il existe une solidarité dont la mise en œuvre serait très probablement reconnue comme nécessitant une affiliation obligatoire à un régime à comptes notionnels : il s'agit de la solidarité dite « intergénérationnelle », qui

1. Voy. notamment *supra*, n° 373.

2. Voy. *supra* n° 90.

3. Voy. par exemple les réflexions quant à la mise en place d'un « 1^{er} pilier bis », c'est-à-dire un régime légal financé en capitalisation, dans le rapport précité *Un contrat social performant et fiable : Propositions de la Commission de réforme des pensions 2020-2040 pour une réforme structurelle des régimes de pension*, *op. cit.*, p. 131-134.

découle du financement en répartition lui-même. En effet, comme nous l'avons rappelé ci-dessus, un régime en répartition n'est soutenable que si ceux qui paient les pensions d'aujourd'hui savent que d'autres paieront pour eux demain, sous la contrainte si besoin¹. Que cette possibilité d'obliger les récalcitrants disparaisse, et c'est le régime tout entier qui risque de s'effondrer. Et avec lui, la source de financement des pensions actuelles.

442. La Cour a accepté à plusieurs reprises de considérer le risque pour l'équilibre financier d'un système de sécurité sociale que constituerait la remise en cause d'une mesure faisant entrave à la libre prestation des services, comme un argument propre à établir la proportionnalité de ladite mesure. Ainsi en a-t-elle décidé, par exemple, dans l'arrêt *Kattner*, déjà évoqué, qui concernait une assurance accidents du travail allemande². Certes, elle a également déjà reçu avec circonspection, et même rejeté l'argument, comme dans plusieurs de ses arrêts en matière d'assurance soins de santé³. Mais à la différence de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Kattner* et de la situation fictive que nous considérons ici, dans les affaires en matière de soins de santé, l'assurance n'était sollicitée que pour intervenir dans un contexte non prévu par la législation existante, à hauteur d'un montant égal ou proche de celui de son intervention dans les circonstances appréhendées par la législation. En outre, si elles pouvaient avoir des conséquences sur les dépenses du régime, les décisions de la Cour dans ces affaires devaient rester sans conséquence sur les sources de financement de l'assurance, puisque le principe du paiement obligatoire de contributions n'était pas questionné.

Tout autre est le contexte de l'arrêt *Kattner* et celui de notre situation fictive, puisqu'il s'agit là de prendre appui sur la libre prestation des services pour quitter un régime obligatoire, et pas pour en obtenir l'intervention dans des circonstances non prévues par le droit existant. Dans ce contexte, les effets d'une suppression de l'obligation d'affiliation pour l'équilibre financier du régime seraient sans commune mesure avec ceux d'une extension de la couverture assurantielle à des hypothèses non appréhendées auparavant. C'est la source même du financement du régime qui serait mise en difficulté⁴.

1. Voy. notamment *supra* n° 433.

2. §§ 85-88 de l'arrêt *Kattner*, C-350/07, précité.

3. § 42 de l'arrêt *Kohll*, C-158/96, précité; §§ 47-52 de l'arrêt *Vanbraekel*, C-368/98, précité; §§ 106-107 de l'arrêt *Smits et Peerbooms*, C-157/99, précité; § 39 de l'arrêt *Decker*, C-120/95, précité.

4. On notera que l'argument avait déjà été avancé par la Cour en 1996 dans ce qui ressemble fort à un *obiter dictum*. L'arrêt *Garcia* (C-238/94) se prononçait sur le champ d'application d'une directive en matière d'assurance (directive 92/49/CEE, dite « troisième directive "assurance non vie" »), dont étaient exclus sans hésitation possible les régimes de sécurité sociale. La Cour prend la peine de préciser que si la directive en question « devait être interprété[e] dans le sens invoqué par la juridiction nationale [c'est-à-dire comme interdisant le maintien du monopole

443. Malgré l'absence de solidarité dans le mode de calcul de la pension à laquelle un individu a droit (avec la nuance des périodes assimilées et de l'indexation), un régime en comptes notionnels, et plus généralement un régime en répartition qui s'inscrirait dans le modèle de la contrepartie, nous semble donc à l'abri d'une condamnation de l'obligation de s'y affilier au nom de la libre prestation des services. À moins que la Cour décide de contraindre un État membre de passer à un financement en capitalisation ouvert à une multitude d'acteurs privés lorsque les pensions délivrées par un régime légal ne sont pas solidaires au sens d'une absence de proportion entre les contributions versées et les prestations reçues, ce qui nous paraît hautement improbable, pour le dire avec un euphémisme, au regard des implications qu'aurait une telle décision, tant sur le plan politique que sur le plan pratique (le passage d'un régime en répartition vers un régime en capitalisation est source de très grandes difficultés).

444. Cette protection des régimes en répartition contre l'ingérence de la libre prestation des services découle donc des contraintes inhérentes à la technique du financement de la répartition, et pas au type de prestations délivrées par le régime. C'est que celle-ci, quel que soit le modèle choisi pour le calcul des prestations qu'elle finance, est foncièrement irréductible à des relations d'échange entre personnes juridiques indépendantes sur un marché : elle n'est possible que par la collectivité, entendue comme ce qui perdure au-delà de la fluctuation des individus¹. On remarquera ainsi cette singularité que la solidarité probablement la plus réfractaire à la revendication, contre elle, d'une liberté économique individuelle est en même temps la plus neutre quant au contenu concret de la politique sociale mise en œuvre grâce à son appui : la solidarité intergénérationnelle ne fait que renvoyer à l'existence nécessaire d'un collectif pour soutenir les flux financiers du régime ; quant à la manière dont ces flux doivent être organisés, elle ne dit rien.

445. Après ces considérations sur la réponse possible, sinon probable, que donnerait la Cour à une question préjudicielle portant sur la conformité de l'affiliation obligatoire à un régime légal financé en *répartition* à la libre prestation des services, il convient maintenant de nous pencher sur la réponse que pourrait donner

de gestion des régimes de sécurité sociale], il en résulterait la suppression de l'obligation d'affiliation et, par conséquent, l'impossibilité de survie des régimes en cause. Or, comme la Cour l'a également relevé, les États membres conservent leur compétence pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale » (§§ 14-15) ; et la Cour de renvoyer aux arrêts *Poucet et Pistre* (C-159/91 et C-160/91) et *Duphar* (C-238/82). Il est intéressant de remarquer qu'ici, l'obligation d'affiliation n'est pas justifiée par l'application du test de proportionnalité mais bien par la *répartition des compétences* entre l'Union et ses États membres. Cette approche ne s'est jamais enracinée dans la jurisprudence de la Cour, comme il a déjà été dit plus haut (voy. *supra* n° 359 et 367).

1. Voy. *supra* n° 178

la Cour à cette question préjudicielle si elle était posée à l'égard d'un régime légal financé en *capitalisation*. Cette question se poserait en des termes différents.

2. Libre prestation des services et régimes de pension légaux financés en capitalisation

446. Comme cela a déjà été dit plus haut, l'entrave à la libre prestation des services constituée par les régimes légaux financés en capitalisation ne consisterait pas en l'obligation de s'affilier à un organisme *unique*, mais en l'obligation de s'affilier auprès d'un organisme *parmi* ceux autorisés à prendre part au régime légal. En effet, tous les États membres identifiés plus haut qui connaissent un régime obligatoire financé en capitalisation et à cotisations définies (pour rappel, il s'agit de la Croatie, de l'Estonie, de la Lettonie, de la Roumanie, de la Slovaquie, avec la nuance apportée plus haut¹, et de la Suède) ont organisé ce régime de façon à ce que les individus qui y sont soumis puissent faire appel à différents organismes, dont le choix est laissé libre, pour se conformer à leur obligation. Il s'agit donc ici de déterminer comment la Cour répondrait à une question préjudicielle demandant si la circonstance qu'un individu ne peut pas faire appel à un organisme autre que ceux habilités par l'État constitue une entrave à la libre prestation des services susceptible de justification.

Cette justification ne pourrait reposer sur la nécessité de permettre la mise en œuvre d'une des deux formes de solidarité identifiées plus haut comme pertinentes². D'une part, un financement en capitalisation ne nécessite pas une solidarité intergénérationnelle, qui est le propre d'un financement en répartition. D'autre part, le mode de calcul des pensions d'après la technique des cotisations définies exclut la solidarité (re)distributive, puisque par définition ce mode de calcul implique que chacun reçoit une pension directement proportionnelle aux cotisations versées. L'existence éventuelle d'une solidarité (re)distributive secondaire par la technique des périodes assimilées ne pourrait pas non plus être invoquée, puisque cette solidarité opérerait au stade du financement des contributions (par exemple, l'État prend à sa charge les cotisations de l'individu en cas d'invalidité), c'est-à-dire en amont de leurs versements à l'organisme chargé de gérer ces contributions et de les reverser plus tard à l'individu sous la forme d'une pension. À considérer même que la Cour reconnaisse dans l'absolu une pertinence à cette solidarité secondaire, ce qui nous paraît douteux pour la raison donnée plus haut³, elle ne pourrait être invoquée ici, puisque son existence ne saurait dépendre du versement des contributions à un organisme prédéterminé.

1. Voy. *supra* p. 237, note 1.

2. Voy. *supra* n° 441.

3. Voy. *supra* n° 441.

447. Comme raison impérieuse d'intérêt général justifiant la limitation de la participation à la gestion du régime légal en capitalisation à certains organismes seulement, un État invoquerait probablement plutôt la nécessité de protéger les individus contre les risques de défaillance de ces organismes. L'évaluation de l'adéquation et de la proportionnalité des restrictions imposées par l'État pour le choix d'un organisme se tiendrait ainsi probablement sur le terrain du droit des opérateurs de services financiers (fonds de pension et entreprises d'assurance). Nous n'entrerons pas dans le détail de cette réglementation spécifique. Nous aborderons toutefois un point. Il concerne la question de savoir si la directive européenne relative aux institutions de retraite professionnelle, dans sa version « refondue » (ci-après « directive IRP II »)¹, dont nous retracerons l'historique et les implications pour l'autonomie des États membres plus loin², pourrait servir de référent pour cette évaluation.

448. Cette directive s'applique aux institutions de retraites professionnelles, c'est-à-dire aux établissements, autres que les entreprises d'assurance³, qui fonctionnent selon le principe du financement par capitalisation et qui sont établis séparément de toute entreprise ou groupement d'affiliation dans le but de fournir des prestations de retraite liées à une activité professionnelle, sur la base d'un accord ou d'un contrat individuel ou collectif (article 1, § 1^{er} et article 6, al. 1^{er}, 1^o). En vertu de son article 2, § 2, a), cette directive ne s'applique pas aux institutions qui gèrent des régimes de sécurité sociale couverts par les règlements du Parlement européen et du Conseil (CE) n° 883/2004⁴ et (CE) n° 987/2009⁵, c'est-à-dire le règlement assurant la coordination des systèmes de sécurité sociale et son règlement d'application. Or, les régimes en capitalisation auxquelles l'affiliation est obligatoire en vertu de la loi sont bien couverts par ces règlements⁶. Les organismes participant à la gestion de ces

-
1. Directive (UE) 2016/2341 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (IRP) (refonte).
 2. Voy. *infra* n° 587 et s.
 3. Les États peuvent choisir de soumettre également ces entreprises d'assurance à l'application de la directive : voy. l'article 4 de celle-ci.
 4. Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.
 5. Règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.
 6. Voy. H. VERSCHUEREN, « Regulation 883/2004 and Invalidity and Old-Age Pensions », *European Journal of Social Security*, 2009, vol. 11, n° 1-2, p. 147-148. Voy. également, sous l'empire du précédent règlement de coordination des régimes de sécurité sociale, L. LEPPIK, « Co-Ordination of Pensions in the European Union: The Case of Mandatory Defined-Contribution Schemes in the Central and Eastern European Countries », *European Journal of Social Security*, 2006, vol. 8, n° 1, p. 35-55.

régimes échapperaient donc aux mesures d'harmonisation minimale adoptées par l'Union européenne dans la directive IRP II.

449. Cependant, cette conclusion ne s'imposerait peut-être pas aussi nettement dans la situation où un individu prendrait appui sur les articles 56 et 57 TFUE pour demander à pouvoir s'affilier à un organisme autre que ceux autorisés par l'État pour gérer le régime légal en capitalisation, ce qui nous paraît concevable pour les raisons développées plus haut. Dans une telle situation, l'organisme étranger auquel l'individu souhaiterait faire appel serait très probablement soumis, lui, à la directive IRP II, puisque par hypothèse il délivrerait des prestations de pension financées par capitalisation. À supposer que l'État refuse d'autoriser cet organisme à participer au régime légal, il se trouverait probablement obligé, pour établir la nécessité de ses mesures étatiques, de démontrer que l'objectif de protection des individus contre les défaillances des organismes gestionnaires du régime n'est pas déjà suffisamment rencontré par les mesures adoptées dans la directive IRP. Cette directive deviendrait ainsi *de facto* le référent à l'aune duquel doit être jugée la proportionnalité du droit encadrant les activités des organismes gestionnaires du régime légal, malgré que ceux-ci sont exclus de son champ d'application.

450. Un arrêt de 2011 de la Cour illustre comment le recours aux libertés économiques du droit primaire (en l'espèce, la libre circulation des capitaux) peut conduire à l'application des exigences contenues dans la directive IRP à des organismes qui échappent à son champ d'application¹. Il concerne les organismes chargés de la gestion du régime en capitalisation polonais, auquel l'affiliation était obligatoire en vertu de la loi jusqu'en 2014². La Commission reprochait à la Pologne de limiter de manière excessive la possibilité pour ces organismes d'investir leurs actifs à l'étranger, en contradiction avec la libre circulation des capitaux prévue à l'article 63 TFUE (alors article 56 CE). Pour justifier ces mesures, la Pologne avait invoqué comme raison impérieuse d'intérêt général, le besoin de garantir la stabilité et la sécurité des actifs administrés par un fonds de pension.

La Cour a reconnu la validité de cet objectif. Elle a toutefois rejeté la proportionnalité des mesures polonaises. Pour ce faire, elle s'est appuyée sur une règle établie par la directive IRP (dans sa version de l'époque³), qui oblige les États à autoriser les fonds de pension établis sur leur territoire à investir à l'étranger

1. CJUE, 21 décembre 2011, *Commission c. Pologne*, C-271/09.

2. En 2014, le « second pilier » obligatoire polonais a été progressivement « démantelé » suite à la suppression de l'obligation d'y participer. Voy. sur ce sujet I. GUARDIANCICH, « Instability Despite Consensus. The Reversal of Private Pensions in Poland », in D. NATALI (éd.), *The New Pension Mix in Europe: Recent Reforms, Their Distributional Effects and Political Dynamics*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2017, p. 125-150, spéc. p. 131-138.

3. La première version de la directive IRP, refondue en 2016, a été adoptée en 2003 : 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.

jusqu'à 30 % de leurs actifs au minimum. Soit bien au-delà de ce que prévoyait la Pologne pour les fonds participant à son régime légal en capitalisation, qu'elle n'autorisait à investir à l'étranger qu'à hauteur de 5 % de leurs actifs. Or, la directive ne s'appliquait probablement pas auxdits fonds, pour la raison précisément qu'ils participaient à l'époque à la gestion d'un régime de sécurité sociale au sens des règlements de coordinations des systèmes de sécurité sociale. Cela n'a toutefois pas empêché la Cour de s'y référer pour juger de la légalité des mesures polonaises, celle-ci arguant que « [q]uand bien même lesdites dispositions ne s'appliqueraient pas *ratione materiae* aux investissements des FPO [les fonds de pension polonais concernés], il n'en reste pas moins que la règle de 30 % a été établie par le législateur de l'Union pour des situations similaires. Dans ces conditions, la République de Pologne aurait dû avancer, afin de justifier la limite quantitative de 5 % qui est largement inférieure aux 30 % estimés appropriés par le législateur de l'Union, des éléments spécifiques expliquant les raisons d'imposer la limite quantitative arrêtée¹ ».

451. Dans cette affaire, la proportionnalité de la restriction à la libre circulation des capitaux garantie par le droit primaire a donc été jugée par la Cour au regard des mesures adoptées dans un instrument de droit dérivé, bien que non applicable en l'espèce. Puisque, comme nous le soutenons, la libre prestation des services pourrait bien, elle aussi, être déclarée applicable dans le contexte des régimes de pension légaux financés en capitalisation, la Cour pourrait le cas échéant utiliser un raisonnement de même forme pour juger de la légalité des mesures encadrant les organismes participant à la gestion de ces régimes au regard de la directive IRP, que le législateur européen a pourtant choisi de ne pas appliquer aux régimes en question. Dans un avenir plus ou moins proche, les régimes légaux financés en capitalisation des États membres susmentionnés pourraient donc devoir s'ouvrir, si ce n'est déjà le cas, au marché européen des fonds de pension.

Conclusions de section : les relations entre la libre prestation des services et les pensions légales

452. Cette section s'est ouverte par un constat : alors que la libre prestation des services a déjà été invoquée dans de nombreuses affaires concernant des régimes de protection sociale, jamais la légalité d'un régime de pension légal au regard de cette liberté économique n'a fait l'objet d'une question préjudicielle à la Cour de justice. Nous avons alors formulé trois hypothèses susceptibles d'expliquer cette absence de jurisprudence. La première est qu'il est évident pour tout le monde que la libre prestation des services n'est pas applicable aux pensions légales, de sorte

1. §§ 63-64 de l'arrêt *Commission c. Pologne*, C-271/09, précité.

que poser une question préjudicielle à la Cour à ce propos serait une perte de temps. La deuxième est que l'absence de jurisprudence ne tient pas à une raison de droit — une hypothétique exclusion de l'applicabilité de la libre prestation des services — mais à une raison de fait : en raison de leurs spécificités propres, les pensions légales ne sont pas appréhendables en termes de services prestés contre une rémunération. L'invocation de la libre prestation des services à leur égard serait ainsi un non-sens : leur réalité est irréductible à la notion de service à la logique de marché qui la sous-tend. La troisième et dernière hypothèse est celle à laquelle il faut conclure si aucune des deux premières n'est vérifiée : l'absence de jurisprudence en cette matière est contingente, elle ne s'explique pas par des raisons structurelles. Ce ne serait donc qu'une question de temps avant que la Cour soit saisie d'une question préjudicielle relative à la légalité d'un régime de pension légal au regard de la liberté économique de prester — et de recevoir — des services.

453. Nous avons commencé par vérifier la première hypothèse. Celle-ci n'est pas tenable. Rien, en droit, ne s'oppose à ce que l'on questionne la légalité d'un régime de pension légal au regard de la libre prestation des services. Cette dernière a un champ d'application matériel à peu de choses près illimité ; en outre, la Cour a décidé, dans une jurisprudence bien établie, qu'il suffit à l'individu membre d'un régime de protection sociale obligatoire d'évoquer son droit subjectif à recevoir librement une prestation de service d'un prestataire étranger au régime pour que la liberté économique européenne soit applicable à ce dernier.

Cela ne signifie évidemment pas que les régimes de protection sociale en général, et les régimes de pension légaux en particulier, ne peuvent être qualifiés d'entraves *justifiées* à la libre prestation des services, et donc être mis à l'abri de toute interférence de celle-ci. D'ailleurs, nous allons le redire juste après, il n'y a en effet probablement rien à craindre pour les régimes de pension légaux concernant la liberté économique européenne. Mais on comprend par contre mieux, à la lumière de ce premier enseignement, pourquoi de nombreux auteurs sont et restent méfiants à l'égard de la jurisprudence de la Cour. Sur le plan des valeurs, on peut en effet être heurté par l'affirmation que le droit des acteurs économiques de proposer librement leurs services, et le droit corrélatif des individus et entreprises de les recevoir librement, constituent en toutes circonstances le *principe* à l'aune duquel les régimes de protection sociale doivent, en tant qu'*exception*, être justifiés. En l'occurrence, cette affirmation semble portée par des valeurs libérales, d'après lesquelles la justice distributive est en principe mieux assurée par le moyen du marché.

454. Ayant écarté la première hypothèse, nous avons entrepris de vérifier la deuxième. Pour déterminer si l'absence de jurisprudence peut s'expliquer par une spécificité propre aux pensions légales, qui les rendraient dans les faits imperméables à la logique de marché et donc à leur appréhension en termes de services, nous nous sommes demandé dans quel type de situation la libre prestation des services

pourrait être invoquée contre un régime légal. Cette situation est celle où un individu souhaiterait se libérer de l'obligation de contribuer à un régime de pension légal pour se constituer, grâce à l'argent ainsi récupéré, une pension par ses propres moyens. Pour qu'une situation de ce type puisse se présenter, deux pré-supposés doivent être rencontrés, qui renvoient à l'organisation du régime de pension concerné. D'une part, le montant des contributions versées au régime doit pouvoir être calculé avec un minimum de précision. D'autre part, la pension octroyée par le régime doit pouvoir être considérée comme la contrepartie économique des contributions versées. Après avoir explicité ces deux pré-supposés, nous avons entrepris de déterminer si et, le cas échéant, quel type de régime de pension légal permet de les rencontrer.

En nous appuyant en partie sur les développements de notre partie liminaire, selon lesquels « il y a pension et pension », notre conclusion est que certaines pensions légales se prêtent à une conception en termes de prestation de services. Il s'agit des régimes en compte notionnels, tels que celui mis en place en Suède, par exemple, ainsi que les régimes financés en capitalisation et octroyant des pensions à cotisations définies, tels qu'il en existe notamment dans plusieurs États membres d'Europe de l'Est. Les pensions octroyées par ces régimes peuvent être appréhendées, sur un plan individuel, comme la contrepartie économique des contributions versées par ou pour les individus. À l'égard de ces régimes donc, il nous semble que l'explication par une spécificité propre des pensions légales les rendant, de fait, étrangères à la logique du marché n'est pas convaincante.

455. La deuxième hypothèse doit donc également être écartée pour certains régimes de pension au moins. Pour ceux-là, la troisième hypothèse semble donc être la bonne : il n'y a pas d'autre raison que la contingence pour expliquer l'absence de question préjudicielle relative à leur légalité au regard de la libre prestation des services. Nous avons toutefois nuancé cette conclusion en pointant que certains éléments, par exemple la confiance plus grande en la permanence de l'État et l'existence de certains éléments de solidarité, même minimes, peuvent également expliquer que peu d'individus forment le projet de quitter le régime de pension légal. Mais il en suffirait d'un, conseillé par un plaideur créatif, pour que la question soit un jour soulevée.

456. Étant donné nos conclusions, nous avons enfin cherché à déterminer quelle pourrait être la réponse de la Cour à une telle question préjudicielle. Il faut distinguer à ce propos les régimes financés en répartition et géré par une entité unique, tel le régime suédois en comptes notionnels, et les régimes financés en capitalisation auxquels participent de nombreux opérateurs, tels les régimes existants en Europe de l'Est. Pour les premiers, il est hautement probable que la Cour considère que l'entrave à la libre prestation des services, constituée en l'occurrence par l'obligation d'affiliation, est justifiée au moins par la nécessité de maintenir la solidarité intergénérationnelle générée par le financement en répartition. À défaut, c'est tout

le régime qui s'effondrerait. Pour les seconds, l'attitude de la Cour consisterait probablement à vérifier que l'entrave, consistant cette fois-ci en l'obligation de recourir à certains prestataires parmi ceux habilités par l'État, peut être justifiée pour des raisons de protection des individus contre les défaillances des opérateurs de pension. Son analyse consisterait probablement à évaluer la proportionnalité du droit national au regard des règles européennes encadrant l'activité des acteurs dans ce domaine, notamment la directive relative aux institutions de retraite professionnelle, et cela quand bien même celle-ci ne serait pas formellement applicable auxdits régimes.

Section 2 : Les régimes de pension complémentaires et la libre prestation des services

457. Dans la section précédente, nous avons établi que rien ne permet de soutenir en droit que la libre prestation des services ne serait pas applicable aux régimes de pension légaux. *A fortiori* en va-t-il de même à l'égard des régimes de pension complémentaires, c'est-à-dire les régimes organisés par les partenaires sociaux ou par un employeur pour ses travailleurs salariés. Et en effet, la Cour a confirmé à plusieurs reprises, notamment dans des affaires portant sur la fiscalité des pensions, que ces régimes doivent respecter cette liberté économique¹.

458. Dans cette section, nous abordons principalement une jurisprudence importante faisant application de la libre prestation des services au stade de la sélection, par les partenaires sociaux, de l'entité à laquelle ils souhaitent confier la gestion d'un régime de pension complémentaire obligatoire (§ 2). Mais avant d'entamer cette analyse, nous commençons par interroger la légalité du caractère obligatoire d'un régime de pension complémentaire au regard de la liberté de pres-ter des services (§ 1). À l'issue de ces deux développements, nous serons en mesure de déterminer dans quelle mesure cette liberté économique restreint l'autonomie des États membres — ou plus précisément, en l'occurrence, celle des acteurs qui organisent des régimes de pension complémentaires en vertu du droit interne² — pour l'organisation des régimes de pension complémentaires.

-
1. Voy. notamment CJUE, 3 octobre 2002, *Danner*, C-136/00; CJUE, 5 juillet 2007, *Commission c. Belgique*, C-522/04; CJUE, 23 janvier 2014, *Commission c. Belgique*, C-296/12; CJUE, 11 décembre 2014, *Commission c. Espagne*, C-678/11.
 2. Comme expliqué *supra* n° 64, la restriction de l'autonomie de l'État par le droit européen peut résulter de la restriction de la liberté d'acteurs à qui l'État choisi de confier l'organisation de régimes de pension complémentaires, ou à qui il choisi de laisser la possibilité de le faire.

§ 1. Obligation d'affiliation à un régime de pension complémentaire et libre prestation des services

459. L'obligation de s'affilier à un régime de pension complémentaire géré par une entité unique est-elle contestable au regard du droit européen¹? Dans la discussion menée plus haut à propos des pensions légales, nous avons argumenté que la Cour considérerait probablement que l'affiliation obligatoire à un régime financé en répartition est en tous les cas, justifiée par la nécessité de garantir la solidarité intergénérationnelle propre à ce genre de régime : sans l'obligation d'affiliation, le régime ne pourrait tout simplement pas se maintenir. Cet argument ne vaut pas à l'égard de la grande majorité des régimes complémentaires obligatoires ; ceux-ci sont la plupart du temps financés en capitalisation. Le seul cas de figure que nous connaissons où un régime complémentaire est financé en répartition est celui, déjà évoqué, des pensions qualifiées de complémentaires en droit français — l'AGIRC et l'ARRCO. Pour celles-ci, l'argument évoqué à l'égard des pensions complémentaires peut-être répété. Pour tous les autres, il convient de développer plus avant la question de la conformité de leur caractère obligatoire à la libre prestation des services.

Nous avons déjà abordé cette question lors de la discussion de l'incidence du droit de la concurrence sur l'organisation des systèmes de pension, et plus précisément à l'occasion de l'analyse de la jurisprudence de la Cour relative aux articles 101 et 102 TFUE, qui interdisent respectivement les ententes entre entreprises et les abus de position dominante². La solution appliquée en droit de la concurrence ne peut toutefois pas être transposée en tant que telle à la libre prestation des services (1). Il convient donc de se pencher sur la jurisprudence de la Cour relative à cette liberté économique pour identifier la réponse la plus plausible à la question posée (2).

1. L'inapplicabilité formelle des solutions du droit de la concurrence à la libre prestation des services

460. Pour ce qui regarde les régimes de pension, le droit de la concurrence et la libre prestation des services évoluent en parallèle, sans communicabilité de leurs solutions respectives. Cela tient à deux raisons.

461. D'une part, depuis l'arrêt *Viking*, il est acquis que ces deux branches du droit européen « répondent les unes et les autres à des conditions d'application

1. A propos de cette question, voy. également H. VAN MEERTEN et E. SCHMIDT, « Compulsory membership of pension schemes and the free movement of services in the EU », *European Journal of Social Security*, 2017, vol. 19, n° 2, p. 118-140; H. VAN MEERTEN (éd.), *EU Pension Law, op. cit.*, p. 55-76.

2. Voy. *supra* n° 207 et s.

propres¹ ». Cette séparation radicale de leurs champs d'application respectifs interdit de transposer la solution retenue par la Cour dans l'arrêt *Albany* à propos de l'article 101 TFUE à la libre prestation des services. Pour rappel, la Cour a considéré dans cet arrêt, et confirmé à de nombreuses reprises depuis lors, que les accords collectifs conclus entre les partenaires sociaux échappent, en raison de leur nature et de leur objet, à l'interdiction des ententes entre entreprises². Étant donné la jurisprudence *Viking*, cette exemption ne saurait profiter aux accords collectifs à l'égard de la libre prestation des services également. Nous reviendrons plus en détail sur ce point plus loin, car cette jurisprudence a des implications importantes pour la sélection du gestionnaire d'un régime de pension obligatoire³.

462. D'autre part, on sait que l'article 106, § 2 TFUE a joué un rôle central dans l'articulation de l'obligation de s'affilier à un régime de pension sectoriel avec l'interdiction des abus de position dominante de l'article 102 TFUE⁴. De nombreux auteurs sont d'avis que cet article pourrait également s'appliquer en matière de libre prestation des services⁵. Une interprétation littérale le laisse en effet penser : l'article 106, § 2 énonce que les entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général « sont soumises aux règles des traités, *notamment* aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie » (nous soulignons). Admettre son applicabilité à la libre prestation des

1. CJUE (grande chambre), 11 décembre 2007, *Viking Line*, C-438/05, § 53.

2. Voy. *supra* n° 209 et s.

3. Voy. *infra* n° 491 et s.

4. Voy. *supra* n° 254 et s.

5. Voy. notamment J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive rights and state monopolies under EC law*, *op. cit.*, p. 297-298 ; B.J. DRIJBER, *Modernisering van het Uitvoeringsmodel voor Pensioenregelingen. Grenzen en mogelijkheden vanuit mededingingsrechtelijk en Europeesrechtelijk perspectief*, Den Haag, Rapport uitgebracht aan het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2007, p. 14, disponible sur <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-30413-96-b1.pdf> ; J.W. VAN DE GRONDEN, « Social Services of General Interest and EU Law », in E. SZYSZCZAK *et al.* (éds.), *Developments in Services of General Interest*, The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2011, p. 133 ; L. HANCHER et W. SAUTER, *EU Competition and Internal Market Law in the Health Care Sector*, *op. cit.*, p. 58 ; V. HATZOPOULOS, « The Economic Constitution of the EU Treaty and the Limits between Economic and Non-economic Activities », *European Business Law Review*, 2012, vol. 23, n° 6, p. 1003 ; voy. également P. DE BANDT, « Artikel 86, lid 2 EG-Verdrag en het begrip “diensten van algemeen economisch belang” : meer dan een rechtsbasis voor een genuanceerde toepassing van de interne markt- en mededingingsregels op openbare diensten? », *Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht/Revue de droit commercial belge*, 2008, n° 3, p. 219. — Pour l'opinion contraire, voy. notamment T. BEKKEDAL, « Article 106 TFEU is Dead. Long Live Article 106 TFEU! », in E. Szyszczak *et al.* (éds.), *Developments in Services of General Interest*, The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2011, p. 67-70. On notera également que dans son ouvrage de référence, C. BARNARD, *The substantive law of the EU: The Four Freedoms*, 5^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2016, ne mentionne pas l'article 106, § 2 TFUE comme une exception admise à la libre prestation des services.

services présenterait en outre l'avantage de permettre une approche homogène des exceptions au droit de la concurrence et à la libre prestation des services.

Il faut toutefois constater que la Cour n'a jamais fait application de cet article dans la matière de la libre prestation des services, sauf dans de rares exceptions déjà anciennes¹ ou dans des affaires où il n'a finalement joué aucun rôle dans la décision de la Cour². Il ne paraît donc pas autorisé de soutenir que la solution développée par la Cour dans l'arrêt *Albany* sur la base de l'article 106, § 2 TFUE répond également à la question de la compatibilité d'une obligation de s'affilier à un régime de pension géré par une entité unique avec la libre prestation des services.

463. Si cette question a fait l'objet de décisions en matière de droit de la concurrence, où des entreprises ont cherché à être libérées de l'obligation d'affiliation, elle n'a par contre jamais été abordée par la Cour en matière de libre prestation des services. Il n'y a cependant pas de raison de douter qu'elle puisse l'être un jour : une entreprise qui souhaiterait, comme par exemple l'entreprise *Albany* dans le passé, maintenir ou développer son propre régime de pension complémentaire plutôt que de participer à un régime obligatoire pourrait tenter sa chance avec la libre prestation des services, étant informée que des tentatives précédentes par le moyen du droit de la concurrence ont été infructueuses.

On propose donc d'esquisser la réponse la plus plausible à la question de la légalité de l'affiliation obligatoire à un régime complémentaire en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour faisant application de l'article 56 TFUE à des régimes de protection sociale autres que des régimes de pension. En exposant le raisonnement suivi par la Cour, on apercevra qu'il y a de bonnes raisons de penser que cette réponse ne différerait pas fondamentalement de celle adoptée en droit de la concurrence³.

2. Esquisse d'une réponse plausible à la critique de la légalité de l'obligation de s'affilier à un régime de pension complémentaire au regard de la libre prestation des services

464. Comme cela a déjà été dit plus haut, l'obligation d'affiliation à un régime de pension géré par une entité unique est une entrave non discriminatoire à la libre

-
1. CJUE, 18 juin 1998, *Corsica Ferries*, C-266/96, § 59, précité; CJUE, 10 février 2000, *Deutsche Post*, C-147/97 et C-148/97, § 55.
 2. CJUE, 21 décembre 2011, *Commission c. Pologne*, C-271-09, §§ 70-72; TUE, 20 mai 2010, *Allemagne c. Commission*, T-258/06, § 140; CJUE, 29 avril 2010, *Commission c. Allemagne*, C-160/08, §§ 69 et 125-130.
 3. À propos des liens entre l'article 106, § 2 TFUE et les justifications admises en matière de libre prestation des services en général, voy. notamment G. DAVIES, « Article 86 EC, the EC's Economic Approach to Competition Law, and the General Interest », *European Competition Journal*, 2009, vol. 5, n° 2, p. 572-575.

prestation des services, tant dans sa dimension active — les autres prestataires de pension ne peuvent pas proposer leurs services — que dans sa dimension passive — les entreprises et les individus soumis à l'obligation d'affiliation ne peuvent faire appel à un autre prestataire de pension que celui chargé de la gestion dudit régime obligatoire.

465. Cette entrave doit donc être justifiée pour que l'obligation d'affiliation ne soit pas déclarée contraire à l'article 56 TFUE. Cette justification doit être opérée au moyen du test défini par la Cour pour les restrictions non discriminatoires. La réussite de ce test suppose la démonstration que cette obligation répond à une raison impérieuse d'intérêt général et qu'elle est adéquate et proportionnée à l'objectif ainsi poursuivi¹.

On notera que la source, étatique ou conventionnelle, de cette obligation est indifférente à cet égard. En effet, les arrêts *Viking* et *Laval* ont établi l'applicabilité de la libre prestation des services aux conventions collectives de travail². Ainsi, le fait que l'obligation d'affiliation à un régime de pension géré par une entité unique soit imputable aux partenaires sociaux seuls n'est pas de nature à préserver cette obligation d'affiliation de toute critique à l'égard de l'article 56 TFUE. Au regard du droit européen, ce type de régime doit être traité, pense-t-on, de la même manière que ceux qui doivent leur caractère obligatoire à l'extension de la force obligatoire d'un accord collectif par l'autorité étatique compétente.

466. Pour projeter une solution plausible de la Cour, nous prenons appui sur les arrêts dans lesquels la Cour s'est prononcée à l'égard de régimes de protection sociale d'une autre nature. Ces décisions, nous les avons déjà rencontrées à plusieurs reprises. Il s'agit des arrêts *Freskot* et *Kattner*, rendus respectivement en 2003 et 2009³. Pour rappel, dans le premier, la Cour avait été questionnée sur la légalité de l'obligation d'affiliation à une assurance couvrant les risques naturels, qui fait partie du système de sécurité sociale des agriculteurs grecs. Dans le second, la question portait sur la légalité d'une même obligation d'affiliation, mais cette fois à une assurance accident du travail allemande. Exposons le raisonnement suivi par la Cour à l'occasion de ces deux affaires ((1)); nous observerons qu'il présente des similarités certaines avec la jurisprudence relative à l'article 106, § 2 TFUE ((2)).

(1) *Les arrêts Freskot et Kattner*

467. Dans chacun de ces arrêts, la Cour commence par vérifier l'existence d'une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier ces régimes obliga-

1. Voy. *supra* n° 436 et s.

2. CJUE (grande chambre), 11 décembre 2007, *Viking Line*, C-438/05, précité; CJUE (grande chambre), 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd*, C-341/05.

3. CJUE, 22 mai 2003, *Freskot*, C-355/00; CJUE, 5 mars 2009, *Kattner*, C-350/07.

toires. La Cour relève ainsi que l'assurance obligatoire en cause dans l'arrêt *Freskot* « poursuit essentiellement un objectif de politique sociale », lequel se traduit notamment dans ce que le régime tend à assurer une couverture adéquate à toutes les exploitations agricoles, sans considération de leur profil de risque : le taux fixé par la législation est « uniforme tant pour les contributions versées que pour les prestations fournies¹ ». Dans l'arrêt *Kattner*, la raison impérieuse d'intérêt général à laquelle répond l'obligation d'affiliation est différente. Selon la Cour, elle consiste en la prévention d'« un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale² ».

468. La raison impérieuse d'intérêt général étant identifiée, la Cour passe à la seconde étape du raisonnement. Dans son examen de la justification de l'obligation d'affiliation en cause dans l'affaire *Freskot*, la Cour ne distingue pas entre la condition d'adéquation et la condition de proportionnalité de la mesure. Elle choisit plutôt de se concentrer sur cette dernière. Son raisonnement est le suivant : « [s]'agissant de la question de la proportionnalité de ce régime d'assurance obligatoire, il paraît ressortir des éléments du dossier que l'assurance obligatoire [...] offre une couverture minimale et qu'il est donc loisible aux agriculteurs grecs de la compléter en souscrivant des polices supplémentaires, à supposer que celles-ci soient disponibles sur le marché. Cette circonstance constitue un facteur militant en faveur de la proportionnalité du régime d'assurance obligatoire en cause au principal. » La Cour commence donc par remarquer que l'assurance en cause offre une couverture d'un montant minimal, ce qui laisse la place à la souscription d'assurances complémentaires sur une base volontaire par les agriculteurs ; autrement dit un marché continue de pouvoir exister dans ce secteur malgré l'obligation d'affiliation à l'assurance sociale.

Mais la Cour ne s'arrête pas là : « Toutefois, ainsi que l'a relevé à juste titre la Commission, il importe de s'interroger sur le caractère proportionné de l'étendue de la couverture de l'assurance obligatoire. Il convient, en particulier, d'examiner si le financement d'ELGA [c'est-à-dire l'organisme chargé de la gestion de l'assurance obligatoire] et, partant, sa mission essentiellement sociale seraient compromis s'il était permis aux agriculteurs grecs de s'assurer auprès d'assureurs privés pour certains risques couverts par l'assurance obligatoire et d'être libérés à due proportion du paiement de la contribution³. » La Cour aborde donc une autre facette de la proportionnalité, celle de savoir si l'étendue matérielle de l'assurance sociale, c'est-à-dire le nombre de risques qu'elle couvre, est nécessaire pour assurer sa viabilité financière. Estimant qu'elle ne disposait pas d'éléments suffisants pour mener elle-même cet examen, elle l'a confié à la juridiction de renvoi.

1. §§ 66-67 de l'arrêt *Freskot*, C-355/00, précité.

2. § 85 de l'arrêt *Kattner*, C-350/07, précité.

3. §§ 70-71 de l'arrêt *Freskot*, C-355/00, précité.

La Cour avance donc deux éléments dans l'arrêt *Freskot* pour le contrôle de la proportionnalité de l'obligation d'affiliation. Premièrement, le régime obligatoire offrant une couverture minimale, il semble permettre qu'un marché existe en parallèle pour la conclusion d'assurances complémentaires. Deuxièmement, il conviendrait de vérifier que l'étendue des risques couverts par l'obligation d'affiliation est nécessaire à la viabilité financière de l'assurance en cause et donc à l'exercice de « sa mission essentiellement sociale », laquelle tient en l'octroi d'une couverture assurantielle solidaire, car indépendante du profil de risque de chacun.

469. Il est intéressant de remarquer que ce deuxième élément présente de fortes similarités avec la condition de proportionnalité propre à l'article 106, § 2 TFUE, que nous avons examinée plus haut dans le chapitre consacré au droit de la concurrence¹. Dans le cadre de cet article, en effet, un droit exclusif est considéré comme proportionné « s'il est nécessaire pour permettre à [son] titulaire d'accomplir les missions d'intérêt économique général qui lui ont été imparties dans des conditions économiquement acceptables ». En posant la question de savoir « si le financement [de l'organisme chargé de la gestion de l'assurance obligatoire] et, partant, sa mission essentiellement sociale seraient compromis » en cas de réduction de la couverture de l'assurance obligatoire, la Cour semble avoir adopté un raisonnement analogue à celui-là.

470. Cette analogie entre les conditions de proportionnalité posées respectivement en droit de la concurrence et en matière de libre prestation des services a été rendue explicite dans l'arrêt *Kattner*, rendu quelques années plus tard. La Cour y tient le raisonnement suivant : à propos de la proportionnalité de l'entrave constituée par le régime en cause, elle commence par noter, comme dans l'arrêt *Freskot*, que ce régime « offre une couverture minimale, de sorte que, en dépit de l'obligation d'affiliation qu'il comporte, il est loisible aux entreprises qui en relèvent de compléter cette couverture en souscrivant des assurances supplémentaires, à supposer que celles-ci soient disponibles sur le marché. Cette circonstance constitue un facteur militant en faveur de la proportionnalité d'un régime légal d'assurance tel que celui en cause au principal ».

La suite du raisonnement présente également de fortes similarités avec l'arrêt *Freskot* : « Par ailleurs [...], si l'obligation d'affiliation devait être restreinte uniquement à certaines prestations [...], des entreprises employant, par exemple, un personnel jeune et en bonne santé exerçant des activités qui ne sont pas dangereuses rechercheraient des conditions d'assurance plus avantageuses auprès d'assureurs privés. Or, le départ progressif de ces 'bons' risques pourrait laisser aux caisses professionnelles [...] une part croissante de 'mauvais' risques, provoquant ainsi une hausse du coût des prestations, notamment pour les entreprises

1. Voy. *supra* n° 254 et s.

disposant d'un personnel âgé exerçant des activités dangereuses, entreprises auxquelles lesdites caisses ne pourraient plus proposer de prestations à un coût acceptable. » Et la Cour d'ajouter : « Il en serait d'autant plus ainsi lorsque, comme dans l'affaire au principal, le régime légal d'assurance concerné, en ce qu'il met en œuvre le principe de solidarité, se caractérise notamment par l'absence de lien strictement proportionnel entre les cotisations et les risques assurés. » Ce dernier passage paraîtra familier au lecteur. Il est en effet directement emprunté à la jurisprudence *Albany*, à laquelle la Cour renvoie d'ailleurs elle-même « par analogie¹ ».

La Cour avance donc les deux mêmes éléments que dans l'arrêt *Freskot* pour juger la proportionnalité de l'obligation d'affiliation. Mais, ici, le parallèle entre le deuxième élément et le raisonnement tenu dans le cadre de l'article 106, § 2 TFUE est explicite.

471. Pour la question qui nous intéresse, celle de la légalité de l'affiliation obligatoire à un régime de pension complémentaire, le premier élément avancé pour établir la proportionnalité de l'entrave dans les deux arrêts commentés ne nous est pas d'un grand secours. Par hypothèse, un régime complémentaire n'a pas vocation à garantir une couverture minimale, laissant la place à un marché pour les couvertures supplémentaires : il occupe précisément ce marché. Doit-on conclure que la Cour s'opposerait par principe, au nom de l'exigence de proportionnalité de l'entrave, à l'existence de tout régime de protection sociale complémentaire obligatoire ? Nous ne pouvons le croire : un rejet aussi massif et sans nuance de toute possibilité d'établir ce type de régime serait une immixtion d'une radicalité sans précédent dans l'autonomie des États membres pour l'organisation de leurs systèmes de protection sociale. À notre sens, ce premier élément est spécifique au contexte des arrêts commentés, qui portaient tous les deux sur des régimes offrant des prestations de base ; il n'est pas transposable dans un raisonnement relatif à des régimes complémentaires.

472. Le deuxième élément offre par contre une base de réflexion plus solide et pertinente pour notre question, puisqu'il permet d'établir un lien d'analogie entre les décisions de la Cour en droit de la concurrence relatives aux régimes de pension et ce que pourraient être ces décisions dans le domaine de la libre prestation des services.

On l'a dit, la Cour a établi cette analogie de manière explicite à propos d'un point particulier, la condition de proportionnalité de l'entrave. À notre sens, le parallèle entre les raisonnements tenus en droit de la concurrence et en libre prestation des services peut certainement être établi également à une étape antérieure du raisonnement, celui qui porte sur l'existence d'un objectif d'intérêt général poursuivi par la mesure dont il s'agit d'établir la légalité. En droit de la concurrence, il faut commencer par établir l'existence d'un service d'intérêt économique

1. §§ 89-90 de l'arrêt *Kattner*, C-350/07, précité.

général pour pouvoir bénéficier de l'article 106, § 2 TFUE. En libre prestation des services, il faut également d'abord identifier une raison impérieuse d'intérêt général pour pouvoir, peut-être, justifier une entrave.

Le parallélisme sur ce point entre les deux branches nous semble double. D'une part, dans les deux cas de figure, la Cour semble prompte à admettre l'existence d'un objectif d'intérêt général; à notre avis, en droit de la concurrence comme en libre prestation des services, l'enjeu porte moins sur cette première étape d'identification de l'intérêt général en cause que sur celle qui tend à déterminer la nécessité des moyens employés pour garantir cet intérêt. D'autre part, on peut estimer que les deux notions se recoupent dans une large mesure, du moins lorsqu'il est question, comme c'est le cas dans la discussion qui nous occupe, de la légalité d'un droit exclusif octroyé à une entreprise, dont l'obligation d'affiliation au régime qu'elle gère n'est jamais que l'autre face de la même pièce. En effet, dès lors qu'une entreprise est dotée d'un droit exclusif pour exercer un service d'intérêt économique général, il paraît peu vraisemblable qu'on ne puisse invoquer l'existence d'une raison impérieuse d'intérêt général au sens de la libre prestation des services pour justifier les contraintes que l'exercice de ce droit exclusif fait peser sur des tiers. L'applicabilité de l'article 106, § 2 TFUE en droit de la concurrence entraîne donc très probablement l'existence d'une raison impérieuse d'intérêt général pouvant servir de base de justification à une entrave à la libre prestation des services.

473. Ces analogies étant tracées, il semble utile de comparer plus avant les solutions retenues en matière de libre prestation des services avec celles élaborées en droit de la concurrence pour en pointer les divergences éventuelles et, surtout, leur signification pour l'autonomie des États membres dans l'organisation de leurs systèmes de pension.

(2) *L'autonomie des États membres, la libre prestation des services et l'application par analogie de l'article 106, § 2 TFUE : bis repetita ?*

474. La Cour a donc explicitement reconnu, dans l'arrêt *Kattner*, une analogie avec l'arrêt *Albany* à propos de la condition de proportionnalité devant être rencontrée pour justifier une entrave à la libre prestation des services. Il est intéressant de remarquer que cette manière d'interpréter la condition de proportionnalité dénote avec l'interprétation traditionnellement admise en matière de libre prestation des services, qui veut qu'une restriction n'est proportionnée que si elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi, autrement dit si celui-ci ne peut être atteint par d'autres moyens, moins restrictifs de la libre prestation des services¹. En traçant un parallèle avec la condition de proportion-

1. Pour des références générales sur le test de proportionnalité, voy. *supra* p. 252, note 3.

nalité de l'article 106, § 2 TFUE, la Cour semble donc avoir adouci son test habituel en matière de libre prestation des services, en faveur des régimes de protection sociale : l'obligation d'affiliation à un de ces régimes est proportionnée dès lors qu'elle permet à celui-ci de délivrer des prestations aux entreprises présentant un « mauvais » profil de risque « à un coût acceptable » ; il n'est pas nécessaire d'établir que la couverture des « mauvais » risques pourrait être assurée par des mesures moins restrictives de la libre prestation des services.

Cette approche conciliante traduit certainement le souhait de la Cour, dans ces arrêts *Freskot* et *Kattner*, de respecter les choix posés par les États membres quant à la manière d'organiser leurs régimes de protection sociale (en l'occurrence, des régimes appartenant aux systèmes de sécurité sociale allemand et grec). On conçoit sans peine la tension que l'attitude contraire aurait engendrée avec l'autonomie des États pour l'organisation de ces régimes. Si la condition de proportionnalité avait dû être appliquée avec la rigueur que lui donne souvent la Cour, les États — ou les partenaires sociaux — auraient dû faire la preuve qu'une couverture adéquate des « mauvais » risques ne pouvait être atteinte autrement que par le recours à un régime obligatoire, comme on vient de le dire. Mais il eût alors fallu s'entendre sur ce qu'est une couverture adéquate, et à partir de quand une entité doit être considérée comme présentant un « mauvais » profil de risque. Surtout, il eût fallu déterminer le collectif au sein duquel il convient d'établir la solidarité permettant le financement d'une couverture adéquate pour tous : est-ce le collectif relativement homogène des entreprises actives au sein du même secteur, ou celui plus divers des entreprises établies au sein d'un même territoire, auxquels cas une obligation d'affiliation est certainement nécessaire ; ou encore, est-ce le collectif que constitue la population de l'État lui-même, qui financerait par l'impôt la couverture des risques les plus lourds, auquel cas il n'existerait plus de régime obligatoire mais seulement des allocations ciblées, etc. ? Toutes ces questions, qui se seraient cachées derrière un test de proportionnalité strict, sont éminemment politiques ; à leur attraction dans le champ du contrôle de proportionnalité de la Cour aurait correspondu une restriction équivalente des choix possibles pour les États dans l'organisation des régimes concernés.

475. L'analogie tracée avec l'arrêt *Albany* doit donc probablement être interprétée comme une indication, par la Cour, qu'elle procédera à un contrôle de proportionnalité moins strict que d'habitude dès lors que l'entrave à la libre prestation des services est constituée par l'obligation d'affiliation à un régime de protection sociale. Il reste que ce contrôle de proportionnalité existe : la Cour ne donne pas de blanc-seing aux États et aux partenaires sociaux pour ériger les obligations d'affiliation qu'ils souhaitent, sans condition.

Dans les deux arrêts, et de la manière la plus claire dans l'arrêt *Kattner*, la solidarité mise en œuvre dans les régimes en cause est au centre du raisonnement

de la Cour. De manière analogue au raisonnement tenu dans le cadre de l'article 106, § 2 TFUE, la Cour argumente dans ce dernier arrêt que, si l'obligation d'affiliation devait être supprimée, il existerait un risque de départ des bons risques et d'accroissement consécutif des coûts à charge du régime en raison, notamment, des éléments de solidarité mis en œuvre au sein de ce régime. Ainsi la Cour souligne-t-elle que ce risque est accru du fait que le régime concerné « en ce qu'il met en œuvre le principe de solidarité, se caractérise notamment par l'absence de lien strictement proportionnel entre les cotisations et les risques assurés¹ ».

En matière de libre prestation des services donc, comme en droit de la concurrence, la solidarité mise en œuvre au sein d'un régime de protection sociale complémentaire obligatoire est également un facteur décisif pour apprécier la proportionnalité de l'obligation d'affiliation, et par conséquent sa légalité au regard du droit européen. L'obligation d'affiliation est proportionnée si elle est nécessaire au maintien de la solidarité à « un coût acceptable ».

On peut faire à cet égard les mêmes remarques que celle que nous avons faites plus haut à propos de la jurisprudence *Albany*². Particulièrement flou, le critère de la solidarité est source d'insécurité juridique. À partir de quand, en effet, doit-on considérer que la solidarité est telle que le départ des « bons » risques ferait peser un coût inacceptable sur le régime pour la couverture des « mauvais » risques? Qui décide du seuil à partir duquel la solidarité n'est plus suffisante pour justifier la mise en commun des risques au sein d'un collectif élargi? Et par application de quel(s) critère(s)? Les régimes de pension à cotisations définies seraient-ils suffisamment solidaires aux yeux de la Cour, elle qui ne s'est jamais prononcée qu'à propos de régimes à prestations définies? Les mêmes questions que celles soulevées par la jurisprudence relative à l'article 106, § 2 TFUE se poseraient certainement à l'égard de la proportionnalité d'une restriction à la libre prestation des services.

476. Résumons-nous. Si la solution dégagée en droit de la concurrence à propos de la légalité des régimes de pension complémentaires obligatoires n'est pas en tant que telle transposable à la libre prestation des services, étant donné l'inapplicabilité de l'article 106, § 2 TFUE à cette branche du droit européen, la jurisprudence de la Cour laisse penser que le même raisonnement serait toutefois appliqué par analogie pour déterminer si l'entrave à la libre prestation des services constituée par l'obligation de s'affilier à un régime de pension complémentaire géré par une entité unique peut être justifiée. Comme en droit de la concurrence, l'existence d'une certaine solidarité se trouve au centre du test de justification; l'obligation d'affiliation est proportionnée si elle permet la mise en œuvre de cette solidarité à un coût acceptable pour ceux qui en bénéficient. Mais comme en droit de la concurrence, cette condition de solidarité est source d'insécurité juridique. Quel

1. § 90 de l'arrêt *Kattner*, C-350/07, précité.

2. Voy. *supra* n° 260 et s.

contenu concret lui donner ? La Cour semble souhaiter laisser une réelle marge de manœuvre aux États membres dans ce domaine. Mais où s'arrête sa tolérance ? D'autres décisions nous permettront peut-être, dans le futur, de le savoir avec plus de précision.

477. Après ces développements relatifs à la légalité de l'obligation d'affiliation à un régime de pension complémentaire, il convient maintenant de nous pencher sur une autre question, sur laquelle nous disposons d'une jurisprudence plus fournie. Elle concerne les conditions que les partenaires sociaux, pour ne pas enfreindre la libre prestation des services, doivent respecter lors de la sélection de l'entité à laquelle ils confient la gestion de leur régime de pension complémentaire obligatoire.

§ 2. Désignation du gestionnaire d'un régime de pension complémentaire obligatoire et obligation de transparence

478. Dans un arrêt *UNIS et Beaudout* de décembre 2015¹, la Cour de justice a décidé qu'une obligation de transparence doit être respectée lorsque les partenaires sociaux du secteur privé confient, par un accord collectif rendu obligatoire, la gestion d'un régime complémentaire obligatoire de sécurité sociale pour travailleurs salariés à un opérateur économique unique. Inspirée du droit européen de la commande publique, l'obligation de transparence vise à assurer « un degré de publicité adéquat permettant, d'une part, une ouverture à la concurrence et, d'autre part, le contrôle de l'impartialité de la procédure d'attribution » d'un marché public ou d'un droit exclusif, en l'occurrence le droit de gérer un régime complémentaire obligatoire de sécurité sociale.

479. L'objet de ce paragraphe est de déterminer les implications de cette jurisprudence pour les rapports entre les partenaires sociaux et l'État, d'une part, mais aussi entre les partenaires sociaux et les opérateurs économiques, d'autre part.

1. CJUE, 17 décembre 2015, *UNIS et Beaudout*, C-25/14 et C-26/14. À propos de cet arrêt, voy. notamment H. VAN MEERTEN et E. SCHMIDT, « Compulsory membership of pension schemes and the free movement of services in the EU », *op. cit.*, p. 127-128 ; J.-B. MAISIN, « Affaire UNIS : octroyer des droits exclusifs par la négociation collective requiert-il une mise en concurrence ? », in P.-O. DE BROUX et P. NIHOUL (éds.), *Actualités en droit public économique*, Limal, Anthemis, 2017, p. 7-28 ; D. SIMON, « Obligation de transparence », *Europe - Actualité du droit de l'Union européenne*, 2016, n° 2 ; V. LE MEUR-BAUDRY et J. BARTHÉLÉMY, « Protection sociale complémentaire : choix de l'organisme assureur et transparence », *Droit social*, 2016, n° 4, p. 376-383 ; S. HENNION, « Chronique de protection sociale complémentaire : I. Des clauses de désignation aux clauses de recommandation », *Droit social*, 2016, n° 9, p. 760-765. On se permet de renvoyer également à Q. DETIENNE et J.-B. MAISIN, « Sélection par les partenaires sociaux d'un organisme de pension sectoriel : l'obligation de transparence européenne et l'exercice de la négociation collective. Les voies de la conciliation », *Revue de Droit Social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2018, n° 3, p. 457-513.

Puisque ce paragraphe fait partie d'une étude de l'incidence du droit économique européen pour l'organisation des systèmes nationaux de pension, nous concentrerons notre attention sur ces implications en tant qu'elles concernent le cas particulier de l'organisation des pensions complémentaires. Les développements qui suivent sont toutefois transposables dans une large mesure à l'organisation d'autres prestations sociales complémentaires, et de manière générale à tous les dispositifs par lesquels les partenaires sociaux confient la prestation d'un service à un opérateur économique unique au moyen d'un accord collectif rendu obligatoire.

480. Nous commencerons par présenter l'arrêt de la Cour en exposant les faits sur lesquels il se prononce, les solutions qu'il retient, et son articulation avec la jurisprudence antérieure de la Cour relative à des faits similaires (1). Nous présenterons ensuite l'histoire et la raison d'être de l'obligation de transparence, que l'arrêt rend applicable à certaines utilisations de la négociation collective (2), avant de nous demander qui, des autorités publiques ou des partenaires sociaux, en sont les débiteurs dans le contexte particulier de l'extension d'un accord collectif (3). Sur la base de ces analyses, nous chercherons alors quelles exigences concrètes découlent de cette obligation de transparence selon que l'on se situe au stade de la négociation entre les partenaires sociaux ou à celui de l'extension de l'accord collectif (4). Nous terminerons par l'examen des situations dans lesquelles les partenaires sociaux ne sont pas soumis à cette obligation d'être « transparents » pour la sélection de l'opérateur gestionnaire d'un régime de pension complémentaire obligatoire, à savoir l'absence d'un intérêt transfrontalier certain et l'existence de liens étroits entre les partenaires sociaux et l'opérateur sélectionné. Nous illustrerons cette deuxième situation par une brève étude appliquée du droit belge des pensions complémentaires (5). Nous serons alors en mesure d'apporter des éléments de réponse à la question posée plus haut concernant les effets de l'obligation de transparence sur les rapports entre les partenaires sociaux, les opérateurs économiques et l'État en matière de pension (6).

481. À notre sens, la décision de la Cour de rendre l'obligation de transparence applicable lors de l'extension de la force obligatoire d'un accord collectif confiant la gestion d'un régime de protection sociale complémentaire à une entité unique n'est pas de nature à modifier les rapports entre les partenaires sociaux et l'État pour la création de régimes de pension complémentaires. Cela n'est toutefois vrai que si l'on s'en tient à une interprétation de l'obligation de transparence qui distingue correctement la raison d'être de celle-ci des autres objectifs souvent poursuivis par le droit des marchés publics. L'obligation de transparence est par contre susceptible de modifier les rapports entre les partenaires sociaux et les opérateurs économiques — les prestataires de pension, ainsi que les entreprises couvertes par le régime de pension complémentaire. Elle offre en effet à ceux-ci une nouvelle arme juridique pour remettre en cause le choix des partenaires sociaux. Dans certains cas de figure, toutefois, les partenaires sociaux pourraient tirer argument des

liens étroits qui les lient à certains opérateurs pour justifier la non-application de l'obligation de transparence.

Si l'arrêt *UNIS et Beaudout* ne remet pas en cause les rapports entre les partenaires sociaux et l'État, il nous semble porté par une certaine représentation, libérale, de la société, déjà rencontrée dans notre étude. Dans cette représentation, il n'existe pas de place spécifique, entre l'État et les acteurs du marché, pour les instances de négociation collective. Conformément à cette représentation, celles-ci doivent donc être soumises aux mêmes règles qui encadrent les rapports entre l'État et les acteurs économiques. Concrètement, cette manière de raisonner se traduit selon nous, dans l'arrêt *UNIS et Beaudout*, par l'octroi, implicite, d'un effet direct horizontal à l'obligation de transparence.

1. L'arrêt *UNIS et Beaudout* et son articulation à la jurisprudence antérieure de la Cour de justice

482. Les faits ayant donné lieu à l'arrêt *UNIS et Beaudout* auront un air de déjà-vu pour le lecteur. Comme dans la jurisprudence *Albany* de la fin des années 1990¹ et dans l'arrêt *AG2R* du début des années 2010², les deux affaires jointes portées devant la Cour opposaient l'institution gestionnaire d'un régime de protection sociale complémentaire obligatoire organisé par les partenaires sociaux et une entreprise récalcitrante cherchant dans le droit du marché intérieur un argument pour se soustraire au régime obligatoire en question. À la différence toutefois de ces arrêts, la voie empruntée pour critiquer le caractère obligatoire du régime n'est plus celle du droit européen de la concurrence. L'argument invoqué est celui d'une restriction injustifiée à la liberté de prester des services énoncés à l'article 56 TFUE. Sous ce rapport, l'arrêt *UNIS et Beaudout* s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence développée par la Cour dans les arrêts *Viking* et *Laval*³.

483. Pour comprendre la portée de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, il semble donc utile de commencer par présenter le raisonnement tenu par la Cour dans l'arrêt lui-même ((1)), avant d'élargir la focale et exposer la façon dont il s'articule à ces deux lignes jurisprudentielles (*Albany* ainsi que *Viking* et *Laval*) antérieures de la Cour de justice ((2)).

(1) *La décision de la Cour dans l'arrêt UNIS et Beaudout*

484. L'arrêt *UNIS et Beaudout* fait suite à une affaire ayant débuté en France. L'Union des syndicats de l'immobilier (UNIS) et la société Beaudout Père et Fils

1. CJUE, 21 septembre 1999, *Albany International*, C-67/96; *Brentjens*, C-115/97; et *Drijvende Bokken*, C-219/97. À propos de ces arrêts, voy. *supra* n° 111 et s. et 207 et s.

2. CJUE, 3 mars 2011, *AG2R*, C-437/09. À propos de cet arrêt, voy. *supra* n° 130 et s. et 207 et s.

3. CJUE, 11 décembre 2007, *Viking Line*, C-438/05; CJUE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05.

avaient chacune introduit devant le Conseil d'État un recours en annulation d'un arrêté ministériel qui étendait la force obligatoire d'un accord collectif désignant un organisme unique pour la gestion de régimes de protection sociale complémentaire à l'ensemble des travailleurs salariés des branches d'activité concernées. Il s'agissait en l'occurrence d'un régime de prévoyance couvrant les risques de décès, d'incapacité de travail et d'invalidité et de régimes complémentaires de remboursement de frais de soins de santé, dont la gestion avait été confiée à une « institution de prévoyance », une forme d'organisation encadrée par le Code de la sécurité sociale français. La société Beaudout n'en était pas à son premier coup d'essai : elle était déjà à l'origine de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *AG2R*, qu'on vient de mentionner¹. En ce sens, l'arrêt *UNIS et Beaudout* en est un nouvel épisode².

485. Devant le Conseil d'État français, l'UNIS et la société Beaudout avaient avancé à l'appui de leur recours en annulation que les accords collectifs rendus obligatoires ne respectaient pas l'obligation de transparence découlant de l'article 56 TFUE, qui consacre la libre prestation des services. Le Conseil d'État avait dès lors décidé de poser à la Cour de justice la question préjudicielle suivante : « Le respect de l'obligation de transparence qui découle de l'article 56 TFUE est-il une condition préalable obligatoire à l'extension, par un État membre, à l'ensemble des entreprises d'une branche, d'un accord collectif confiant à un unique opérateur, choisi par les partenaires sociaux, la gestion d'un régime de prévoyance complémentaire obligatoire institué au profit des salariés ? »

486. La Cour, en sa cinquième chambre, a répondu par l'affirmative à la question, au terme d'un raisonnement qui peut être résumé comme suit. Elle commence par rappeler que, selon une jurisprudence constante, la création d'un droit exclusif par l'autorité publique implique en principe le respect de l'obligation de transparence découlant de l'article 56 TFUE³. Or, constate-t-elle, l'extension de la force obligatoire d'un accord collectif désignant un opérateur unique pour la gestion d'un régime de protection sociale complémentaire crée un droit exclusif au profit de cet opérateur⁴, celui de percevoir et de gérer les cotisations versées par les employeurs et les salariés participant au régime⁵. Et cette extension créatrice du droit exclusif est un acte de l'autorité publique, puisqu'elle requiert l'intervention du ministre compétent. En bonne logique, la Cour conclut que cette intervention doit, en principe, avoir lieu dans le respect de l'obligation de transparence.

1. Voy. *supra* n° 3.

2. L'avocat général Jääskinen le relève dans ses conclusions précédant l'arrêt *UNIS et Beaudout*, C-25/14 et C-26/14, § 3.

3. § 35 de l'arrêt.

4. § 34 de l'arrêt.

5. § 64 des conclusions de l'avocat général Jääskinen précédant l'arrêt.

Elle poursuit son raisonnement en se penchant sur la question de savoir si la circonstance que l'intervention de l'autorité publique en cause a pour un objet un accord issu de la négociation collective est de nature à justifier une dérogation à ce principe. Sans plus d'argumentation, elle affirme que tel n'est pas le cas¹. Nous reviendrons plus loin sur cette question, lorsque nous discuterons de la place de cet arrêt dans la jurisprudence de la Cour relative au statut de la négociation collective dans le droit du marché intérieur².

487. Enfin, la Cour passe à l'examen des modalités qui entourent en France, à l'époque de l'arrêt, l'adoption d'un arrêté ministériel d'extension de la force obligatoire d'un accord collectif, en vue de déterminer si ces modalités sont suffisantes pour satisfaire à l'obligation de transparence. Elle commence par rappeler que, en droit européen, le respect de cette obligation implique que la procédure d'octroi du droit exclusif en question assure un degré de publicité adéquat permettant, d'une part, une ouverture à la concurrence et, d'autre part, le contrôle de l'impartialité de ladite procédure³. Au vu de cette double exigence, elle considère que les modalités françaises ne respectent pas l'obligation de transparence. Il semble utile, en vue de la discussion des implications concrètes de l'obligation de transparence pour les relations entre les partenaires sociaux et l'État que nous mènerons plus loin⁴, de reproduire le passage un peu long de l'arrêt qui appuie cette appréciation : « [...] ni le fait que les conventions et les accords collectifs ainsi que les avenants à ceux-ci font l'objet d'un dépôt auprès d'une autorité administrative et peuvent être consultés sur Internet, ni la publication dans un journal officiel d'un avis selon lequel il est envisagé d'engager une procédure d'extension d'un tel avenant, ni la possibilité pour tout intéressé de faire connaître ses observations à la suite de cette publication ne présentent [selon la Cour], même pris ensemble, un degré de publicité adéquat, permettant d'assurer que les opérateurs intéressés puissent, conformément aux objectifs de l'obligation de transparence, manifester leur intérêt quant à la gestion du régime de prévoyance en cause au principal avant que la décision d'extension intervienne en toute impartialité. *En effet*, les intéressés ne disposent que d'un délai de quinze jours pour soumettre leurs observations, ce qui est sensiblement inférieur aux délais prévus [par] la directive 2004/18/CE [...] relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services [...], qui n'est pas applicable en l'espèce, mais qui peut servir de cadre de référence à cet égard. En outre, [...] le ministre compétent se limite à un simple contrôle de légalité. Il apparaît ainsi que l'existence d'une offre plus avantageuse dont une personne intéressée informerait ledit

1. § 37 de l'arrêt.

2. Voy. *infra*, n° 491-503.

3. § 44 de l'arrêt.

4. Voy. *infra*, n° 542-544.

ministre ne peut empêcher l'extension de cet accord, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier¹ » (nous soulignons).

488. Deux éléments sont donc pointés par la Cour (« En effet »...) pour motiver sa décision que la publicité qui entoure l'extension de la force obligatoire des accords collectifs en l'espèce n'est pas adéquate. Ils ont respectivement trait aux deux finalités de l'obligation de transparence, soit l'ouverture à la concurrence et le contrôle de l'impartialité de la procédure. Premièrement, le délai dans lequel il est permis de faire part de ses observations à propos de la demande d'extension est beaucoup plus court que celui prévu dans la législation européenne relative aux marchés publics, que la Cour prend comme référent quoiqu'elle ne soit pas applicable en l'espèce. Deuxièmement, la nature du contrôle « de légalité » exercé par le ministre sur l'accord collectif ne semble pas lui permettre de refuser l'extension alors même qu'il serait informé qu'une offre « plus avantageuse » a été écartée par les partenaires sociaux. *A contrario*, les moyens par lesquels la demande d'extension de la force obligatoire de l'accord collectif est portée à la connaissance du public ne semblent, eux, pas faire difficulté aux yeux de la Cour. Dans leur principe, la publication sur internet de l'accord collectif concerné et la publication d'un avis informant de la demande d'extension dans un journal officiel — en l'occurrence, le *Journal officiel de la République française* — paraissent permettre de satisfaire à l'exigence d'une publicité adéquate. Nous reviendrons plus loin sur ces enseignements de l'arrêt quant au contenu de l'obligation de transparence lorsqu'elle est appliquée dans le cadre de l'extension d'un accord collectif, en les intégrant à la jurisprudence développée de longue date par la Cour à propos de cette obligation².

489. Après avoir décidé que le respect de l'obligation de transparence s'impose même lorsque la création d'un droit exclusif est la conséquence de l'extension de la force obligatoire d'un accord collectif, et après avoir jugé que les modalités entourant en l'espèce la procédure d'extension ne permettent pas d'assurer le degré de publicité adéquat requis par cette obligation de transparence, la Cour pouvait donc répondre à la question posée par le Conseil d'État français : « L'obligation de transparence, qui découle de l'article 56 TFUE, s'oppose à l'extension, par un État membre, à l'ensemble des employeurs et des travailleurs salariés d'une branche d'activité, d'un accord collectif, conclu par les organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs salariés pour une branche d'activité, qui confie à un unique opérateur économique, choisi par les partenaires sociaux, la gestion d'un régime de prévoyance complémentaire obligatoire institué au profit des travailleurs salariés, sans que la réglementation nationale prévoie une publicité

1. § 45 de l'arrêt.

2. Voy. *infra*, n° 531-544.

adéquate permettant à l'autorité publique compétente de tenir pleinement compte des informations soumises, relatives à l'existence d'une offre plus avantageuse¹. »

490. Il est intéressant de noter qu'à la demande de la France, la Cour a décidé de limiter dans le temps les effets de son arrêt. Elle a ainsi décidé qu'ils ne concerneraient pas les accords collectifs ayant été rendus obligatoires avant la date de prononcé de l'arrêt, sans préjudice des recours juridictionnels introduits avant cette date. Elle a accédé à cette demande en raison, notamment, du « contexte social particulièrement sensible » de l'affaire². Les accords collectifs rendus obligatoires étaient, en France et à l'époque des faits, le support de prestations sociales complémentaires pour un très grand nombre de travailleurs salariés. Le gouvernement français avait estimé que 2 400 000 travailleurs environ étaient concernés, toutes branches professionnelles confondues³.

(2) *L'arrêt UNIS et Beaudout par rapport aux arrêts Albany, Viking et Laval*

491. Pour comprendre la portée de l'arrêt *UNIS et Beaudout* quant à la validité du recours à la négociation collective au regard du droit européen pour l'organisation d'une protection sociale complémentaire obligatoire, il paraît utile de le situer par rapport aux arrêts de la Cour qui portent sur des faits similaires, ou dans lesquels le régime juridique européen de la négociation collective a été discuté. Nous proposons ainsi de le mettre en regard de la jurisprudence *Albany*, qui a fixé le régime des accords collectifs au regard de l'interdiction des ententes entre entreprises du droit de la concurrence, et de la jurisprudence *Viking et Laval*, qui a jeté les principes de l'articulation entre, d'une part, le droit de négociation collective et, d'autre part, la libre prestation des services⁴. Ce faisant, nous allons voir que ce qui se joue dans l'arrêt *UNIS et Beaudout* est le choix entre une compréhension large et une compréhension plus étroite de l'étendue du droit de négociation collective.

1. § 54 de l'arrêt.

2. § 52 de l'arrêt.

3. § 48 de l'arrêt.

4. Pour des développements relatifs à cette question, antérieurs à l'arrêt *UNIS et Beaudout* mais prenant en compte l'arrêt *Commission c. Allemagne* (dont il est question *infra* n° 494) qui porte sur des faits similaires, voy. notamment J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, « Clauses de désignation et de migration en matière de prévoyance et de retraite, droit de négociation collective et liberté économique. Entre droits communautaire et européen et droit constitutionnel », *Droit social*, 2013, n° 11, p. 880-886 ; Y. STEVENS, « Het Europees recht en het sociaal recht nogmaals onder hoogspanning: de Albany voorwaarde getest op de openbare aanbesteding », *Chroniques de droit social/Sociaalrechtelijke kronieken*, 2011, n° 2, p. 61-64. Voy. également, plus récemment, K. CHATZILAOU, *L'action collective des travailleurs et les libertés économiques. Essai sur une rencontre dans les ordres juridiques nationaux et supranationaux*, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2016, p. 229-235.

(a) *De l'arrêt UNIS et Beaudout à l'arrêt Albany...*

492. Dans les arrêts *Albany*¹, que nous avons déjà rencontrés à plusieurs reprises, la Cour a été appelée à se prononcer sur le champ d'application du droit européen de la concurrence. Ces arrêts sont célèbres notamment pour avoir décidé que les accords collectifs entre partenaires sociaux ne ressortissent pas à l'article 101 TFUE, qui interdit les accords entre entreprises. Comme déjà mentionné², les faits sur lesquels portent ces arrêts sont pour l'essentiel identiques à ceux de l'arrêt *UNIS et Beaudout*. Pour rappel, des entreprises souhaitaient ne pas participer à un régime de protection sociale complémentaire obligatoire — en l'occurrence, des régimes de pension complémentaires néerlandais — organisé par des accords collectifs rendus obligatoires par l'autorité publique. À cette fin, elles avaient toutefois cherché appui dans le droit européen de la concurrence, plutôt que dans la libre prestation des services comme le feraient quelques années plus tard l'UNIS et la société Beaudout. Entre autres arguments, elles avaient soutenu que les accords collectifs constituent un accord entre entreprises interdit par l'article 101 TFUE, et par conséquent que cet article s'oppose à l'extension de la force obligatoire de tels accords par les autorités publiques. Cet argument (comme tous les autres arguments invoqués dans ces affaires) avait été rejeté par la Cour, qui avait décidé que « des accords conclus dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux en vue [d'objectifs de politique sociale] doivent être considérés, en raison de leur nature et de leur objet, comme ne relevant pas de l'article [101 TFUE]³ ».

493. Au vu de cette jurisprudence, la question a pu se poser de savoir si cette exception nette au champ d'application du droit de la concurrence, plus précisément de l'une de ces dispositions, en faveur des accords collectifs trouve un équivalent dans le domaine des libertés économiques prévues par le TFUE, et en particulier dans celui de la libre prestation des services. Autrement dit, on a pu se demander si le raisonnement tenu par la Cour dans les arrêts *Albany* pouvait être utilisé par analogie pour soustraire la négociation collective au champ d'application de la libre prestation des services, et par conséquent à l'obligation de transparence qui en découle.

494. Cette question n'a pas été développée dans l'arrêt *UNIS et Beaudout*, malgré que certaines parties aient insisté au cours de la procédure sur l'importance du droit de négociation collective et sur sa reconnaissance par différents instruments internationaux ainsi que par l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de

1. CJUE, 21 septembre 1999, *Albany International*, C-67/96; *Brentjens*, C-115/97; *Drijvende Bokken*, C-219/97, précités. À propos de ces arrêts, voy. *supra* n° 111 et s. et 207 et s.

2. Voy. *supra*, n° 482.

3. § 60 de l'arrêt *Albany*, C-67/96, précité.

l'Union européenne¹. La Cour s'est contentée d'affirmer que le fait que la décision d'extension ait pour objet un accord collectif n'a pas pour effet de la soustraire à l'obligation de transparence². La Cour avait toutefois déjà répondu plus longuement à la question quelques années plus tôt dans un arrêt *Commission c. Allemagne*³, qui porte sur des faits similaires, à cette différence importante près qu'ils concernent des négociations collectives menées dans le secteur public. Dans cette affaire, la Commission avait introduit un recours en manquement contre l'Allemagne sur la base de l'article 258 TFUE (alors article 226 TCE) pour non-respect de la législation européenne sur les marchés publics⁴, qui met en œuvre la libre prestation des services dans ce domaine. Elle lui reprochait d'avoir laissé les administrations communales de plusieurs grandes villes conclure, en leur qualité d'employeurs, un accord collectif par lequel des institutions étaient désignées pour la gestion de régimes de pension complémentaires sans qu'il ait été procédé au préalable à un appel d'offres.

Parmi les arguments soulevés en réponse par l'Allemagne, soutenue notamment sur ce point par le Danemark et la Suède, il était avancé que le raisonnement tenu dans les arrêts *Albany* devait être transposé au cas de l'espèce par la Cour ; puisque l'attribution litigieuse de contrats de gestion des régimes de pension complémentaires repose sur un accord collectif, il devait être décidé qu'elle échappe au champ d'application de la législation européenne mettant en œuvre la libre pres-

-
1. Voy. le § 23 des conclusions de l'avocat général Jääskinen précédant l'arrêt *UNIS et Beaudout*, C-25/14 et C-26/14, précité.
 2. § 37 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, précité.
 3. CJUE, 15 juillet 2010, *Commission c. Allemagne*, C-271/08. À propos de cet arrêt, voy. notamment F. KESSLER, « Le droit fondamental à la négociation collective n'existe, en Europe, que sous condition », *Droit social*, 2010, n° 11, p. 1233-1240 ; L. LAUTRETTE, « Clause de désignation et appel d'offres : les enseignements de l'arrêt de la CJUE du 15 juillet 2010 », *Droit social*, 2010, n° 12, p. 1241-1245 ; J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, « Négociation collective et marché intérieur : La CJUE franchit-elle un cap ? », *Semaine sociale Lamy*, 2010, n° 1463, p. 5-8 ; S. SMITH, « Case comment. The requirement to comply with the procurement Directive is compatible with the fundamental right to undertake collective bargaining. Direct award of contract to pension providers designated in a collective agreement is in breach of the requirement of the procurement Directives. Case C-271/08 *Commission v Germany* », *Public Procurement Law Review*, 2010, NA225 ; Y. STEVENS, « Het Europees recht en het sociaal recht nogmaals onder hoogspanning: de Albany voorwaarde getest op de openbare aanbesteding », *op. cit.* ; S. LAULOM, « Le droit de négociation collective et les libertés économiques », *Supplément semaine sociale Lamy*, 2011, n° 1489, p. 33-37 ; P. SYRPIS, « Reconciling Economic Freedoms and Social Rights—The Potential of *Commission v Germany* (Case C-271/08, Judgment of 15 July 2010) », *Industrial Law Journal*, 2011, vol. 40, n° 2, p. 222-229.
 4. Il s'agissait en l'espèce de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services et de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

tation des services en matière de marchés publics, de la même façon qu'elle échappe au champ d'application du droit européen de la concurrence¹.

La Cour a rejeté cet argument d'une façon dépourvue de toute ambiguïté : « La circonstance qu'un accord ou une activité sont soustraits au champ d'application des dispositions du traité relatives à la concurrence n'a pas pour conséquence automatique que cet accord ou cette activité sont également soustraits au respect des exigences découlant des dispositions [des directives en cause, qui font application de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services dans le domaine des marchés publics], dès lors que *ces dispositions respectives répondent, les unes et les autres, à des conditions d'application propres*². » La distinction entre les champs d'application respectifs du droit européen de la concurrence et des libertés économiques a donc notamment pour conséquence que les exceptions à l'un ne sont pas admises également à l'égard de l'autre, comme nous avons déjà pu le dire plus haut³.

(b) ... en passant par les arrêts *Viking* et *Laval*...

495. Cette décision que l'exception de la jurisprudence *Albany* ne peut être transposée au domaine des libertés économiques avait déjà été adoptée par la Cour dans ses arrêts *Viking* et *Laval*, au premier desquels la Cour renvoie à la fin de l'extrait que nous venons de citer⁴. Ces arrêts n'ont pas manqué d'étonner une partie de la doctrine, pour dire le moins⁵. C'est que, comme on a déjà pu le dire, le droit européen de la concurrence et les libertés économiques sont unis par la poursuite d'un objectif commun, celui de la création et de la conservation d'un marché intérieur où la concurrence n'est faussée ni par les entreprises, ni par les États⁶. Mais cet objectif commun peut entrer en conflit avec d'autres objectifs promus par l'Union européenne, et notamment avec des objectifs de politique sociale. C'est en raison précisément de l'existence d'une conflictualité entre les objectifs du marché intérieur et des objectifs sociaux (parmi lesquels notamment une protection sociale adéquate et le dialogue social), tous également affirmés dans les traités européens, que la Cour avait décidé d'exclure les accords collectifs du champ d'application du droit européen de la concurrence dans sa jurisprudence

1. § 36 de l'arrêt *Commission c. Allemagne*, C-271/08, précité.

2. § 48 de l'arrêt *Commission c. Allemagne*, C-271/08, précité. Nous mettons en italique. Notons que la Cour répètera cette jurisprudence (sans plus prendre la peine de la justifier) en 2019, en faisant directement référence à l'arrêt *Commission c. Allemagne*. Voy. CJUE, 4 avril 2019, *Allianz Vorsorgekasse*, C-699/17.

3. Voy. *supra* n° 460 et s.

4. CJUE, 11 décembre 2007, *Viking Line*, C-438/05 ; CJUE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05, précités.

5. Voy. *infra* les références citées p. 284, note 1.

6. Voy. *supra* n° 62.

Albany; décider autrement aurait en effet eu pour conséquence de rendre illégales la définition et la mise en œuvre d'objectifs de politique sociale par le moyen particulier de la négociation collective, dont les traités reconnaissent pourtant expressément l'existence¹.

496. Or, ces objectifs sociaux ont continué d'être proclamés dans les traités européens (et avec plus d'emphasis encore depuis le traité de Lisbonne), et la négociation collective a continué d'être reconnue par eux². L'argumentation développée par la Cour dans la jurisprudence *Albany* aurait donc pu être employée à nouveau pour justifier l'exclusion de la négociation collective du champ d'application des libertés économiques, malgré que celui-ci ne soit pas identique au champ d'application du droit de la concurrence : les deux branches du droit du marché intérieur poursuivant un même objectif, il eût été cohérent de soutenir qu'il faut organiser de la même façon leur articulation au droit de la négociation collective, qui poursuit des objectifs potentiellement opposés à celui-là. Autrement dit, plutôt que de s'attacher à la différence entre les champs d'application des deux branches pour justifier un traitement juridique différent des accords collectifs, la Cour aurait pu prendre argument de leur identité d'objectif pour en justifier le traitement identique.

497. Deux solutions ayant chacune leur cohérence argumentative s'offraient donc à la Cour pour trancher la question de l'applicabilité de l'exception de la jurisprudence *Albany* aux libertés économiques. L'une toutefois s'inscrivait dans la continuité de la jurisprudence *Albany*, non seulement par son résultat (l'exclusion de la négociation collective du champ d'application des libertés économiques), mais aussi par son argumentation. L'autre supposait de s'écarter de cette jurisprudence sur ces deux plans.

498. On comprend donc que le choix de cette dernière solution dans les arrêts *Viking* et *Laval* ait suscité l'étonnement de la doctrine. L'étonnement, mais aussi la critique : alors que la jurisprudence *Albany*, pour ce qui concerne l'interdiction des ententes entre entreprises, repose sur l'idée d'un équilibre à trouver entre les objectifs du marché intérieur et les objectifs de politique sociale, la jurisprudence *Viking* et *Laval* fait entendre que les premiers l'emportent sur les seconds. En effet, en vertu de cette jurisprudence, la négociation collective doit être justifiée *au regard des libertés économiques*, conformément aux justifications *qu'elles-mêmes*

1. Voy. les §§ 54-60 de l'arrêt *Albany*, C-67/96, précité. Voy. *supra* n° 209 et s.

2. À propos de l'évolution de la place des objectifs sociaux au sein du droit de l'UE, voy. notamment K. LÖRCHER, « Social competences », in BRUU, K. LÖRCHER et I. SCHÖMANN (éds.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 165-234 ; C. BARNARD et G. DE BAERE, « Towards a European Social Union: Achievements and Possibilities under the Current EU Constitutional Framework », *Euroforum KU Leuven Policy Papers*, 2014, disponible sur <https://www.kuleuven.be/metaforum/index.php?LAN=E>.

autorisent. Cette hiérarchisation des objectifs économiques et sociaux à l'avantage des premiers a été dénoncée par de (très) nombreux auteurs¹.

Nous avons toutefois remarqué plus haut que la jurisprudence *Albany* était moins univoque que ce que cette présentation en termes de revirement de jurisprudence laisse croire; si les accords collectifs avaient effectivement été exemptés du champ d'application de l'interdiction des ententes entre entreprises, le contenu de l'accord collectif en cause avait par contre été indirectement soumis au contrôle de l'interdiction d'abuser d'une position dominante. Déjà dans les arrêts *Albany*, donc, le droit économique européen avait été mis dans une position de surplomb par rapport à la négociation collective². Reste qu'il est vrai qu'avec les arrêts *Viking* et *Laval*, les accords collectifs sont désormais par principe soumis à la libre prestation des services, et pas seulement en tant qu'ils créent une position dominante; à cet égard, la rupture avec la jurisprudence *Albany* est nette.

(c) ... pour revenir à l'arrêt *Albany*

499. Dans le cas spécifique de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, qui se situe donc dans le prolongement de la jurisprudence *Viking* en ce que l'accord collectif est présenté comme soumis par principe à la libre prestation des services, l'antagonisme de la

-
1. Voy. notamment C. BARNARD, « Social Dumping or Dumping Socialism? », *The Cambridge Law Journal*, 2008, vol. 67, n° 2, p. 262-264; S. DEAKIN, « Regulatory Competition after Laval », *op. cit.*; A.C. DAVIES, « One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ », *Industrial Law Journal*, 2008, vol. 37, n° 2, p. 126-148; P. SYRPIS et T. NOVITZ, « Economic and social rights in conflict: political and judicial approaches to their reconciliation », *European law review*, 2008, vol. 33, n° 3, p. 411-426; A. SUPIoT, « L'Europe gagnée par "l'économie communiste de marché" », *Revue du MAUSS permanente*, 2008, disponible sur <http://www.journaldumauss.net/?L-Europe-gagnee-par-l-economie>; P. CHAUMETTE, « Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises », *Droit social*, 2008, n° 2, p. 210-220; C. NIVARD, « Le droit de mener une action collective, un droit fondamental menacé par l'exercice des libertés communautaires », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2008, n° 76, p. 1191-1207; S. PRECHAL et S. DE VRIES, « Viking/Laval en de grondslagen van het internemarktrecht », *SEW – Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, 2008, n° 11, p. 425-440; P. RODIÈRE, « Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2008, n° 1, p. 47-66; F. DORSEMONT, « The right to take collective action versus fundamental economic freedoms in the aftermath of Laval and Viking – Foes are forever! », in M. DE VOS (éd.), *European Union Internal Market and Labour Law: Friends or Foes?*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 45-104; C. JOERGES et F. RÖDL, « Informal politics, formalised law and the 'Social Deficit' of European integration », *op. cit.*; M.-A. MOREAU, « Autour de la justice sociale : perspectives internationales et communautaires », *Droit social*, 2010, n° 3, p. 324-333; U. MÜCKENBERGER, « Towards a post-Viking/Laval manifesto for Social Europe », *Centre for European Law and Legal Studies On-line Papers*, 2011, vol. 1, p. 1-9; L. NIGLIA, « Eclipse of the Constitution {Europe Nouveau Siècle} », *European Law Journal*, 2016, vol. 22, n° 2, p. 132-156. Voy. également le § 184 des conclusions de l'avocat général Trstenjak précédant l'arrêt *Commission c. Allemagne*, C-271/08, précitées.
 2. Voy. *supra* n° 248 et s.

décision de la Cour avec la jurisprudence *Albany* paraît toutefois pouvoir être relativisé. À nouveau, l'explication nécessite un détour par l'arrêt *Commission c. Allemagne*, puisque l'arrêt *UNIS et Beaudout* est muet quant à lui sur ces questions¹.

500. Pour répondre à l'argument de l'Allemagne qui justifiait la non-application du droit européen des marchés publics — qui met en œuvre la liberté d'établissement et la libre prestation des services — aux accords collectifs en faisant référence à la jurisprudence *Albany*, la Cour ne s'est pas contentée d'affirmer que les champs d'applications respectifs du droit de la concurrence et des libertés économiques étant différents, les exceptions admises à l'égard de l'un ne peuvent être valablement invoquées à l'égard de l'autre. Elle semble avoir tenu à indiquer que les conditions formulées dans la jurisprudence *Albany* pour exclure les accords collectifs du champ d'application du droit de la concurrence n'étaient, selon elle, de toute façon pas rencontrées en l'espèce. Dans le paragraphe qui suit celui où il est fait référence à la différence des champs d'applications et à la jurisprudence *Viking* et *Laval*, la Cour avance en effet qu'« il convient de relever que, à la différence de l'objectif, convenu entre les partenaires sociaux, d'améliorer le niveau des pensions des salariés de la fonction publique communale, la désignation d'organismes et d'entreprises dans une convention collective telle que celle en cause en l'espèce ne touche pas à l'essence du droit de négociation collective² ».

Ce passage semble faire implicitement référence à la formule de la jurisprudence *Albany* selon laquelle les accords collectifs ne ressortissent pas au champ d'application du droit de la concurrence non seulement en raison de leur nature, mais aussi de leur *objet*. Dans l'arrêt *Albany*, l'accord collectif avait pour objet de « garantir un certain niveau de pension à tous les travailleurs de ce secteur et [de contribuer] dès lors directement à l'amélioration de l'une des conditions de travail des travailleurs, à savoir leur rémunération³ ». Dans l'arrêt *Van der Woude*, qui répète la formule de l'arrêt *Albany*, l'objet de l'accord collectif en cause était de « [contribuer] à l'amélioration des conditions de travail des travailleurs » par la mise en place d'un régime d'assurance des soins de santé complémentaire⁴. En soutenant dans *Commission c. Allemagne* que les clauses par lesquelles des institutions sont désignées pour gérer le régime de pension complémentaire ne participent pas à l'objectif d'amélioration des pensions des travailleurs concernés, la Cour semble donc implicitement signifier qu'elles ne rencontrent pas la condition

1. L'arrêt *UNIS et Beaudout* ne contient aucune référence à l'arrêt *Viking*. L'avocat général Jääskinen le mentionne par contre directement au § 25 de ses conclusions précédant l'arrêt et indirectement au § 24, par le renvoi à certains passages de l'arrêt *Commission c. Allemagne* qui renvoient eux-mêmes à l'arrêt *Viking*.

2. § 49 de l'arrêt *Commission c. Allemagne*, C-271/08, précité.

3. § 63 de l'arrêt *Albany*, C-67/96, précité.

4. CJUE, 21 septembre 2000, *Van der Woude*, C-222/98, § 25.

d'objet formulée par la jurisprudence *Albany*¹. Par la même occasion, elle semble également préciser que cette condition n'est remplie que si l'accord poursuit un objectif qui relève de « l'essence du droit de négociation collective », c'est-à-dire, si l'on en croit les passages que l'on vient de citer, un objectif d'amélioration des conditions de travail des travailleurs — parmi lesquelles figure bien entendu la rémunération. Cette interprétation de la condition d'objet de la jurisprudence *Albany* était celle défendue par l'avocat général Trstenjak dans ses conclusions précédant l'arrêt *Commission c. Allemagne*². Elle avait en réalité déjà été proposée par l'avocat général Jacobs dans ses conclusions précédant l'arrêt *Albany* lui-même³. Avec l'arrêt *Commission c. Allemagne*, la Cour semble donc avoir finalement rejoint l'opinion de ce dernier.

Selon cette compréhension de l'argumentation de la Cour, la décision de soumettre les accords collectifs à l'obligation de transparence qui découle de la libre prestation des services ne serait donc pas en désaccord fondamental avec la jurisprudence *Albany*. Non seulement parce que celle-ci ayant été développée à propos des règles du droit européen de la concurrence, elle ne serait pas pertinente à l'égard des libertés économiques. Mais aussi et surtout, dirait implicitement la Cour, parce que *l'esprit* de cette jurisprudence serait respecté : un accord collectif est immunisé de l'influence du droit du marché intérieur s'il relève de l'essence du droit de la négociation collective, c'est-à-dire s'il poursuit un objectif d'amélioration des conditions de travail des travailleurs concernés par l'accord ; or, le respect de l'obligation de transparence n'est exigé qu'à l'égard des clauses d'un accord collectif qui sont sans lien avec cet objectif, à savoir les clauses par lesquelles une ou des institutions sont désignées pour gérer un régime de protection sociale complémentaire. Cette obligation n'interfère donc pas avec le cœur, « l'essence » de la négociation collective.

On remarquera que la Cour n'a pas toujours adopté cette approche. Dans l'arrêt *Van der Woude*, qui n'a pas été rendu en grande chambre à la différence des arrêts *Albany* et *Commission c. Allemagne*, elle avait jugé au contraire qu'une convention collective de travail ne cesse pas de relever de l'exception établie par l'arrêt *Albany* lorsqu'elle prévoit que le régime d'assurance maladie qu'elle instaure sera géré par une entité extérieure et autorise celle-ci à faire appel à un sous-traitant. Et la Cour d'ajouter : « Admettre une telle limitation constituerait une restriction injustifiée à la liberté des partenaires sociaux lesquels, lorsqu'ils concluent un accord sur l'un des aspects des conditions de travail, doivent pouvoir également convenir de la création d'un organisme distinct pour mettre en œuvre

-
1. Dans le même sens, voy. Y. STEVENS, « Het Europees recht en het sociaal recht nogmaals onder hoogspanning: de Albany voorwaarde getest op de openbare aanbesteding », *op. cit.*, p. 62.
 2. Voy. les §§ 59-62 des conclusions précédant l'arrêt *Commission c. Allemagne*, C-271/08, précité.
 3. Voy. les §§ 178-179 des conclusions précédant l'arrêt *Albany*, C-67/96, précité.

l'accord et que cet organisme peut avoir recours à un autre assureur¹. » Dans cette décision, c'est une compréhension maximale du droit de négociation collective que la Cour choisissait d'adopter : celui-ci recouvre à la fois la définition des conditions de travail dans un accord collectif, mais aussi le choix quant à la manière de mettre en œuvre cet accord collectif. La Cour est donc revenue sur cette approche dans l'arrêt *Commission c. Allemagne*, pour préférer une compréhension plus restreinte de la portée de ce droit. Elle a estimé selon toute vraisemblance que l'exemption de la jurisprudence *Albany* ne couvre pas les clauses par lesquelles une ou des entités sont désignées pour gérer un régime de protection sociale complémentaire parce que celles-ci ne relèvent pas de « l'essence du droit de négociation collective ».

501. Cette argumentation de la Cour paraît superfétatoire, voire contradictoire avec l'affirmation que la différence de champ d'application entre le droit de la concurrence et la libre prestation des services suffit à exclure l'application de la jurisprudence *Albany*. Elle a cependant le mérite de mettre en lumière ce qui distingue les questions posées respectivement dans l'arrêt *Albany* et dans les arrêts *Commission c. Allemagne* et *UNIS et Beaudout*, et la différence des enjeux qu'elles soulèvent.

Dans l'arrêt *Albany*, la Cour avait à se prononcer sur la validité du mécanisme de l'extension de la force obligatoire des accords collectifs au regard du droit européen. Si elle avait décidé de condamner ce mécanisme, c'est la possibilité même, pour les partenaires sociaux de nombreux États membres, d'organiser des régimes de protection sociale complémentaires obligatoires qui aurait été supprimée. Or, on sait que l'obligation de participer à un régime complémentaire est la condition *sine qua non* de l'organisation d'une certaine solidarité au sein de ces régimes. C'est donc non seulement un outil de la négociation collective, mais aussi le type de régime pouvant être mis en place par son moyen qui auraient été condamnés. Dans les arrêts *Commission c. Allemagne* et *UNIS et Beaudout*, la question posée à la Cour n'est pas celle de savoir s'il est légal au regard du droit européen d'obliger des employeurs et des travailleurs à se conformer à ce qui a été décidé par les partenaires sociaux. Ce qui est par contre mis en question, c'est la légalité de la procédure par laquelle cette faculté est mise en œuvre dans un cas particulier, en l'occurrence lorsqu'elle conduit à attribuer un droit exclusif à un opérateur économique (au sens du droit européen). Autrement dit, la question sur laquelle se prononcent les arrêts *Commission c. Allemagne* et *UNIS et Beaudout* est d'ordre procédural — comment les partenaires sociaux et l'État doivent-ils s'y prendre pour octroyer un droit exclusif? — et pas d'ordre substantiel comme dans l'arrêt *Albany* — les partenaires sociaux peuvent-ils obliger, avec le support de

1. CJUE, 21 septembre, *Van Der Woude*, C-222/98, § 26.

l'État, les employeurs et les travailleurs à respecter les termes d'un accord passé entre eux, lequel prévoit éventuellement la création d'un droit exclusif¹ ?

502. L'argument de la Cour selon lequel les clauses de désignation d'un opérateur unique pour la gestion d'un régime complémentaire ne relèvent pas de « l'essence du droit de négociation collective » doit donc certainement être compris à partir de cette distinction entre une dimension substantielle de la négociation collective (« quoi ») et une dimension procédurale (« comment »)². Cette distinction a sans doute sa pertinence, eu égard notamment à la différence des enjeux attachés à chacune de ces dimensions. Il nous semble toutefois qu'elle ne peut être absolutisée, sous peine de pécher par formalisme. C'est que, dans la conduite de négociations, les règles de procédure peuvent avoir une influence importante sur le contenu final de l'accord. Cela est bien connu dans ces domaines où des intérêts divergents s'affrontent ouvertement, comme le domaine judiciaire, par exemple, ou celui de la négociation politique : la procédure organise le rapport de forces, et donc les possibilités réelles pour les acteurs en présence d'imprimer leurs volontés sur le résultat des échanges. Ainsi en va-t-il également pour les négociations collectives. Dès lors donc que le procédural n'est pas sans rapport avec le substantiel, la distinction utilisée par la Cour pour délimiter ce qui relève de « l'essence du droit de négociation collective » pourrait bien s'avérer artificielle si elle n'est pas utilisée avec retenue.

503. Cette remarque nous amène à poser la question de l'influence de l'obligation de transparence imposée aux partenaires sociaux lorsqu'ils concluent un accord visant à la création d'un droit exclusif. Dans cette opération, les partenaires sociaux ne sont toutefois pas les seuls acteurs en présence : ils font appel à l'État pour étendre la force obligatoire de leur accord, et ils entretiennent des rapports avant et après l'octroi du droit exclusif avec l'opérateur économique (futur) titulaire de ce droit. Poser la question de l'influence de l'obligation de transparence consiste donc à demander, comme nous l'avons fait en introduction³, si le respect de cette obligation modifie les rapports entre les partenaires sociaux et les opérateurs économiques, d'une part, et entre les partenaires sociaux et l'État de l'autre.

-
1. Dans un sens similaire, des auteurs ont pointé la distinction à opérer, concernant l'obligation de transparence, entre la légalité (au regard du droit européen) du droit exclusif accordé et la légalité des circonstances dans lesquelles il a été octroyé. Voy. notamment F. WOLLENSCHLÄGER, « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *Review of European Administrative Law*, 2015, vol. 8, n° 1, p. 216 ; B.J. DRJBER et H. STERGIU, « Public procurement law and internal market law », *Common Market Law Review*, 2009, vol. 46, p. 825-826.
 2. L'expression « dimension procédurale » de la négociation collective est utilisée par D. SCHIEK *et al.*, *EU Social and Labour Rights and EU Internal Market Law*, *op. cit.*, p. 34 (disponible en ligne : [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/563457/IPOLSTU\(2015\)563457_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/563457/IPOLSTU(2015)563457_EN.pdf)).
 3. Voy. *supra*, n° 478.

504. Pour traiter cette question, il semble utile de commencer par revenir sur l'histoire et la raison d'être de cette obligation de transparence (2). Nous disposerons alors d'informations plus généreuses que celles fournies par le seul arrêt *UNIS et Beaudout* pour déterminer qui est le débiteur de l'obligation de transparence (3) et pour identifier les exigences concrètes qui découlent de cette obligation (4).

2. Histoire et raison d'être de l'obligation de transparence

505. L'histoire de l'obligation de transparence dans la jurisprudence de la Cour de justice est surtout celle de l'extension progressive de son champ d'application. D'abord affirmée comme un principe sous-jacent aux dispositions des directives relatives à certains marchés publics, l'obligation a ensuite été déclarée applicable à tous les marchés publics présentant un intérêt transfrontalier certain, qu'ils entrent dans le champ d'application de ces directives ou non. Enfin, dans un troisième temps, auquel appartient l'arrêt *UNIS et Beaudout*, elle a débordé au-delà de son domaine originaire de la commande publique pour s'étendre, semble-t-il, à tout octroi d'un droit spécial ou exclusif par les autorités publiques ((1)). Cette extension progressive de son champ d'application amène à interroger la raison d'être de l'obligation de transparence ((2)).

(1) *L'extension progressive du champ d'application de l'obligation de transparence*

506. L'obligation de transparence trouve ses origines dans l'interprétation de textes du droit dérivé de la commande publique de l'Union¹. Les premières formulations de cette obligation ont été adoptées par la Cour en vue de guider l'interprétation des directives européennes relatives aux marchés publics. En 1988 déjà, la Cour relevait que la « publicité adéquate des critères et conditions qui régissent chaque marché » est une condition nécessaire à la réalisation de l'objectif de la directive alors en vigueur de développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics². Dans ses conclusions à propos d'un recours en manquement de la Commission contre le Royaume-Uni pour non-respect de la directive applicable lors de la passation d'un marché public, l'avocat général

-
1. S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, vol. 1, 3^e éd., Londres, Sweet & Maxwell et Thomson Reuters, 2014, p. 264; A. BUIJZE, *The principle of transparency in EU Law*, 's-Hertogenbosch, Uitgeverij BOXPress, 2013, p. 153-154. À propos de l'histoire de l'obligation de transparence dans la jurisprudence de la Cour, voy. aussi J.-B. MAISIN, « Affaire UNIS : octroyer des droits exclusifs par la négociation collective requiert-il une mise en concurrence ? », *op. cit.*, p. 12-15; B.J. DRIJBER et H. STERGIOU, « Public procurement law and internal market law », *op. cit.*, p. 809-811; J. BERGEOET, « De toepassing van het transparantiebeginsel bij niet-gereguleerde opdrachten nader beschouwd », *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2008, vol. 15, n° 4, p. 113-118.
 2. CJUE, 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes*, C-31/87, § 21. Il s'agissait de la directive 71/305 du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

Tesauro évoquait, lui, au milieu des années 1990, « l'esprit de la réglementation en question, qui considère la transparence de toutes les opérations et procédures permettant l'approvisionnement des administrations adjudicatrices comme l'un des instruments les plus efficaces pour ouvrir l'accès aux marchés publics de fournitures », ainsi que comme une condition nécessaire à « l'application effective de la réglementation communautaire¹ ».

507. La Cour a employé l'expression « principe de transparence » pour la première fois en 1996, à l'occasion d'un recours en manquement de la Commission contre la Belgique pour non-respect de la directive applicable aux faits de l'espèce². Prenant appui sur un considérant de la directive, elle y affirmait que le respect du principe de transparence doit être assuré, avec celui du principe d'égalité de traitement, à chaque stade de la procédure d'attribution d'un marché public tel que celui alors en cause³.

508. Si l'obligation de transparence a donc été initialement dégagée de l'interprétation de textes du droit dérivé de l'Union, elle ne s'est toutefois réellement épanouie qu'après que la Cour l'ait élevée au statut d'obligation découlant du droit primaire, déliant par là son contenu ainsi que son champ d'application des dispositions adoptées par le législateur européen⁴. L'arrêt fondateur à cet égard est l'arrêt *Telaustria*, adopté en 2000⁵. L'affaire portait sur la procédure ayant entouré l'octroi d'une concession de services publics pour la fabrication et la publication de répertoires téléphoniques au Danemark. Alors que les concessions de services n'entraient pas dans le champ d'application des directives de l'époque, la Cour avait décidé que « les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier ». Et elle continuait en précisant que « ce principe implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté. Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication⁶ ». Le même raisonnement allait être rapidement appliqué à l'égard des marchés publics ne ressortissant

-
1. Conclusions de l'avocat général Tesauro précédant CJUE, 24 janvier 1995, *Commission c. Pays-Bas*, C-359/93, § 9.
 2. Ce point a été mis en évidence par A. BUIJZE, *The Principle of Transparency in EU Law*, *op. cit.*, p. 153.
 3. CJUE, 25 avril 1996, *Commission c. Belgique*, C-87/94, § 53.
 4. S. PRECHAL et M. DE LEEUW, « Dimensions of Transparency: the building blocks for a new legal principle? », *Review of European Administrative Law*, 2007, n° 1, p. 57 et 60.
 5. CJUE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, C-324/98.
 6. §§ 60-61 de l'arrêt *Telaustria*, C-324/98, précité.

pas au champ d'application des directives pour la raison que leur valeur n'atteint pas les seuils fixés par celles-ci¹. Sa reprise dans un arrêt rendu en grande chambre quelques années plus tard devait définitivement l'ancrer dans la jurisprudence de la Cour².

509. Selon cette ligne de jurisprudence, que l'on propose de nommer la jurisprudence *Telaustria* pour plus de commodité, l'obligation de transparence déborde donc le champ d'application des directives relatives aux marchés publics en raison de son lien avec le principe de non-discrimination en raison de la nationalité. Ce principe, affirmé de manière générale à l'article 18 TFUE, sous-tend notamment l'article 56 TFUE, qui organise la libre prestation des services. Ainsi fondé dans le droit primaire de l'Union, et en particulier dans le droit du marché intérieur, le respect de l'obligation de transparence peut donc être exigé dans d'autres situations que celles appréhendées par le droit dérivé dont elle est inspirée.

Dans la jurisprudence *Telaustria*, les affaires dans lesquelles la Cour a fait application de l'obligation de transparence continuaient toutefois de relever du domaine de la commande publique au sens large. Elles portaient en effet soit sur des marchés publics échappant aux directives uniquement en raison de leur faible valeur, soit sur des marchés prenant la forme spécifique de l'attribution d'une concession de service public. Sans entrer dans le détail de discussions complexes, en droit européen la concession de service public se distingue du contrat public par le mode de rémunération de l'opérateur économique. Alors que dans le contrat, l'autorité publique paie un certain montant en contrepartie de la vente de biens ou de la prestation de services, dans le modèle de la concession l'opérateur économique se rémunère au moins en partie lui-même par l'exploitation — à ses propres risques — de l'activité faisant l'objet de la concession³. En droit européen, la différence entre la concession et le contrat public est donc plus une différence de forme juridique (ayant des implications économiques) qu'une différence de

-
1. Voy. notamment CJUE, 3 décembre 2001, *Vestergaard*, C-59/00, § 20 et CJUE, 20 octobre 2005, *Commission c. France*, C-264/03 §§ 32-33.
 2. CJUE, 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03. Voy. A. BROWN, « EU primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives », *Public Procurement Law Review*, 2010, n° 5, p. 171.
 3. Voy. l'article 5, al. 1^{er}, 1) de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession. A propos de la notion de concession, voy. notamment L. RICHER, *L'Europe des marchés publics: marchés publics et concessions en droit communautaire*, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 204-212 ; N. FIEDZIUK, « Putting services of general economic interest up for tender: reflections on applicable EU rules », *Common Market Law Review*, 2013, vol. 50, p. 100-105 ; U. NEERGAARD, « Public service concessions and related concepts – the increased pressure from Community law on Member States' use of concessions », *Public Procurement Law Review*, 2007, n° 6, p. 387-409 ; G. OLYKKE, « Is the granting of special and exclusive rights subject to the principles applicable to the award of concessions? Recent developments in case law and their implications for one of the last sanctuaries for protectionism », *Public Procurement Law Review*, 2014, n° 1, p. 12-15.

fond ou de nature. Comme l'indique un auteur, et comme le rappelait la Cour elle-même dans l'arrêt *Telaustria*, l'exclusion des concessions de services publics du champ d'application des directives en vigueur à l'époque s'expliquait d'ailleurs par des raisons d'ordre politiques¹. De l'avis de plusieurs, la jurisprudence *Telaustria* procédait ainsi du souhait de la Cour de combler les espaces laissés vides par le législateur européen². L'adoption en 2014 d'une directive consacrée aux concessions corrobore *a posteriori* cette opinion et apparaît comme la dernière pièce manquante à un droit européen dérivé des marchés publics couvrant l'entièreté de son domaine³.

510. L'élargissement du champ de l'obligation de transparence dans la jurisprudence *Telaustria* était donc resté cantonné dans les limites des marchés publics entendus largement, dont il visait à compléter l'encadrement au niveau européen. Le lien établi par la Cour entre cette obligation et les libertés économiques édictées par le TFUE laissait toutefois penser à certains auteurs qu'elle pourrait être appliquée à un domaine plus large⁴, dans toutes les situations où l'accès à une activité économique est restreint à un nombre limité d'acteurs par l'intervention de l'autorité publique.

511. Le pas allait être franchi dans l'arrêt *Sporting Exchange*⁵. Adopté en 2010, cet arrêt se prononçait sur la légalité au regard du droit européen de la procédure d'octroi d'une autorisation unique par les autorités néerlandaises pour l'exercice d'une activité de jeux de hasard. La Cour y a affirmé que « [l]e fait que la délivrance d'un agrément unique n'équivaut pas à un contrat de concession de services ne saurait, à lui seul, justifier que les exigences qui découlent de [l'article 56 TFUE,

-
1. Voy. S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 3^e éd., *op. cit.*, p. 265 ; voy. également P. TREPTE, *Public Procurement in the EU: A Practitioner's guide*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 16 ; E. SLAUTSKY, *L'Organisation administrative nationale face au droit européen du marché intérieur*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 37-38.
 2. J.-B. MAISIN, « Affaire UNIS : octroyer des droits exclusifs par la négociation collective requiert-il une mise en concurrence ? », *op. cit.*, p. 17 ; C.H. BOVIS, « Public procurement in the EU : Jurisprudence and conceptual directions », *Common Market Law Review*, 2012, vol. 49, p. 286.
 3. Il s'agit de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, précitée.
 4. Voy. B.J. DRIJBER et H. STERGIOU, « Public procurement law and internal market law », *op. cit.*, p. 825-826 ; S. PRECHAL et M. DE LEEUW, « Dimensions of Transparency », *op. cit.*, p. 60. Voy. également A.-L. DURVIAUX, *Précis de droit des marchés et contrats publics*, Bruxelles, La Chartre, 2014, p. 53, n^o 13.
 5. CJUE, 3 juin 2010, *Sporting Exchange*, C-203/08 ; voy. également entre autres CJUE, 9 septembre 2010, *Engelmann*, C-64/08, §§ 52-53 et CJUE, 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, § 34, qui confirment la décision prise dans l'arrêt *Sporting Exchange*. A propos de cet arrêt, voy. notamment A. BROWN, « Application of the EU Treaty Obligation of Transparency to an Exclusive National Licence for Internet Games of Chance », *Public Procurement Law Review*, 2010, n^o 6, p. 221-224.

alors article 49 CE], notamment le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence, soient méconnues lors de l'octroi d'une autorisation administrative telle que celle en cause¹ ». Et la Cour de s'expliquer de la manière suivante : « En effet [...], l'obligation de transparence apparaît comme une condition préalable obligatoire du droit d'un État membre d'attribuer à un opérateur le droit exclusif d'exercer une activité économique, quel que soit le mode de sélection de cet opérateur. Une telle obligation a vocation à s'appliquer dans le cadre d'un régime d'agrément octroyé à un opérateur unique par les autorités d'un État membre dans l'exercice de leurs pouvoirs de police, puisque les effets d'un tel agrément à l'égard des entreprises établies dans d'autres États membres et qui seraient potentiellement intéressées par l'exercice de cette activité sont les mêmes que ceux d'un contrat de concession de services². » La raison de la soumission de la procédure d'octroi d'une autorisation unique à l'obligation de transparence n'est pas à chercher en l'espèce dans un lien quelconque à la commande publique. Elle se trouve dans les effets de cette mesure, qui exclut les opérateurs économiques sauf un pour l'exercice de l'activité en cause.

512. C'est un raisonnement du même type qui a été employé par la Cour dans l'arrêt *UNIS et Beaudout*. L'extension de la force obligatoire d'un accord collectif crée au profit d'un opérateur économique un droit ayant « un *effet d'exclusion* à l'égard des opérateurs établis dans d'autres États membres et qui seraient potentiellement intéressés par l'exercice de » l'activité de gestion confiée à cet opérateur économique³. Et ce droit exclusif est créé par l'intervention de l'autorité publique. Cela suffit pour justifier, aux yeux de la Cour, que la procédure menant à cette extension soit soumise à l'obligation de transparence⁴.

513. Avec la jurisprudence *Sporting Exchange*, dans laquelle est inscrite l'arrêt *UNIS et Beaudout*, la Cour a donc consacré l'autonomie de l'obligation de transparence à l'égard du domaine des marchés publics, dans lequel elle avait été formulée pour la première fois. La transparence est exigée dès lors que l'intervention de l'autorité publique place un opérateur économique dans une position privilégiée à l'égard de ses concurrents, que ce soit en raison de l'entame de relations économiques avec lui ou en raison de l'exercice d'un pouvoir d'organisation et de régulation des activités sur son territoire. Autrement dit, selon cette jurisprudence, ce sont les *effets* de l'intervention publique plutôt que les *fins* qu'elle poursuit qui justifient l'exigence du respect d'une certaine transparence. On retrouve ici une nouvelle illustration de l'approche dite fonctionnelle de la Cour, qui est celle que la Cour adopte également pour définir le champ d'application du droit de la

1. § 46 de l'arrêt *Sporting Exchange*, précité.

2. § 47 l'arrêt *Sporting Exchange*, précité.

3. § 34 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, précité.

4. § 35 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, précité.

concurrence, comme nous l'avons vu plus haut¹. Cette attention aux effets d'une action publique plutôt qu'à ses fins pour justifier l'application de l'obligation de transparence nous amène à nous intéresser à la raison d'être de cette obligation, qui la distingue d'autres exigences propres au domaine des marchés publics dont elle est originaire.

(2) *La raison d'être de l'obligation de transparence*

514. L'origine de l'obligation de transparence dans le domaine des marchés publics pourrait laisser penser que l'application de cette obligation charrie avec elle les principes et logiques propres à ce domaine particulier : là où est exigé le respect de cette obligation, là se trouverait un terrain devant être organisé selon le modèle des règles de la commande publique. Cette interprétation pourrait s'alimenter des arrêts qui, comme l'arrêt *UNIS et Beaudout*, renvoient explicitement aux directives relatives aux marchés publics pour préciser la portée de l'obligation de transparence alors pourtant que les faits de l'espèce échappent au champ d'application de ces directives.

515. Une telle interprétation, qui verrait donc dans l'application de l'obligation de transparence l'indice de la pertinence du droit de la commande publique en général pour le domaine considéré, nous semble toutefois reposer sur une vision erronée du droit européen des marchés publics comme un ensemble monolithique. C'est que ce droit aborde (au moins) deux questions différentes, dont l'une seulement est spécifique au domaine de la commande publique tandis que l'autre, de laquelle participe l'obligation de transparence, déborde largement ce domaine². Il est important de bien distinguer ces deux dimensions pour apprécier les implications de l'obligation de transparence pour les rapports entre les partenaires sociaux et l'État.

D'une part, et quoique son action sur ce plan suscite de nombreux débats et controverses³, le droit européen des marchés publics tend à déterminer les *critères*

1. Voy. *supra* n° 98.

2. C. JANSEN, « Allocation of Limited Rights from a European Public Procurement Law Perspective », in P. ADRIAANSE *et al.* (éds.), *Scarcity and the State I. The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Cambridge, Intersentia, 2016, p. 239-275 ; M. SZYDLO, « The Process of Granting Exclusive Rights in the Light of Treaty Rules on Free Movement », *German Law Journal*, 2011, vol. 12, n° 7, p. 1423.

3. Voy. notamment, en faveur de l'intervention du droit européen des marchés publics sur ce plan, A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2^e éd., Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 3-7 ; P. TREPTE, *Public Procurement in the EU*, *op. cit.*, p. 40 ; contre cette intervention, voy. notamment P. KUNZLIK, « Neoliberalism and the European Public Procurement Regime », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2013, vol. 15, p. 283-356 ; S. ARROWSMITH, « The Purpose of the EU Procurement Directives : Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space For Commercial and Horizontal Procurement Policies », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012, vol. 14, p. 1-47.

qui doivent guider ces acheteurs particuliers que sont les autorités publiques lorsqu'ils entrent en relation d'affaires avec des acteurs économiques¹. D'autre part, et principalement, le droit européen des marchés publics vise à l'accomplissement du marché intérieur dans le domaine de la commande publique, c'est-à-dire à la *création d'une concurrence* entre acteurs économiques au niveau européen dans les marchés de biens et services où les acheteurs sont des autorités publiques². En cela, il est un volet parmi d'autres de la mise en œuvre du projet de l'Union européenne de création d'un marché au sein duquel les frontières nationales sont abolies.

516. Ces deux dimensions de l'action du droit européen des marchés publics ne sont pas sans rapport l'une avec l'autre. L'accomplissement du marché intérieur passe notamment par l'interdiction de principe pour les autorités publiques d'utiliser certains critères pour l'attribution des marchés publics, à savoir ceux qui seraient discriminatoires. De ce fait, il influe sur les choix que peuvent prendre les autorités publiques lorsqu'elles agissent en tant qu'acheteurs sur le marché. Par exemple, l'attribution de marchés publics en priorité à des entreprises locales dans le cadre d'une politique nationale de l'emploi constituerait une infraction à la libre prestation des services, à moins de satisfaire aux conditions de justification posées par le droit dérivé ou la jurisprudence de la Cour.

Mais il s'agit bien de deux dimensions différentes. L'encadrement des critères pour l'attribution des marchés publics concerne la question du « bon usage » des deniers publics, soit une question qui se pose également au sein de chaque État indépendamment de sa participation à un projet d'intégration économique tel que celui de l'Union européenne. L'un des objets principaux des droits nationaux des

-
1. À propos des objectifs du droit des marchés publics en général, voy. C. JANSEN, « Allocation of Limited Rights from a European Public Procurement Law Perspective », *op. cit.*, p. 243-244 ; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 3^e éd., *op. cit.*, p. 2-10 ; P. TREPTE, *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2004. À propos de l'encadrement des critères d'attribution d'un marché public par le droit européen, voy. également J. WOLSWINKEL, « The Need for Optimal Choice: Exploring a Hierarchy between Allocation Procedures for Limited Authorisations under EU Law », in P. ADRIAANSE *et al.* (éds.), *Scarcity and the State I. The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Cambridge, Intersentia, 2016, p. 204-205 ; P. TREPTE, *Public Procurement in the EU*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 468-469.
 2. Voy. CJUE, 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk*, C-337/06, § 38-39 ; CJUE, 13 novembre 2007, *Commission c. Irlande*, C-507/03, § 27 ; CJUE, 1^{er} février 2001, *Commission c. France*, C-237/99, § 41 ; CJUE, 18 octobre 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, §§ 32-33 ; CJUE, 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, § 16 ; voy. également les conclusions de l'avocat général précédant l'arrêt *Commission c. Allemagne*, précitées, § 97 ; voy. aussi C. JANSEN, « Allocation of Limited Rights from a European Public Procurement Law Perspective », *op. cit.*, p. 243-244 ; A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 6 ; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 3^e éd., *op. cit.*, p. 150-155 ; B.J. DRIJBER *et* H. STERGIOU, « Public procurement law and internal market law », *op. cit.*, p. 805.

marchés publics est ainsi de définir les règles et les critères à respecter par les autorités publiques lors de la conclusion de contrats avec des opérateurs économiques. Les enjeux liés à ces questions touchent au rôle de la dépense publique dans l'économie ou dans la promotion d'objectifs sociaux¹, aux relations entre acteurs politiques et acteurs économiques, à la corruption, etc. Ils diffèrent des enjeux soulevés par l'intégration des économies nationales.

Alors donc que l'objectif d'accomplissement du marché intérieur dans le domaine de la commande publique est propre au droit européen des marchés publics, celui de définition des critères selon lesquels les marchés publics doivent être attribués est partagé par le droit européen et les droits nationaux des marchés publics. On notera que l'intervention du droit européen sur cette dernière question de l'encadrement de la dépense des deniers publics a été critiquée pour la raison précisément qu'elle excéderait les compétences attribuées à l'Union dans le cadre de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur par l'article 114 TFUE, qui a servi de base légale pour l'adoption des directives relatives aux marchés publics².

517. L'obligation de transparence appartient uniquement à la deuxième de ces deux dimensions du droit européen des marchés publics, celle qui poursuit l'accomplissement du marché intérieur. Neutre quant au contenu des critères d'attribution des marchés, elle vise à rendre effectif le droit pour tous les opérateurs économiques de participer sur un pied d'égalité aux procédures de marchés publics par l'imposition d'obligations positives de publicité à charge des autorités publiques³. Comme nous le verrons plus en détail ci-dessous, la transparence sert

-
1. À propos de la question de la légalité de la poursuite d'objectifs sociaux dans les marchés publics, voy. notamment M. CORVAGLIA, *Public Procurement and Labour Rights: Towards Coherence in International Instruments of Procurement Regulation*, Oxford, Hart Publishing, 2017 ; C. BARNARD, « To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement », *Industrial Law Journal*, 2017, vol. 46, n° 2, p. 208-244.
 2. Voy. S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. 1, 3^e éd., *op. cit.*, p. 170-174.
 3. Voy. M. SZYDLO, « The Process of Granting Exclusive Rights in the Light of Treaty Rules on Free Movement », *op. cit.*, p. 1433-1435 ; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. 1, 3^e éd., *op. cit.*, p. 164 ; A.-L. DURVIAUX, *Précis de droit des marchés et contrats publics*, *op. cit.*, p. 52 ; A. BUIJZE, *The principle of transparency in EU Law*, *op. cit.*, p. 151-152 ; B.J. DRIJBER et H. STERGIOU, « Public procurement law and internal market law », *op. cit.*, p. 846 ; L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, *op. cit.*, p. 200 ; D. DEOM et P. NIHOUL, « Les marchés publics : Concurrence, transparence et neutralité », *Revue générale de droit*, 2006, vol. 36, p. 817-818 ; D. CAHILL, « The Ebb and Flow, the Doldrums and the Raging Tide: Single Market Law's Ebb and Flow over Services of General Economic Interest, the Legal Doldrums over Services of General Interest, and the Raging Tide of Article 106 (2)(ex Art 86 (2)) over State Aid & Public Procurement », *European Business Law Review*, 2010, vol. 21, n° 5, p. 661. Voy. également les conclusions de l'avocat général Maduro précédant CJUE, 4 juin 2009, *Commission c. Grèce*, C-250/07, § 10 et les conclusions de l'avocat general Fennelly précédant l'arrêt *Telaustria*, C-324/98, précité, § 43.

cet objectif par deux voies complémentaires¹. En amont de l'attribution d'un marché public, elle permet à chacun des opérateurs potentiellement intéressés par la participation à la procédure d'octroi du marché d'accéder aux informations concernant l'ouverture de la procédure, l'objet du marché et les critères qui guideront son attribution. En aval, elle permet le contrôle de l'impartialité de la procédure grâce précisément à la divulgation de ces informations. Comme le résume la Cour dans un passage de l'arrêt *Telaustria* répété à plusieurs reprises par la suite, et notamment dans l'arrêt *UNIS et Beaudout*, l'obligation de transparence vise donc à assurer « un degré de publicité adéquat permettant, d'une part, une ouverture à la concurrence et, d'autre part, le contrôle de l'impartialité de la procédure d'attribution² ».

518. L'obligation de transparence est donc un outil au service de l'intégration des marchés nationaux. Et c'est selon nous ce lien à l'objectif d'accomplissement du marché intérieur qui explique qu'elle puisse être appliquée dans d'autres domaines que celui des marchés publics, au sein duquel elle a d'abord été développée³. Elle est en effet utile, selon cette perspective, toutes les fois où l'accès à une activité économique est réservé à un (ou quelques) opérateur économique choisi au terme d'une procédure menée par les autorités publiques, comme c'est le cas lors de l'octroi d'un droit exclusif, afin de garantir la possibilité effective à tous les opérateurs économiques souhaitant exercer cette activité de participer sur un pied d'égalité à ladite procédure.

519. C'est également ce lien à l'objectif d'accomplissement du marché intérieur qui explique que l'application de l'obligation de transparence ne signifie pas nécessairement que le domaine concerné doit être organisé sur le modèle du droit de la commande publique. En effet, cet objectif est indépendant de celui de l'encadrement de l'utilisation des deniers publics, qui est propre quant à lui au domaine des marchés publics⁴. On ne saurait donc, à notre sens, prendre argument de l'application de l'obligation de transparence aux procédures d'octroi d'un droit exclusif pour conclure que ces procédures devraient répondre à des critères similaires à ceux édictés pour l'attribution des marchés publics; ce serait confondre deux dimensions différentes et dissociables du droit européen des marchés publics. Ce point est de première importance pour notre question, celle des impli-

1. Voy. *infra* n° 535-544.

2. § 62 de l'arrêt *Telaustria*, C-324/98, précité, et § 39 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, C-25/14 et C-26/14, précité.

3. L'avocat général Jääskinen formule un argument en ce sens au § 57 de ses conclusions précédant l'arrêt *UNIS et Beaudaut*, précité. Voy. également C. JANSEN, « Allocation of Limited Rights from a European Public Procurement Law Perspective », *op. cit.*, p. 273.

4. Dans le même sens, voy. S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 3^e éd., *op. cit.*, p. 168-170; C. JANSEN, « Allocation of Limited Rights from a European Public Procurement Law Perspective », *op. cit.*, p. 274.

cations de l'arrêt *UNIS et Beaudout* pour les rapports entre l'État et les partenaires sociaux. Il entraîne que, si les partenaires sociaux doivent être « transparents », en un sens qu'il nous faut encore préciser, rien, en droit européen, ne les oblige par contre à devoir privilégier certains critères sur d'autres pour la sélection du gestionnaire d'un régime de pension complémentaire. Nous y reviendrons¹.

520. L'obligation de transparence a donc pour raison d'être de servir à l'intégration des marchés nationaux. Cet objectif est poursuivi par la formulation de certaines exigences concrètes. Avant de passer à l'exposé de ces exigences, il nous faut encore répondre à une question préliminaire, celle de savoir sur qui, de l'État ou des partenaires sociaux, pèse les différentes exigences contenues dans l'obligation de transparence lorsqu'il est procédé à l'extension d'un accord collectif.

3. Les débiteurs de l'obligation de transparence dans le contexte particulier de l'extension d'un accord collectif : un effet direct horizontal qui ne dit pas son nom

521. Dans l'arrêt *UNIS et Beaudout* tout comme dans l'arrêt *Commission c. Allemagne*, que nous avons présenté plus haut², la Cour a rejeté l'argument selon lequel le droit de négociation collective commande que ces accords soient exclus du champ d'application des libertés économiques prévues par le TFUE³. Et dans les deux arrêts, l'obligation de transparence a été rendue applicable aux accords collectifs conclus par les partenaires sociaux en vue de la mise en place d'un régime de protection sociale complémentaire. Ces deux points communs justifiaient que l'on présente plus haut ces décisions comme participant d'une même jurisprudence, et qu'on les mette ensemble en contrepoint avec l'arrêt *Albany*, et par contre dans la même ligne que les arrêts *Viking* et *Laval*. Il convient toutefois de prendre également en compte ce qui les distingue. Cela concerne notamment le raisonnement par lequel la Cour justifie que l'obligation de transparence puisse être appliquée à des décisions appartenant non pas à l'État, mais aux partenaires sociaux.

522. On se souvient que l'arrêt *Commission c. Allemagne* avait à se prononcer sur la légalité de la mise en œuvre d'un accord collectif du *secteur public* par des employeurs communaux allemands au regard des directives relatives aux marchés publics applicables à l'époque. Dans l'arrêt *UNIS et Beaudout*, la question soumise à la Cour était celle de la légalité au regard du droit primaire européen, en l'occurrence de la libre prestation des services, de la procédure d'extension d'un accord collectif du *secteur privé* par le ministre français compétent. Dans les deux arrêts, un argument similaire a été soulevé, qui pourrait être présenté comme suit : il n'est

1. Voy. *infra* n° 544.

2. Voy. *supra* n° 494.

3. Voy. *supra* n° 491 et s.

pas justifié d'exiger le respect de l'obligation de transparence en l'espèce car ceux sur qui pèse juridiquement cette obligation ne sont pas ceux dont il dépend en fait qu'elle soit respectée.

523. L'Allemagne, soutenue sur ce point par la Suède, arguait que « les employeurs communaux n'agissent pas en tant que pouvoirs adjudicateurs [c'est-à-dire les entités soumises aux directives relatives aux marchés publics] lorsqu'ils ne font que mettre en œuvre, dans le domaine de l'assurance vieillesse d'entreprise, un choix prédéfini par une convention collective, sans disposer d'une autonomie décisionnelle qui puisse les conduire à accorder, de leur plein gré, une préférence à tel ou tel soumissionnaire¹ ». Dans l'affaire *UNIS et Beaudout*, des syndicats des secteurs concernés ainsi que le gouvernement belge (qui a présenté des observations écrites devant la Cour) ont soutenu de manière similaire que l'obligation de transparence n'était pas applicable en l'espèce pour la raison que « contrairement aux circonstances [qui valent dans le contexte de l'octroi d'une autorisation unique d'exercer une activité économique² ou] dans le contexte des marchés publics et des concessions de services, le choix d'un organisme assureur résult[e] non pas d'une décision d'une autorité publique [au sens du droit européen de la commande publique], mais d'un accord des partenaires sociaux agissant dans le cadre de négociations collectives. Le ministre ayant compétence pour étendre un accord collectif désignant un organisme assureur n'intervien[t] pas dans le choix de cet organisme et ne dispos[e] d'aucun pouvoir quant à ce choix dans le cadre de la procédure d'extension³ ».

524. La Cour a rejeté cet argument dans les deux arrêts, mais sur la base de raisonnements différents qui ne nous paraissent pas également convaincants. En réponse à l'argument de l'Allemagne, dans le premier arrêt, la Cour commence par rappeler que l'objectif des directives relatives aux marchés publics, auquel participe l'obligation de transparence, est d'« exclure le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires ou candidats nationaux lors de toute passation de marché effectuée par les pouvoirs adjudicateurs ». Les autorités locales étant indiscutablement des pouvoirs adjudicateurs au sens de ces directives⁴, la question est donc de savoir si le risque qu'elles favorisent les candidats nationaux était pré-

1. § 71 de l'arrêt *Commission c. Allemagne*, C-271/08, précité.

2. Il est fait référence à l'arrêt *Sporting Exchange*, C-203/08, dont on a parlé *supra* au n° 511.

3. § 67 des conclusions de l'avocat général Jääskinen précédant l'arrêt *UNIS et Beaudout*, C-25/14 et C-26/14, précitées.

4. En deux mots, les pouvoirs adjudicateurs sont les autorités étatiques et les entités juridiques qu'elles contrôlent effectivement, qui n'opèrent pas en situation de concurrence sur le marché. Voy. notamment le § 49 de l'arrêt *Wall*, C-91/08, précité. Voy. également G. OLYKKE, « Is the granting of special and exclusive rights subject to the principles applicable to the award of concessions? Recent developments in case law and their implications for one of the last sanctuaries for protectionism », *op. cit.*, p. 5.

sent en l'espèce. Selon l'Allemagne, ce risque était de toute façon exclu étant donné les modalités d'attribution du marché, à savoir la conclusion d'un accord collectif : les autorités locales ne décidant pas seules, elles ne peuvent être soupçonnées d'avoir agi partiellement. La Cour n'est pas convaincue par l'argument. Elle souligne que l'accord collectif en cause dans l'affaire avait « été négocié, notamment, par des représentants des employeurs communaux. Ces employeurs ont, par conséquent, exercé une influence, à tout le moins indirectement, sur le contenu de cet [accord]¹ ». Le risque qu'ils aient pu favoriser des candidats nationaux ne pouvait donc être exclu. Pour cette raison, estime la Cour, les employeurs communaux ne pouvaient se soustraire à l'obligation de transparence à laquelle les soumettent en principe les directives applicables. En d'autres termes, la Cour rejette l'argument soulevé par l'Allemagne non parce qu'il ne serait pas pertinent en droit, mais pour la raison qu'il n'est selon elle pas vérifié dans les faits : les employeurs communaux n'étaient pas les simples exécutants de l'accord collectif, puisqu'ils ont pu participer à sa négociation².

525. Dans l'arrêt *UNIS et Beaudout*, la réponse de la Cour à l'argument soulevé est une nouvelle fois pour le moins lacunaire. En vérité, nous cherchons à la lire entre les lignes, faute de mieux, sans être tout à fait certain qu'elle s'y trouve. Se plaçant dans la ligne de la jurisprudence *Sporting Exchange* dont nous avons parlé plus haut³, la Cour insiste dans son arrêt sur ce que l'obligation de transparence est applicable en l'espèce en raison de la création d'un droit exclusif *du fait de l'intervention de l'autorité publique*, laquelle a décidé de faire usage de son pouvoir d'étendre l'accord collectif⁴. Par ailleurs, elle prend soin « de rappeler que la question posée dans chacune des deux affaires ne concerne que la décision par laquelle une autorité publique décide d'étendre un accord collectif à l'ensemble des employeurs et des travailleurs salariés d'une branche d'activité⁵ ». À l'argument selon lequel il est sans objet d'exiger des autorités étatiques qu'elles respectent l'obligation de transparence puisque le choix de l'opérateur économique appartient aux partenaires sociaux, la Cour nous semble donc répondre (indirectement) qu'elle n'exige le respect de cette obligation qu'à l'égard des autorités étatiques — en l'occurrence le ministre compétent — et seulement pour la partie de la procédure de désignation d'un opérateur unique qui relève de leur compétence, à savoir

1. § 74 de l'arrêt *Commission c. Allemagne*, C-271/08, précité.

2. La Cour a confirmé cette jurisprudence dans l'arrêt CJUE, 4 avril 2019, *Allianz Vorsorgekasse AG*, C-699/17, dans lequel elle énonce qu'il est « suffisant [que les employeurs publics] aient pu exercer une influence sur le choix de leur cocontractant, à tout le moins indirectement, au moyen d'une convention collective » pour que l'obligation de transparence doive être respectée (§ 58).

3. Voy. *supra* n° 511.

4. §§ 34-36 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, C-25/14 et C-26/14, précité.

5. § 40 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, C-25/14 et C-26/14, précité.

l'extension de l'accord collectif; les partenaires sociaux, eux, ne seraient pas concernés par la décision. On remarquera que cette réponse est en quelque sorte l'inverse de celle donnée dans l'arrêt *Commission c. Allemagne*. Dans ce dernier, la Cour justifie l'applicabilité de l'obligation en pointant la porosité de la frontière entre les autorités étatiques (en l'occurrence les employeurs communaux) et la négociation collective, tandis qu'elle semble par contre tirer argument de la séparation nette des rôles entre ces autorités et les partenaires sociaux dans l'arrêt *UNIS et Beaudout*.

526. Cet argument, implicite, nous semble particulièrement formaliste¹. Si l'on tient compte des implications directes de cet arrêt, il nous paraît indéniable que les acteurs concernés au premier chef par la décision de rendre applicable l'obligation de transparence à la procédure d'extension d'un accord collectif sont les partenaires sociaux.

On se souviendra en effet que la Cour condamne la procédure française en cause dans l'arrêt *UNIS et Beaudout* pour deux raisons. D'une part, le délai donné aux opérateurs économiques pour faire connaître leurs observations à propos de l'accord dont l'extension est demandée est trop court. D'autre part, la nature du contrôle de l'accord collectif mené par l'autorité publique ne lui permet pas de s'opposer à l'extension lors même qu'elle aurait connaissance de l'existence d'une offre « plus avantageuse² ». En d'autres termes, la Cour exige que la procédure d'extension permette de s'opposer au choix des partenaires sociaux lorsque ce choix ne correspond pas à celui qu'ils auraient pris dans le contexte d'une concurrence ouverte aux opérateurs économiques étrangers. Mais cela ne signifie-t-il pas qu'il est attendu *des partenaires sociaux eux-mêmes* qu'ils permettent cette concurrence? Et comment s'assurer en pratique qu'ils l'ont effectivement permise, sinon en exigeant d'eux qu'ils communiquent les informations nécessaires aux opérateurs économiques pour que ceux-ci puissent leur faire part le cas échéant de leurs offres, autrement dit en exigeant d'eux — et pas seulement des autorités publiques *ex post* — qu'ils soient transparents? Pour être atteint, il est donc manifeste que l'objectif d'ouverture à la concurrence attaché à l'obligation de transparence doit déjà, et même surtout être pris en compte au stade de la sélection de l'opérateur économique, c'est-à-dire au stade de la procédure qui relève de la négociation collective. L'avocat général Jääskinen fait la même observation dans ses conclusions précédant l'arrêt, quoiqu'il soutienne, comme la Cour, que « l'obligation de transparence, en tant que telle, [ne] pèse [pas] sur les partenaires

-
1. V. LE MEUR-BAUDRY et J. BARTHÉLÉMY, « Protection sociale complémentaire : choix de l'organisme assureur et transparence », *op. cit.*, estiment le raisonnement de la Cour parfaitement conciliable avec le droit français de la protection sociale complémentaire.
 2. § 45 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, C-25/14 et C-26/14, précité.

sociaux¹ ». À notre sens, cette dernière affirmation est purement rhétorique : en réalité, la charge du respect de l'obligation de transparence pèse principalement sur les partenaires sociaux.

527. La réponse de la Cour à l'argument selon lequel il n'y a pas de sens à exiger des autorités étatiques qu'elles respectent l'obligation de transparence puisque le choix de l'opérateur économique appartient aux partenaires sociaux, nous semble donc consister plus en une esquive qu'en une véritable réponse. Ce fait est à notre sens révélateur d'une difficulté fondamentale à laquelle la Cour fait face dans l'arrêt *UNIS et Beaudout* (comme dans d'autres, et en particulier les arrêts *Viking* et *Laval*²). Celle de justifier qu'une obligation juridique adressée originairement aux États soit appliquée à des pratiques (celles des relations collectives de travail) qui ne relèvent pas de la sphère étatique, mais lui empruntent certaines caractéristiques, parmi lesquelles principalement le pouvoir d'adopter des obligations de portée générale³. La Cour semble avoir cherché à contourner cette difficulté en adressant l'obligation de transparence aux autorités étatiques au motif de leur intervention (marginale) dans la procédure, et en affectant de ne pas voir que les conséquences qui en découlent concernent principalement les partenaires sociaux. Cela lui évite de devoir affirmer expressément, comme elle l'a déjà fait à d'autres endroits en s'exposant à la controverse⁴, qu'elle décide en l'espèce de faire de la libre prestation des services une source d'obligations pesant directement sur les partenaires sociaux, c'est-à-dire de la doter d'un effet direct *horizontal*⁵.

528. À cet égard, l'arrêt *UNIS et Beaudout* nous semble fournir une nouvelle illustration de la prégnance de certaines valeurs libérales dans la jurisprudence de la Cour. Lors d'un commentaire de l'arrêt *Albany*, mené dans notre chapitre consacré au droit de la concurrence, nous avons souligné que la Cour ne tenait pas compte de la spécificité de la négociation collective pour apprécier l'existence d'un éventuel abus de position dominante dans le chef de l'entité gestionnaire d'un

-
1. §§ 71-72 des conclusions de l'avocat général Jääskinen précédant l'arrêt *UNIS et Beaudout*, C-25/14 et C-26/14, précité.
 2. CJUE, 11 décembre 2007, *Viking Line*, C-438/05, précité ; CJUE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05, précité.
 3. Sur cette question, discutée à propos de l'obligation de transparence, voy. notamment L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, op. cit., p. 202-203 ; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 3^e éd., op. cit., p. 289 ; M. SZYDLO, « Contracts beyond the scope of the EC procurement directives – who is bound by the requirement for transparency? », *European Law Review*, 2009, vol. 34, n^o 5, p. 730-732.
 4. Voy. notamment les nombreuses réactions aux arrêts *Viking* et *Laval* citées *supra* p. 284, note 1.
 5. À propos de cette notion d'effet direct horizontal et de ses implications, voy. notamment S. ENCHELMAIER, « Horizontality: the application of the four freedoms to restrictions imposed by private parties », in P. KOUTRAKOS et J. SNELL (éds.), *Research Handbook on the Law of the EU's Internal Market*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 54-81, et les références citées.

régime de pension complémentaire obligatoire. Nous avons argumenté que cela témoigne de l'adoption, par la Cour, d'une certaine représentation de la société : l'État y est conçu comme un pouvoir extérieur faisant face aux opérateurs économiques interagissant librement sur le marché; entre eux, il n'y a pas de corps intermédiaire. Dans une représentation de ce type, la négociation collective, en tant qu'elle peut déboucher sur l'adoption d'obligations de portée générale s'imposant même à autrui, ne saurait être appréhendée autrement que comme relevant du pôle de l'État; il n'y a pas de place particulière possible pour elle entre l'État et le marché, malgré ses spécificités à la fois par rapport à l'État — elle est *négociation* entre des représentants des acteurs du marché — et par rapport au modèle du marché — elle est négociation pour faire émerger des solutions communes autres que celles du marché.

L'arrêt *UNIS et Beaudout* nous semble porté par la même représentation. En exigeant, de fait, le respect de l'obligation de transparence — qui, on le rappelle, est issue du droit des marchés publics¹ — par les partenaires sociaux, elle les assimile à l'État, ou du moins à un pouvoir extérieur au marché et comparable à ce titre à l'État, qui doit donc être soumis aux mêmes règles que lui.

529. Quoiqu'il en soit, selon l'arrêt *UNIS et Beaudout* donc, l'obligation de transparence a pour seul débiteur les autorités étatiques lorsqu'un droit exclusif est octroyé par l'extension d'un accord collectif. Mais la mise en œuvre effective de cette obligation semble en réalité devoir reposer principalement sur les partenaires sociaux, qui en sont en quelque sorte les « débiteurs de fait ».

Plus précisément, les partenaires sociaux et l'État nous semblent devoir se partager la mise en œuvre des deux finalités de l'obligation de transparence que la Cour rappelle dans l'arrêt *UNIS et Beaudout* : l'ouverture à la concurrence et le contrôle de l'impartialité de la procédure. Aux premiers, il revient de mener la sélection de l'opérateur économique selon une procédure suffisamment transparente pour permettre, d'une part, à tous les opérateurs potentiellement intéressés par la gestion du régime de se faire connaître et de participer le cas échéant à la procédure (finalité d'ouverture à la concurrence) et, d'autre part, aux opérateurs non retenus à l'issue de la procédure de prendre connaissance des motifs de la décision des partenaires sociaux. Aux autorités étatiques, il revient de mettre en place une procédure permettant de s'opposer à l'extension de l'accord collectif s'il apparaît — notamment suite à la communication des motifs de la décision aux opérateurs non retenus — que les partenaires sociaux ont manqué d'impartialité dans leur décision (finalité de contrôle de l'impartialité de la procédure).

530. Dans l'arrêt *UNIS et Beaudout*, la Cour a insisté sur les exigences qui pèsent sur les autorités étatiques. Mais pour les raisons exposées ci-dessus², il nous semble

1. Voy. *supra* n° 506 et s.

2. Voy. *supra* n° 527.

difficilement contestable que cet arrêt fait *de facto* également peser des exigences plus importantes encore sur les partenaires sociaux. Il convient maintenant de présenter en quoi consistent ces exigences concrètes qui découlent de l'obligation de transparence. L'exposé du détail de ces exigences nous permettra de tenter une évaluation de leur incidence potentielle sur les rapports entre partenaires sociaux, État et opérateurs économiques pour l'organisation de régimes de pension complémentaires.

4. Les exigences concrètes de l'obligation de transparence et leurs implications pour les relations entre les acteurs en présence

531. De l'arrêt *UNIS et Beaudout* seul, on ne peut obtenir que peu d'informations sur les exigences de transparence à respecter lors de la procédure d'octroi d'un droit exclusif par extension d'un accord collectif. Comme mentionné plus haut¹, la Cour pointe dans l'arrêt deux éléments insatisfaisants au regard de l'obligation de transparence : la durée, trop courte, du délai dans lequel les intéressés peuvent faire part de leurs observations sur la demande d'extension de l'accord collectif, et la nature du contrôle « de simple légalité² » mené par le ministère français sur l'accord collectif dont il est demandé l'extension de la force obligatoire, qui ne lui permettrait pas de s'opposer à l'extension alors même qu'il serait informé de l'existence d'une offre « plus avantageuse³ » que celle retenue dans cet accord.

532. On peut toutefois prendre appui sur la jurisprudence antérieure de la Cour, sur des communications de la Commission ainsi que, plus fondamentalement, sur la raison d'être de l'obligation de transparence pour compléter ces informations. Pour rappel, et comme le résume la Cour dans l'arrêt *UNIS et Beaudout*, l'obligation de transparence vise à rendre possible « d'une part, une ouverture à la concurrence et, d'autre part, le contrôle de l'impartialité de la procédure d'attribution⁴ ».

533. Les informations que l'on trouvera ci-dessous doivent toutefois être reçues avec prudence. C'est que les contours précis de l'obligation de transparence restent flous, et semblent souvent dépendre en partie des circonstances de l'espèce sur laquelle se prononce la Cour⁵. Plusieurs auteurs ont regretté cette situation, en raison de la situation d'insécurité juridique dans laquelle elle place les entités

1. Voy. *supra* n° 488.

2. § 45 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, C-25/14 et C-26/14, précité.

3. *Ibid.*

4. § 39 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, C-25/14 et C-26/14, précité.

5. F. WOLLENSCHLÄGER, « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *op. cit.*, p. 223-224 ; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 3^e éd., *op. cit.*, p. 273 ; A. BUIJZE, *The principle of transparency in EU Law*, *op. cit.*, p. 208 ; A. BROWN, « Application of the EU Treaty Obligation of Transparency to an Exclusive National Licence for Internet Games of Chance », *op. cit.*, p. 181.

adjudicatrices d'un marché public non soumis aux directives applicables en la matière ou, *a fortiori*, d'un droit exclusif¹. S'il n'est donc pas certain que la Cour condamnerait une procédure qui ne respecte pas toutes les exigences de transparence que nous allons présenter, il semble par contre raisonnable d'affirmer que s'écarter de ces exigences augmente le risque d'une telle condamnation.

534. Nous présenterons les exigences concrètes qui découlent de l'obligation de transparence selon qu'elles doivent être respectées au stade de la négociation entre les partenaires sociaux ((1)) ou au stade de la procédure d'extension de l'accord collectif ((2)). Pour rappel, à chacun de ces stades correspond, selon nous, la mise en œuvre de l'une des deux finalités de l'obligation de transparence, à savoir respectivement l'ouverture à la concurrence et le contrôle de l'impartialité de la procédure.

(1) *Exigences de transparence au stade de la négociation entre les partenaires sociaux pour la sélection du gestionnaire — l'ouverture à la concurrence*

535. Comme précisé plus haut, les partenaires sociaux doivent, selon la compréhension que nous avons de la jurisprudence de la Cour, respecter des exigences liées à l'obligation de transparence au stade des négociations menant à la désignation de l'entité qui gèrera le régime de pension complémentaire qu'ils mettent en place, si et seulement si l'accord collectif contenant cette désignation est appelé à être étendu par l'intervention de l'autorité étatique²; autrement dit, ces exigences sont à respecter lorsqu'ils mettent en place un régime de pension sectoriel. Exposer la teneur de ces exigences revient à répondre aux trois questions suivantes : qui doit-être informé, de quoi, et comment ?

536. Concernant la première question, celle du qui, il ressort de la jurisprudence de la Cour que l'information à communiquer doit être rendue accessible à tous les opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés par le marché ou le droit que l'on prévoit d'octroyer³. Selon une communication de la Commission adoptée en 2006 pour clarifier les exigences de transparence applicables aux marchés publics exclus en tout ou en partie des directives de l'époque, qui nous semble pertinente également à l'égard de l'octroi d'un droit exclusif⁴, une simple communication ciblée vers quelques opérateurs économiques choisis au préalable par

1. Voy. notamment S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 3^e éd., *op. cit.*, p. 276; P. TREPTE, *Public Procurement in the EU*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 15-16.

2. Voy. *supra* n° 527.

3. Voy. notamment CJUE, 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03, point 21 ; § 49 de l'arrêt *Parking Brixen*, C-458/03, précité ; § 62 de l'arrêt *Telaustria*, C-324/98.

4. Dans le même sens, voy. V. HATZOPOULOS, « The Allocation of Limited Authorisations under EU Internal Market Rules », in P. ADRIAANSE *et al.* (éds.), *Scarcity and the State I. The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Cambridge, Intersentia, 2016, p. 174.

l'entité adjudicatrice (en l'occurrence, les partenaires sociaux) ne suffirait donc pas¹. Un auteur estime quant à lui qu'un contact direct avec certains opérateurs seulement peut suffire dans certaines circonstances, notamment lorsque le marché en question est très concentré et se partage entre quelques opérateurs à peine au niveau européen². Quoiqu'il en soit de ce cas particulier, l'exigence d'une diffusion large de l'information nous paraît en cohérence avec le premier objectif de l'obligation de transparence mentionné plus haut, celui de l'ouverture à la concurrence de l'attribution du marché ou du droit exclusif.

Si l'information doit être rendue accessible à tous, les partenaires sociaux ne sont par contre pas obligés d'accepter de prendre en compte les offres de tous les opérateurs ayant marqué leur intérêt. Selon la communication de la Commission, une entité adjudicatrice « peut [en effet] limiter le nombre de candidats invités à soumettre une offre. Dans ce cas, elle fournit toutes les précisions nécessaires concernant les mécanismes de sélection des candidats » qui seront autorisés à présenter une offre détaillée après une première manifestation d'intérêt³. Les éventuels critères de sélection des candidats autorisés à continuer de participer à la procédure doivent donc eux-mêmes faire l'objet d'une publicité adéquate.

537. Concernant la question du contenu de l'information à communiquer, autrement dit la question du *quoi*, trois éléments doivent être rendus accessibles à toute partie potentiellement intéressée par la procédure.

Le premier élément est l'intention des partenaires sociaux de faire appel à un opérateur économique pour la gestion d'un régime de pension complémentaire obligatoire. Cette publicité doit permettre aux opérateurs économiques de se faire une opinion sur l'opportunité de témoigner leur intérêt pour la gestion du régime. Autrement dit, elle doit « contenir toutes les informations dont une entreprise d'un autre État membre *aura raisonnablement besoin pour décider* de manifester ou non son intérêt pour obtenir le marché » ou le droit exclusif⁴. Dans le même

-
1. Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », J.O. C 179 du 1^{er} août 2006, p. 2-7, point 2.1.1. ; voy. également S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. 1, 3^e éd., *op. cit.*, p. 269., qui relaie cette opinion ; L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, *op. cit.*, p. 218-219. L'Allemagne avait introduit un recours en annulation contre la communication interprétative de la Commission ; il a été rejeté par le Tribunal dans son arrêt T-258/06, *Allemagne c. Commission*, du 20 mai 2010.
 2. A. BROWN, « EU primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives », *op. cit.*, p. 173.
 3. Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », précitée ; la citation est tirée du point 2.1.3., qui renvoie au point 2.2.2.
 4. Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés

esprit, cette publicité doit intervenir en temps utile, afin que les opérateurs puissent se manifester dans les délais fixés par la procédure¹. Le contenu et le degré de précision des informations à communiquer doivent être déterminés cas par cas, par l'autorité adjudicatrice. Il n'est donc pas nécessairement requis de procéder à un appel d'offres dans les formes prévues par le droit des marchés publics². Les informations communiquées doivent préciser l'objet et l'étendue de la prestation souhaitée³. En l'occurrence, concernant la gestion d'un régime de pension complémentaire obligatoire, il semble évident que la communication doit à tout le moins contenir des informations sur le nombre projeté, après extension de la force obligatoire de l'accord collectif, de personnes couvertes par le régime et sur la nature des prestations de retraite envisagées (à contributions ou à prestations définies, ou selon des modalités intermédiaires⁴).

Le deuxième élément devant faire l'objet d'une publicité concerne la procédure par laquelle l'opérateur économique sera désigné par les partenaires sociaux. L'obligation de transparence (ou plus précisément le principe de non-discrimination en raison de la nationalité dont elle découle) n'impose pas de suivre un type particulier de procédure⁵. Elle exige par contre qu'une procédure existe, qui ouvre l'attribution du marché ou du droit exclusif à la concurrence⁶, et que le déroule-

publics », précitée, point 2.1.3. C'est la Commission qui souligne. Voy. également S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 3^e éd., *op. cit.*, p. 270.

1. Voy. notamment CJUE, 26 septembre 2000, *Commission c. France*, C-225/98, point 35.
2. Voy. CJUE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, § 25 ; § 50 de l'arrêt *Parking Brixen*, C-458/03, précité ; § 21 de l'arrêt *Coname*, C-231/03, précité ; Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », précitée, point 2.1.3., qui semble aller également dans ce sens ; F. WOLLENSCHLÄGER, « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *op. cit.*, p. 223-224.
3. M. KRUGNER, « The principles of equal treatment and transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions », *Public Procurement Law Review*, 2003, n° 5, p. 200.
4. À propos de ces notions, voy. notamment *supra* n° 404 et s.
5. Voy. J. WOLSWINKEL, « The Need for Optimal Choice: Exploring a Hierarchy between Allocation Procedures for Limited Authorisations under EU Law », *op. cit.* ; F. WOLLENSCHLÄGER, « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *op. cit.* ; M. SZYDLO, « The Process of Granting Exclusive Rights in the Light of Treaty Rules on Free Movement », *op. cit.* ; J. WOLSWINKEL, « The Allocation of a Limited Number of Authorisations: Some General Requirements from European Law », *Review of European Administrative Law*, 2009, vol. 2, n° 2, p. 61-104 ; M. KRUGNER, « The principles of equal treatment and transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions », *op. cit.*, p. 201. Voy. également la communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, J.O. C 121 du 29 avril 2000, p. 2-13, point 3.1.1.
6. Voy. notamment l'arrêt *Parking Brixen*, C-458/03, précité, § 50 ; CJUE, 6 avril 2006, *ANAV*, C-410/04, § 22 ; l'arrêt *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, précité, § 76.

ment et les caractéristiques essentielles de cette procédure soient annoncés *a priori* aux opérateurs économiques¹. Selon les termes de la Cour, l'obligation de transparence « implique que toutes les conditions et les modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque, de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, d'autre part, à encadrer le pouvoir discrétionnaire de l'autorité concédante et de mettre celle-ci en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant la procédure en cause² ». L'obligation de transparence exige en outre, ce qui semble aller de soi, que l'entité adjudicatrice se tienne effectivement à la procédure annoncée³. La procédure choisie doit par ailleurs certainement respecter les exigences qui découlent du droit primaire européen en général, à savoir pour l'essentiel ne pas être discriminatoire⁴.

Le troisième élément devant faire l'objet d'une publicité adéquate consiste dans les critères sur la base desquels le choix final de l'opérateur économique sera adopté⁵. La pondération de ces critères semble par contre, elle, ne pas devoir être obligatoirement communiquée⁶. En plus d'être transparents, ces critères doivent

-
1. Voy. notamment CJUE, 2 juin 2016, *Dr. Falk Pharma GmbH*, C-410/14, § 45 ; Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », précitée, point 2.1.1.
 2. CJUE, 16 février 2012, *Costa et Cifone*, C-72/10 et C-77/10, § 73.
 3. Voy. CJUE, 14 juin 2007, *Medipac*, C-6/05, § 54 ; l'arrêt *Costa et Cifone*, C-72/10 et C-77/10, précité, § 56 ; CJUE, 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, § 48 ; Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », précitée, point 2.2.3 ; F. WOLLENSCHLÄGER, « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *op. cit.*, p. 225-226.
 4. C. JANSEN, « Allocation of Limited Rights from a European Public Procurement Law Perspective », *op. cit.*, p. 273 ; F. WOLLENSCHLÄGER, « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *op. cit.*, p. 225.
 5. Voy. notamment CJUE, 14 octobre 2004, *Commission c. France*, C-340/02, § 34 ; CJUE, 24 novembre 2005, *ATI EAC Srl*, C-331/04, § 24. Voy. également F. WOLLENSCHLÄGER, « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *op. cit.*, p. 221 et la jurisprudence citée en note 70 ; F. VAN OMMEREN, « Challenges for the National Legislator: The Allocation of Limited Rights by the Administration », in P. ADRIAANSE *et al.* (éds.), *Scarcity and the State I. The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Cambridge, Intersentia, 2016, p. 81 ; S. PRECHAL et M. DE LEEUW, « Dimensions of Transparency », *op. cit.*, p. 58.
 6. Voy. l'arrêt *Commission c. Irlande*, C-226/09, précité, §§ 43-44. À propos de cet arrêt, voy. notamment S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. 1, 3^e éd., *op. cit.*, p. 272-273.

eux aussi sans aucun doute respecter le droit primaire européen, c'est-à-dire pour l'essentiel être non-discriminatoires¹.

538. Enfin, la question se pose des moyens de communication à employer, autrement dit la question du *comment*. La jurisprudence de la Cour n'impose aucun mode de communication particulier. Le plus simple et le plus approprié semble toutefois être l'utilisation d'Internet, qui permet une diffusion large du message à moindre coût. La publication d'un message sur un site internet propre aux partenaires sociaux impliqués dans la procédure ou sur un site dédié à la diffusion d'informations concernant les projets de mise en place de régimes de protection sociale complémentaire en général semble permettre de remplir avec certitude la condition d'accessibilité de l'information à tous les opérateurs économiques potentiellement intéressés². Comme mentionné plus haut, la Cour nous paraît avoir implicitement reconnu l'adéquation de ce moyen de communication dans l'arrêt *UNIS et Beaudout* lui-même³.

539. Il est utile d'ajouter que selon la jurisprudence de la Cour, les exigences de transparence qui viennent d'être présentées sont à respecter non seulement lors de l'octroi, pour la première fois, d'un marché public ou d'un droit exclusif, mais également dans deux autres types de circonstances. Premièrement, la transparence doit être assurée également si l'accord conclu entre l'entité adjudicatrice et l'entité adjudicataire est modifié de manière substantielle après l'attribution du marché ou du droit. Des modifications substantielles à l'accord conclu peuvent en effet s'analyser comme la conclusion d'un nouvel accord entre l'entité adjudicatrice et l'opérateur économique, laquelle doit donc être menée dans le respect de l'obliga-

-
1. Voy. notamment CJUE, 31 janvier 2008, *Centro Europa*, C-380/05, § 103; J. WOLSWINKEL, « The Need for Optimal Choice: Exploring a Hierarchy between Allocation Procedures for Limited Authorisations under EU Law », *op. cit.*, p. 189-195; F. WOLLENSCHLÄGER, « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *op. cit.*, p. 218-221; M. SZYDLO, « The Process of Granting Exclusive Rights in the Light of Treaty Rules on Free Movement », *op. cit.*, p. 1425-1432; M. KRUGNER, « The principles of equal treatment and transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions », *op. cit.*, p. 202. À propos des difficultés que soulève l'application concrète du principe de non-discrimination dans le domaine des marchés publics, voy. A.-L. DURVIAUX, *Précis de droit des marchés et contrats publics*, *op. cit.*, p. 63 et s.
 2. Sur cette question des moyens de communication, voy. notamment S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. 1, *op. cit.*, p. 269-270; M. SZYDLO, « The Process of Granting Exclusive Rights in the Light of Treaty Rules on Free Movement », *op. cit.*, p. 1436-1437 et les références citées à la note 81; la Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », précitée, point 2.1.2.; M. KRUGNER, « The principles of equal treatment and transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions », *op. cit.*, p. 199-200.
 3. Voy. *supra*, n° 488.

tion de transparence¹⁻². L'appréciation de l'importance des modifications apportées doit être menée au cas par cas et au regard des objectifs poursuivis par l'obligation de transparence, à savoir l'ouverture à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité de la procédure. Dans les termes de la Cour, « la modification [d'un accord] en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure d'attribution initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue³ ».

540. Le second type de circonstances dans lesquelles la transparence doit également être assurée est le renouvellement de l'octroi du droit exclusif, afin de donner l'opportunité aux opérateurs intéressés, et en particulier à ceux qui n'étaient pas présents sur le marché lors du premier octroi du droit en question, de concurrencer à nouveau ou pour la première fois l'opérateur désigné⁴. À cet égard, il est important de noter qu'il a été jugé par la Cour que l'octroi d'un droit pour un terme illimité ou pour une durée particulièrement longue peut constituer une restriction disproportionnée à la libre prestation des services⁵. Un accord collectif rendu obligatoire qui désignerait un opérateur économique pour la gestion d'un régime de pension complémentaire sans prévoir que cette désignation doit être

-
1. Voy. notamment l'arrêt *Wall*, C-91/08, précité, §§ 36-38 ; CJUE, 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur*, C-454/06, § 34 ; M. DE GROOT, « Supervision on Public Service Performance by Private Providers: the Relevance of EU Law », *European Procurement and Public Private Partnership Law Review*, 2015, vol. 10, n° 4, p. 251-252 ; M. KRUGNER, « The principles of equal treatment and transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions », *op. cit.*, p. 204-206. S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 3^e éd., *op. cit.*, p. 271, est critique à l'égard de cette jurisprudence.
 2. On notera que les nouvelles directives applicables à la matière autorisent désormais que les marchés ou concessions attribués soient modifiés sans nouvelle procédure de passation ou d'attribution, à certaines conditions. Voy. l'article 43 de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession et l'article 72 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE. Cette évolution du droit dérivé pourrait influencer à l'avenir l'interprétation du droit primaire, en l'occurrence des exigences contenues dans l'obligation de transparence.
 3. § 38 de l'arrêt *Wall*, C-91/08, précité.
 4. Voy. notamment l'arrêt *Sporting Exchange*, C-203/08, précité ; F. VAN OMMEREN, « Challenges for the National Legislator: The Allocation of Limited Rights by the Administration », in P. ADRIAANSE *et al.* (éds.), *Scarcity and the State I. The Allocation of Limited Rights by the Administration*, *op. cit.*, p. 87.
 5. Voy. notamment l'arrêt *Engelmann*, C-64/08, précité, § 46 ; CJUE, 9 mars 2006, *Commission c. Espagne*, C-323/03, § 47 ; CJUE, 25 mars 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, § 79 ; C. JANSEN, « Allocation of Limited Rights from a European Public Procurement Law Perspective », *op. cit.*, p. 255 ; F. WOLLENSCHLAGER, « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *op. cit.*, p. 221.

reconsidérée à intervalles réguliers risquerait de se mettre en porte à faux avec cette jurisprudence.

541. Une dernière question se pose à propos des exigences de transparence à respecter par les partenaires sociaux à l'égard des opérateurs économiques. C'est celle de savoir à qui il revient de décider du contenu précis de l'information à communiquer et des moyens à utiliser pour assurer cette communication (la réponse à la question de savoir à qui l'information doit être communiquée est, elle, donnée par le droit européen : tous les opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés par le droit exclusif octroyé doivent pouvoir y accéder). Cette décision appartient-elle aux partenaires sociaux eux-mêmes, qui jugeront cas par cas quelles sont les informations et les moyens de communication les plus appropriés au regard des objectifs de l'obligation de transparence, ou doit-elle être prise par l'État, qui fixerait dans la loi ou la réglementation nationales les informations à communiquer et les moyens à employer pour ce faire ? Selon la communication de la Commission déjà mentionnée, il revient aux entités adjudicatrices — en l'occurrence aux partenaires sociaux, puisque ce sont eux par hypothèse qui sont à la manœuvre — d'apprécier quels sont le contenu et le moyen de communication adéquats pour assurer la transparence des procédures d'attribution d'un marché public ou d'octroi d'un droit exclusif qu'elles conduisent¹. Un auteur a critiqué cette solution pour la raison qu'elle renforce l'insécurité juridique qui entoure le contenu précis de l'obligation de transparence².

(2) *Exigences de transparence au stade de la procédure d'extension de l'accord collectif — le contrôle de l'impartialité de la procédure*

542. Comme déjà mentionné, la Cour a insisté dans l'arrêt *UNIS et Beaudout* sur ce que l'obligation de transparence exige, outre une ouverture à la concurrence de l'octroi d'un droit exclusif, que les autorités étatiques puissent s'opposer à l'extension d'un accord collectif si elles prennent connaissance de l'existence d'une offre plus avantageuse que celle retenue par les partenaires sociaux, autrement dit en cas de doute sur l'impartialité de la procédure³. Cette exigence nous semble rencontrer celle formulée à plusieurs reprises par la Cour et contenue dans le droit européen dérivé des marchés publics selon laquelle les candidats malheureux à l'attribution d'un marché public ou d'un droit exclusif doivent disposer d'une voie de recours effectif contre la décision de l'entité adjudicatrice, ce qui suppose qu'ils puissent introduire leurs recours éventuels *avant* le commencement d'exécution

1. Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », précitée.

2. S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 3^e éd., *op. cit.*, p. 276.

3. §§ 41-46 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, C-25/14 et C-26/14, précité.

du contrat découlant de cette décision¹. Dans le cas particulier de l'extension d'un accord collectif désignant un opérateur économique unique pour la gestion d'un régime de protection sociale complémentaire, cette exigence générale de la possibilité d'un recours effectif nous semble se traduire dans les deux exigences particulières suivantes.

543. Premièrement, comme la Cour le mentionne dans l'arrêt *UNIS et Beaudout*, un délai doit être prévu entre le moment de la désignation d'un opérateur économique par les partenaires sociaux dans un accord collectif et le moment où l'accord est étendu, afin de permettre aux autres opérateurs de faire connaître leurs observations à l'égard de la décision des partenaires sociaux avant sa mise en œuvre. Selon la Cour, un délai de 15 jours est insuffisant.

Deuxièmement, il nous semble que l'objectif poursuivi avec la mise en place de ce délai, à savoir permettre aux opérateurs déçus de faire part de leurs observations à l'égard de la décision des partenaires sociaux, implique en outre que les partenaires sociaux respectent deux obligations d'information supplémentaires, énoncées par la Cour dans d'autres circonstances que celles de l'arrêt *UNIS et Beaudout*. La première est qu'ils fassent connaître leur décision à tous les opérateurs ayant participé à la procédure, avant ou dès l'ouverture du délai en question². La seconde est qu'ils communiquent les motifs de leur décision, d'office ou si un opérateur leur en fait la demande³. Ce n'est en effet qu'à condition d'être informés de l'existence et des raisons de la décision des partenaires sociaux que les opérateurs déçus seront effectivement en mesure de faire usage de la possibilité qui leur est donnée de critiquer cette décision.

-
1. Voy. notamment CJUE, 28 octobre 1999, *Alcatel*, C-81/98 ; CJUE, 23 décembre 2009, *Commission c. Irlande*, C-455/08 ; voy. également la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics. Voy. aussi F. WOLLENSCHLÄGER, « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *op. cit.*, p. 229 ; C. MAUGÛÉ, « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », in *Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 620.
 2. Voy. F. WOLLENSCHLÄGER, « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *op. cit.*, p. 228 ; A. BROWN, « EU primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives », *op. cit.*, p. 181.
 3. Voy. notamment CJUE, 5 octobre 1987, *Heylens*, C-222/86, § 15 ; CJUE, 30 avril 2009, *Mellor*, C-75/08, § 59 ; voy. également la communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », précitée, point 2.3.3. ; F. WOLLENSCHLÄGER, « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *op. cit.*, p. 229 ; A. BROWN, « EU primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives », *op. cit.*, p. 178.

544. Une question encore se pose à la lecture de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, qui concerne la portée du contrôle à exercer par l'autorité sur l'accord collectif dont on demande l'extension. L'arrêt indique qu'un « simple contrôle de légalité » ne permettant pas à l'autorité compétente de s'opposer à l'extension de l'accord alors qu'elle aurait connaissance de « l'existence d'une offre plus avantageuse » que celle retenue par les partenaires sociaux ne suffit pas pour respecter l'obligation de transparence¹. Ces indications invitent à poser la question du contenu et de la nature du contrôle devant être mené par l'autorité étatique.

545. À l'égard du contenu du contrôle, on remarquera que la Cour ne précise pas *au regard de quels critères* l'autorité pourrait considérer qu'une offre est plus avantageuse. Deux options nous semblent possibles. Soit ces critères sont ceux définis par les partenaires sociaux eux-mêmes au premier stade de la procédure (celui de la négociation collective), qui doivent être rendus publics comme mentionné plus haut². Soit ces critères ne sont pas définis par les partenaires sociaux mais par l'autorité de contrôle ou par une norme qui s'impose à eux³.

546. De ces deux options, la première nous semble devoir être préférée. D'une part, elle suffit pour rencontrer l'objectif d'impartialité de la procédure que poursuit l'obligation de transparence. Le contrôle mené par l'autorité consiste en effet dans cette hypothèse à obliger les partenaires sociaux à se tenir à ce qu'ils avaient annoncé, à savoir qu'ils choisiraient l'offre qui répond le mieux aux critères rendus publics. Leur impartialité au regard de ces critères est de la sorte assurée.

D'autre part, elle permet de ne pas tomber dans une confusion analogue à celle que nous mentionnions plus haut à propos des deux dimensions du droit européen des marchés publics⁴. Pour rappel, ces deux dimensions sont l'encadrement de la dépense des deniers publics et l'accomplissement du marché intérieur. Nous avons expliqué que l'obligation de transparence, en tant qu'elle est un outil au service d'un traitement non discriminatoire des opérateurs économiques, appartient à la seconde dimension seulement et que, pour cette raison, on ne peut pas considérer que là où elle est applicable, là doit s'appliquer également un régime d'encadrement de la dépense des deniers publics (c'est-à-dire la première dimension du droit européen des marchés publics). En d'autres mots, l'accomplissement du marché intérieur (auquel participe l'obligation de transpa-

1. § 45 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, C-25/14 et C-26/14, précité.

2. Voy. *supra* n° 537.

3. En 1990 déjà, alors que la question était encore seulement théorique, J.-J. Dupeyroux se demandait qui aurait le pouvoir de définir les critères d'attribution de la gestion d'un régime de protection sociale complémentaire dans l'hypothèse où les partenaires sociaux se verraient contraints de procéder à un appel d'offres. Voy. J.-J. DUPEYROUX, « Les exigences de la solidarité : Observations sur la désignation d'une institution déterminée pour la gestion d'un régime complémentaire de prévoyance », *Droit social*, 1990, n° 11, p. 747.

4. Voy. *supra*, n° 515-519.

rence) et l'imposition de critères devant guider les autorités étatiques dans leurs opérations d'achats de biens et de services sur le marché sont deux questions différentes, qui doivent être distinguées. Or, précisément, l'option interprétative selon laquelle l'autorité de contrôle doit évaluer l'existence d'une offre plus avantageuse que celle retenue par les partenaires sociaux au regard d'autres critères que ceux fixés par ces derniers ne tient pas compte de cette distinction ; elle va au-delà de ce qu'exige l'obligation de transparence et bascule indûment dans une prétention analogue à celle du droit des marchés publics considéré dans sa dimension d'encadrement de la dépense des deniers publics.

547. L'obligation de transparence nous semble donc exiger seulement qu'on permette de s'assurer que les partenaires sociaux sont impartiaux, et pas qu'on édicte à leur place les critères à suivre lorsqu'ils doivent sélectionner un opérateur économique pour la gestion d'un régime de protection sociale complémentaire. C'est donc à notre sens au regard des critères annoncés par les partenaires sociaux que l'autorité de contrôle doit s'assurer qu'une offre plus avantageuse n'a pas été négligée.

548. Ceci nous permet de nous avancer sur la nature du contrôle devant être mené, selon nous, par l'autorité. Puisqu'elle doit contrôler la décision des partenaires sociaux au regard des critères qu'ils ont eux-mêmes fixés, et dans le but seulement de vérifier leur impartialité, l'autorité nous semble devoir mener ce contrôle avec prudence, sous peine de substituer sa propre interprétation desdits critères à celle des partenaires sociaux. De plus, comme il a été dit¹, il semblerait que la Cour n'exige pas que la pondération des critères soit rendue publique par les partenaires sociaux ; sur cette pondération, l'autorité ne devrait donc disposer d'aucun pouvoir de contrôle, ou à tout le moins d'un contrôle très réduit. Pour ces raisons, le contrôle mené par l'autorité devrait se limiter à un contrôle de la *cohérence* de la décision des partenaires sociaux, de sorte qu'elle n'oppose son refus d'étendre un accord collectif que lorsque la décision qu'il traduit est manifestement inconciliable avec les critères annoncés. Compris de cette façon, l'exercice d'un contrôle par l'autorité étatique ne saurait conduire à une limitation, par l'État, de l'autonomie de décision des partenaires sociaux.

549. Après avoir exposé les exigences contenues dans l'obligation de transparence, il convient maintenant de compléter notre présentation des implications de cette obligation par l'exposé des cas de figure dans lesquels elle n'est pas applicable.

1. Voy. *supra* n° 537.

5. Situations dans lesquelles l'obligation de transparence ne s'applique pas

550. Il existe deux situations particulières dans lesquelles l'obligation de transparence ne trouve pas à s'appliquer¹. La première situation est celle où le marché public ou le droit exclusif à attribuer ne présente pas d'intérêt transfrontalier certain ((1)). La seconde est celle où le marché ou le droit est attribué à une entité juridiquement indépendante de l'entité adjudicatrice, mais avec laquelle celle-ci entretient des liens étroits ((2)). Nous allons présenter ces deux situations et tenter de déterminer si elles peuvent se rencontrer dans le cas particulier de l'attribution du droit exclusif de gérer un régime de pension complémentaire par l'extension d'un accord collectif.

Avant d'expliquer en quoi consistent ces deux situations, il nous faut préciser qu'elles n'ont pas le même statut. L'existence d'un intérêt transfrontalier certain est une condition d'application de l'obligation de transparence; elle doit en bonne logique être constatée préalablement à la question de savoir si l'obligation a été respectée en l'espèce. Au contraire, l'existence de liens étroits entre l'entité adjudicatrice et l'entité attributaire du marché ou du droit est une exception à l'application de l'obligation de transparence; la logique veut que l'on se demande si elle est rencontrée après avoir constaté que l'obligation est en principe applicable.

Si nous présentons ces deux situations ensemble malgré leur différence de statut — condition d'application non rencontrée dans un cas, exception à l'application de principe dans l'autre — c'est que leur conséquence est identique : l'obligation de transparence ne s'applique tout simplement pas.

(1) *L'absence d'un intérêt transfrontalier certain*

551. Dans l'arrêt *UNIS et Beaudout*, une question non tranchée par la Cour est celle de savoir si les opérations en cause en l'espèce (la gestion de régimes de protection sociale complémentaire pour travailleurs salariés) présentaient un intérêt transfrontalier certain. La Cour ne disposait en effet pas des informations factuelles nécessaires pour se prononcer à cet égard. Elle a donc précisé à l'adresse du Conseil d'État français, à l'origine des questions préjudicielles, que sa réponse

1. On trouvera l'exposé d'une potentielle troisième exception, développée à titre plus exploratoire, dans Q. DETIENNE et J.-B. MAISIN, « Sélection par les partenaires sociaux d'un organisme de pension sectoriel : l'obligation de transparence européenne et l'exercice de la négociation collective. Les voies de la conciliation », *op. cit.*, p. 487-491. Fondée sur les arrêts *Spezzino* du 11 décembre 2014 (C-113/13) et *CASTA* du 28 janvier 2016 (C-50/14) de la Cour de justice, cette exception autorise, à certaines conditions, l'attribution directe de contrats publics à une entreprise poursuivant une finalité sociale et solidaire, sans devoir donc respecter aucune forme de transparence. À propos de cette exception en général, voy. notamment E. MANUNZA et N. MEERSHOEK, « Fostering the social market economy through public procurement? Legal impediments for new types of economy actors », *Public Procurement Law Review*, 2020, n° 6, p. 343-358.

devait être prise en compte sous réserve de la constatation de l'existence d'un tel intérêt¹.

La Cour a toutefois donné quelques indications sur ce qu'il y a lieu d'entendre par « un intérêt transfrontalier certain » et sur les critères pertinents pour l'identifier. Ces informations peuvent être complétées par celles contenues dans sa jurisprudence antérieure relative aux marchés publics qui ne sont pas ou seulement partiellement couverts par les directives applicables en la matière.

552. La Cour précise qu'une opération présentant un intérêt transfrontalier certain est une opération objectivement susceptible d'intéresser des opérateurs économiques établis dans des États membres autres que celui dont relève l'autorité qui attribue le marché ou le droit exclusif². Cette définition est évidemment liée à l'objectif fondamental de l'obligation de transparence, qui est d'assurer que les marchés nationaux ne restent pas cloisonnés en raison d'un manque d'informations accessibles aux opérateurs économiques étrangers. On remarquera qu'elle est particulièrement large : il suffit qu'une opération soit *susceptible* d'intéresser des opérateurs étrangers pour qu'elle présente de manière certaine un intérêt transfrontalier ; on ne peut donc déduire de l'absence de manifestation d'intérêts actuels par des opérateurs étrangers que l'opération ne présente pas d'intérêt transfrontalier certain³.

553. À propos des critères à l'aune desquels l'existence de cet intérêt doit être appréciée, la Cour précise dans l'arrêt *UNIS et Beaudout* selon une formule usitée que « l'ensemble des critères pertinents, tels que l'importance économique du marché, le lieu géographique de son exécution ou ses aspects techniques, en ayant égard aux caractéristiques propres du marché concerné » doivent être pris en compte⁴. L'objet des prestations à fournir, la valeur du marché à attribuer, sa localisation, les coûts à supporter pour pénétrer le marché national sont ainsi des critères pertinents pour mener cette appréciation. Celle-ci doit être menée cas par cas, par l'autorité qui envisage de passer un marché ou d'octroyer un droit exclusif⁵.

554. Concernant le cas particulier qui nous intéresse, il a été relevé à diverses occasions par la Commission que le marché de l'assurance en général reste très

1. §§ 27-32 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, C-25/14 et C-26/14, précité.

2. § 27 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, C-25/14 et C-26/14, précité.

3. En ce sens, voy. le § 44 des conclusions de l'avocat général Jääskinen précédant l'arrêt *UNIS et Beaudout*, C-25/14 et C-26/14, précitées.

4. § 30 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, C-25/14 et C-26/14, précité ; voy. également le § 29 de l'arrêt *Belgacom*, C-221/12, précité.

5. Voy. notamment C.H. BOVIS, « Public procurement in the EU », *op. cit.*, p. 264-265 ; M. SZYDLO, « The Process of Granting Exclusive Rights in the Light of Treaty Rules on Free Movement », *op. cit.*, p. 1423-1425 ; B.J. DRIJBER et H. STERGIU, « Public procurement law and internal market law », *op. cit.*, p. 813-815.

majoritairement découpé selon les frontières nationales, en raison de caractéristiques particulières propres au secteur (diversités législatives, notamment sur le plan fiscal; liens avec l'administration locale; emploi des langues etc.)¹. Des auteurs ont tiré argument de cette situation pour soutenir que le marché des assurances sociales complémentaires ne présente pas d'intérêt transfrontalier certain²; une argumentation similaire a été présentée devant la Cour dans l'arrêt *UNIS et Beaudout* par plusieurs parties à l'instance³. La Cour ne s'est pas prononcée sur ce point, précisant donc que sa réponse à la question préjudicielle posée n'intervient que « sous réserve qu'un intérêt transfrontalier certain dans l'affaire au principal puisse être constaté par la juridiction de renvoi ».

555. Nous sommes d'avis que, de manière générale, cet argument a peu de chances d'être retenu dans le domaine de la gestion des régimes de pension complémentaires obligatoires. En effet, nous venons de voir que, en cohérence avec l'objectif d'ouverture des marchés nationaux à la concurrence étrangère poursuivi par l'obligation de transparence, la définition de l'intérêt transfrontalier certain est particulièrement large, puisqu'il suffit qu'un opérateur étranger soit susceptible d'être intéressé par l'opération considérée pour qu'elle présente de manière certaine cet intérêt transfrontalier⁴. Or, l'Union européenne a adopté des directives visant précisément à faciliter (entre autres) l'exercice d'activités de gestion de régimes de pension complémentaires par des opérateurs étrangers au sein du marché intérieur, parmi lesquelles la directive concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle, dont nous parlerons en détail plus loin⁵. C'est donc que l'on considère qu'il existe, au moins de manière potentielle, un marché européen pour la prestation de ce type de services, et qu'on souhaite lui permettre de se développer. Nier l'existence d'opérateurs économiques étran-

-
1. Voy. la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions — Enquête sectorielle menée en vertu de l'article 17 du règlement (CE) n° 1/2003 sur l'assurance des entreprises (Rapport final) COM/2007/0556 final, à laquelle l'avocat général Jääskinen fait référence au § 44 de ses conclusions précédant l'arrêt *UNIS et Beaudout*, C-25/14 et C-26/14, précitées; voy. également le *Final Report of the Commission Expert Group on European Insurance Contract Law* (disponible en ligne à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/expert_groups/insurance/final_report_en.pdf).
 2. Voy. V. LE MEUR-BAUDRY et J. BARTHÉLÉMY, « Protection sociale complémentaire : choix de l'organisme assureur et transparence », *op. cit.*
 3. Voy. le § 44 des conclusions de l'avocat général Jääskinen précédant l'arrêt *UNIS et Beaudout*, C-25/14 et C-26/14, précitées.
 4. Voy. *supra* n° 552.
 5. Directive (UE) 2016/2341 du parlement européen et du conseil du 14 décembre 2016 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (IRP) (refonte), qui se substitue à la 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. Voy. *infra* n° 587 et s.

gers susceptibles d'être intéressés par la gestion d'un régime de pension semble, dans ce contexte, difficilement soutenable, du moins sur le plan juridique¹. En outre, on rappellera que la question du respect de l'obligation de transparence ne se pose qu'à l'égard de la constitution de régimes de pension complémentaires obligatoires à l'échelle d'un secteur d'activité au moins, puisque c'est l'octroi d'un droit exclusif au gestionnaire de ce régime par l'extension d'un accord collectif qui entraîne son applicabilité de principe. Or, ces régimes couvrent par hypothèse un nombre important de travailleurs, et présentent donc certainement un intérêt économique non négligeable pour les opérateurs du secteur².

556. Pour ces raisons, il nous semble que l'existence d'un intérêt transfrontalier devrait pouvoir être facilement retenue dans le domaine de la gestion des régimes de pension complémentaires obligatoires. L'obligation de transparence doit donc certainement être considérée comme s'y appliquant en général, sauf à l'égard de régimes particuliers — par exemple, ayant une valeur économique (très) réduite. Il convient maintenant de se demander si l'exception à l'applicabilité de l'obligation de transparence tirée des liens particuliers entre l'entité adjudicatrice et l'entité adjudicataire — en l'occurrence entre les partenaires sociaux et le fonds de pension ou l'entreprise d'assurance qui gère le régime — pourrait, elle, trouver à s'appliquer.

(2) *La jurisprudence Teckal et l'exception « quasi in house »*

557. Dans une jurisprudence entamée en 1999 avec un arrêt *Teckal*³, la Cour de justice a développé une exception prétorienne à l'application du droit européen, primaire et dérivé, des marchés publics. En substance, cette exception, dite « quasi in house » dans le jargon du droit des marchés publics, vise les situations où une entité adjudicatrice confie la prestation d'un service ou demande la fourniture de biens à une entité qui, bien que juridiquement distincte, est étroitement soumise à son contrôle. Le développement de cette exception par la Cour prolonge un principe important du droit européen des marchés publics, selon lequel les autorités publiques sont libres de choisir entre s'adresser au marché pour obtenir des biens ou des services, ou produire ces biens et services elles-mêmes : le droit des marchés publics ne s'applique que lorsque les autorités ont opté pour le premier choix⁴. En développant l'exception

-
1. Dans le même sens, voy. S. HENNION, « Chronique de protection sociale complémentaire : I. Des clauses de désignation aux clauses de recommandation », *op. cit.*, p. 764.
 2. Dans le même sens, voy. le § 49 des conclusions de l'avocat général Jääskinen précédant l'arrêt *UNIS et Beaudout*, C-25/14 et C-26/14, précitées.
 3. CJUE, 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107-98.
 4. Voy. notamment C. JANSEN, « Allocation of Limited Rights from a European Public Procurement Law Perspective », *op. cit.*, p. 245 ; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. 1, 3^e éd., *op. cit.*, p. 3 ; N. FIEDZIUK, « Putting services of general economic inter-

« quasi *in house* », la Cour a permis que ce principe ne soit pas remis en cause lorsque, pour des raisons organisationnelles quelconques, les autorités publiques ont créé des entités juridiques distinctes aux fins de la production d'un bien ou d'un service, mais que ces entités sont et restent dans le giron de ces autorités publiques. On pourrait dire de cette exception qu'elle permet de « lever le voile juridique » pour considérer la réalité économique qui lui est sous-jacente.

558. L'application de cette exception — dont on notera qu'elle a été intégrée en 2014 dans le droit européen dérivé des marchés publics¹ — suppose la rencontre de trois conditions cumulatives. L'autorité publique adjudicatrice du marché doit « exerce[r] sur [l'entité adjudicataire] en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services » et cette entité adjudicataire doit « réalise[r] l'essentiel de son activité avec la ou les [entités adjudicatrices] qui la détiennent² » ; en outre, le capital de l'entité adjudicataire contrôlée doit être intégralement public, aucune participation privée n'étant admise³.

559. Ces conditions ont fait l'objet de nombreux développements dans la jurisprudence de la Cour, sur lesquels il n'est pas nécessaire de nous étendre ici. Relevons toutefois que la Cour a précisé que la première condition, celle d'un contrôle analogue, est remplie lorsque l'entité adjudicatrice peut exercer « une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes » de l'entité adjudicataire⁴.

560. La question se pose de savoir si l'exception « quasi *in house* » pourrait trouver à s'appliquer dans le cas particulier qui nous occupe, celui de l'application de l'obligation de transparence lors de la création d'un droit exclusif au profit d'un

est up for tender », *op. cit.*, p. 105-108 ; M. DE GROOT, « Supervision on Public Service Performance by Private Providers: the Relevance of EU Law », *op. cit.*, p. 248.

1. Plus précisément, elle a été intégrée dans trois directives adoptées en 2014, à savoir la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession ; la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE. À ce sujet, voy. notamment A. -L. DURVIAUX et T. DELVAUX, « Les coopérations entre pouvoirs publics exemptées du droit des marchés et contrats publics », *Journal des Tribunaux*, 2014, n° 34, p. 649-654.
2. § 50 de l'arrêt *Teckal*, C-107-98, précité. Voy. également entre autres CJUE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, § 49 ; CJUE, 22 décembre 2010, *Mehiläinen et Terveystalo Healthcare*, C-215/09, § 32.
3. Voy. le § 52 de l'arrêt *Stadt Halle*, C-26/03, précité ; voy. également entre autres le § 32 de l'arrêt *Mehiläinen et Terveystalo Healthcare*, C-215/09, précité ; CJUE, 10 septembre 2009, *Sea*, C-573/07, § 46 ; CJUE, 15 octobre 2009, *Acoset*, C-196/08, § 53.
4. § 25 de l'arrêt *Parking Brixen*, C-458/03, précité ; voy. également entre autres CJUE, 11 mai 2006, *Carbotermo*, C-340/04, § 36 ; § 28 de l'arrêt *Coditel Brabant*, C-324/07, précité ; § 65 de l'arrêt *Sea*, C-573/07, précité.

opérateur économique par l'extension d'un accord collectif constituant un régime de pension complémentaire obligatoire. Reformulée en tenant compte de ce contexte, la question est donc la suivante : les partenaires sociaux peuvent-ils être exemptés du respect de l'obligation de transparence lorsqu'ils confient la gestion d'un régime de pension complémentaire obligatoire à un opérateur économique dont ils peuvent influencer de manière déterminante tant les objectifs stratégiques que les décisions importantes et qui réalise avec eux l'essentiel de son activité ?

Répondre à cette question suppose d'en éclaircir deux autres, qui lui sont sous-jacentes. La première est celle de savoir si la jurisprudence *Teckal*, développée à propos des relations entre entités *publiques*, peut être appliquée dans son principe aux partenaires sociaux ((a)). La seconde, qui n'est pertinente que si l'on peut répondre affirmativement à la première, consiste à demander dans quel type de circonstances les partenaires sociaux peuvent être considérés comme exerçant un contrôle suffisant, au regard de cette jurisprudence *Teckal*, sur un opérateur économique ((b)). La réponse à cette seconde question ne peut être donnée qu'à un degré élevé de généralité étant donné la diversité des droits et pratiques nationaux relatifs à la participation des partenaires sociaux dans la gestion concrète d'un régime de pension complémentaire. Pour donner corps à ces développements, nous les illustrerons par une étude du cas spécifique du droit belge ((c)).

(a) *La jurisprudence Teckal est-elle applicable dans son principe aux partenaires sociaux ?*

561. La question de l'applicabilité de l'exception « quasi *in house* » développée dans la jurisprudence *Teckal* aux partenaires sociaux nous renvoie directement à la discussion menée plus haut à propos des débiteurs de l'obligation de transparence¹. En effet, il n'y a de sens à demander si l'on peut bénéficier de l'exception à une obligation que s'il est établi au préalable que l'on est bien soumis en principe à cette obligation, autrement dit que l'on en est en principe le débiteur. Or, nous avons vu plus haut que, selon le raisonnement tenu par la Cour dans l'arrêt *UNIS et Beaudout*, le seul débiteur de l'obligation de transparence au regard du droit européen est l'autorité étatique qui étend la force obligatoire de l'accord collectif, puisque c'est son intervention qui est créatrice d'un droit exclusif. Mais nous avons également expliqué que, selon nous, les implications concrètes de cette obligation de transparence reposent en réalité sur les partenaires sociaux principalement, que nous avons appelés pour cette raison les « débiteurs de fait » de l'obligation².

On comprend donc la difficulté soulevée par la question de l'applicabilité de la jurisprudence *Teckal* aux partenaires sociaux. Puisque ceux-ci ne sont pas, selon la Cour, les « débiteurs de droit » de l'obligation de transparence au regard du

1. Voy. *supra* n° 521-529.

2. Voy. *supra* n° 529.

droit européen, il serait incohérent, en l'état actuel de la jurisprudence, de considérer que ce dernier leur reconnaît la possibilité de principe de bénéficier de l'exception « quasi *in house* » : la Cour se désavouerait en acceptant de considérer si une exception peut être appliquée à ceux (les partenaires sociaux) dont elle a précisément souhaité éviter de dire qu'ils sont soumis à cette obligation. Mais cette solution a pour conséquence la situation suivante, qui est que ceux sur qui l'essentiel des exigences découlant de l'obligation de transparence pèse dans les faits, se trouvent privés de la possibilité d'en invoquer l'exception « quasi *in house* ». Plus encore, cette exception est également indisponible pour le débiteur reconnu comme tel de l'obligation, c'est-à-dire l'autorité étatique : par hypothèse, celle-ci n'entretient aucun lien particulier avec l'opérateur chargé de la gestion du régime de pension complémentaire, puisqu'elle n'intervient pas dans sa désignation mais se contente d'étendre l'accord collectif une fois que cette désignation a été opérée par les partenaires sociaux. Alors donc que l'application de l'obligation de transparence est justifiée au regard du droit européen par l'intervention de l'autorité étatique pour l'extension d'un accord collectif, aucun moyen juridique ne peut être tiré en retour de cette intervention pour justifier la non-application de l'obligation à cet accord.

562. En l'état actuel de la jurisprudence, ni les partenaires sociaux eux-mêmes, ni l'autorité étatique ne peuvent donc évoquer l'exception « quasi *in house* ». Cette situation est problématique à notre sens parce qu'elle conduit à soumettre dans les faits les partenaires sociaux à un régime plus rigide que celui applicable aux autorités étatiques dans des circonstances similaires (la conclusion d'un contrat de prestation de services). Elle est la conséquence du raisonnement adopté par la Cour pour justifier l'application de l'obligation de transparence : en souhaitant éviter d'affirmer que les partenaires sociaux sont soumis en tant que tels à l'obligation de transparence — ce qui n'aurait certainement pas manqué de susciter des critiques de la doctrine — elle prive ceux-ci de la possibilité d'invoquer l'exception « quasi *in house* » bien établie dans sa jurisprudence.

563. Ce résultat était-il souhaité par la Cour, ou est-il la conséquence imprévue d'un raisonnement adopté, peut-être, pour éviter de s'exposer trop à la critique ? Nous sommes enclins à opter pour la deuxième interprétation : on ne voit pas ce qui conduirait la Cour à placer délibérément les partenaires sociaux dans une situation plus défavorable que celle des autorités étatiques. Il ne nous paraît dès lors pas invraisemblable que la Cour admette dans le futur de prendre en considération une argumentation qui défendrait l'application par analogie de l'exception « quasi *in house* » aux partenaires sociaux. Elle pourrait d'ailleurs justifier cette décision par l'affirmation que l'obligation de transparence est directement applicable aux partenaires sociaux eux-mêmes, et pas seulement « par ricochet » en raison de l'intervention de l'autorité publique, ce qui reviendrait à affirmer une nouvelle fois que la libre prestation des services édictée par le TFUE (la base légale

de l'obligation de transparence en l'espèce) peut être dotée d'un effet direct *horizontal*. Quoi que l'on pense par ailleurs de l'opportunité politique d'une telle jurisprudence, elle aurait au moins le mérite de clarifier le régime juridique applicable aux partenaires sociaux.

564. Il ne nous semble donc pas inutile de considérer plus avant si et à quelles conditions l'exception « quasi *in house* » pourrait être appliquée par analogie aux partenaires sociaux lorsqu'ils confient la gestion d'un régime de pension complémentaire obligatoire à un opérateur économique unique par un accord collectif rendu obligatoire. Nous ne ferons qu'esquisser les grandes lignes d'une question complexe, à laquelle une réponse plus assurée demanderait une analyse au cas par cas, selon les spécificités des pratiques et des droits nationaux.

(b) *Les caractéristiques du contrôle devant être exercé par les partenaires sociaux sur l'opérateur économique pour tomber sous l'exception « quasi in house »*

565. Parmi les conditions de l'exception « quasi *in house* », c'est celle d'un contrôle étroit sur l'entité adjudicataire qui nous semble la plus délicate à apprécier dans le contexte d'une application par analogie de l'exception aux partenaires sociaux. La condition de l'absence de participation privée dans le capital de ladite entité est en effet sans objet dans ce contexte, tandis que celle de la réalisation de l'essentiel de l'activité avec l'entité adjudicatrice (en l'occurrence les partenaires sociaux) ne nous semble pas poser de difficulté d'interprétation particulière.

566. Dans plusieurs États membres de l'Union européenne, les partenaires sociaux peuvent confier la gestion d'un régime de pension complémentaire à des institutions au sein desquelles ils jouissent d'une certaine représentation. On les qualifie habituellement pour cette raison d'« institutions paritaires ». D'évidence, cette représentation au sein de l'institution gestionnaire ne suffit pas en elle-même pour entraîner l'application de l'exception « quasi *in house* ». Pour ce faire, elle doit permettre aux partenaires sociaux d'exercer un véritable contrôle sur l'institution, c'est-à-dire, selon les termes de la Cour déjà cités plus haut, leur permettre d'exercer « une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes » de l'institution¹.

567. Pour apprécier l'existence de ce contrôle, la Cour précise qu'« il convient de tenir compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes² ». La Cour a jugé par exemple que si la composition des organes de décision de l'entité adjudicataire est un élément important à prendre en compte pour apprécier l'existence du contrôle requis, il doit aussi être tenu compte de l'implication réelle de ces organes dans la gestion de l'entité, donc de la répartition des

1. § 25 de l'arrêt *Parking Brixen*, C-458/03, précité.

2. § 28 de l'arrêt *Coditel Brabant*, C-324/07, précité.

compétences entre ces organes et de l'ampleur des délégations entreprises à des organes subalternes. Ainsi, le simple contrôle généralement accordé aux actionnaires d'une société ou le seul pouvoir de désigner les membres du conseil d'administration de l'entité adjudicataire ne suffit pas; l'entité adjudicatrice doit pouvoir exercer son contrôle sur le processus décisionnel lui-même¹.

568. La Cour a également jugé que la forme légale de l'entité adjudicataire est un élément pertinent pour l'appréciation de la condition du contrôle par l'entité adjudicatrice. Pour motiver l'existence d'un contrôle suffisant dans une affaire concernant une intercommunale belge, elle a par exemple pointé la circonstance que « l'objectif statutaire de [cette dernière] est la réalisation de la mission d'intérêt communal en vue de l'accomplissement de laquelle elle a été créée et qu'elle ne poursuit aucun intérêt distinct de celui des autorités publiques qui lui sont affiliées² ».

569. Le contrôle exercé par les partenaires sociaux dans une institution paritaire rencontre-t-il la condition de contrôle de la jurisprudence *Teckal*? Au vu de ce qui précède, il est impossible de répondre à cette question de manière générale. L'organisation de ces institutions, mais aussi le pouvoir effectif des partenaires sociaux sur la prise de décision en interne doivent faire l'objet d'une analyse et d'une évaluation circonstanciée, à mener au moins au sein de chaque État membre étant donné la diversité des régimes juridiques applicables à ce type d'institutions au sein de l'Union.

570. Un élément commun à tous les États membres nous semble toutefois pouvoir être apporté au débat. Il s'agit des exigences organisationnelles, et en particulier de l'exigence de professionnalisation accrue de la gestion des fonds de pension (ou « institutions de retraite professionnelle ») contenues dans le droit européen³. Ces exigences ont été formulées dans la directive concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle, adoptée en 2003 et remplacée en 2016 par une directive « refonte », que nous avons déjà mentionnée dans cette section⁴ et dont nous reparlerons plus en détail ailleurs⁵. L'article 22 de la directive

1. Voy. le § 65 de l'arrêt *Parking Brixen*, C-458/03, précité; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 3^e éd., *op. cit.*, p. 504-509; C. BOVIS, *The Law of EU Public Procurement*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 360-364.

2. § 38 de l'arrêt *Coditel Brabant*, C-324/07, précité.

3. Cette tendance à la professionnalisation des fonds de pension, encouragée par le droit européen, est pointée notamment par Y. STEVENS, « Het Europees recht en het sociaal recht nogmaals onder hoogspanning: de Albany voorwaarde getest op de openbare aanbesteding », *op. cit.*, p. 64; A. AUTENNE, « Occupational pension funds: Governance issues at the international and European levels », *European Journal of Social Security*, 2017, vol. 19, n° 2, p. 166-167.

4. Voy. *supra* n° 555.

5. Voy. *infra* n° 587 et s.

« refonte » prévoit que « Les États membres exigent des [fonds de pension] qu’[ils] veillent à ce que les personnes qui gèrent effectivement [le fonds de pension], les personnes qui exercent des fonctions clés et, le cas échéant, les personnes ou les entités auprès desquelles une fonction clé a été externalisée satisfassent » à des exigences de compétence et d’honorabilité. Quoique l’article 20 précise par ailleurs que « La présente directive est sans préjudice du rôle des partenaires sociaux dans la gestion des [fonds de pension] », on peut se demander si cette exigence d’une plus grande professionnalisation des personnes chargées de gérer effectivement un fonds de pension n’est pas de nature à appuyer la relégation des partenaires sociaux à un rôle de supervision de décisions prises par les gestionnaires du fonds. Ce rôle pourrait dès lors s’avérer insuffisant pour rencontrer la condition de contrôle de la jurisprudence *Teckal*¹.

571. On ajoutera encore, à propos de cette question, qu’indépendamment de la question de savoir si l’exception « quasi *in house* » pourrait être appliquée aux partenaires sociaux, il nous semble que rien ne s’oppose en droit européen à ce que ceux-ci précisent, lorsqu’ils rendent public leur intention de contracter avec un opérateur économique pour la gestion d’un régime de pension complémentaire obligatoire, qu’ils souhaitent être associés d’une façon ou d’une autre à la gestion de ce régime, par exemple par la mise en place d’une structure au sein de laquelle siègeront certains de leurs représentants². Autrement dit, l’indisponibilité de l’exception « quasi *in house* » ne signifierait pas l’interdiction de toute participation des partenaires sociaux à la gestion du régime de pension complémentaire obligatoire qu’ils mettent en place ; elle signifierait par contre l’interdiction d’organiser cette participation par des contacts directs et exclusifs, sans aucune mise en concurrence, avec un opérateur économique unique.

572. Pour aller au-delà de ces considérations nécessairement générales et illustrer le tour que peut prendre l’analyse des conditions de la jurisprudence *Teckal* dans le contexte juridique particulier à un État membre, nous proposons de la mener à propos du cas spécifique de la Belgique.

-
1. Cette idée que la dissociation entre la propriété des avoirs et leur gestion pourrait avoir des conséquences importantes pour les fonds de pension au sein desquels sont présents les partenaires sociaux est également évoquée, dans un autre contexte, à propos des fonds de pension néerlandais par M. FERRERA, *The Boundaries of Welfare*, *op. cit.*, p. 226.
 2. Voy. en ce sens les §§ 55 et 56 de l’arrêt *Commission c. Allemagne*, C-271/08.

(c) *Application de la jurisprudence Teckal à un cas spécifique, le droit belge des pensions complémentaires*

573. En droit belge, l'organisation d'un régime de pension complémentaire est encadrée par la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires¹. Cette loi impose de confier l'exécution de l'engagement de constituer une pension complémentaire à un « organisme de pension² ». Les organismes de pension peuvent être de deux types. Il s'agit soit d'une entreprise d'assurance, soit d'un organisme de financement de pension (O.F.P., que le langage courant appelle un fonds de pension)³. La question de l'application de la jurisprudence *Teckal* doit être posée pour chacun de ces types d'organismes de pension.

574. L'hypothèse du recours à une entreprise d'assurance semble facile à traiter. La loi relative aux pensions complémentaires prévoit bien que lorsque l'exécution de l'engagement de pension est confiée à un assureur, un comité de surveillance doit être créé, qui est composé pour moitié de membres qui représentent le personnel au profit duquel l'engagement de pension a été instauré⁴. Une composante des partenaires sociaux, à savoir les représentants des travailleurs, se voit donc dotée d'un droit de regard sur l'exécution de l'engagement. Mais l'entreprise d'assurance est et reste avant tout une entreprise autonome, avec son capital propre, ses structures de décision propres et un panel d'activités souvent varié. Il paraît dès lors très difficile de considérer que les membres de la commission paritaire exercent sur l'entreprise d'assurance un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services et que l'entreprise d'assurance réalise l'essentiel de son activité avec la commission paritaire, autrement dit que les conditions d'application de la jurisprudence *Teckal* sont rencontrées.

575. L'examen de l'hypothèse de l'O.F.P. conduit à un résultat différent. Tout d'abord, la loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle crée de nombreuses exigences à l'égard des O.F.P., parmi lesquelles l'absence de capital social et la limitation de l'objet social aux prestations de retraite⁵. Il découle de ces contraintes, d'une part, que l'O.F.P. ne comporte pas de participation directe de capitaux privés et, d'autre part, que l'essentiel de ses activités provient des tâches confiées par les partenaires sociaux. En outre, lorsqu'un régime de pension sectoriel est institué et qu'il est confié à un O.F.P., la

-
1. Loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale.
 2. Article 5, § 3 de la loi du 28 avril 2003, précitée.
 3. Article 3, § 1^{er}, 16^o de la loi du 28 avril 2003, précitée.
 4. Article 41, § 2 de la loi du 28 avril 2003, précitée.
 5. Articles 10 et 11 de la loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle.

loi du 28 avril 2003 prévoit que le conseil d'administration de cette institution est géré paritairement au sens de la loi, c'est-à-dire qu'il est composé pour moitié de représentants du personnel des entreprises engagées dans le régime, sauf si la convention collective de travail conclue au sein de la commission paritaire compétente en dispose autrement¹. La loi ajoute que les représentants du personnel sont désignés par les organisations syndicales (plus précisément, par la délégation des travailleurs au sein de l'organisateur de pension) parmi les bénéficiaires du régime de pension ou parmi les membres de leurs organisations représentatives des travailleurs².

Ces éléments donnent à penser que les critères de l'exception de « quasi *in house* », relatifs tant à la structure du capital, à la répartition de l'activité qu'au contrôle de celle-ci peuvent être considérés comme rencontrés. Des auteurs argumentent dans le même sens³. Cette hypothèse confirmée, l'attribution de l'exécution d'un engagement de pension par l'organisateur à un O.F.P. ne serait pas soumise à l'obligation de transparence et aux exigences de mise en concurrence qui en découlent. Cette solution conserve toutefois une part d'incertitude, notamment en raison de ce que nous avons dit plus haut à propos de la tendance à la professionnalisation des gestionnaires de fonds de pension et l'incidence que cette professionnalisation pourrait avoir sur l'appréciation de la réalité du contrôle exercé par les partenaires sociaux⁴.

576. On notera que, cette hypothèse venant à être confirmée, l'application de l'exception de « quasi *in house* » pourrait avoir des conséquences sur les pratiques des O.F.P. mandatés. On l'a dit, l'obligation de transparence est une construction jurisprudentielle intimement liée au droit dérivé des marchés publics. Celui-ci, s'il ne s'applique pas en tant que tel, est donc une source d'interprétation du contenu et de la portée de l'obligation⁵. Or, selon la réglementation relative aux marchés

-
1. Article 41, § 1^{er}, al. 1^{er}, 1^o de la loi du 28 avril 2003, précitée. À ce sujet, voy. notamment M. VERWILGHEN et S. PALATE, « Les fonds de pension : enjeux de droit social », in A. AUTENNE et O. HERMAND (éds.), *Le Droit belge des fonds de pension : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 155-216, spéc. p. 172 ; A. AUTENNE, « Les relations juridiques qu'entretiennent les parties prenantes », in A. AUTENNE et O. HERMAND (éds.), *Le Droit belge des fonds de pension : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 133.
 2. Article 41, § 1^{er}, al. 2 de la loi du 28 avril 2003, précitée.
 3. Voy. F. VLASSEMBROUCK et L. SOMMERIJNS, « Problemen en vragen in het kader van overheidsopdrachten inzake aanvullende pensioenen », in C. DE KONINCK *et al.* (éds.), *Jaarboek overheidsopdrachten/Chronique des marchés publics 2010-2011*, Bruxelles, EBP, 2011, p. 457-485, spéc. p. 471.
 4. Voy. *supra* n° 570.
 5. S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, *Social and Environmental Policies in EU Procurement Law*, New York, Cambridge University Press, 2009 ; A. BROWN, « EU Primary Law Requirements in Practice: Advertising, Procedures and Remedies for Public Contracts Outside the Procurement Directives », *op. cit.*, p. 169.

publics, un établissement dépendant d'un pouvoir adjudicateur, s'il n'est pas de nature commerciale, sera généralement lui-même couvert par les directives, en tant qu'organisme de droit public¹. En effet, si le fait d'être contrôlé par un pouvoir adjudicateur permet la satisfaction d'une des conditions de l'exception « quasi *in house* », il implique également qu'une des principales caractéristiques de la notion d'organisme de droit public est rencontrée². Or, les organismes publics entrent dans la catégorie des pouvoirs adjudicateurs, c'est-à-dire des sujets du droit des marchés publics³. Cette application « en cascade » du droit des marchés publics est cohérente avec la logique de l'exception « quasi *in house* » : pour appréhender les relations entre l'autorité adjudicatrice et l'entité qu'elle contrôle, on ne tient pas compte de leur séparation juridique. Mais cela entraîne également que cette entité, pour les relations qu'elle noue avec les opérateurs économiques, peut être à son tour considérée comme une autorité adjudicatrice, lesquelles relations doivent ainsi avoir été nouées dans le respect du droit des marchés publics.

Étant donné l'ancrage de l'obligation de transparence dans le droit dérivé des marchés publics, et étant donné leur finalité commune d'ouverture des relations des autorités publiques au sens (très) large avec les opérateurs économiques à la concurrence, il nous semble que cette application en cascade pourrait bien être exigée aussi dans le cadre de l'obligation de transparence. Cela signifierait que, dans l'hypothèse où l'exception « quasi *in house* » s'appliquerait aux relations entre les partenaires sociaux (prenant la forme de l'organisateur de pension) et l'O.F.P., ce dernier devrait lui-même respecter cette obligation de transparence dans ses relations avec des opérateurs économiques, par exemple des prestataires de services financiers (gestionnaires d'actifs, etc.). Ce raisonnement repose toutefois sur une « faiblesse originelle », que nous avons déjà relevée : les partenaires sociaux du secteur privé ne sont pas les « débiteurs de droit » de l'obligation de transparence au regard du droit européen. Le transfert « en cascade » de l'obligation de transparence à un O.F.P. supposerait donc de tirer loin l'analogie avec le droit des marchés publics, mettant sous tension plus fortement encore la consistance d'une jurisprudence qui impose *de facto* une obligation aux partenaires sociaux, sans toutefois la leur attribuer *de iure*.

-
1. S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, *op. cit.*, p. 370.
 2. Article 2, 1., 4., c) de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, précitée.
 3. Article 2, 1., 1. de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, précitée.

6. Les implications de l'obligation de transparence pour les rapports entre les partenaires sociaux et les opérateurs économiques, et entre les partenaires sociaux et l'État

577. En introduction de ce paragraphe, nous nous sommes demandé si et dans quelle mesure la décision prise par la Cour dans l'arrêt *UNIS et Beaudout* est de nature à modifier les rapports entre les partenaires sociaux et les opérateurs économiques, d'une part, et entre les partenaires sociaux et l'État d'autre part. Rappelons brièvement les principaux enseignements des développements qui précèdent, avant d'avancer des éléments de réponse à cette question.

578. Un premier point à éclaircir consistait à identifier qui est le débiteur de l'obligation de transparence. Nous avons soulevé que la Cour justifie l'application de cette obligation par l'intervention de l'autorité étatique, dont la décision d'étendre l'accord collectif est la source du droit exclusif octroyé à l'opérateur économique désigné dans l'accord ; étant donné cette argumentation, le seul débiteur au regard du droit européen semble donc être l'autorité étatique. Nous avons pointé ce que cette justification nous semble avoir de formel, puisque, dans les faits, les exigences concrètes qui découlent de l'obligation de transparence pèsent principalement sur les partenaires sociaux ; nous avons dès lors désigné ces derniers comme les « débiteurs de fait » de l'obligation.

579. Nous nous sommes ensuite penchés sur le contenu de ces exigences découlant de l'obligation de transparence, en les présentant selon qu'elles s'appliquent au stade de la procédure de négociation collective ou au stade de la procédure d'extension de l'accord collectif. À chacun de ces stades doit correspondre, à notre sens, la mise en œuvre d'un des deux objectifs de l'obligation de transparence : la procédure de négociation collective doit permettre l'ouverture de la concurrence, tandis que l'objectif de contrôle de l'impartialité doit être assuré lors de la procédure d'extension de l'accord collectif. À propos du contrôle devant être mené par l'autorité publique sur le contenu de l'accord collectif, nous avons expliqué qu'il nous semble devoir se limiter à vérifier que les partenaires sociaux ont effectivement appliqué les critères qu'ils ont choisis et rendus publics pour la sélection de l'opérateur économique ; l'interprétation contraire de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, qui soutiendrait que les critères de sélection de l'opérateur doivent être fixés par l'autorité publique ou dans une norme quelconque, reposerait selon nous sur une confusion quant à la raison d'être de l'obligation de transparence.

580. Nous avons enfin cherché à déterminer si les deux situations, précisées par la Cour, dans lesquelles l'obligation de transparence ne doit pas être appliquée pourraient être rencontrées dans le cas de figure qui nous intéresse, celui de la désignation, par les partenaires sociaux, d'un opérateur économique pour la gestion d'un régime de pension complémentaire obligatoire. La première situation est l'absence d'un intérêt transfrontalier certain. Il nous semble difficile d'argu-

menter qu'un tel intérêt n'existerait pas dans cas de figure, étant donné les efforts au niveau européen pour ouvrir les marchés nationaux de la gestion des régimes de pension, d'une part, et le nombre important de travailleurs couverts, par hypothèse, par un régime de pension complémentaire *obligatoire*.

La deuxième situation permettant d'écarter l'obligation de transparence est l'existence d'un lien particulier entre l'entité adjudicatrice et l'entité adjudicataire, qui fonde l'exception dite « quasi *in house* » développée par la Cour dans la jurisprudence *Teckal*. Nous avons relevé que la possibilité même pour les partenaires sociaux d'invoquer cette exception est problématique en l'état actuel de la jurisprudence de la Cour, étant donné qu'ils ne sont pas les débiteurs de l'obligation de transparence aux yeux du droit européen. Nous avons dit à ce propos que cette situation crée un déséquilibre au regard de la position des autorités publiques, qui peuvent, elles, se prévaloir de cette exception. En faisant l'hypothèse que la Cour pourrait vouloir remédier à ce déséquilibre et accepter dans le futur d'appliquer l'exception « quasi *in house* » par analogie aux partenaires sociaux, nous avons tout de même investigué plus avant si le contrôle des partenaires sociaux sur les institutions dites « paritaires » serait suffisant pour rencontrer la condition de contrôle de la jurisprudence *Teckal*. Un élément commun à tous les États membres nous a semblé devoir être mentionné à cet égard, celui de la tendance, encouragée par le droit dérivé européen, à la professionnalisation des gestionnaires des fonds de pensions. Cette tendance pourrait rendre plus difficile la démonstration que les partenaires sociaux exercent effectivement « une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes » des fonds au sein desquels ils sont représentés, soit la démonstration qu'une des conditions de la jurisprudence *Teckal* — la condition de contrôle suffisant — est bien rencontrée. Nous avons également cherché à déterminer si cette jurisprudence pourrait bénéficier aux partenaires sociaux belges lorsqu'ils mettent en place un régime de pension complémentaire. À notre avis, l'application de l'exception « quasi *in house* » est exclue lorsque la gestion de ce régime est confiée à une entreprise d'assurance. Par contre, elle pourrait bien être accordée lorsque les partenaires sociaux choisissent de recourir à un organisme de financement de pension (O.F.P.), avec cette réserve liée à la tendance à la professionnalisation du secteur que l'on vient de rappeler.

581. Au regard de ces enseignements de nos développements, les éléments suivants peuvent être soulignés pour répondre à la question posée en introduction. Concernant la première partie de cette question, celle qui concerne les implications de l'obligation de transparence pour les rapports entre les partenaires sociaux et les opérateurs économiques, un élément principal nous semble devoir être mis en avant. Auparavant, la décision des partenaires sociaux de désigner tel opérateur plutôt que tel autre pour la gestion d'un régime de pension complémentaire obligatoire avait le caractère d'un *fatum* — il en est ainsi et pas autrement. Elle peut désormais être plus facilement remise en cause par un opérateur déçu,

ou une entreprise soumise à l'accord collectif mécontente du choix opéré, lorsque la force obligatoire de l'accord collectif a été étendue : cet opérateur se voit offrir une arme juridique nouvelle pour remettre en cause cette décision, celle de l'illégalité de l'accord collectif pour non-respect des exigences découlant de l'obligation de transparence au stade de la négociation collective. Les partenaires sociaux se doivent donc désormais d'être attentifs aux conditions dans lesquelles ils procèdent à la désignation d'un opérateur, et de prendre soin de motiver leur décision au regard des critères de sélection qu'ils auront communiqués au préalable. Ces exigences nouvelles pourraient amener à remettre en cause des relations privilégiées établies de longue date avec un opérateur économique particulier. Étant donné que la jurisprudence de la Cour semble exiger que l'octroi d'un droit exclusif soit revu à intervalles réguliers, ces dernières ne pourront perdurer qu'à condition de pouvoir être justifiées au regard de critères objectifs rendus publics¹.

Cette conséquence doit toutefois être relativisée. Si, et dans la mesure où la jurisprudence *Teckal* peut effectivement bénéficier aux partenaires sociaux, l'obligation de transparence pourrait ne pas être applicable dans les cas de figure où les rapports étroits entre les partenaires sociaux et l'opérateur du régime de pension permettent à ceux-ci d'opérer un certain contrôle sur les décisions prises par cet opérateur.

582. À propos de la deuxième partie de la question posée en introduction, il nous semble permis d'avancer que l'application de l'obligation de transparence n'est pas en mesure de modifier les rapports entre les partenaires sociaux et l'État, du moins si l'interprétation que nous avons proposée du contenu et de la nature du contrôle à mener par l'autorité étatique avant l'extension de l'accord collectif s'avère correcte. Pour rappel, pour être en conformité avec la jurisprudence de la Cour, l'autorité peut à notre sens se contenter de vérifier que la décision des partenaires sociaux est cohérente au regard des critères de sélection qu'ils ont eux-mêmes fixés et rendus publics. Si l'interprétation inverse devait être adoptée, selon laquelle le contrôle doit porter sur la conformité de critères fixés par l'autorité ou dans une norme qui s'impose aux partenaires sociaux, alors les rapports entre ces derniers et l'État seraient modifiés d'une manière plus ou moins importante selon l'écart entre ces critères et ceux utilisés auparavant par les partenaires sociaux. Mais nous avons dit que cette interprétation nous semblerait reposer sur une confusion entre la raison d'être de l'obligation de transparence et l'objectif, propre au droit des marchés publics et donc à notre sens non pertinent pour le cas qui nous occupe, d'encadrement de la dépense des deniers publics. Si cette interprétation l'emportait, les conséquences de l'arrêt *UNIS et Beaudout* pour les rapports entre les partenaires sociaux et l'État ne seraient donc pas à proprement parler dues à l'application de l'obligation de transparence, mais seulement à un effet connexe de cette

1. Voy. *supra* n° 540.

application — l'apparition de l'idée que puisque les partenaires sociaux doivent être transparents, ils doivent également se conduire selon les critères applicables aux autorités publiques lorsqu'elles s'adressent au marché pour obtenir la prestation d'un service.

Conclusions de section : pensions complémentaires et libre prestation des services

583. Deux questions ont été abordées dans cette section relative à l'influence de la libre prestation des services sur les régimes de pension complémentaires. La première est de savoir si l'obligation de participer à un régime de ce type est légale au regard de cette liberté économique. La seconde portait sur les implications de la décision de la Cour de soumettre l'organisation d'un régime de pension complémentaire à une obligation de transparence.

584. Pour répondre à la première question, nous avons commencé par remarquer que les solutions dégagées en droit de la concurrence ne sont pas transposables en tant que telles à la libre prestation des services. Pour autant, en nous basant sur la jurisprudence de la Cour relative à des régimes de protection sociale autres que des régimes de pension, nous avons montré que la Cour adopterait très probablement une solution analogue à celle valable en droit de la concurrence : dès lors qu'elle est nécessaire pour la mise en œuvre d'une certaine solidarité dans des conditions économiquement acceptables, l'obligation d'affiliation à un régime de pension complémentaire peut être justifiée au regard de cette liberté économique. Les mêmes questions que celles soulevées en droit de la concurrence se posent donc également dans ce domaine : à partir de quand doit-on considérer que la solidarité est telle que le départ des « bons » risques ferait peser un coût inacceptable sur le régime pour la couverture des « mauvais » risques ? Les régimes de pension à cotisations définies seraient-ils suffisamment solidaires aux yeux de la Cour, elle qui ne s'est jamais prononcée qu'à propos de régimes à prestations définies ? Ces questions sont vouées à rester ouvertes aussi longtemps que la Cour n'est pas saisie de nouvelles questions préjudicielles dans ce domaine.

585. Nous disposons d'une jurisprudence plus fournie pour répondre à la seconde question. En effet, si l'arrêt *UNIS et Beaudout* est le premier arrêt déclarant que l'obligation de transparence est applicable aux procédures d'extension d'un accord collectif du secteur privé lorsqu'elles débouchent sur la création d'un droit exclusif, nous avons montré, en nous penchant sur l'histoire de cette obligation de transparence, que cet arrêt s'inscrit dans une tendance bien établie de la Cour à la rendre applicable dans des cas qui débordent du cadre dans lequel elle s'est d'abord développée, celui du droit européen des marchés publics. Nous avons expliqué que cette extension du champ d'application de l'obligation de transpa-

rence est directement liée à sa raison d'être, qui est de servir l'objectif d'accomplissement du marché intérieur par l'imposition d'obligations positives de publicité visant à rendre effective la possibilité pour les opérateurs étrangers de participer aux procédures d'octroi d'un marché public ou d'un droit exclusif présentant pour eux un intérêt économique.

En nous appuyant sur cette jurisprudence antérieure de la Cour, nous avons développé les exigences concrètes contenues dans l'obligation de transparence et la manière dont celles-ci se répartissent, selon nous, entre les partenaires sociaux et les autorités étatiques. Nous avons également exploré la question de savoir si les situations dans lesquelles la Cour estime que l'obligation de transparence ne doit pas être mise en œuvre peuvent être rencontrées dans le cas de figure particulier qui nous occupe. Ces situations sont l'absence d'intérêt transfrontalier certain et celle, visée par l'exception dite « quasi *in house* », dans laquelle le droit exclusif est attribué à une entité juridiquement indépendante de l'entité adjudicatrice, mais avec laquelle celle-ci entretient des liens étroits. Nous sommes d'avis qu'il est fort peu probable que la Cour — ou toute autre juridiction nationale mettant en œuvre le droit européen — considère que la première situation (l'absence d'intérêt transfrontalier certain) est rencontrée lors de la constitution d'un régime de pension complémentaire obligatoire. Quant à la seconde, cela dépend du cadre juridique applicable aux prestataires de pension dans chaque État membre. En Belgique, l'exception « quasi *in house* » ne peut être accordée, à notre sens, lorsque l'exécution de l'engagement de pension est confiée à une entreprise d'assurance. Elle peut par contre probablement l'être lorsque c'est un organisme de financement de pension qui est choisi par les partenaires sociaux pour exécuter cet engagement.

De ces développements, nous concluons que l'imposition de l'obligation de transparence n'est pas de nature à modifier les rapports qu'entretiennent les partenaires sociaux et l'État pour l'organisation des pensions complémentaires. Sauf à interpréter le contenu de l'obligation de transparence dans un sens à notre avis abusif, qui consisterait à considérer que celle-ci n'a pas pour seule raison d'être de permettre l'ouverture des marchés nationaux à la concurrence, mais vise également, à l'instar du droit des marchés publics, à définir les critères qui doivent prévaloir au choix d'un opérateur économique par les entités soumises à cette obligation de transparence. L'imposition de l'obligation de transparence peut par contre avoir des répercussions sur les rapports existants entre les partenaires sociaux et les opérateurs économiques. Elle offre, en effet, une nouvelle arme juridique aux prestataires de pension comme aux entreprises participant au régime de pension pour contester le choix des partenaires sociaux de faire appel à tel prestataire pour la gestion du régime. À eux de s'assurer qu'ils ont respecté les exigences de transparences requises par le droit européen, ou d'établir qu'ils sont dans les conditions de l'exception « quasi *in house* » leur permettant d'échapper à ces exigences.

586. La libre prestation des services restreint-elle l'autonomie des États membres pour l'encadrement des pensions complémentaires sur leur territoire? La considération des deux questions développées dans cette section nous amène à conclure que non. Du moins, pas en l'état actuel de la jurisprudence; la condition de solidarité requise pour justifier l'obligation d'affiliation à un régime de pension complémentaire est source, comme en droit de la concurrence, d'une certaine insécurité juridique.

On observera par contre que l'arrêt *UNIS et Beaudout*, en ce qu'il conduit, dans les faits, à traiter les partenaires sociaux de la même façon que les autorités étatiques, semble imprégné d'une certaine représentation de la société, d'orientation libérale. Selon celle-ci, l'État est un pouvoir de contrainte faisant face aux opérateurs économiques qui évoluent librement sur le marché. Dans cette représentation, il n'y a pas de place pour la conception de corps intermédiaires qui, comme les partenaires sociaux réunis dans des instances de négociation collective, sont actifs dans le marché, mais interagissent selon d'autres principes que ceux en vigueur sur celui-ci. Étant donné donc cette représentation de la société, il est logique que ces corps intermédiaires, dès lors qu'ils peuvent être sources d'obligation de portée générale, soient soumis aux mêmes règles que celles initialement destinées à l'État. Cette représentation n'étant toutefois pas universelle, ceux qui ne la partagent pas trouveront probablement à redire à la jurisprudence de la Cour. Et cela quand bien même celle-ci n'a qu'une influence limitée sur les rapports qu'entretiennent l'État et les partenaires sociaux dans le domaine des pensions.

Section 3 : La directive concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle

587. L'Union européenne a adopté en juin 2003 une directive concernant les activités et la surveillance des « institutions de retraite professionnelle¹ » (ci-après directive IRP), c'est-à-dire pour l'essentiel les institutions que l'on appelle couramment « fonds de pension² ». Il s'agissait du premier texte consacré spécifiquement à ces institutions au niveau européen. En décembre 2016, une directive

-
1. 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. On donne *infra*, n° 633, la définition précise de la notion d'« institution de retraite professionnelle » retenue par la directive.
 2. On peut à ce stade se contenter de définir les fonds de pension comme des intermédiaires financiers, financés par des entreprises non financières, qui collectent et investissent des fonds avant de les reverser ultimement à leurs membres pour la constitution de pensions. Voy. E.P. DAVIS, *Pension Funds: Retirement-Income Security and Capital Markets: An International Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 1.

« refonte » a été adoptée¹, qui complète et approfondit sur plusieurs points le texte de 2003².

588. L'adoption d'une directive relative aux fonds de pension ne s'est pas faite sans difficulté. Les premières initiatives de la Commission ont été accueillies avec réticence, voire avec méfiance. Certains acteurs politiques craignaient notamment que, par la réglementation des fonds de pension, la Commission impose indirectement une voie à suivre pour les réformes futures des systèmes de pension des États membres³. De manière plus générale, avant et après l'adoption de la directive, on a soupçonné les actions de la Commission en matière de fonds de pension d'être orientées en faveur d'un certain modèle de pension. En raison même de la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres, la Commission ferait prévaloir une appréhension économique plutôt que sociale de la question du futur des pensions⁴.

589. Cette section vise à déterminer si ces craintes ou avertissements se sont avérés finalement fondés. Autrement dit, elle tend à répondre à la question de savoir si la directive adoptée en 2003 et « refondue » en 2016 promeut effectivement un certain modèle de pension et, si tel est le cas, avec quels résultats. Pour ce faire, nous procédons en deux temps. Nous commençons par exposer l'historique de la directive, en prêtant attention aux intentions et arguments soulevés par les différents acteurs (Commission, États membres, acteurs économiques, partenaires sociaux) en faveur ou contre les propositions de réglementation des fonds de pension. Ce faisant, nous facilitons l'identification des objectifs qui ont guidé son

-
1. Directive (UE) 2016/2341 du parlement européen et du conseil du 14 décembre 2016 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (IRP) (refonte).
 2. Sur ces deux directives, voy. en général E. SCHMIDT, *Perspectives of EU pension law to facilitate worker mobility and sustainability of pensions*, The Hague, Eleven, 2020.
 3. Voy. la citation d'un extrait d'une proposition de résolution de l'Assemblée nationale française dans K. LANNOO, « The Draft Pension Funds Directive and the Financing of Pensions in the EU », *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1996, vol. 21, n° 78, p. 122 : « Indirectement, la Commission semble avec ce texte [c'est-à-dire la première proposition de directive déposée par la Commission] déterminer de manière prématurée le choix que les États membres devront faire dans le futur quant à l'évolution de leurs systèmes de pension » (traduction libre de la traduction anglaise de la résolution proposée par K. Lannoo).
 4. Voy. par exemple Y. STEVENS, G. GIESELINK et B. VAN BUGGENHOUT, « Towards a New Role for Occupational Pensions in Continental Europe », *op. cit.*, p. 31. Voy. aussi, à propos des acteurs impliqués dans les premières initiatives prises au niveau européen en matière de pension, M. HARTLAPP, « Deconstructing EU old age policy: Assessing the potential of soft OMCs and hard EU law », *European Integration online Papers*, Special Mini-Issue 1 – EU Law, Governance and Social Policy, 2012, vol. 16, 3^e article. Selon cet auteur, ces acteurs poursuivaient en effet avant tout des objectifs économiques, quoique pour d'autres raisons que la répartition des compétences entre l'EU et les États membres. Voy. également M. HAVERLAND, « When the welfare state meets the regulatory state: EU occupational pension policy », *Journal of European Public Policy*, 2007, vol. 14, n° 6, p. 886-904.

adoption et sa modification. Cette présentation historique est également l'occasion de souligner les liens entre cette directive et celles adoptées de plus longue date dans le domaine des assurances (§ 1). Nous exposons ensuite le contenu de la directive dans sa version de 2016, avant de discuter si et dans quelle mesure elle contraint en droit l'autonomie des États membres pour l'organisation de leurs systèmes de pension (§ 2). Nous arrivons à la conclusion que si la directive a sans aucun doute été adoptée avec le souhait de certains acteurs, notamment la Commission, qu'elle favorise l'évolution des systèmes de pension des États membres vers un certain modèle, elle ne contraint que de manière tout à fait marginale l'autonomie de ces États pour l'organisation de leurs systèmes.

§ 1. Historique de la directive IRP : ses objectifs, ses promoteurs

590. L'histoire de l'adoption de la directive IRP, dans sa première mouture de 2003 puis dans sa version « refonte » de 2016, est jalonnée de nombreuses péripéties. C'est qu'elle a suscité des tensions dans des domaines aussi importants que variés. Maîtrise des finances publiques, financiarisation de l'économie, concurrence avec le secteur des assurances, sont quelques-uns des enjeux soulevés par les initiatives de la Commission visant à harmoniser le cadre réglementaire des fonds de pension européens. Nous retraçons cette histoire en cinq étapes, qui s'étalent sur une trentaine d'années.

1. La première proposition de directive, et les raisons de son échec

591. La première tentative de la Commission pour faire adopter une directive relative aux fonds de pension s'est soldée par un échec. Il est toutefois intéressant de revenir brièvement sur les prémices de cette tentative ((1)), le contenu de la proposition de directive avortée ((2)) et les raisons de cet échec ((3)) pour faire apparaître quels sont, dès le départ, les objectifs poursuivis par la Commission, ainsi que leur charge polémique.

(1) Les prémices de la première proposition de directive

592. L'intérêt de la Commission européenne pour une régulation européenne des fonds de pension remonte aux années 1980. Par l'organisation de réunions diverses avec des acteurs des marchés financiers, la Commission a contribué aux réflexions menées à l'époque au sein de certains milieux économiques sur le développement des marchés de capitaux en Europe. Inspirés par l'exemple nord-américain, plusieurs acteurs au sein de ces milieux souhaitaient encourager la levée de capitaux par les petites et moyennes entreprises au moyen de l'émission d'actions. La bonne réalisation de ce projet supposait notamment une modification des

règles applicables aux investisseurs institutionnels¹ sur les marchés financiers, parmi lesquels les fonds de pension (mais aussi les banques, les entreprises d'assurance, les organismes de placement collectif), en vue de leur permettre d'orienter leurs importants capitaux vers ce type de produits financiers².

593. La première initiative concrète de la Commission pour l'adoption de principes communs applicables aux fonds de pension a été prise en octobre 1990. Un document de travail fut envoyé par la direction générale (DG) Marché intérieur et services financiers aux États membres pour amorcer des discussions autour de trois objectifs³ : « la liberté transfrontalière de gestion financière, la liberté transfrontalière de placement, la liberté transfrontalière d'adhérence [sic] » aux « institutions de retraite »⁴. Par cette dernière expression, la Commission désignait essentiellement les institutions finançant des prestations de retraite par capitalisation.

Le premier objectif visait à développer un marché européen des services de gestion d'actifs financiers en permettant aux institutions de retraite de faire appel à des gestionnaires établis dans un autre État membre que celui dans lequel elles sont elles-mêmes établies. Le deuxième objectif visait à approfondir la liberté de circulation des capitaux en limitant les restrictions aux investissements par les institutions de retraites dans certains types d'actifs financiers, définis par leur nature ou par leur localisation. Enfin, le troisième objectif visait à développer un marché européen des institutions de retraite en permettant à des entreprises établies dans un État membre de faire appel à une institution établie dans un autre État membre pour la constitution d'un régime de retraite financé par capitalisation. Avec ces trois objectifs, la DG Marché intérieur et services financiers de la Commission cherchait donc, d'une part, à approfondir l'intégration des marchés de capitaux européens et de certains services y étant liés. Elle cherchait également, d'autre part, à favoriser le développement d'institutions de retraite pan-européennes, c'est-à-dire finançant des prestations de retraite par capitalisation pour des entreprises établies dans des États membres différents.

-
1. On peut définir un investisseur institutionnel comme un organisme collecteur d'épargne professionnel qui investit pour le compte d'autrui. Voy. les différentes définitions reprises dans M. ALLART, C. MONACO et A. FINET, « Cadastre de la présence des investisseurs institutionnels en Belgique : le cas des petites et moyennes capitalisations », *Revue des sciences de gestion*, 2016, vol. 280, n° 4, p. 46.
 2. Voy. S. WEBER et E. POSNER, « Creating a Pan-European Equity Market », in S. WEBER (éd.), *Globalization and the European Political Economy*, New York, Columbia University Press, 2001, p. 152 et s.
 3. G. CORON, « Retraite par capitalisation et Union européenne : retour sur la directive institutions de retraite professionnelle », *Revue de l'IREs*, 2003, vol. 43, n° 3, p. 5 et s.
 4. Proposition de Directive du Conseil concernant la liberté de gestion et d'investissement des fonds collectés par les institutions de retraite, Exposé des motifs, COM (91) 301 final, p. 3.

(2) *Le contenu de la première proposition de directive*

594. Les travaux entamés avec le document de travail aboutirent en novembre 1991 à la présentation par la Commission d'une proposition de directive « concernant la liberté de gestion et d'investissement des fonds collectés par les institutions de retraite¹ ». Comme son intitulé l'indique, cette proposition ne reprenait que les deux premiers objectifs du document de travail, à savoir la libre prestation des services de gestion des avoirs financiers et la libéralisation des règles applicables aux investissements des institutions de retraite. Présentant des négociations particulièrement compliquées avec les États membres sur le troisième objectif, celui de l'affiliation transfrontalière à des institutions de retraite, la Commission avait préféré le reporter à des initiatives futures². En outre, comme le remarque un auteur, la mise en œuvre concrète de ce troisième objectif aurait supposé de trancher des questions relevant de la compétence de la DG Affaires sociales de la Commission telles que, par exemple, la représentation des travailleurs au sein des institutions de retraite³. Peut-être cela est-il apparu à la DG Marché intérieur et services financiers comme un motif supplémentaire pour reporter les discussions sur ce point, celle-ci préférant avancer sur les objectifs qui relevaient du cœur de son domaine d'action.

595. Le corps de la proposition de directive était assez ramassé⁴ : il tenait en six articles, dont deux consacrés aux dispositions finales organisant la transposition de la directive. La proposition avait un champ d'application particulièrement large. Elle s'appliquait non seulement aux institutions de retraite financées par capitalisation, mais également aux fonds de réserves détenus par des institutions financées principalement par répartition comme, par exemple, les régimes de pension complémentaires français AGIRC et ARRCO⁵. Les organismes de sécurité sociale au sens du règlement 1408/71⁶, qui organisait à l'époque la coordination des régimes de sécurité sociale applicables aux travailleurs mobiles au sein de

-
1. 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.
 2. Proposition de Directive du Conseil concernant la liberté de gestion et d'investissement des fonds collectés par les institutions de retraite, Exposé des motifs, COM (91) 301 final, p. 6. Voy. aussi G. CORON, « Retraite par capitalisation et Union européenne : retour sur la directive institutions de retraite professionnelle », *op. cit.*, p. 15.
 3. K. LANNOO, « The Draft Pension Funds Directive and the Financing of Pensions in the EU », *op. cit.*, p. 121.
 4. G. CORON, « Retraite par capitalisation et Union européenne : retour sur la directive institutions de retraite professionnelle », *op. cit.*, p. 16.
 5. G.S. ZAVVOS, « Pension Fund Liberalization and the Future of Retirement Financing in Europe », *Common Market Law Review*, 1994, vol. 31, p. 619.
 6. Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté.

l'Union, en étaient par contre exclus (articles 1^{er} et 2). De même, la définition retenue de l'institution de retraite professionnelle excluait du champ d'application de la proposition de directive les régimes de pension complémentaires qui ne sont pas établis séparément de l'entreprise qui verse les cotisations; la plupart des régimes de pension complémentaires allemands (les *Unterstützungskassen*) échappaient ainsi à la proposition, puisqu'ils sont couverts par une provision au bilan de l'entreprise débitrice des engagements de pension¹. Enfin, la directive proposée ne devait pas non plus s'appliquer aux institutions financières déjà couvertes par d'autres directives européennes, parmi lesquelles principalement les entreprises d'assurance (article 1^{er}, § 2).

596. L'objectif de libéralisation des services de gestion des actifs financiers des institutions de retraite était réalisé au travers de l'interdiction pour les États membres de restreindre la liberté des institutions établies sur leur territoire de faire appel aux services d'un gestionnaire établi dans un autre État membre (article 3, § 1^{er}). Sur ce point, la proposition de directive ne venait en réalité que compléter l'action déjà entreprise par l'Union dans le domaine financier. Par plusieurs directives², l'Union avait ouvert la possibilité pour les prestataires de services financiers d'exercer leurs activités dans tous les États membres. À cette libéralisation de l'offre, la proposition venait donc ajouter la libéralisation de la demande, en l'occurrence celle des institutions de retraite pour la gestion de leurs actifs³. Notons que la proposition de directive prévoyait également une libéralisation des services de garde ou de dépôt des actifs des institutions de retraite, selon les mêmes principes (article 3, § 3).

597. Le deuxième objectif de libéralisation des règles d'investissement applicables aux institutions de retraite impliquait quant à lui des changements plus importants dans les pratiques existantes. Sa mise en œuvre supposait de faire basculer, dans la majorité des États membres⁴, l'encadrement des investissements des

-
1. Voy. C. BITTNER, « Occupational Pensions – a Matter of European Concern », *European Business Organization Law Review*, 2001, n° 2, p. 422-423.
 2. Notamment la directive 92/96/CEE du Conseil, du 10 novembre 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, et modifiant les directives 79/267/CEE et 90/619/CEE (troisième directive assurance vie), de la directive 93/22/CEE du Conseil, du 10 mai 1993, relative aux services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières (directive services d'investissement) et de la deuxième directive 89/646/CEE du Conseil, du 15 décembre 1989, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE, toutes trois citées à l'article 3 de la proposition de directive.
 3. Proposition de Directive du Conseil concernant la liberté de gestion et d'investissement des fonds collectés par les institutions de retraite, Exposé des motifs, COM (91) 301 final, p. 10.
 4. Voy. le relevé des législations relatives à l'encadrement des investissements des fonds de pension de 10 des 12 États membres de l'Union européenne à l'époque de la proposition de la

institutions de retraite depuis une approche quantitative vers une approche qualitative.

598. Dans la première, les investissements des institutions de retraite sont encadrés par des prescriptions maximales ou minimales de détention d'actifs financiers d'un certain type. Par exemple, les institutions peuvent être tenues d'investir dans des obligations d'État ou des obligations d'entreprises, ou encore dans des actifs libellés dans la même monnaie que les prestations de retraite à financer (obligation dite de congruence monétaire), c'est-à-dire *de facto* la monnaie de l'État membre dans lequel l'institution de retraite est établie. En vertu de l'approche qualitative, les investissements des institutions de retraites doivent être réalisés dans le respect de certains critères qualitatifs, d'ordre comportemental¹. Cette seconde approche connaît son expression typique dans le « principe de la personne prudente » (*prudent person rule*) du droit des *trusts* américain et anglais. Selon ce principe, la personne chargée de la gestion d'un fonds de pension doit accomplir ses missions avec le soin, la compétence, la prudence et la diligence dont une personne prudente occupant des fonctions similaires ferait preuve dans une entreprise comparable².

599. Ces deux approches, dites quantitatives et qualitatives, sont donc fondamentalement différentes dans leur contenu. Elles le sont également quant à l'identification de l'entité responsable de la définition des principes devant guider la gestion des actifs³. L'adoption de la première approche confère ce pouvoir aux autorités publiques, qui décident *a priori* des contours de la répartition des avoirs des institutions de retraite entre plusieurs types d'actifs financiers. Au contraire, dans la seconde approche il revient à chaque gestionnaire d'actifs de choisir la

directive dans E.P. DAVIS, « Regulation of Pension Fund Assets », in H. BLOMMESTEIN, N. FUNKE et OCDE (éds.), *Institutional Investors in the New Financial Landscape*, Paris, Organisation for Economic Co-operation and Development, 1998, p. 369-370, ainsi que, dans le même ouvrage, K. LANNOO, « Institutional Investors, Capital Markets, and the EMU », p. 318. Nous expliquons *infra*, n° 603, les enjeux de ce changement d'approche dans l'encadrement des investissements, et les raisons pour lesquelles plusieurs États membres s'y sont opposés.

1. Voy. notamment E.P. DAVIS, « Prudent person rules or quantitative restrictions? The regulation of long-term institutional investors' portfolios », *Journal of Pension Economics and Finance*, 2002, vol. 1, n° 2, p. 165-172.
2. Traduction libre de la définition proposée par R. GALER, « 'Prudent Person Rule' Standard for the Investment of Pension Fund Assets », OCDE, 2002, p. 45, disponible en ligne (oecd.org/finance/private-pensions/2488700.pdf) : « A fiduciary must discharge his or her duties with the care, skill, prudence and diligence that a prudent person acting in a like capacity would use in the conduct of an enterprise of like character and aims ».
3. J.-M. BINON, « La proposition de directive du 11 octobre 2000 sur les institutions de retraite professionnelle », *Euredia*, 2000, n° 4, p. 537 ; R. GALER, « 'Prudent Person Rule' Standard for the Investment of Pension Fund Assets », *op. cit.*, p. 44.

répartition des avoirs, pourvu qu'il agisse en conformité avec les normes de comportement qui valent dans son milieu professionnel.

600. L'orientation de la proposition de directive en faveur de l'approche qualitative de l'encadrement des investissements, d'inspiration anglo-saxonne, était sans ambiguïté¹. Elle prévoyait l'interdiction pour les États membres d'imposer aux institutions de retraite d'« effectuer leurs placements dans des catégories particulières d'actifs [ou] de localiser leurs actifs dans un État membre déterminé ». Elle fixait également une proportion maximale d'actifs (80 %) dont un État membre peut exiger qu'ils soient investis dans la même monnaie que les prestations de retraite à fournir, c'est-à-dire à l'égard desquels il peut imposer une obligation de congruence monétaire (article 4, §§ 2 et 3 de la proposition). Un considérant de la proposition contenait par ailleurs une reformulation de la *prudent person rule* : il énonçait qu'en vue de la protection des droits de leurs membres, « les actifs des institutions de retraite doivent [...] être placés avec le soin, la compétence, la prudence et la diligence compte tenu des circonstances du moment, dont un “bon père de famille”, agissant en la même qualité et au fait de ces questions, ferait preuve dans la conduite d'une entreprise d'un type comparable et poursuivant les mêmes objectifs² ».

(3) *Les raisons de l'échec de la première proposition de directive*

601. La proposition de directive fut un échec. Les raisons de l'opposition des États membres à l'initiative de la Commission étaient plurielles. Nous en relèverons quatre.

602. Une première difficulté ayant participé à l'échec de la proposition tenait à son champ d'application. Le renvoi aux organismes de sécurité sociale au sens du règlement 1408/71³ pour désigner les institutions de retraite qui en étaient exclues a paru peu approprié à certains États membres. Des amendements furent donc proposés, suite auxquels la proposition précisa désormais que seules les institutions proposant des prestations de retraite *complémentaires* étaient visées, tandis qu'étaient exclus de son champ d'application les « organismes de sécurité sociale réglementaires », dont une liste non exhaustive était dressée en annexe⁴. Cette solution continua d'être insatisfaisante pour plusieurs États membres, notamment

-
1. Dans le même sens, voy. I. GUARDIANCICH et D. NATALL, *The EU and supplementary pensions. Instruments for integration and the market for occupational pensions in Europe. Working Paper 2009.11*, Brussels, ETUI, 2009, p. 11 ; M. FERRERA, *The Boundaries of Welfare, op. cit.*, p. 155.
 2. 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, p. 15, considérant non numéroté.
 3. Voy. *supra* p. 337, note 6.
 4. Proposition modifiée de Directive du Conseil concernant la liberté de gestion et de placement des fonds collectés par les institutions de retraite COM(93) 237 final, article 2.

ceux qui, comme les Pays-Bas, connaissaient des institutions de retraite financées par capitalisation fortement encadrées, voire directement gérées par l'État¹. Avec ces débats, c'est la difficulté de tracer une frontière nette et valable dans tous les États membres entre, d'une part, des organismes étatiques de sécurité sociale et, d'autre part, des institutions privées offrant des prestations de retraite complémentaire, qui se manifestait au grand jour².

603. La proposition de la Commission achoppa également sur les divergences de vue entre États membres à l'égard des principes qualitatifs proposés pour guider les règles d'encadrement des investissements. C'est que la possibilité, incompatible avec ces principes, pour les États d'imposer des prescriptions quantitatives et des obligations de congruence monétaire aux investissements des institutions établies sur leur territoire, présentait plusieurs enjeux importants.

Premièrement, la maîtrise de ces deux paramètres permet à un État d'orienter les avoirs des institutions de retraites établies sur son territoire vers des produits financiers qu'il propose lui-même, et ainsi de faciliter son financement sur les marchés financiers. Cette orientation des investissements vers des produits étatiques peut être l'effet direct de la législation nationale, qui impose par exemple aux institutions de détenir une certaine quantité d'obligations d'État. Elle peut également être le résultat indirect de la combinaison d'une obligation de congruence monétaire, d'une part, et de prescriptions quantitatives maximales portant sur certains actifs ou de l'état du marché financier national d'autre part. En effet, un plafond maximal peu élevé pour la détention de certains actifs ou un marché peu développé des actions ou des obligations d'entreprises, par exemple, amène nécessairement les institutions de retraite devant investir leurs avoirs dans des actifs libellés dans la monnaie nationale à s'orienter vers les autres produits financiers accessibles, parmi lesquels les produits proposés par l'État. Dans un cas comme dans l'autre, celui-ci se voit assuré d'une demande stable sur le marché financier national, ce qui lui est bénéfique pour la rencontre de ses besoins de financement³. Le débat sur les principes devant guider l'encadrement des investis-

-
1. K. LANNOO, « The Draft Pension Funds Directive and the Financing of Pensions in the EU », *op. cit.*, p. 122.
 2. G.S. ZAVVOS, « Pension Fund Liberalization and the Future of Retirement Financing in Europe », *op. cit.*, p. 620. Ces débats n'ont jamais réellement cessé de ressurgir, même après l'adoption de la directive de 2003 (dont on parle *infra*, n° 621 et s.). Voy. par exemple H. VAN MEERTEN, « The Scope of the EU 'Pensions'-Directive: Some Background and Solutions for Policymakers », *op. cit.*
 3. C. MÖLLMANN, « How to govern transnational pension provision? The struggle over the "prudent person standard" in EU pension fund regulation », *Intervention à la 6ème Pan-European Conference on International Relations à Turin*, 2007, p. 8, disponible en ligne (<http://www.eisa-net.org/be-bruga/eisa/files/events/turin/Moellmann-Moellmann-Turin.pdf>); G. CORON, « Retraite par capitalisation et Union européenne : retour sur la directive institutions de retraite professionnelle », *op. cit.*, p. 13; K. LANNOO, « The Draft Pension Funds Directive and the

sements des institutions de retraite soulevait donc aussi d'importants enjeux de finances publiques.

Deuxièmement, la possibilité pour un État d'imposer des obligations de congruence monétaire lui permet de protéger son marché financier national de la concurrence et de l'influence d'acteurs financiers étrangers. Pour les États dont les institutions et acteurs financiers nationaux sont encore peu développés, elle peut donc s'avérer cruciale pour permettre à ceux-ci de s'épanouir avant d'être confrontés aux pressions étrangères¹. À l'époque de la proposition de directive, les marchés financiers nationaux en général et les institutions de retraite en particulier étaient très diversement développés dans les États membres. À eux seuls, les fonds de pension britanniques et néerlandais détenaient 82 % des avoirs des institutions de retraite établies au sein de la Communauté économique européenne². C'est certainement l'une des raisons pour lesquelles les débats au Conseil sur la hauteur maximale des obligations de congruence monétaire pouvant être imposées par les États ont opposé le Royaume-Uni et les Pays-Bas ainsi que l'Irlande, d'une part, et un autre groupe d'États membres mené par l'Allemagne et la France, d'autre part³.

604. Une troisième raison de l'échec de la proposition de directive est à trouver dans la concurrence entre les fonds de pension (ou plus largement les institutions de retraite, au sens de la proposition de directive) et les entreprises d'assurance. Ces dernières, comme nous le savons déjà⁴, n'entraient pas dans le champ d'application de la proposition, pour la raison qu'elles faisaient déjà l'objet d'autres directives⁵. Or, les principes proposés par la Commission pour l'encadrement des investissements des fonds de pension étaient plus libéraux que ceux applicables alors aux entreprises d'assurance en vertu du droit européen : les États membres

Financing of Pensions in the EU », *op. cit.*, p. 125 ; G.S. ZAVVOS, « Pension Fund Liberalization and the Future of Retirement Financing in Europe », *op. cit.*, p. 614.

1. K. LANNOO, « The Draft Pension Funds Directive and the Financing of Pensions in the EU », *op. cit.*, p. 125.
2. Voy. le rapport du Centre for European Policy Studies, « Financing Retirement in Europe », 1993, p. 22.
3. B. NURK, « Institutional Investors and their Implications for Financial Markets in Germany », in H. BLOMMESTEIN, N. FUNKE et OCDE (éds.), *Institutional Investors in the New Financial Landscape*, Paris, Organisation for Economic Co-operation and Development, 1998, p. 190 ; R. BRUNET, « Retraite, liberté de mouvement des capitaux et libre prestation de services », *La Lettre de l'Observatoire des Retraites*, 1999, n° 11, p. 11 ; B. BIRMINGHAM, « "All for one and one for all" – The EU Directive allows cross border pension funds », *Pensions: An International Journal*, 2003, vol. 9, n° 2, p. 108.
4. Voy. *supra*, n° 595.
5. Notamment les directives 79/267/CEE et 90/619/CEE, qui allaient être bientôt modifiées par la directive 92/96/CEE du Conseil, du 10 novembre 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie (troisième directive assurance vie).

avaient conservé le droit d'imposer des prescriptions quantitatives aux investissements opérés par celles-ci, tandis que la proposition devait les priver de cette possibilité à l'égard de ceux-là. Les entreprises d'assurance craignaient donc d'être désavantagées dans la concurrence accrue avec les fonds de pension à laquelle la directive proposée devait les soumettre. Les États membres connaissant un secteur de l'assurance développé, notamment la France, relayèrent au sein du Conseil cette opposition des assureurs à la proposition de la Commission. Ce fut là une autre raison du clivage des débats entre ces États et le Royaume-Uni, les Pays-Bas et l'Irlande, États au sein desquels des fonds de pension avaient depuis longtemps et profondément implanté leurs activités¹.

605. Enfin, un quatrième facteur nous semble pouvoir être avancé pour expliquer l'échec de la proposition de la Commission, quoique son incidence soit plus difficile à évaluer. Il s'agit de l'ancrage de la proposition dans un modèle résolument anglo-saxon, qui a pu susciter chez les États membres partageant une autre tradition une réaction prudente, sinon méfiante². Nous l'avons déjà dit, lors de sa présentation, la réelle innovation de la proposition par rapport à l'état du droit européen et de la plupart des droits nationaux était l'adoption du principe de la personne prudente, ou principe de prudence, pour l'encadrement des investissements des institutions de retraite³. Or, ce principe, inspiré du droit des *trusts* américain et britannique, est inévitablement associé aux fonds de pension anglo-saxons, qui ont conquis un rôle et un poids considérables au cours de la seconde moitié du XX^e siècle dans la structure économique et sociale de la plupart des pays de *common law*.

606. De nombreux travaux ont été menés sur les implications du développement de ces acteurs financiers pour les relations économiques, et notamment les relations de travail, au sein des États qui les accueillent ou qui reçoivent leurs investissements. Sans rentrer dans le détail de questions complexes, des auteurs souli-

-
1. G. CORON, « Retraite par capitalisation et Union européenne : retour sur la directive institutions de retraite professionnelle », *op. cit.*, p. 17 ; R. BRUNET, « Retraite, liberté de mouvement des capitaux et libre prestation de services », *op. cit.*, p. 10-11 ; K. LANNON, « The Draft Pension Funds Directive and the Financing of Pensions in the EU », *op. cit.*, p. 122-123. Comme nous le verrons *infra*, n° 629 et 636, la concurrence entre les entreprises d'assurance et les fonds de pension n'a jamais cessé de façonner les débats autour de la directive. Il est intéressant de noter que cette opposition façonne aussi certaines politiques nationales. Voy., pour une étude centrée sur la Belgique et la France, M. NACZYK, « Agents of Privatization? Business Groups and the Rise of Pension funds in Continental Europe », *Socio-Economic Review*, 2013, vol. 11, n° 3, p. 441-469.
 2. Pour une explication de l'échec de la proposition de la Commission par la confrontation de deux traditions dans l'organisation des pensions complémentaires, voy. notamment C. MÖLLMANN, « How to govern transnational pension provision? The struggle over the "prudent person standard" in EU pension fund regulation », *op. cit.* Voy. également l'extrait d'une proposition de résolution de l'Assemblée nationale française repris *supra*, p. 334, note 3.
 3. Voy. *supra*, n° 597.

gnent que la montée en puissance des fonds de pension a conduit à accorder la primauté à la « valeur actionnariale » dans la gestion des entreprises, conduisant à un basculement du rapport de forces au sein des entreprises en faveur des actionnaires et au détriment des gestionnaires directs et, en dernière instance, des travailleurs¹. L'influence des fonds de pension dans la vie économique des États-Unis et du Royaume-Uni a été jugée d'une importance telle qu'on a pu qualifier ces économies de *pension fund capitalism*².

607. Si les fonds de pension ont pu se développer de la sorte dans plusieurs pays anglo-saxons, c'est en partie dû au modèle de pension qui y a été adopté. Ce modèle combine des pensions légales modestes, dont la finalité est de prévenir le risque de pauvreté chez les pensionnés, avec des pensions complémentaires financées par capitalisation, qui doivent permettre aux travailleurs de maintenir leur niveau de vie après la retraite³. Cette répartition des rôles entre l'État, garant d'une protection minimale, et les fonds de pension, garants du maintien d'un revenu proche des salaires passés, a favorisé l'accumulation par ces derniers de capitaux extrêmement importants⁴, leur donnant le poids économique qu'on vient d'évoquer.

L'association du principe de prudence à ces caractéristiques économiques et sociales des États anglo-saxons a pu influencer la position des États membres à l'égard de la proposition de la Commission. Nous avons vu que les débats au sein du Conseil ont principalement opposé le Royaume-Uni, les Pays-Bas et l'Irlande aux autres États membres. L'appartenance du Royaume-Uni et de l'Irlande au modèle anglo-saxon n'a pas besoin d'être discutée. Le système de pension des Pays-Bas, quant à lui, présente des particularités évidentes à l'égard de ce modèle, comme l'implication importante des partenaires sociaux, à un niveau sectoriel, dans l'organisation des régimes de pension complémentaires. Il en partage pourtant les traits caractéristiques qu'on vient d'évoquer, à savoir l'intégration d'un

-
1. Voy. par exemple les travaux de M. GELTER, « The Pension System and the Rise of Shareholder Primacy », *Seton Hall Review*, 2013, vol. 43, n° 3, p. 909-970 ; S. MONTAGNE, *Les Fonds de pension : Entre protection sociale et spéculation financière*, Paris, Odile Jacob, 2006 ; G.A. EPSTEIN (éd.), *Financialization and the World Economy*, Northampton, Edward Elgar, 2005 ; F. LORDON, *Fonds de pension, piège à cons ? Mirage de la démocratie actionnariale*, Paris, Raisons d'Agir, 2000 ; ASSOCIATION RECHERCHE ET RÉGULATION, *Fonds de pension et « nouveau capitalisme »*, 4, L'année de la régulation, Paris, La Découverte, 2000 ; A. ORLÉAN, *Le Pouvoir de la finance*, Paris, Odile Jacob, 1999.
 2. G.L. CLARK, *Pension Fund Capitalism*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
 3. Voy. notamment M. FERRERA, *The Boundaries of Welfare*, *op. cit.*, p. 224-225.
 4. En 1990, les actifs des fonds de pension représentaient 107 % du PIB aux Pays-Bas ; 97 % du PIB au Royaume-Uni ; et 68 % du PIB aux États-Unis. Ils ne représentaient à la même époque que 22 % du PIB en Allemagne et 13 % du PIB en France. Voy. B. PALIER et G. BONOLI, « La montée en puissance des fonds de pension : Une lecture comparative des réformes des systèmes de retraite, entre modèle global et cheminements nationaux », in ASSOCIATION RECHERCHE ET RÉGULATION (éd.), *Fonds de pension et « nouveau capitalisme »*, *op. cit.*, p. 217.

« second pilier » dédié au maintien du niveau de vie des retraités et régulé, sur le plan financier, en conformité avec le principe de prudence¹.

Les autres États membres avaient, quant à eux, adopté des systèmes de pension présentant des caractéristiques très différentes, et n'avaient pas intégré ce principe dans leur droit financier. La proposition de la Commission a donc pu leur apparaître comme un premier pas vers un modèle bien connu issu d'une autre tradition que la leur. Ils l'auront alors accueillie avec un *a priori* défavorable, au-delà des enjeux plus concrets que nous avons avancés plus haut comme autant de raisons de l'échec de cette proposition.

608. Devant l'opposition de la majorité des États membres aux principes proposés pour l'encadrement des investissements dans sa version initiale, et en particulier en raison de la volonté de cette majorité d'augmenter les proportions dans lesquelles les États peuvent imposer des obligations de congruence monétaire, la Commission décida finalement de retirer sa proposition de directive en décembre 1994. Elle s'en expliqua par le caractère contre-productif, à ses yeux, qu'aurait présenté l'adoption d'une directive intégrant les amendements souhaités par la majorité des États membres. Le sens de sa proposition initiale en aurait été totalement modifié : au lieu d'éliminer des obstacles à la libre prestation des services et à la libre circulation des capitaux, les amendements souhaités les auraient légitimés².

2. La communication de la Commission et son annulation par la Cour de justice

609. La Commission entreprit toutefois de faire avancer son projet par un autre moyen. Le 17 décembre 1994, elle adoptait une communication « relative à un marché intérieur pour les fonds de retraite³ ». Ce document, juridiquement non contraignant, reprenait l'essentiel du contenu de la proposition à peine retirée, abaissant même la proportion dans laquelle les États peuvent imposer une obligation de congruence monétaire. Mais il présentait désormais ces principes comme découlant d'une interprétation des libertés prévues par les traités européens. N'ayant pu obtenir l'accord des États membres pour l'adoption d'un acte dérivé conforme à ses objectifs, la Commission annonçait donc qu'elle chercherait à atteindre le même résultat par l'application du droit primaire européen.

-
1. Voy. G.S. ZAVVOS, « Pension Fund Liberalization and the Future of Retirement Financing in Europe », *op. cit.*, p. 614 ; E.P. DAVIS, « Regulation of Pension Fund Assets », *op. cit.*, p. 370 ; J. MARSHALL et S. BUTTERWORTH, « Pensions Reform in the EU: The Unexploded Time Bomb in the Single Market », *Common Market Law Review*, 2000, n° 37, p. 752-753.
 2. Voy. l'extrait d'une communication de la Commission cité par K. LANNOO, « The Draft Pension Funds Directive and the Financing of Pensions in the EU », *op. cit.*, p. 123. Voy. également le livre vert *Les retraites complémentaires dans le marché unique*, COM(97) 283, p. 13, dont il est question *infra*, aux n° 613 et s.
 3. C 360, *Journal Officiel*, 1994, p. 7.

610. Apparemment consciente du caractère délicat de l'opération, elle s'était toutefois gardée d'en faire la publicité auprès des États membres. La lettre du 21 décembre par laquelle elle les informait officiellement du retrait de la proposition de directive « omettait¹ » de mentionner la publication de la communication quatre jours plus tôt. Elle n'échappa cependant pas au travail de veille juridique de fonctionnaires français².

611. Soutenue par l'Espagne, la France demanda l'annulation de la communication devant la Cour de justice. Elle soutenait que par ce document, la Commission ne s'était pas contentée de préciser la portée de la libre prestation des services et de la libre circulation des capitaux énoncées par les traités, mais visait à imposer des obligations nouvelles aux États membres. La Commission avait ainsi, selon elle, outrepassé sa compétence, puisqu'elle n'avait pas agi sur une base juridique permettant l'adoption de telles obligations. Elle soutenait également que la communication créait « une inégalité de traitement [...] entre les titulaires de fonds de pension et ceux de polices d'assurance sur la vie³ ».

612. La Cour, par un arrêt du 20 mars 1997, donna raison à la France quant au défaut de compétence de la Commission pour l'adoption de la communication et annula celle-ci en conséquence⁴. Elle ne se prononça par contre pas sur l'inégalité de traitement alléguée, l'analyse de ce moyen étant superflu pour motiver la décision d'annulation.

3. Le livre vert de 1997

613. La Commission ne se laissa pas décourager par ces deux premières tentatives malheureuses de libéraliser le secteur des services financiers aux institutions de retraite et d'introduire dans le droit européen des principes qualitatifs pour l'encadrement de leurs investissements. Elle décida toutefois de changer d'approche⁵. La communication autour de ses initiatives n'avait jusque-là quasiment fait référence qu'à des thématiques financières. Plutôt que d'insister sur les objectifs de libéralisation des marchés financiers, la Commission allait désormais mettre en avant les effets positifs espérés de ses propositions pour les finances publiques et

-
1. Le terme est employé par l'avocat général Tesouro au point 1 de ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour du 20 mars 1997, *République française c. Commission*, C-57/95 dont il est question *infra*.
 2. G. CORON, « Retraite par capitalisation et Union européenne : retour sur la directive institutions de retraite professionnelle », *op. cit.*, p. 18.
 3. CJUE, 20 mars 1997, *République française c. Commission*, C-57/95, précité, point 11.
 4. CJUE, 20 mars 1997, *République française c. Commission*, C-57/95, précité.
 5. C. MÖLLMANN, « How to govern transnational pension provision? The struggle over the “prudent person standard” in EU pension fund regulation », *op. cit.*, p. 9 ; G. CORON, « Retraite par capitalisation et Union européenne : retour sur la directive institutions de retraite professionnelle », *op. cit.*, p. 20.

l'emploi. La protection des travailleurs couverts par un régime de retraite complémentaire allait également devenir un objet d'attention et de communication accrues.

614. En juin 1997, quelques mois après l'annulation de sa communication, la Commission publiait un livre vert intitulé *Les retraites complémentaires dans le marché unique*¹. Le document s'ouvre sur un problème, celui du poids du vieillissement de la population sur le financement des retraites par l'État : « Si aucun changement n'est apporté aux politiques actuelles en matière de retraite, on assistera à un gonflement inévitable des dépenses publiques pour financer le nombre croissant de retraités. [...] Les États membres auront du mal à faire face à ces besoins accrus, vu le niveau déjà élevé des dépenses publiques et l'engagement qu'ils ont pris [au niveau européen] de pratiquer la rigueur budgétaire². » La piste jugée la plus plausible pour faire face à ce constat alarmant est également désignée d'emblée : « La nécessité de préserver le niveaux [*sic*] des revenus lors de la retraite devrait se traduire par un recours accru aux autres grandes sources de revenus complémentaires de retraite : les régimes de retraite liés à un emploi (deuxième pilier); les régimes de retraite souscrits par des particuliers, souvent auprès d'entreprises d'assurance vie (troisième pilier)³. »

615. C'est ce contexte, avancé par la Commission, qui donne désormais leur sens aux propositions présentées dans le livre vert : « Étant donné qu'il existe des régimes complémentaires par capitalisation et qu'il est probable que leur importance ira croissant, le Livre vert examine de quelle manière le marché unique peut leur permettre de fonctionner plus efficacement⁴. » Les objectifs de libéralisation des services de gestion financière et des règles d'investissement applicables aux institutions de retraite professionnelle ne sont plus présentés comme désirables « en eux-mêmes », c'est-à-dire pour l'approfondissement de l'intégration des marchés financiers européens, mais en tant que moyens au service d'une économie européenne plus efficace et, indirectement, de systèmes nationaux de pension financièrement plus solides.

-
1. COM(97) 283. À propos de ce livre vert, voy. notamment J.-M. BINON, « Les retraites professionnelles : évolutions juridiques récentes en Belgique et au niveau européen », in H. COUSY (éd.), *Assurance : théorie et pratique. Verzekering: theorie en praktijk (Liber Amicorum Hubert Claassens)*, Antwerpen – Louvain-la-Neuve, Maklu – Academia-Bruylant, 1998, p. 312-315.
 2. Livre vert *Les Retraites complémentaires dans le marché unique*, COM(97) 283, p. i, précité. La Commission s'était déjà penchée sur cette question dans une communication publiée la même année que le livre vert, intitulée *Moderniser et améliorer la protection sociale dans l'Union européenne*, COM(97) 102 final.
 3. Livre vert *Les retraites complémentaires dans le marché unique*, COM(97) 283, p. i, précité.
 4. *Ibid.* Précisons que le livre vert abordait, outre les activités des fonds de pension, deux autres sujets : la libre circulation des travailleurs et les aspects fiscaux des retraites complémentaires. Pour des raisons expliquées dans l'introduction générale, nous n'en traiterons pas. Voy. *supra* n° 12.

616. Les bénéfiques des réformes proposées, tels qu'avancés par la Commission, sont de deux ordres. D'une part, l'adoption d'une approche qualitative des règles encadrant les investissements¹, en permettant aux institutions de retraite professionnelle d'investir plus massivement dans des actions et les marchés de capital-risque, devrait leur permettre d'accroître leur rendement. Les régimes de retraite complémentaires deviendraient par conséquent moins coûteux, ce qui serait profitable aux entreprises qui les financent et donc *in fine* à l'emploi². Les « fondements économiques de la protection sociale » s'en trouveraient renforcés³. De manière implicite, il est également mis en avant que le coût moindre des régimes grâce à leur rendement accru serait un incitant au développement par les États membres de leur « second pilier », puisque ces régimes complémentaires deviendraient potentiellement accessibles à un plus grand nombre d'entreprises. L'augmentation du rendement des actifs financiers pourrait de cette manière participer à solutionner le problème du financement des systèmes de pension : un second pilier plus attractif, car moins cher pour les employeurs ou les travailleurs, pourrait venir combler la baisse du montant des pensions légales que le vieillissement de la population allait rendre inévitable⁴.

617. D'autre part, le gonflement attendu des actifs détenus par les institutions de retraite en raison du vieillissement de la population, couplé à l'adoption de règles qualitatives pour l'encadrement des investissements, devrait rendre disponibles des capitaux importants, auxquels il faudra trouver une affectation. Or, l'offre de titres financiers par les États ne devrait pas évoluer sensiblement, en raison notamment de l'engagement pris par ces États, au sein de l'Union européenne, de « discipliner » leurs budgets pour assurer une stabilité financière⁵. Ces capitaux

-
1. Sur la différence entre un encadrement qualitatif et un encadrement quantitatif des politiques d'investissement, voy. *supra* le n° 597.
 2. Livre vert *Les retraites complémentaires dans le marché unique*, COM(97) 283, p. ii, précité
 3. Communication de la Commission, *Vers un marché unique pour les retraites complémentaires. Résultats de la consultation relative au Livre vert sur les Retraites Complémentaires dans le Marché Unique*, COM(1999) 134 final, p. 2 et p. 14-16.
 4. Voy. P. POCHET, « Pensions: the European debate », in G.L. CLARK et N. WHITESIDE (éds.), *Pension Security in the 21st Century: Redrawing the Public-Private Debate*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 50. L'argument était déjà formulé par G.S. ZAVVOS, alors parlementaire européen, dans « Pension Fund Liberalization and the Future of Retirement Financing in Europe », *op. cit.*, p. 5 et 11. Voy. aussi P. BORSJÉ et H. VAN MEERTEN, « A European pensions union: Towards a strengthening of the European pension systems », in F. PENNING et G.J. VONK (éds.), *Research Handbook on European Social Security Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015, p. 389; G. CORON, « Retraite par capitalisation et Union européenne : retour sur la directive institutions de retraite professionnelle », *op. cit.*, p. 21; A. MATH, « Réforme des retraites et concurrence. Une analyse des rôles et stratégies des acteurs au niveau communautaire », *Document de travail de l'IRES*, n° 01.04, 2001, p. 10, disponible en ligne (www.ires-fr.org).
 5. Le Pacte de stabilité et de croissance a été adopté au Conseil européen d'Amsterdam le 17 juin 1997, soit une semaine après la publication du livre vert. On reviendra plus loin en détails sur

devraient donc pouvoir être absorbés par l'offre de titres financiers par les entreprises privées, qui bénéficieraient en retour d'une nouvelle source de financement. Développement des institutions de retraites professionnelles et financiarisation de l'économie, sur le modèle nord-américain, devraient donc aller de pair. Avant d'être versé aux futurs retraités, l'argent accumulé par les institutions de retraite pourrait servir à « dynamiser » l'économie européenne en offrant aux entreprises, et en particulier aux petites et moyennes entreprises, de nouvelles possibilités de se financer sur les marchés financiers¹.

618. Le second thème mis en avant par la Commission dans sa nouvelle approche pour la promotion de ses propositions est celui de la protection des (futurs) retraités. Ainsi, « L'un des objets du Livre vert est d'examiner comment préserver la sécurité des prestations, tout en abolissant les restrictions disproportionnées actuellement en vigueur et en permettant le développement d'un véritable marché unique des fonds de retraite, dans l'intérêt des retraités et des futurs retraités² ».

La Commission se veut donc rassurante en exprimant son souci de maintenir un niveau de sécurité suffisant des prestations de retraite : « La protection des bénéficiaires doit demeurer la pierre angulaire de la réglementation et du contrôle des institutions de retraite³. » Le livre vert ne propose pas de renforcer la protection des « consommateurs » de prestations de pension complémentaire par l'adoption de mesures spécifiques⁴. Mais il argumente que l'adoption de principes qualitatifs pour l'encadrement des investissements ne diminuera pas la protection existante des actifs gérés par les fonds de pension au profit des (futurs) retraités. Au contraire, argumente la Commission, en encourageant la diversification des investissements, ces nouvelles règles contribueraient à renforcer la solidité des fonds de pension face aux fluctuations des valeurs financières⁵.

619. La nouvelle approche de la Commission pour promouvoir ses propositions relatives à la libéralisation des marchés financiers insiste donc, d'une part, sur les bienfaits de ces propositions pour l'économie européenne et, d'autre part, sur l'absence d'effets indésirables pour les bénéficiaires de pensions complémentaires. Et elle prend pour point de départ de son argumentation les conséquences proje-

ce pacte, qui organise la discipline budgétaire des États membres de la zone euro. Voy. *infra* n° 734.

1. Livre vert *Les retraites complémentaires dans le marché unique*, COM(97) 283, p. i-ii et chapitre II, p. 7-11, précité.
2. *Ibid.*, p. ii.
3. Communication de la Commission, *Vers un marché unique pour les retraites complémentaires. Résultats de la consultation relative au Livre vert sur les Retraites Complémentaires dans le Marché Unique*, COM(1999) 134 final, p. 3, précitée.
4. L'expression est employée dans le livre vert *Les Retraites complémentaires dans le marché unique*, COM(97) 283, p. 12, précité.
5. *Ibid.*, p. 9.

tées du vieillissement de la population pour le financement des pensions par l'État, à savoir un recours accru aux pensions financées par capitalisation en réaction aux difficultés rencontrées par les régimes financés par répartition.

L'insistance sur le lien entre les propositions de libéralisation des marchés financiers et le vieillissement de la population a peut-être été inspirée à la Commission par l'attention nouvelle accordée à cette thématique du vieillissement par d'autres acteurs à la même époque. Quelques années plus tôt, un rapport publié par la Banque mondiale avait fait grand bruit. Intitulé *Averting the Old Age Crisis : Policies to Protect the Old and Promote Growth*¹, il tirait du constat du vieillissement de la population des conclusions alarmantes pour le financement à long terme des pensions par les États, et préconisait l'adoption d'un modèle particulier de pension « à trois piliers » pour y faire face. Cette solution a fait l'objet de nombreuses critiques, sur le fond du projet ou sur son caractère politiquement peu réaliste². Mais la thématique du poids insoutenable du vieillissement de la population sur le financement public des pensions, elle, a pénétré largement les esprits, au-delà des cercles plus spécialisés au sein desquels elle était alors cantonnée³.

1. WORLD BANK, *Averting the Old Age Crisis: Policies to Protect the Old and Promote Growth*, Oxford, Oxford University Press, 1994. Le rapport est téléchargeable à l'adresse suivante : <http://documents.worldbank.org/curated/en/973571468174557899/Averting-the-old-age-crisis-policies-to-protect-the-old-and-promote-growth>. À propos des sources d'inspiration de ce rapport, voy. M. LEIMGRUBER, « The historical roots of a diffusion process: The three-pillar doctrine and European pension debates (1972–1994) », *Global Social Policy*, 2012, vol. 12, n° 1, p. 24-44.
2. Voy. notamment R. BEATTIE et W. MCGILLIVRAY, « A risky strategy: Reflections on the World Bank Report Averting the old age crisis », *International Social Security Review*, 1995, vol. 48, n° 3-4, p. 5–22; A.B. ATKINSON, « Is the Welfare State necessarily an obstacle to economic growth? », *European Economic Review*, 1995, vol. 39, n° 3-4, p. 723-730; J.A. TURNER, « Averting the Old Age Crisis: Policies to Protect the Old and Promote Growth (Book Review) », *Industrial & Labor Relations Review*, 1995, vol. 48, n° 4, p. 862-863; E. REYNAUD, « La banque mondiale et les retraites : Une synthèse de l'approche néolibérale », *Futuribles*, 1996, n° 210, p. 37-42; A. SINGH, « Pension reform, the stock market, capital formation and economic growth: A critical commentary on the World Bank's proposals », *International Social Security Review*, 1996, vol. 49, n° 3, p. 21–43; M. QUEISSER, « Pension reform and international organizations: From conflict to convergence », *International Social Security Review*, 2000, vol. 53, n° 2, p. 31–45; H.T.K. MOK, « Averting the Old Age Crisis: Problems of the Privately Managed Mandatory Provident Fund Scheme », *Asian Journal of Public Administration*, 2000, vol. 22, n° 1, p. 33-55; C. GILLION, « Développement et réforme des régimes de retraite de la sécurité sociale : l'approche du Bureau International du Travail », *Revue internationale de sécurité sociale*, 2000, vol. 53, n° 1, p. 43-78; P.R. ORSZAG et J.E. STIGLITZ, « Rethinking Pension Reform: Ten Myths About Social Security Systems », in P.R. ORSZAG et J.E. STIGLITZ (éds.), *New Ideas about Old Age Security: Toward Sustainable Pension Systems in the 21st Century*, Washington D.C., The World Bank, 2001, p. 17-56.
3. M.A. ORENSTEIN, *Privatizing Pensions: The Transnational Campaign for Social Security Reform*, Princeton, Princeton University Press, 2008, p. 77; M. LEIMGRUBER, « La sécurité sociale au péril du vieillissement. Les organisations internationales et l'alarmisme démographique (1975-1995) », *Le Mouvement Social*, 2013, n° 3, p. 31-45.

Peut-être cette diffusion de l'idée qu'une réforme des systèmes de pension allait devenir inévitable est-elle apparue à la Commission comme un appui utile à ses projets en matière financière¹.

620. Dans sa Communication relative aux résultats des consultations sur le livre vert, la Commission constatait avec satisfaction qu'un consensus se dégagait autour du projet d'adoption d'une directive visant à « permettre aux fonds de retraite de pleinement profiter du Marché Unique et de l'euro » tout en garantissant la protection des consommateurs des services offerts par ces fonds². Par ailleurs, les débats sur le taux de congruence monétaire pouvant être imposé par les États aux fonds de pension, dont on a vu qu'ils avaient miné la première proposition de directive³, avaient perdu de leur pertinence avec l'adoption programmée par la majorité des États membres de la monnaie unique⁴. Les conditions étaient donc réunies pour tenter une deuxième fois de faire adopter une directive libéralisant le marché des fonds de pension et définissant des principes qualitatifs pour l'encadrement de leurs investissements.

4. La directive de 2003

621. La Commission a présenté une nouvelle proposition de directive en novembre 2000⁵. Moyennant certains amendements, elle fut adoptée par le Parlement et le Conseil en juin 2003⁶. Outre le contexte favorable créé par l'adoption de l'euro et la consultation des parties intéressées sur la base des propositions du livre vert de 1997, cette proposition doit son succès à la prise en compte plus marquée des intérêts des entreprises d'assurance⁷, dont on a vu plus haut qu'ils étaient défendus

-
1. À propos de l'influence, sur le fond, du rapport de la Banque mondiale sur le livre vert de 1997 ainsi que sur d'autres documents de la Commission, voy. D. MABBETT, « Supplementary Pensions between Social Policy and Social Regulation », *West European Politics*, 2009, vol. 32, n° 4, p. 777-780.
 2. Communication de la Commission, *Vers un marché unique pour les retraites complémentaires. Résultats de la consultation relative au Livre vert sur les Retraites Complémentaires dans le Marché Unique*, COM(1999) 134 final, p. 4, précité.
 3. Voy. *supra*, n° 603 et 608.
 4. Voy. notamment J. MARSHALL et S. BUTTERWORTH, « Pensions Reform in the EU: The Unexploded Time Bomb in the Single Market », *op. cit.*, p. 750-751.
 5. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les activités des institutions de retraite professionnelle, COM(2000) 507 final.
 6. 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, précitée. Pour une présentation du contenu de la directive, voy. notamment P. DEJMEK, « No flying start but a Bright Future for EU Directive 2003/41/EC on Occupational Pension Institutions », *European Business Law Review*, 2006, vol. 17, p. 1381-1394.
 7. Voy. G. CORON, « Retraite par capitalisation et Union européenne : retour sur la directive institutions de retraite professionnelle », *op. cit.*, p. 22-23.

notamment par certains États membres influents¹. Elle le doit également à la possibilité finalement accordée aux États membres de maintenir des règles quantitatives pour l'encadrement des investissements, quoique dans certaines limites et uniquement « si elles sont justifiées du point de vue prudentiel » (article 18, § 5)², c'est-à-dire si elles servent à garantir la solvabilité et la stabilité financière des IRP (nous donnons *infra* une explication plus complète du terme « prudentiel³ »). Elle le doit peut-être enfin à la dynamique instaurée par l'adoption de la « stratégie de Lisbonne », qui avait insisté sur la nécessité d'approfondir l'intégration des marchés financiers en vue d'atteindre l'objectif général de faire du marché européen « l'économie de la connaissance la plus dynamique et la plus compétitive du monde⁴ ».

622. Un État toutefois a continué de faire montre de résistance. La République tchèque a décidé de ne transposer que partiellement la directive dans son droit national, à savoir uniquement les dispositions permettant à une institution de retraite professionnelle étrangère de proposer ses services sur son territoire. Elle arguait que les autres dispositions étaient sans objet, puisque son système de pension ne connaissait pas de régime de pension professionnel : il n'existait donc dans le pays aucune institution entrant dans le champ d'application de la directive. Poursuivie par la Commission dans le cadre d'une procédure en manquement, elle a été condamnée en 2010 par la Cour de justice pour défaut de transposition⁵. Elle le sera une seconde fois en 2013 pour ne s'être pas conformée à cette décision, écopant d'une amende de 250 000 euros⁶.

1. Voy. *supra*, n° 604.

2. G. CORON, « Retraite par capitalisation et Union européenne : retour sur la directive institutions de retraite professionnelle », *op. cit.*, p. 27.

3. Voy. *infra*, n° 627. Sur le contour de la notion de « disposition de nature prudentielle » dans la directive IRP, voy. *infra*, n° 656 et 664.

4. Conseil européen – Conclusions de la présidence (Lisbonne, 23 et 24 mars 2000), disponibles en ligne (http://www.consilium.europa.eu/en/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/ec/00100-r1.f0.htm). P. POCHET, « Pensions: the European debate », *op. cit.*, p. 50 ; C. MÖLLMANN, « How to govern transnational pension provision? The struggle over the “prudent person standard” in EU pension fund regulation », *op. cit.*, p. 12. Voy. aussi le troisième considérant de la directive 2003/41/CE, précitée. On relèvera également, pour illustrer l'importance au début des années 2000 du sujet de l'intégration des marchés financiers par la révision des règles applicables aux fonds de pension, l'article co-rédigé en 2003 par celui qui, alors vice-président de Goldman Sachs, allait devenir quelques années plus tard le président de la Banque centrale européenne : M. DRAGHI et R. POZEN, « US-EU Regulatory Convergence : Capital Markets Issues », *Harvard Law School, Discussion Paper No. 444*, 2003, disponible en ligne (http://www.law.harvard.edu/programs/corp_gov/papers/03.draghi-pozen.US-EU.pdf).

5. CJUE, 14 janvier 2010, *Commission c. République tchèque*, C-343/08. Cet arrêt est abordé dans M. D'ALLENDE, *La Contribution du droit européen au droit de la protection sociale complémentaire*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 89-90.

6. CJUE, 25 juin 2013, *Commission c. République tchèque*, C-241/11. Sur cet arrêt, voy. notam-

Il est intéressant de noter que pour justifier sa position, la République tchèque avait notamment avancé que l'obligation de transposer la directive était contraire au droit des États membres de définir les principes fondamentaux de leur système national de sécurité sociale, invoquant l'article 153, § 4 TFUE (alors article 137, § 4 TCE). La Cour a rejeté l'argument, rappelant une jurisprudence constante selon laquelle l'inexistence dans un État membre d'une certaine activité visée par une directive ne saurait libérer cet État de son obligation d'assurer une transposition adéquate de cette directive. Elle a en outre exposé que la directive ne constituait en rien une obligation de développer un second pilier de pension : sa transposition n'était pas incompatible avec le maintien de l'interdiction en droit interne d'établir une institution de retraite professionnelle sur le territoire national pour y proposer des services de pension relevant du second pilier.

L'ironie veut que la République tchèque a finalement bel et bien introduit un second pilier de pension en 2013. Celui-ci n'a toutefois connu qu'une existence éphémère ; il y a été mis fin en 2015¹. Cette décision vite abrogée de créer des régimes de pension professionnels ne semble pas devoir être imputée à la transposition de la directive. C'est en tout cas ce que laisse penser *a contrario* l'exemple de la Lituanie. Cet État ne connaissait pas non plus de régimes de pension professionnels lors de l'adoption de la directive en 2003. Au contraire de la République tchèque, elle l'a toutefois transposée dans les délais. Or, selon un rapport de la Commission de 2018, son système de pension ne comprend toujours pas de régimes professionnels².

623. La directive de 2003 poursuit les trois objectifs formulés dans le document de travail de 1990³, à la différence de la première proposition de la Commission qui n'en avait repris que deux. Elle organise donc la libéralisation des services de gestion financière (article 19), l'adoption de règles qualitatives pour l'encadrement des investissements (article 18), mais également la liberté pour les institutions de retraite professionnelle d'offrir leurs services à des entreprises installées dans un autre État membre et la liberté réciproque des entreprises de s'affilier à une institution de retraite professionnelle étrangère (article 20). Le retour de l'objectif de la liberté d'affiliation transfrontalière fait véritablement de la directive « un premier pas vers l'institution d'un marché intérieur des régimes de retraite professionnelle organisé à l'échelle européenne⁴ », puisqu'à l'intégration des marchés de services de gestion financière, qui mettent en relation les institutions de retraite

ment Y. STEVENS, « Suprematie, rechtsvinding of gewoon Kafka », *Nieuw Juridisch Weekblad*, 2013, n° 293, p. 944-945.

1. *Pension Adequacy Report 2018: Current and Future Income Adequacy in Old Age in the EU. Volume 2 – Country Profiles*, op. cit., p. 26.
2. *Ibid.*, p. 143.
3. Voy. *supra*, n° 593.
4. Considérant n° 6 de la directive 2003/41/CE, précitée.

professionnelle et les gestionnaires financiers, vient donc s'ajouter celle des marchés de services de retraite professionnelle, qui mettent en relation les institutions de retraite professionnelle et les entreprises ou les partenaires sociaux.

624. On a déjà évoqué les effets macroéconomiques espérés de l'adoption de règles qualitatives pour l'encadrement des investissements¹. La libéralisation des services de gestion financière devait, elle, entraîner les effets traditionnellement attribués à la mise en concurrence d'une activité : l'amélioration de la qualité de l'offre de services, proposés à un moindre coût. La liberté d'affiliation transfrontalière, enfin, devait principalement permettre de réaliser des économies d'échelle par le regroupement des actifs (*asset pooling*) de différents régimes de retraite au sein d'une même structure et par la centralisation de la gestion de ces régimes. Elle devait également faciliter la gestion des ressources humaines des entreprises multinationales en matière de pension complémentaire en leur permettant, par exemple, d'adopter une politique plus unifiée pour l'ensemble de leurs salariés ou d'organiser plus aisément la mobilité des salariés entre les différentes entités du groupe².

625. Il est difficile d'évaluer le succès des deux premiers objectifs. Dans quelle mesure l'adoption de règles qualitatives pour l'encadrement des investissements des institutions de retraite professionnelle a-t-elle orienté leurs avoirs vers les actions ou les marchés de capital-risque, et quels en ont été les effets pour l'économie réelle, nous ne pourrions le dire sans une étude qui dépasse nos compétences et le cadre de notre propos³. Il en est de même à propos des effets de la mise en concurrence accrue des prestataires de services de gestion financière.

1. Voy. *supra*, n° 615.

2. Voy. notamment I. GUARDIANCICH, « Pan-European pension funds: Current situation and future prospects », *International Social Security Review*, 2011, vol. 64, n° 1, p. 22-24; H. VAN MEERTEN et B. STARINK, « Impediments to an internal market for institutions for occupational retirement provision », *European Company Law*, 2010, n° 6, p. 6. (Notez que le texte de ce dernier article a également été repris dans B. STARINK et H. VAN MEERTEN, « Cross-border obstacles and solutions for pan-European pensions », *EC Tax Review*, 2011, vol. 20, n° 1, p. 30-40.) Voy. également le considérant n° 36 de la directive 2003/41/CE, précitée.

3. Il est indéniable que le secteur financier a connu, lors de ces dernières décennies, une croissance extrêmement importante. À ce propos, voy. notamment les chiffres présentés par O. FAVEREAU, « L'impact de la financiarisation de l'économie sur les entreprises et plus particulièrement sur les relations de travail », rapport présenté au Bureau international du travail, 2016, disponible en ligne (http://www.ilo.org/paris/publications/WCMS_464661/lang--fr/index.htm). Pour une présentation de l'importance actuelle des avoirs des fonds de pension à l'échelon mondial, voy. aussi le rapport de l'OCDE, « Pension Markets in Focus », 2016, éd. 2016, disponible en ligne (http://www.oecd.org/finance/pensionmarketsinfocus.htm?utm_source=Adestra&utm_medium=email&utm_content=&utm_campaign=Finance%20and%20Investment%20News%20-%20May%202017&utm_term=demo). Pour une présentation centrée sur les États européens, voy. les statistiques disponibles sur le site de la European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) : <https://eiopa.europa.eu/>

On dispose par contre d'informations plus précises quant aux activités transfrontalières des institutions de retraite professionnelle, dont la facilitation constitue le troisième objectif de la directive. Selon un rapport de janvier 2018 publié par l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP, mieux connue sous son acronyme anglais EIOPA)¹, il existait 83 institutions de retraite professionnelle autorisées à exercer des activités transfrontalières au 31 décembre 2016. Parmi elles, 73 institutions étaient effectivement actives dans un ou plusieurs États membres étrangers. Les États membres comptant le plus d'institutions actives de manière transfrontalière depuis leur territoire (« États membres d'origine ») étaient l'Irlande (26 institutions), le Royaume-Uni (19 institutions) et la Belgique (14 institutions). La majorité des États membres n'en comptaient aucune. Le Royaume-Uni et l'Irlande accueillaient également les activités du plus grand nombre d'institutions étrangères (« États membres d'accueil »), avec respectivement 29 et 21 institutions, suivis des Pays-Bas (16 institutions), de l'Allemagne et du Luxembourg (9 institutions chacun).

Il est intéressant de relever que 13 des institutions établies au Royaume-Uni n'avaient d'activités transfrontalières qu'avec l'Irlande, tandis que 23 des institutions établies en Irlande n'avaient d'activités transfrontalières qu'avec le Royaume-Uni². Autrement dit, près de la moitié des institutions ayant une activité transfrontalière (36 sur 73) se concentraient exclusivement sur les marchés britanniques et irlandais³. La sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne aura donc eu une incidence très importante sur le volume des activités transfrontalières des institutions de retraite organisées par la directive.

Le nombre modeste d'institutions engagées dans des activités transfrontalières témoigne déjà du succès (très) relatif de la création d'un marché paneuropéen des institutions de retraite professionnelle. Cette réalité apparaît toutefois plus nettement encore si l'on considère les avoirs de ces institutions, sans même distinguer selon que ces avoirs couvrent uniquement des régimes de retraite étrangers ou également des régimes situés dans l'État membre d'origine de l'institution :

publications/statistics. Nous n'avons cependant pas connaissance d'études évaluant la part de la croissance des avoirs des fonds de pension, d'une part, et les modifications de leur composition, d'autre part, qui sont dues à l'adoption de règles qualitatives au sein de l'Union européenne, et leurs effets sur l'économie réelle — évaluation qui, en tout état de cause, doit être difficile à mener avec certitude et précision.

1. EIOPA, « 2017 Market development report on occupational pensions and cross-border IORPs », 2018, p. 18-27, disponible en ligne (<https://register.eiopa.europa.eu/Publications/Reports>). À propos de cette agence, voy. *infra*, n° 628.
2. EIOPA, « 2017 Market development report on occupational pensions and cross-border IORPs », *op. cit.*, Annex X.
3. Ce constat était déjà vrai en 2007, comme le mentionne I. GUARDIANCICH, « Pan-European pension funds », *op. cit.*, p. 21.

ils représentaient fin 2015 seulement 1,65 % de l'ensemble des avoirs détenus par les institutions de retraite professionnelle actives dans l'Union européenne¹.

5. Le livre vert de 2010 et le livre blanc de 2012 : vers une révision de la directive

626. Ces résultats limités au regard de l'objectif d'ouverture des marchés nationaux des pensions professionnelles furent l'un des motifs de la proposition de la Commission de réviser la directive. Elle formula celle-ci en juillet 2010 dans un nouveau livre vert intitulé *Vers des systèmes de retraite adéquats, viables et sûrs en Europe*². Elle y relevait que les obstacles subsistant à l'exercice d'activités transfrontalières « empêchent la pleine réalisation des gains d'efficience résultant des économies d'échelle et de la concurrence et, par conséquent, font monter le coût des retraites et limitent le choix des consommateurs ». Elle notait également à propos de ces obstacles qu'ils « résultent souvent de différences de réglementation et d'incertitudes juridiques, comme la définition peu claire de l'activité transfrontalière, d'un manque d'harmonisation de la réglementation prudentielle et de l'interaction complexe entre la réglementation européenne et le droit national³ ».

627. Parmi les obstacles aux activités transfrontalières, la Commission pointe donc entre autres la diversité des réglementations dites « prudentielles », terme que nous avons déjà rencontré à propos des exceptions permises par la directive de 2003 au principe de prudence pour l'encadrement des investissements des IRP⁴. Il paraît utile de développer davantage ce que ce terme recouvre, puisque qu'il sera encore utilisé à plusieurs reprises dans la suite du texte.

Le terme « prudentiel », qui appartient au jargon financier, ne fait à notre connaissance l'objet d'aucune définition juridique au niveau européen (ni en droit belge), bien qu'il y soit souvent employé⁵. On peut toutefois se risquer à lui donner

-
1. EIOPA, « 2016 Market development report on occupational pensions and cross-border IORPs », 2017, p. 32.
 2. COM(2010) 365 final. A propos de ce livre vert, voy. notamment D. NATALI, « The Green Paper on Pensions: A critical review », *The OSE Briefing Papers*, 2010, n° 4; M. JEPSEN, « The Green Paper on pensions: technocratic exercise or redesigning the European social model? », *Transfer*, 2011, vol. 17, n° 1, p. 101-105.
 3. Livre vert *Vers des systèmes de retraite adéquats, viables et sûrs en Europe*, COM(2010) 365 final, p. 13, précité.
 4. Voy. *supra*, n° 621.
 5. Il est notamment employé à plusieurs reprises dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (article 65, § 1^{er}, b), article 124 et article 127, §§ 5 et 6, notamment), dans les considérants et dans le corps du texte de la directive IRP, précitée, ainsi que, par exemple, dans le règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012, dans la directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établisse-

la portée suivante : la supervision ou le contrôle (les deux termes sont employés indifféremment) « pruden­tiels » désignent les règles et les procédures adoptées par le législateur, et le cas échéant par les autorités de contrôle habilitées, qui visent à garantir la solvabilité des institutions financières (banques, assurances, fonds de pension, entre autres) afin, d'une part, d'assurer qu'elles seront en mesure de pres­ter leurs services à leurs clients ou plus largement aux bénéficiaires des engage­ments qu'elles ont pris, et, d'autre part, d'assurer la stabilité des marchés financiers dans leur ensemble¹.

En raison de l'absence de définition juridique uniforme du terme « pruden­tiel », il serait imprudent de prétendre désigner quelles règles en relèvent avec cer­titude dans tous les ordres juridiques des États membres. Nous reviendrons *infra* sur les difficultés que pose le flou entourant la notion dans le cadre de la directive IRP². Pour concrétiser la définition que l'on propose, on se permettra néanmoins d'indiquer ici quels types de règles pourraient y correspondre en raison de leur objet. Ainsi nous semble-t-il en aller notamment :

- des règles qui définissent le mode de calcul des provisions techniques des insti­ tutions, c'est-à-dire le coût final supposé de leurs engagements (qui ne seront parfois exécutés que dans un avenir lointain comme dans le cas des pensions, ou dont le montant final dépend parfois d'aléas difficilement prévisibles comme dans le cas de certaines assurances) devant être inscrit au passif de leur bilan comptable ;
- des règles qui fixent les fonds propres dont les institutions doivent pouvoir disposer immédiatement en cas de besoin ;
- des règles qui indiquent les types d'investissements auxquels les institutions peuvent ou ne peuvent pas procéder ;
- des règles qui définissent le mode d'évaluation de la valeur des actifs (mobiliers ou immobiliers) que possèdent les institutions et qui sont destinés à couvrir leurs engagements ;

ments de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE, ou encore dans la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II).

1. Définition inspirée notamment de M. HAENTJENS et P. DE GIOIA-CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*, Oxon, Routledge, 2015, p. 101-108 ; P. JURGENSEN, « Les perspectives du contrôle prudentiel », *Revue d'économie financière*, 2005, vol. 80, n° 3, p. 211-220 ; et J. COUPPEY et D. PLIHON, « Banque : Supervision prudentielle », *Encyclopaedia Universalis*, version disponible en ligne : <https://www.universalis.fr/encyclopedie/banque-supervision-prudentielle>.
2. Voy. *infra*, n° 656 et 664.

- des règles qui encadrent l'organisation de la gestion des institutions et qui définissent les compétences ou les titres requis des individus qui participent à cette gestion ;
- des règles qui détaillent les informations à fournir aux autorités ayant la charge de contrôler le respect de ces obligations par les institutions, et les pouvoirs dont ces autorités disposent pour exercer leur mission¹.

À titre d'exemple, dans le cadre de la mise en œuvre de la directive IRP², la Belgique a indiqué à l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP)³ que la loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle et l'arrêté royal du 12 janvier 2007 relatif au contrôle prudentiel des institutions de retraite professionnelle (ce dernier ne définissant pas le terme « prudentiel » utilisé dans son titre) constituent selon elle des dispositions de nature prudentielle⁴. Ces deux normes établissent notamment les marges de solvabilité (articles 87 et 88 de la loi et articles 8 à 14 de l'arrêté royal) et les méthodes de calcul des provisions techniques (article 89 de la loi et articles 15 à 19 de l'arrêté royal) à respecter par les IRP, ainsi que les principes qui doivent guider leurs investissements (article 91 de la loi et articles 20 à 29 et 37 à 39 de l'arrêté royal). Elles contiennent également des indications relatives aux informations à fournir par les IRP à l'Autorité des services et marchés financiers belge (FSMA) et aux pouvoirs dont dispose cette dernière dans l'exercice de sa mission de contrôle (article 25, article 38, § 2, al. 3, article 41, article 44, al. 3 et article 46 de l'arrêté royal notamment). La loi de 2007 prévoit encore les cas dans lesquels le tribunal de première instance territorialement compétent peut prononcer la nullité ou la dissolution d'une IRP (articles 35 et 36), et le rôle de la FSMA, qui consiste notamment en la formulation d'un avis, dans le cadre de cette procédure (articles 37 et 38).

628. Une autre raison de la remise du texte de la directive sur le métier, outre la volonté de supprimer les obstacles aux activités transfrontalières des IRP, se trouve dans les effets de la crise financière et économique ayant débuté en 2008. Cette année-là, selon une étude menée par l'OCDE à partir des chiffres disponibles pour

-
1. Ces exemples sont inspirés des dispositions citées *supra* p. 356, note 5.
 2. Voy. l'article 20, § 11 de la directive IRP de 2003, précitée, repris à l'article 59, § 1^{er} de la directive IRP refonte, précitée (à propos de cet article 59, voy. *infra*, n° 663), ainsi que le Règlement d'exécution (UE) n° 643/2014 de la Commission du 16 juin 2014 définissant des normes techniques d'exécution en ce qui concerne la transmission des dispositions nationales de nature prudentielle relatives aux régimes de retraite professionnelle conformément à la directive 2003/41/CE du Parlement européen et du Conseil.
 3. À propos de cette agence, voy. *infra*, n° 628.
 4. Voy. le registre reprenant les dispositions nationales de nature prudentielle communiquées par les États membres à l'AEAPP, consultable sur le site internet de cette dernière : <https://eiopa.europa.eu/regulation-supervision/registers/register-of-iorps-prudential-provisions>

23 pays, la valeur des avoirs des fonds de pension privés avait chuté de 23 % en moyenne¹. Il paraissait donc nécessaire aux yeux de la Commission de « revoir la réglementation des régimes de retraite par capitalisation, de manière à garantir leur efficacité et leur fiabilité malgré d'éventuelles crises financières majeures ». Elle précisait toutefois qu'il fallait veiller à ce que cette réglementation « soit proportionnée, ne rende pas les employeurs insolvables et n'incite pas ceux-ci à abandonner ces régimes de retraite² ».

Notons qu'en parallèle au projet de révision de la directive, d'autres initiatives avaient été prises au niveau européen pour renforcer la surveillance des fonds de pension et des entreprises d'assurance suite à la crise financière. La plus importante est certainement la création en 2010 de l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP, en anglais EIOPA)³. Composante du Système européen de surveillance financière, elle a pour tâches de « contribuer à maintenir la stabilité du système financier, veiller à la transparence des marchés et des produits financiers [et] contribuer à protéger les assurés, les affiliés et les bénéficiaires de régimes de pension⁴ ».

629. Outre le fait qu'il répondait à un contexte de crise, le souhait de la Commission de remanier les règles prudentielles applicables aux fonds de pension était encore motivé par deux autres évolutions survenues depuis l'adoption de la directive en 2003. La première était l'adoption d'une nouvelle directive, dite « Solvabilité

-
1. OCDE, « Pensions and the crisis – How should retirement income systems respond to financial and economic pressures », 2009, cité dans le livre vert *Vers des systèmes de retraite adéquats, viables et sûrs en Europe*, COM(2010) 365 final, p. 8, précité.
 2. *Ibid.*, p. 8.
 3. Règlement (UE) n° 1094/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles), modifiant la décision no 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/79/CE de la Commission.
 4. Voy. la présentation de l'agence sur le site de l'Union européenne, https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/eiopa_fr et l'article 1^{er}, §6 du Règlement (UE) n° 1094/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles), précité. À propos des questions institutionnelles importantes que pose la création d'agences de régulation financière au niveau européen, notamment celle de l'encadrement des pouvoirs qui leur sont accordés, voy. T. VAN DEN BRINK et H. VAN MEERTEN, « EU Executive Rule-Making and the Second Directive on Institutions for Occupational Retirement Provision », *Utrecht Law Review*, 2016, n° 1, p. 75-85. Voy. également N. MOLONEY, « The European Union in international financial governance », *RSF: Russell Sage Foundation Journal of the Social Sciences*, 2017, vol. 3, n° 1, p. 138-152. Sur la place de la surveillance des IRP dans le Système européen de surveillance financière, voy. aussi S. HENNION, « Retraites professionnelles d'entreprise et libertés économiques », in O. KAUFMANN et S. HENNION (éds.), *Steuerung der betrieblichen Altersversorgung in Europa: garantierte Sicherheit? Governance of occupational pensions in Europe : guaranteed security? Gouvernance des retraites professionnelles en Europe : sécurité garantie ?*, Berlin, Springer, 2011, p. 46-47.

II¹ », applicable aux entreprises d'assurance. Devant entrer en vigueur en 2012, elle relançait le débat autour de l'opportunité ou non d'appliquer des règles de solvabilité uniformes aux entreprises d'assurance et aux institutions de retraite professionnelle². Les discussions sur ce thème avaient en réalité déjà repris à l'initiative de la Commission dès 2008³.

La seconde évolution à laquelle la Commission souhaitait répondre était la tendance, observée ou annoncée depuis des années⁴, à remplacer les régimes à prestations définies par des régimes à cotisations définies. Pour rappel⁵, dans le premier type de régime, l'employeur s'engage à payer une pension de retraite calculée selon une formule préétablie aux travailleurs. S'il fait appel à une institution de retraite professionnelle, c'est pour lui confier la gestion des cotisations versées en prévision du paiement des prestations. Mais c'est en général sur lui que pèse la charge finale d'assurer le financement de ses engagements : il supporte le risque financier. Dans certains cas toutefois, ce risque est assumé par l'institution de retraite professionnelle elle-même. Dans le deuxième type de régime, l'employeur s'engage uniquement à verser des cotisations pour la constitution d'une pension de retraite au profit du travailleur. Le montant final de cette pension n'est pas garanti, mais dépend des résultats de l'investissement des cotisations par l'institution de retraite professionnelle : le risque financier est supporté par le travailleur.

Cette tendance à aller vers des régimes qui font peser le risque d'un financement insuffisant ou moindre qu'espéré sur le travailleur plutôt que sur l'employeur ou l'institution de retraite professionnelle a amené la Commission à proposer de « réévaluer la directive [de 2003] sur des points tels que la gouvernance, la gestion des risques, la conservation des actifs [et] les règles de placement⁶ ».

-
1. Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II).
 2. Livre vert *Vers des systèmes de retraite adéquats, viables et sûrs en Europe*, COM(2010) 365 final, p. 17-18, précité. À propos de ces débats, voy. notamment M. DOWSEY, « Review of the IORP Directive », *Pensions: An International Journal*, 2012, vol. 17, n° 3, p. 158-168 ; A. AUTENNE, « Les enjeux actuels des fonds de pension en droit de l'Union européenne », *J.D.E.*, 2013, p. 309. Voy. également *infra*, n° 636.
 3. Voy. H. VAN MEERTEN, « Pensions reform in the European Union: Recent developments after the implementation of the IORP directive », *Pensions: An International Journal*, 2009, vol. 14, n° 4, p. 270. Voy. aussi à ce sujet l'article rédigé en 2010 par celui qui était alors le Directeur des Institutions financières au sein de la Direction générale Marché intérieur et services de la Commission européenne : E. TERTÁK, « The EU internal market for occupational pensions: Making further progress », *Pensions: An International Journal*, 2010, vol. 15, n° 2, p. 140-147.
 4. Voy. par exemple l'article d'Y. STEVENS, G. GIESELINK et B. VAN BUGGENHOUT, « Towards a New Role for Occupational Pensions in Continental Europe », *op. cit.*, p. 30, paru en 2002.
 5. Voy. notamment *supra* n° 404 et s.
 6. Livre vert *Vers des systèmes de retraite adéquats, viables et sûrs en Europe*, COM (2010) 365 final, p. 17, précité.

À côté de ces questions d'ordre prudentiel, la Commission proposait également, et pour la même raison, de revoir les règles édictant les informations que les institutions doivent communiquer aux membres et bénéficiaires des régimes qu'elles gèrent. En effet, estimait-elle, « compte tenu de l'importance croissante des régimes à cotisations définies, les citoyens doivent [pouvoir] prendre des décisions en connaissance de cause en matière de placement ». Cette communication améliorée devrait en outre s'accompagner, selon elle, d'une meilleure « éducation financière » des consommateurs de services de retraite, dont la promotion relèverait cependant d'autres instruments que la directive¹.

630. Les résultats des consultations menées sur la base du livre vert furent présentés dans un livre blanc publié en février 2012. Intitulé *Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables*², il définissait deux objectifs généraux « pour rendre les pensions adéquates et viables à long terme » : « [créer] les conditions d'un taux d'activité élevé des femmes et des hommes tout au long de leur vie » et « [renforcer] les possibilités de constitution d'une épargne-retraite complémentaire sûre³ ». La révision de la directive de 2003 devait permettre, avec d'autres mesures, d'atteindre ce second objectif. Sous un titre intitulé *Développer l'épargne-complémentaire privée*, la Commission précisait ainsi que « [l']Union peut renforcer son cadre réglementaire pour soutenir les régimes professionnels au sein du système de retraite général des États membres et pour contribuer à la réduction du coût des pensions. C'est pourquoi la directive IRP fera l'objet d'une révision visant à faciliter plus encore les activités transfrontières des IRP et à moderniser la surveillance de celles-ci, en tenant compte des différents types d'IRP existant dans les États membres⁴ ». Cette révision, précisait-elle encore, « concourra à aplanir les difficultés liées au vieillissement de la population et à l'endettement public⁵ ». Comme dans le livre vert de 1997⁶, les bienfaits économiques et la sécurité renforcée des fonds de pension étaient mis en avant pour promouvoir la révision de la directive. Comme dans le livre vert de 1997 encore, mais désormais de manière explicite, l'argument était également avancé selon lequel l'amélioration du rendement des avoirs encouragera les États membres à réformer leurs systèmes de pension en vue de donner une place plus importante aux régimes financés par capitalisation.

-
1. *Ibid.*, p. 19. Pour une opinion critique de cette idée d'« éducation financière », voy. Y. STEVENS, « Interactions between policy and law regarding pensions », *op. cit.*, p. 170-171.
 2. COM(2012) 55 final
 3. *Ibid.*, p. 3.
 4. *Ibid.*, p. 14.
 5. *Ibid.*, p. 19.
 6. Voy. *supra*, n° 613 et s.

§ 2. La directive refonte : son contenu, ses effets potentiels sur les systèmes de pension des États membres

631. La directive « refonte » concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle¹ a été adoptée en décembre 2016. Elle devait être transposée en droit interne pour le 13 janvier 2019. Dans un premier temps, nous en présentons les grandes lignes en mentionnant les points qui ont été notablement révisés par rapport au texte de 2003, ainsi que les raisons qui ont motivé ces révisions. Dans un second temps, nous discutons plus en détail deux éléments de la directive qui intéressent la question mentionnée en introduction, à savoir si et dans quelle mesure la directive contraint l'autonomie des États membres pour l'organisation de leurs systèmes de pension².

1. Présentation de la directive refonte

632. La directive « refonte » est une directive d'harmonisation minimale³ : les États membres peuvent continuer d'appliquer des dispositions plus protectrices que celles prévues par la directive pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit européen, notamment la libre prestation des services et la libre circulation des capitaux prévues par le TFUE⁴. À l'instar d'autres directives en matière financière, elle porte sur les institutions, en l'occurrence les institutions de retraite professionnelle et non sur les services qu'elles prestent⁵. Elle reprend les objectifs de la directive de 2003 présentés plus haut⁶, à savoir la libéralisation des services de gestion financière, l'adoption de règles qualitatives pour l'encadrement des investissements et l'organisation de l'exercice d'activités transfrontalières par les institutions de retraite professionnelle. Elle contient également de nombreuses dispositions relatives à la surveillance prudentielle⁷ de ces institutions et à l'information de leurs affiliés (potentiels) et bénéficiaires.

-
1. Directive (UE) 2016/2341 du parlement européen et du conseil du 14 décembre 2016 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (IRP) (refonte), précitée. À propos de cette directive, voy. également H. VAN MEERTEN (éd.), *EU Pension Law*, *op. cit.*, p. 77-111.
 2. Voy. *supra*, n° 2.
 3. Voy. le considérant n° 3.
 4. À propos de la distinction entre harmonisation minimale et harmonisation totale, voy. J. SNELL, « The internal market and the philosophies of market integration », in C. BARNARD et S. PEERS (éds.), *European Union law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 321-323.
 5. P. DEJMEK, « No flying start but a Bright Future for EU Directive 2003/41/EC on Occupational Pension Institutions », *op. cit.*, p. 1383 ; C. BITTNER, « Occupational Pensions — a Matter of European Concern », *op. cit.*, p. 418. La doctrine à laquelle nous nous référons dans cette section porte sur les textes antérieurs à la directive « refonte ». Nous n'en faisons évidemment usage que lorsqu'elle reste pertinente après l'adoption de celle-ci.
 6. Voy. *supra*, n° 623.
 7. À propos de cette notion, voy. *supra*, n° 627.

(1) *Champ d'application (articles 2 à 5)*

633. La directive s'applique aux institutions de retraite professionnelle, qu'elles aient la personnalité juridique ou non. Une IRP est définie comme « un établissement, quelle que soit sa forme juridique, qui fonctionne selon le principe du financement par capitalisation et qui est établi séparément de toute entreprise ou groupement d'affiliation dans le but de fournir des prestations de retraite liées à une activité professionnelle, sur la base d'un accord ou d'un contrat individuel ou collectif entre le ou les employeur(s) et le(s) salarié(s) ou leurs représentants respectifs, ou d'un accord ou d'un contrat conclu avec des travailleurs indépendants, individuellement ou collectivement, conformément au droit des États membres concernés, et qui exerce des activités qui découlent directement de ce but » (article 6, § 1).

La directive définit les prestations de retraite comme « des prestations attribuées par référence à la retraite ou à la perspective d'atteindre la retraite ou, lorsqu'elles viennent en complément desdites prestations et sont fournies à titre accessoire, sous la forme de versements en cas de décès, d'invalidité ou de cessation d'activité, ou sous la forme d'aides ou de services en cas de maladie, d'indigence ou de décès; pour contribuer à garantir la sécurité financière pendant la retraite, ces prestations peuvent prendre la forme d'une rente viagère, d'une rente temporaire, d'un capital unique ou toute combinaison de ces différentes possibilités » (article 6, § 4). Cette définition particulièrement large inclut des prestations qui ne pourraient être qualifiées de prestations de retraite au regard du droit de certains États membres, comme par exemple le droit des Pays-Bas¹.

634. Sont exclues du champ d'application de la directive les institutions qui gèrent des régimes couverts par les règlements de coordination des systèmes de sécurité sociale des États membres², excepté pour ce qui concerne leurs activités non obligatoires éventuelles en matière de retraite professionnelle (article 2, § 2, a) et article 3). À la différence de la première proposition de directive présentée par la Commission en 1991³, elle ne s'applique donc pas aux régimes de retraite complémentaire français AGIRC et ARRCO⁴. En sont également exclues les insti-

-
1. H. VAN MEERTEN, « The Scope of the EU "Pensions"-Directive: Some Background and Solutions for Policymakers », *op. cit.*, p. 420.
 2. Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.
 3. Voy. *supra*, n° 595.
 4. À propos de l'effort de ces régimes pour entrer dans le champ d'application des règlements sur la coordination des systèmes de sécurité sociale afin d'échapper aux dispositions concernant les institutions de retraite professionnelle, voy. G. CORON, « Le prisme communautaire en matière de retraites : la diffusion à travers le droit européen de la théorie des piliers », *Retraite*

tutions qui sont déjà couvertes par certaines directives adoptées en matière financière¹, ainsi que celles où les employés de l'entreprise qui propose le régime de pension professionnelle n'ont pas de droit légal à des prestations et où l'entreprise dont question peut reprendre les actifs destinés à financer le régime à tout moment sans nécessairement remplir ses obligations de paiement de prestations de retraite. Enfin, sont exclues les entreprises qui constituent des provisions au bilan en vue du versement des prestations de retraite à leurs salariés (article 2, § 2, b), d) et e)). Cette dernière exclusion vise notamment des régimes de pension complémentaires communs en Allemagne (les *Unterstützungskassen*), pour lesquels les entreprises ne constituent pas de fonds dédiés au paiement futur des prestations de retraite, mais doivent obligatoirement s'assurer auprès d'une institution déterminée pour le cas où elles ne seraient pas en mesure d'honorer leurs engagements².

635. Les États membres ont également la possibilité de restreindre ou d'étendre le champ d'application de la directive. D'une part, ils peuvent décider d'en exclure les IRP qui gèrent des régimes de retraite comptant au total moins de 100 affiliés, quoique ces IRP se voient octroyer le droit d'appliquer la directive si elles le souhaitent. Cette exclusion n'est toutefois pas possible quant à la liberté octroyée aux IRP par la directive de choisir des gestionnaires de placement ou des déposataires établis dans un autre État membre (article 5, § 1^{er}). D'autre part, les États membres peuvent appliquer certaines dispositions de la directive, et notamment l'article 19 relatif aux règles d'encadrement des investissements, aux IRP pour lesquelles la fourniture de retraites professionnelles a un caractère statutaire, conformément au droit national, et est garantie par une autorité publique (article 5, § 2). Ils peuvent également décider d'appliquer l'essentiel de la directive aux activités de four-

et société, 2007, vol. 50, n° 1, p. 269-274; N. CASTEL, *La retraite des syndicats : revenu différé contre salaire continué*, *op. cit.*, chapitre 6.

1. Il s'agit de la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM); de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010; de la directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE; et de la directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE.
2. Voy. le considérant n° 28 et B. BIRMINGHAM, « "All for one and one for all" – The EU Directive allows cross border pension funds », *op. cit.*, p. 109; C. BITTNER, « Occupational Pensions — a Matter of European Concern », *op. cit.*, p. 422-423. Ces institutions étaient déjà exclues du champ d'application de la première proposition de directive, comme nous l'avons vu *supra*, n° 595.

niture des entreprises d'assurance, à l'exception des règles qui fixent les marges de solvabilité dont doivent disposer les IRP qui gèrent des régimes à prestations définies dont elles supportent elles-mêmes (à l'instar des entreprises d'assurance) tout ou partie du risque financier (article 4).

636. Selon l'État membre dans lequel elles sont établies, les entreprises d'assurance actives dans le domaine des retraites professionnelles sont donc soumises, pour ce qui regarde notamment les règles encadrant les investissements ou les informations à communiquer aux affiliés et bénéficiaires, soit à la directive « refonte » concernant les IRP, soit à la directive « Solvabilité II¹ », qu'on a déjà mentionnée². Mais sur la question des marges de solvabilité, les régimes applicables respectivement aux IRP et aux entreprises d'assurance continuent d'être distincts, et ce sans exception.

637. La Commission souhaitait que les mêmes règles de solvabilité soient appliquées aux premières et aux secondes afin d'assurer une concurrence plus équitable (un *level playing field*) entre ces acteurs économiques. Elle a fait face à une opposition forte de plusieurs États membres, dont le Royaume-Uni, l'Irlande, les Pays-Bas et l'Allemagne, qui connaissent (mais à des échelles différentes) une tradition de régimes à prestations définies³. La crainte de ces États était que l'imposition de marges de solvabilité identiques à celles applicables dans le domaine de l'assurance augmente sensiblement le coût des régimes incluant certaines garanties financières, et amène par conséquent les employeurs à se tourner davantage vers des régimes à cotisations définies, voire à ne plus proposer de régimes de retraite à leurs salariés. Ils argumentaient également qu'il n'est pas opportun d'exiger des IRP qui supportent tout ou partie du risque financier les mêmes marges de solvabilité que celles demandées aux entreprises d'assurance pour la raison que la teneur précise des garanties offertes par ces IRP diffère fortement selon le droit de chaque État membre. Au sein de plusieurs d'entre eux, il existe en effet des dispositifs, parfois qualifiés de dispositions « de droit social et de droit du travail⁴ », qui permettent par exemple à une IRP en risque d'insolvabilité d'exiger de la part des entreprises affiliées des cotisations supplémentaires ou, comme c'est le cas aux

-
1. Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II), précitée.
 2. Voy. *supra*, n° 629.
 3. Selon M. DOWSEY, « Review of the IORP Directive », *op. cit.*, p. 167, qui écrit en 2012, ces quatre États membres rassemblent à eux seuls 90 % des régimes à prestations définies existant au sein de l'Union européenne.
 4. À propos de cette expression, utilisée par la directive, et qui correspond à l'expression « droit social » en droit belge, voy. *infra*, n° 641. Nous discutons *infra*, n° 659 et s. l'importance et la portée de la qualification de l'expression « droit social et droit du travail » dans le régime de la directive.

Pays-Bas, de revoir à la baisse les prestations promises¹. Cette diversité et cette flexibilité des garanties offertes par les IRP selon le droit national applicable justifient, selon leur argumentation, qu'elles soient soumises à un régime de solvabilité moins exigeant que celui imposé aux entreprises d'assurance. Comme on vient de le voir, c'est leur position qui a finalement prévalu.

(2) *Statut et exigences opérationnelles (articles 7 à 10)*

638. Toute IRP soumise à la directive doit être enregistrée dans un registre national ou agréée par l'autorité compétente de l'État membre dans lequel elle a établi son administration principale (article 9). En application d'un principe de spécialisation, elle doit limiter ses activités aux opérations relatives aux prestations de retraite et aux activités qui en découlent (article 7, al. 1^{er}). Si la directive a été rendue applicable aux entreprises d'assurance, cette obligation ne porte que sur les actifs et passifs relatifs à leurs activités de service d'une retraite professionnelle (article 7, al. 2), lesquels doivent par ailleurs faire l'objet d'un cantonnement (article 4). Les États membres doivent également s'assurer que les IRP enregistrées ou agréées sur leur territoire aient mis en œuvre des règles conçues de façon appropriée pour la gestion d'un régime de retraite (article 10). Enfin, toute IRP soumise à la directive doit être juridiquement séparée des entreprises d'affiliation (c'est-à-dire les entreprises qui lui versent des cotisations ou, de manière plus générale, qui proposent le régime de retraite géré par l'IRP aux travailleurs, selon la définition de l'article 6, 3)). L'objectif de cette disposition est qu'en cas de faillite d'une ou plusieurs de ces entreprises, les actifs de l'IRP soient sauvegardés dans l'intérêt des affiliés et des bénéficiaires du régime qu'elle gère (article 8). Notons que le respect de cette obligation ne suppose pas nécessairement de doter l'IRP d'une personnalité juridique distincte de l'entreprise d'affiliation.

(3) *Activités et transferts transfrontaliers (articles 11 et 12)*

639. Comme nous l'avons vu, l'un des objectifs de la directive est la facilitation des activités transfrontalières des IRP. On sait également que cet objectif a connu un succès très relatif sous l'empire du texte de 2003². Un des obstacles souvent dénoncés à l'exercice d'une activité transfrontalière était l'absence de définition

-
1. Voy. P. BORSJÉ et H. VAN MEERTEN, « Voorstel IORP II-Richtlijn: Aanzet Tot Hervorming Van Het Nederlands Pensioenstelsel », *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2014, n° 8, p. 272 ; A. AUTENNE, « Les enjeux actuels des fonds de pension en droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 309 ; M. DOWSEY, « Review of the IORP Directive », *op. cit.*, ainsi que le considérant n° 77.
 2. Voy. *supra*, n° 625.

claire de la notion d'activité transfrontalière elle-même¹. Cette imprécision avait conduit les États membres à adopter des critères différents pour l'identification du caractère transfrontalier d'une activité. Certains, comme les Pays-Bas, prenaient en compte « le droit social et le droit du travail » applicables au régime de retraite : s'il était régi par le droit d'un État membre autre que l'État membre d'origine de l'IRP (c'est-à-dire l'État membre dans lequel l'IRP a été enregistrée ou agréée et où se trouve son administration principale, selon la définition de l'article 6, 10)), alors l'activité était qualifiée de transfrontalière. D'autres États membres, comme le Royaume-Uni et l'Irlande, prenaient en considération le domicile des membres du régime. D'autres, encore, avaient choisi comme critère la nationalité de ceux-ci, ou l'emplacement de l'entreprise d'affiliation².

640. La directive contient désormais une définition plus précise de l'activité transfrontalière. Est considérée comme telle « la gestion d'un régime de retraite dans le cadre duquel la relation entre l'entreprise d'affiliation et les affiliés et bénéficiaires concernés est régi [sic] par le droit social et le droit du travail pertinents en matière de régimes de retraite professionnelle d'un État membre autre que l'État membre d'origine » de l'IRP (article 6, 19)). C'est donc, à l'instar de ce qui avait été décidé aux Pays-Bas, le critère « du droit social et du droit travail » applicables qui a été retenu pour déterminer le caractère transfrontalier d'une activité.

641. Cette expression « droit social et droit du travail », utilisée par la directive, paraît incongrue aux yeux d'un juriste belge, pour qui l'expression « droit social » recouvre le droit de la sécurité sociale et le droit du travail³. Elle a été retenue dans la directive en raison de la diversité de sens de la notion de « droit social » au sein des États membres. Dans certains d'entre eux, par exemple, cette notion ne renvoie qu'à ce que nous appellerions en Belgique le droit de la sécurité sociale (et parfois de l'aide sociale). Afin d'éviter les malentendus, il a donc été nécessaire de préciser, dans la directive, que les États membres restent compétents pour ce qui relève du « droit social et du droit du travail⁴ ».

-
1. M. DOWSEY, « Review of the IORP Directive », *op. cit.*, p. 165; I. GUARDIANCICH, « Pan-European pension funds », *op. cit.*, p. 27; H. VAN MEERTEN et B. STARINK, « Impediments to an internal market for institutions for occupational retirement provision », *op. cit.*, p. 33.
 2. Voy. le rapport publié en 2008 par le Comité européen des contrôleurs d'assurance et de pensions professionnelles, devenu l'AEAPP, intitulé « Initial review of key aspects of the implementation of the IORP Directive », CEIOPS-OP-03-08 final, disponible en ligne (<https://eiopa.europa.eu/CEIOPS-Archive/Documents/Reports/ReportIORPdirective.pdf>).
 3. W. VAN EECKHOUTTE, « Labour and Social Security Law », in M. KRUIHOF et W. DE BONDT (éds.), *Introduction to Belgian Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2017, p. 353-380.
 4. Voy. Y. STEVENS, « The meaning of “national social and labour legislation” in directive 2003/41/EC on the activities and supervision of institutions for occupational retirement provision », Research report commissioned by the European Association of Paritarian Institutions (AEIP), Leuven, 2004, p. 29, disponible en ligne (http://www.aeip.net/index.php?option=com_content&view=category-&id=17&Itemid=24&lang=en). Voy. aussi la discussion de cette même expression, mais dans le

642. Nous avons fait le choix de conserver cette expression dans notre exposé du contenu de la directive pour assurer l'uniformité de langage entre les citations *in extenso* de dispositions de la directive et leurs commentaires. Afin toutefois de ne pas faire perdre de vue au lecteur belge que l'expression doit être entendue au sens que lui donne la directive, et pas à partir du sens générique qu'ont les termes « droit social » en droit belge (ce qui la rendrait redondante), nous l'entourerons de guillemets à chacune de ses occurrences dans la suite du texte.

643. Pour identifier une activité transfrontalière, il faut donc connaître l'État d'origine de l'IRP, d'une part, et le « droit social et le droit du travail » applicables au régime de retraite concerné, d'autre part. La détermination du droit du travail applicable s'opère en vertu des règles pertinentes de droit international privé, en l'occurrence l'article 8 du règlement « Rome I¹ » qui aménage le principe général du libre choix de la loi applicable aux obligations contractuelles pour le cas particulier des relations de travail². Quant au droit de la sécurité sociale applicable, il est déterminé au moyen du règlement de coordination des systèmes de sécurité sociale³.

644. La directive prévoit que les États membres autorisent les IRP enregistrées ou agréées sur leur territoire à exercer une activité transfrontalière, de même qu'ils autorisent les entreprises établies sur leur territoire à recourir aux services des IRP qui proposent d'exercer ou exercent une activité transfrontalière. Elle précise que cela se fait sans préjudice des dispositions nationales « du droit social et du droit du travail » des États membres relatives à l'organisation de leurs régimes de retraite, y compris l'affiliation obligatoire, et des dispositions résultant des négociations de conventions collectives (article 11, § 1^{er}).

645. La directive ne remet donc pas en cause la compétence des États membres d'organiser leurs régimes de pension, y compris les pensions complémentaires. Autrement dit, elle ne leur interdit pas d'imposer, en vertu des règles pertinentes de droit international privé⁴, l'application de leur « droit social et droit du travail » aux IRP actives sur leur territoire, que celles-ci soient établies sous le droit d'un

cadre du droit européen des marchés publics où elle est utilisée à l'identique, par A. MECHELYNCK et M. VANDERSTRAETEN, « La lutte contre le dumping social dans la passation des marchés publics », *Marchés et contrats publics*, 2018, n° 1, p. 25-27.

1. Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).
2. H. VAN MEERTEN et B. STARINK, « Impediments to an internal market for institutions for occupational retirement provision », *op. cit.*, p. 4 ; S. HENNION, « Retraites professionnelles d'entreprise et libertés économiques », *op. cit.*, p. 50. Sur l'article 8 du règlement « Rome I », voy. aussi L. MERRETT, *Employment Contracts in Private International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
3. Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, précité.
4. Voy. *supra*, n° 639.

autre État membre ou non. Les États membres doivent toutefois exercer cette compétence dans le respect des traités européens, et notamment de la libre prestation des services. Nous discutons plus bas la question de savoir si la directive est susceptible d'influer sur les critères établis par la jurisprudence de la Cour de justice pour déterminer si le droit national applicable aux pensions complémentaires entrave ou non cette liberté¹.

646. La directive prévoit la procédure à suivre lorsqu'une IRP souhaite prester ses services dans un cadre transfrontalier ainsi que la coordination des autorités étatiques compétentes pour le contrôle de ses activités (article 11, §§ 2 à 11). Cette procédure prévoit un échange d'informations entre les autorités compétentes de l'État membre d'origine et de l'État membre d'accueil qui portent respectivement sur le régime que l'IRP souhaite gérer pour le compte de l'entreprise d'affiliation et sur les dispositions « du droit social et du droit du travail » nationaux qui lui sont applicables². Le respect de ces dispositions est contrôlé par l'autorité de l'État membre d'accueil. Cette dernière ne peut toutefois entreprendre des démarches à l'égard de l'IRP qui ne les respecterait pas qu'après en avoir informé l'autorité de l'État membre d'origine, et à condition que celle-ci n'ait pas elle-même déjà pris les mesures nécessaires pour veiller à ce que l'IRP concernée mette un terme à la violation constatée.

647. La directive organise également, en parallèle aux activités transfrontalières, le transfert transfrontalier entre deux IRP de tout ou partie d'un régime de retraite (article 12). Cette opération n'était pas envisagée dans le texte de 2003. Son organisation vient compléter les dispositions relatives aux activités transfrontalières en facilitant la concentration au sein d'une même IRP de la gestion de régimes de retraite préexistants, et plus seulement de régimes dont la gestion est confiée à l'IRP dont question dès leur création.

648. Il y a transfert transfrontalier lorsque l'IRP qui transfère et l'IRP destinataire ne sont pas enregistrées ou agréées dans le même État membre, autrement dit si elles ont des États membres d'origine différents (voy. les définitions données à l'article 6, 12) et 13)). Un transfert transfrontalier n'implique pas nécessairement une activité transfrontalière; l'État membre d'origine de l'IRP destinataire peut

1. Voy. *infra*, n° 668 et 669.

2. On notera que l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP, en anglais EIOPA), présentée plus haut, a adopté en novembre 2018 une décision "on the collaboration of the competent authorities of the Member States of the European Economic Area with regard to the application of Directive (EU) 2016/2341 [...]" dont l'objectif principal est de renforcer la collaboration entre les autorités nationales compétentes dans l'encadrement des activités transfrontalières des IRP. Des précisions sur cette décision ainsi que le texte de celle-ci sont disponibles sur le site de l'AEAPP: https://www.eiopa.europa.eu/content/eiopa-promotes-greater-transparency-towards-iorps-cross-border-activities_en.

aussi être l'État membre dont « le droit social et le droit du travail » sont applicables au régime transféré. Si le transfert donne toutefois lieu à une activité transfrontalière, les dispositions relatives au contrôle des activités transfrontalières décrites ci-dessus sont d'application.

649. La directive prévoit qu'un transfert transfrontalier est soumis à l'autorisation de l'autorité compétente de l'État membre d'origine de l'IRP destinataire après que cette autorité compétente ait obtenu l'accord préalable de l'autorité compétente de l'État membre d'origine de l'IRP qui transfère le régime de retraite (article 12, § 4). Elle précise les informations que doit contenir la demande d'autorisation, introduite par l'IRP (article 12, § 5). Elle prévoit en outre que le transfert et ses conditions doivent être soumis à l'accord préalable de la majorité des affiliés et de la majorité des bénéficiaires concernés ou de la majorité de leurs représentants et, le cas échéant, de l'entreprise d'affiliation (article 12, § 3). Elle précise encore que les coûts du transfert ne peuvent être supportés ni par les affiliés et les bénéficiaires restants de l'IRP qui transfère ni par les affiliés et les bénéficiaires en lieu et place de l'IRP destinataire (article 12, § 2).

(4) *Provisions techniques, marge de solvabilité et règles de placement (articles 13 à 19)*

650. La directive édicte des règles détaillées pour le calcul des provisions techniques (c'est-à-dire le montant à inscrire au passif du bilan qui correspond aux engagements que l'IRP a contracté envers ses clients dans le cadre des contrats de retraite) de toute IRP qui rentre dans son champ d'application. Elle prévoit que ce calcul est opéré par un actuaire ou par un autre spécialiste du domaine sur la base de méthodes actuarielles reconnues par les autorités compétentes de l'État membre d'origine (article 13, § 4). Il revient à ce dernier de s'assurer que chaque IRP dispose à tout moment, pour la totalité des régimes de retraite qu'elle gère, d'actifs suffisants et appropriés pour couvrir les provisions techniques (article 14, § 1). La directive permet toutefois à l'État membre d'origine d'autoriser une IRP à déroger à titre temporaire à cette obligation de couverture totale, ce qui peut être précieux lors des phases difficiles dues par exemples à une crise ou un tassement des marchés financiers. Cette faculté n'est cependant pas admise à l'égard des IRP qui exercent une activité transfrontalière (article 14, §§ 2 et 3). Certains estiment que cette distinction constitue un des obstacles au développement de ces activités¹.

651. La directive prévoit également que les IRP qui, à l'instar des entreprises d'assurance, supportent tout ou partie du risque financier du régime à prestations définies qu'elles gèrent doivent, outre les actifs qui couvrent les provisions techniques, disposer d'actifs supplémentaires de façon à constituer un capital de sécu-

1. Voy. P. BORSJÉ et H. VAN MEERTEN, « Voorstel IORP II-Richtlijn », *op. cit.*, p. 269; H. VAN MEERTEN (éd.), *EU Pension Law, op. cit.*, p. 88-90.

rité destiné à compenser les écarts entre les dépenses et bénéfices prévus et réels ; autrement dit, qu'elles doivent détenir une marge de solvabilité (article 15). La directive détaille les règles de calcul de cette marge et les types d'actifs financiers qui peuvent être utilisés pour la constituer (articles 16 à 18). On a évoqué plus haut les enjeux liés à la définition de ces règles de solvabilité pour les types de régimes de retraite proposés au sein des États membres, ainsi qu'à l'égard de la position concurrentielle des IRP face aux entreprises d'assurance¹.

652. Un autre objet de la directive, dont l'historique montre qu'il est une des raisons principales pour lesquelles la Commission a souhaité son adoption², est l'édiction de principes qualitatifs pour l'encadrement des investissements des IRP (article 19). La directive prévoit ainsi que les États membres exigent des IRP enregistrées ou agréées sur leur territoire qu'elles placent leurs actifs conformément au principe de prudence, dit encore « prudent person rule³ ». Elle définit de manière non exhaustive une série de règles plus précises découlant de ce principe, qui doivent donc être respectées par les IRP dans leur politique d'investissement (article 19, § 1^{er}). Elle permet également aux États membres de soumettre les IRP enregistrées ou agréées sur leur territoire à des règles plus détaillées, y compris des règles quantitatives. Celles-ci doivent toutefois être justifiées du point de vue prudentiel (article 19, § 6, al. 1^{er}), c'est-à-dire qu'elles doivent servir à garantir la solvabilité et la stabilité des IRP⁴. Les raisons de finances publiques ou de protection des marchés nationaux, dont on a vu plus haut qu'elles avaient pu expliquer l'adoption de règles quantitatives par le passé⁵, sont donc désormais exclues. Ces règles quantitatives ne peuvent en outre dépasser certaines limites (article 19, § 6, al. 2). Notamment, les États membres ne peuvent interdire aux IRP d'investir jusqu'à 70 % au moins de leurs actifs dans des actions ou des produits financiers assimilés lorsque le risque financier est supporté par les affiliés au régime, sauf exception. Ils ne peuvent non plus interdire aux IRP en général de placer jusqu'à 30 % des actifs représentatifs des provisions techniques dans des actifs libellés en monnaies autres que celles dans lesquelles sont exprimés leurs engagements, autrement dit ils ne peuvent leur imposer une obligation de congruence monétaire pour plus de 70 % de leurs actifs⁶.

1. Voy. *supra*, n° 636.

2. Voy. *supra*, le § 1, 592 et s.

3. À propos de ce principe, voy. *supra*, n° 597.

4. Pour une explication plus complète de la notion de supervision prudentielle, voy. *supra*, n° 627.

5. Voy. *supra*, n° 603.

6. À propos des obligations de congruence monétaire et de leurs implications, voy. *supra*, n° 600 et 603.

(5) *Gouvernance (articles 20 à 30)*

653. La directive édicte de manière beaucoup plus détaillée qu'en 2003 des règles relatives à la gouvernance des IRP. Elles concernent notamment les exigences de compétence et d'honorabilité des gestionnaires de l'IRP et leur rémunération (articles 22 et 23), l'organisation de fonctions clés pour le bon fonctionnement de l'IRP (articles 24 à 27), la mise en place de procédures de contrôle internes (article 28), ou encore la publication de comptes et rapports annuels et de déclarations relatives à la politique de placement choisie (articles 29 et 30). La directive précise que les règles édictées sont sans préjudice du rôle des partenaires sociaux dans la gestion des IRP (article 20, § 2).

(6) *Externalisation des activités des IRP et désignation d'un dépositaire (articles 31 à 35)*

654. L'un des objectifs poursuivis avec l'adoption d'une directive relative aux IRP est, comme déjà mentionné¹, la libéralisation du secteur des services financiers relatifs aux pensions professionnelles. La directive prévoit ainsi que les États membres peuvent autoriser ou obliger les IRP enregistrées ou agréées sur leur territoire à confier, en totalité ou en partie, toute activité, y compris des fonctions clés (au sens de la directive) et la gestion de ces IRP, à des prestataires de services opérant pour le compte de celles-ci (article 31). Elle ajoute que les États membres ne peuvent restreindre la liberté des IRP de désigner, pour gérer leur portefeuille d'investissement, des gestionnaires de placement (par exemple un établissement de crédit ou une entreprise d'assurance) établis dans un autre État membre et dûment agréés pour cette activité, conformément aux directives européennes applicables (article 32)².

La directive autorise les États membres à imposer aux IRP qui gèrent des régimes dont le risque financier est supporté au moins en partie par les affiliés et bénéficiaires de désigner un dépositaire pour la garde de ses actifs et l'exécution de certaines tâches de supervision. Ils peuvent également imposer cette désignation aux IRP actives de manière transfrontalière en tant qu'État membre d'accueil. La directive précise que les États membres ne peuvent restreindre la liberté des IRP de désigner des dépositaires établis dans un autre État membre et dûment agréés, conformément aux directives européennes applicables (article 33)³.

1. Voy. *supra*, n° 594 et 623 notamment.

2. Voy. les directives citées *supra*, p. 364, note 1. S'y ajoute la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II), dont on a déjà parlé.

3. Voy. les directives citées *supra*, p. 364, note 1.

(7) *Informations à fournir aux affiliés potentiels, aux affiliés et aux bénéficiaires (articles 36 à 44)*

655. Le texte de 2003 prévoyait déjà une obligation d'information des affiliés et bénéficiaires à charge des IRP. La directive « refonte » la reprend de manière plus détaillée et la complète. Certaines informations doivent être transmises automatiquement, d'autres seulement sur demande expresse. Leur contenu varie selon que leur destinataire est un affilié potentiel, un affilié ou un bénéficiaire du régime géré par l'IRP. Il varie aussi selon que les affiliés supportent un risque financier ou non. Les affiliés doivent notamment recevoir au moins une fois par an un document intitulé « relevé des droits à retraite » qui contient des informations relatives aux droits accumulés et au capital accumulé ainsi qu'aux projections en matière de retraite fondées sur l'âge de la retraite présumé de l'affilié (âge légal ou fixé par l'affilié selon le cas) (articles 38 à 40). Ces mesures participent de la volonté, portée notamment par la Commission, d'assurer une plus grande transparence des régimes de retraite professionnelle¹.

(8) *Surveillance prudentielle des IRP par les autorités compétentes (articles 45 à 59)*

656. La directive énonce que la surveillance prudentielle a pour principal objectif de protéger les droits des affiliés et des bénéficiaires et d'assurer la stabilité et la solidité des IRP (article 45, § 1^{er})². Doivent notamment être soumis à cette surveillance des autorités compétentes plusieurs des éléments présentés jusqu'ici, à savoir par exemple les provisions techniques, la marge de solvabilité, les règles d'investissement, le système de gouvernance ou encore l'information des affiliés (potentiels) et des bénéficiaires (article 46). La directive définit quelques principes selon lesquels cette surveillance doit être organisée (article 47). Elle édicte également entre autres les devoirs et les pouvoirs d'intervention des autorités compétentes à l'égard des IRP dont la situation ne serait pas régulière (articles 48 et 49). Elle organise aussi dans ses principes l'échange d'informations entre les autorités compétentes au sein d'un même État membre et entre États membres différents, ainsi que la communication d'informations à certaines autorités compétentes au niveau européen (articles 50 à 59).

657. La surveillance prudentielle des IRP relève des autorités compétentes de l'État membre dans lequel elles sont enregistrées ou agréées, y compris dans les cas où elles exercent une activité transfrontalière (article 47, § 1^{er}). La directive repose donc sur le mécanisme de la reconnaissance mutuelle, bien connu du droit du marché

1. Voy. les considérants n° 11 et 63. Au sujet de cette volonté de transparence et de ses enjeux, voy. *infra*, n° 668 et s.

2. Pour une définition du sens courant de la notion de surveillance (ou contrôle) prudentielles, voy. *supra*, n° 627.

intérieur¹. Dès lors qu'une IRP est valablement établie dans un État membre, elle est autorisée à prester ses services sur le territoire de l'ensemble des autres États membres. Ceux-ci ne peuvent, sauf exception², lui imposer le respect de règles prudentielles supplémentaires, ni exercer un contrôle prudentiel additionnel à celui exercé par l'État membre d'origine (principe du *home country control*). Ils doivent donc « reconnaître », au sein de leur territoire, les règles établies par l'État membre d'origine de l'IRP et les contrôles menés par ses autorités compétentes, c'est-à-dire accepter que les règles et contrôles de l'État membre d'origine remplacent leurs propres règles et contrôles pour l'encadrement de l'IRP concernée.

2. Les effets potentiels de la directive sur les systèmes nationaux de pension

658. De la présentation du contenu de la directive, il ressort que « le droit social et le droit du travail » applicables aux IRP restent en principe de la compétence des États membres. La directive n'a en effet pas pour objectif de les harmoniser, fût-ce même de manière partielle. Il existe toutefois deux points sur lesquels la directive pourrait venir contrarier l'autonomie des États membres pour l'organisation des régimes de pension complémentaires, et donc de leurs systèmes de pension, dont ils sont parfois une composante importante.

(1) *Première friction potentielle entre la directive et l'autonomie des États membres*

659. Un premier point de friction potentiel, mais marginal, entre la directive et la compétence des États membres pour l'organisation des régimes de pension complémentaires peut être trouvé dans l'organisation de la répartition des compétences entre États membres pour l'encadrement de l'activité transfrontalière d'une IRP. Comme déjà mentionné³, les règles prudentielles applicables aux IRP

1. Voy. le considérant n° 71. A propos du mécanisme de la reconnaissance mutuelle, voy. notamment W.-H. ROTH, « Mutual Recognition », in P. KOUTRAKOS et J. SNELL (éds.), *Research handbook on the law of the EU's internal market*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, p. 427-459 ; M. ORTINO, « The Role and Functioning of Mutual Recognition in the European Market of Financial Services », *International and Comparative Law Quarterly*, 2007, n° 2, p. 309-338 ; K.A. ARMSTRONG, « Mutual Recognition », in C. BARNARD et J. SCOTT (éds.), *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 225-267.

2. Voy. notamment l'article 19, § 8, qui permet à l'État membre d'accueil d'imposer ses règles d'encadrement des investissements à l'IRP active de manière transfrontalière sur son territoire, mais seulement pour la partie des actifs qui couvrent les provisions techniques pour l'activité transfrontalière. Cette exception était déjà prévue par le texte de 2003, qui la formulait toutefois de manière moins alambiquée. Voy. également l'article 11, § 6, qui prévoit que les IRP qui exercent une activité transfrontalière sont soumises aux exigences en matière d'information imposées par l'État membre d'accueil, et pas par celles imposées par l'État membre d'origine, eu égard aux affiliés potentiels, aux affiliés et aux bénéficiaires concernés par cette activité transfrontalière. Cette exception était elle aussi déjà contenue dans la directive de 2003.

3. Voy. *supra*, n° 644 et 657.

actives de manière transfrontalière et leur contrôle relèvent de la compétence de l'État membre d'origine, qui doit bien entendu les définir dans le respect de la directive. À l'inverse, les règles « de droit social et de droit du travail » applicables à ces IRP (ou plus précisément aux régimes qu'elles gèrent) relèvent de la compétence de l'État membre d'accueil¹.

660. Cette répartition des compétences est dans le principe respectueuse de l'autonomie des États membres pour l'organisation des régimes de pension complémentaires puisqu'il n'est pas possible aux IRP (et à ceux qui font appel à leurs services) de contourner l'application « du droit social et du droit du travail » nationaux en s'établissant sous le droit d'un autre État membre. La portée réelle de cette autonomie dépend toutefois de la question de savoir qui est compétent pour désigner les règles devant être considérées comme des dispositions « de droit social et de droit du travail ».

661. Il ne suffit en effet pas de se pencher sur le contenu d'une règle pour en déterminer la nature prudentielle ou « de droit social et de droit du travail² ». Par exemple, une règle prévoyant une garantie obligatoire d'un taux de rendement minimum des cotisations versées à un régime de retraite complémentaire constitue un avantage pour les affiliés de ces régimes. On pourrait la qualifier de règle « de droit social et de droit du travail » pour cette raison. Mais si cette garantie obligatoire est à charge des IRP qui gèrent ces régimes, la règle qui l'édicte définit aussi certainement des obligations spécifiques relatives notamment au mode de calcul des provisions techniques ou à la constitution d'une marge de solvabilité. Ces obligations, elles, seraient plus aisément qualifiées de règles de nature prudentielle³.

662. Une discussion peut ainsi naître à propos de la qualification du domaine dont relève une règle de droit national, dont l'enjeu est de déterminer si l'État membre qui l'a formulée peut l'imposer ou non à une IRP active de manière transfrontalière. Et c'est donc celui qui a le pouvoir de trancher cette question de qualification qui détermine *in fine* l'étendue réelle de l'autonomie des États membres

-
1. Pour une explication de cette expression de « droit social et de droit du travail » utilisée par la directive, qui recoupe en réalité le sens de l'expression « droit social » en droit belge, voy. *supra*, n° 641.
 2. Comme la Commission dans son livre vert de 2010 (voy. *infra*, n° 626), plusieurs auteurs ont pointé le flou de la frontière entre « droit social et droit du travail » et règles prudentielles comme un obstacle aux activités transfrontalières des IRP. La même critique est également formulée aux considérants n° 36 et 70 de la directive. Voy. notamment M. DOWSEY, « Review of the IORP Directive », *op. cit.*, p. 165 ; I. GUARDIANCICH, « Pan-European pension funds », *op. cit.*, p. 25 ; H. VAN MEERTEN et B. STARINK, « Impediments to an internal market for institutions for occupational retirement provision », *op. cit.*, p. 4 et 10.
 3. Cet exemple est inspiré de Y. STEVENS, *The meaning of "national social and labour legislation" in directive 2003/41/EC*, *op. cit.*, p. 8.

pour l'organisation des régimes de pension complémentaires, autrement dit leur pouvoir d'imposer le respect de leurs dispositions « de droit social et de droit du travail » aux IRP dont ils accueillent les activités transfrontalières.

663. Il ressort du texte de la directive que le pouvoir de spécifier quelles règles relèvent « du droit social et du droit du travail » appartient aux États membres eux-mêmes. En effet, la directive ne définit pas la notion de « droit social et droit du travail », pour la raison probablement qu'elle a pour objet la réglementation des IRP elles-mêmes, et pas celle du contenu des prestations de retraite qu'elles offrent. Elle n'impose donc pas une compréhension uniforme de cette notion à laquelle les États membres devraient se conformer. Par ailleurs, l'article 59, § 1^{er} prévoit que « Les États membres communiquent à l'AEAPP leurs dispositions nationales de nature prudentielle relatives aux régimes de retraite professionnelle qui ne sont pas couvertes par des dispositions nationales du droit social et du droit du travail relatives à l'organisation des régimes de retraite [qui s'appliquent aux activités transfrontalières des IRP]¹ ». Étant donné l'absence de définition commune de la notion de « droit social et droit du travail », cet article nous semble devoir s'interpréter comme laissant aux États membres le pouvoir de déterminer lesquelles de leurs dispositions nationales relèvent de cette notion, y compris parmi celles qui participent aussi du domaine prudentiel.

À titre d'exemple, l'Autorité belge des services et marchés financiers a publié sur son site internet² une liste non exhaustive des dispositions qui relèvent selon elle du « droit social et du droit du travail » belges et qui s'appliquent donc aux activités transfrontalières des IRP dont la Belgique est l'État d'accueil. Sont notamment citées la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs et la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives et les commissions paritaires. À côté de ces dispositions dont l'appartenance « au droit social et au droit du travail » belges paraît difficilement discutable, on trouve également l'arrêté royal du 14 novembre 2003 fixant les règles concernant le financement et la gestion de « l'engagement de solidarité » dont le régime juridique est défini par la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale (articles 10, 11, 43 et s.). Cet arrêté royal édicte une série de prescriptions applicables aux personnes morales chargées de l'exécution de ce type d'engagement. Elles concernent notamment le calcul des provisions techniques (articles 1^{er} et 3), l'évaluation et l'investissement des actifs (article 4) ou encore la désignation d'un actuaire pour l'exercice d'une mission de contrôle du financement de la personne morale dont question (article 5). Quoiqu'elles poursuivent

1. Voy. *supra*, n° 627 pour un exemple des dispositions de nature prudentielles communiquées par la Belgique à l'AEAPP.

2. <https://www.fsma.be/fr/institutions-de-retraite-professionnelle>.

un objectif de garantie de la solvabilité et de la stabilité des personnes morales exécutant un engagement de solidarité, c'est-à-dire l'objectif habituellement associé aux réglementations prudentielles¹, ces dispositions sont qualifiées de dispositions de « droit social et de droit du travail » par l'Autorité belge des services et marchés financiers. Elles sont donc déclarées applicables aux IRP qui exercent des activités transfrontalières en Belgique.

664. Les États membres disposent-ils donc d'une latitude totale pour la qualification de leurs règles internes et, par conséquent, en tant qu'État membre d'accueil, du pouvoir plein de déterminer lesquelles de ces règles s'appliquent aux activités transfrontalières des IRP, et ce même après l'adoption d'une directive qui vise précisément à faciliter ce type d'activité? C'est ce qui nous semble devoir être conclu de ce qui précède. On réservera toutefois deux nuances mineures.

665. Premièrement, à la différence du texte de 2003, la directive contient désormais un article précisant la « portée de la surveillance prudentielle » (article 46), qui ressortit à la compétence de l'État membre d'origine. Il prend la forme d'une énumération non exhaustive des éléments qui doivent être soumis à cette surveillance, parmi lesquels notamment les provisions techniques et leur financement, l'exigence de marge de solvabilité ou encore les règles d'investissement. Il est permis de se demander si cet article n'établit pas une compréhension commune, adoptée au niveau européen, de ce qui relève avec certitude du domaine prudentiel et qui échapperait donc au domaine « du droit social et du droit du travail ». La dernière phrase du considérant n° 70 nous semble aller dans le sens de cette interprétation. Ce considérant énonce : « Le champ d'application de la surveillance prudentielle diffère selon les États membres. Cela peut poser des problèmes lorsqu'une IRP doit se conformer à la fois à la réglementation prudentielle de son État membre d'origine et au droit social et du travail de son État membre d'accueil. *En clarifiant quels domaines sont considérés comme relevant de la surveillance prudentielle aux fins de la présente directive, on réduit l'insécurité juridique et les coûts de transaction qui y sont liés*². »

666. À supposer que cette interprétation soit retenue, le pouvoir des États membres de déterminer, en tant qu'État membre d'accueil, les règles applicables aux IRP actives de manière transfrontalière y trouverait une limitation³. Pour reprendre notre exemple tiré du droit belge, elle pourrait permettre de contester la qualification de disposition « de droit social et de droit du travail » de l'arrêté

1. Voy. *supra*, n° 627.

2. Nous mettons en italique.

3. Pour une opinion similaire à propos de l'interprétation de l'article 60 de la proposition de directive de la Commission, devenu l'article 46 dans la version finale du texte, voy. P. BORSJÉ et H. VAN MEERTEN, « A European pensions union: Towards a strengthening of the European pension systems », *op. cit.*, p. 397-398.

royal du 14 novembre 2003 fixant les règles concernant le financement et la gestion de l'engagement de solidarité.

667. Deuxièmement, un État membre qui userait abusivement de son pouvoir de qualifier une règle interne de disposition « de droit social et de droit du travail » pour la rendre applicable aux activités transfrontalières des IRP pourrait se voir reprocher de ne pas respecter l'obligation de coopération loyale dans la mise en œuvre du droit européen prévue par l'article 4, § 3 TUE et l'article 60 de la directive¹. Ce dernier énonce que les États membres coopèrent afin, notamment, « de créer les conditions requises pour assurer le bon fonctionnement de l'affiliation transfrontalière ».

Quelle que soit la pertinence de ces deux nuances, elles ne nous semblent pas de nature à renverser le régime prévu par la directive pour l'encadrement des activités transfrontalières des IRP ; leurs effets sur l'autonomie des États pour l'organisation des régimes de pension complémentaires, et donc de leurs systèmes de pension, n'opéreraient qu'à la marge.

(2) *Seconde friction potentielle entre la directive et l'autonomie des États membres*

668. Un second point de friction potentiel entre la directive et l'organisation des régimes de pension complémentaires par les États membres a été soulevé. Plus important mais aussi plus incertain, il concerne la référence dans un considérant de la directive à une exigence de transparence accrue des régimes de pension professionnelle. Le considérant n° 11 déclare ainsi que « [l]a présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier le droit à la protection des données à caractère personnel, la liberté d'entreprise, le droit à la propriété, le droit de négociation et d'actions collectives et le droit à un niveau élevé de protection des consommateurs, en particulier en renforçant la transparence du financement de la retraite, en permettant de planifier ses finances personnelles et sa retraite en connaissance de cause et en facilitant les activités transfrontalières des IRP et le transfert transfrontalier des régimes de retraite. Il convient de mettre en œuvre la présente directive conformément à ces droits et principes ».

1. À propos de l'obligation de coopération loyale dans le droit de l'Union européenne, et de ses liens avec le mécanisme de la reconnaissance mutuelle dont on a parlé *supra*, n° 657, voy. notamment M. KLAMERT, *The Principle of Loyalty in EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 22.

669. Cette exigence de transparence accrue du financement des retraites, formulée à l'initiative de la Commission¹, était absente du texte de 2003. Dans la directive, elle est concrétisée par l'adoption de nouvelles obligations d'information, plus précises qu'en 2003, des affiliés et des bénéficiaires des régimes sur leurs droits à prestation, leur montant, les garanties qui y sont attachées, etc². Selon certains, elle a toutefois une portée plus grande³. Adossée aux droits et principes de la Charte des droits fondamentaux, et en particulier au droit à la propriété et à un niveau de protection élevé des consommateurs, elle contiendrait aussi une critique plus fondamentale de deux caractéristiques présentes dans certains régimes de retraite complémentaires : la solidarité et la faculté de revoir les prestations promises à la baisse dans certaines circonstances.

670. La solidarité serait peu compatible avec la transparence souhaitée car le partage, par hypothèse inégalitaire, des coûts du régime entre les membres ne serait pas bien connu : ceux qui « paient pour les autres » n'en auraient non seulement pas toujours conscience, mais n'auraient pas non plus la possibilité de chiffrer avec précision leur participation à la solidarité du régime. La faculté prévue par certains droits nationaux, dont le droit néerlandais, de revoir à la baisse les prestations promises en cas de financement insuffisant du régime manquerait quant à elle de transparence en ce que les membres seraient mal informés de l'existence de cette faculté, mais manqueraient aussi des moyens d'apprécier les conséquences d'une telle décision, ou du refus de la prendre, sur leurs (futurs) prestations⁴.

671. En liant l'exigence de transparence à certains droits et principes consacrés par la Charte des droits fondamentaux, le considérant pourrait ainsi servir de base à une argumentation dénonçant l'incompatibilité de ces deux caractéristiques avec le droit européen. Si elle trouvait une oreille attentive auprès des juridictions (nationales ou européenne), les conséquences pour l'organisation des régimes de pension complémentaires qui connaissent ces caractéristiques pourraient être importantes. On l'a vu, la solidarité est la condition principale pour justifier, au regard du droit européen de la concurrence et de la libre prestation des services, l'octroi à une entité unique du droit exclusif de gérer un régime de protection

-
1. Voy. l'exposé des motifs de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (refonte), COM(2014) 167 final, p. 3.
 2. Voy. *supra*, n° 655.
 3. P. BORSJÉ et H. VAN MEERTEN, « A European pensions union: Towards a strengthening of the European pension systems », *op. cit.*, p. 398-401.
 4. Pour une discussion plus détaillée de la légalité de ces mécanismes de modification des prestations promises prévus par le droit néerlandais au regard de la Charte des droits fondamentaux, et en particulier de l'article 17 relatif au droit de propriété, voy. H. VAN MEERTEN et P. BORSJÉ, « Pension Rights and Entitlement Conversion ("Invaren"): Lessons from a Dutch Perspective with Regard to the Implications of the EU Charter », *European Journal of Social Security*, 2016, vol. 18, n° 1, p. 46-73.

sociale complémentaire, d'une part, et l'obligation corrélative d'adhérer à ce régime exclusif, d'autre part.¹ La faculté de revoir les prestations promises à la baisse est, elle, une manifestation de l'autonomie (partielle) de gestion des régimes de protection sociale complémentaire accordée dans certains États membres aux partenaires sociaux.

672. Les chances de succès de cette argumentation, qui dénoncerait comme contraires à la Charte des droits fondamentaux les régimes peu « transparents », sont incertaines. Elles le sont, dans les faits, en raison de la grande latitude dont jouissent les juridictions pour l'interprétation des « droits fondamentaux » comme les droits et principes contenus dans la Charte, qui rend particulièrement difficile et aléatoire l'anticipation des décisions futures prises sur leur fondement. Elles le sont également, sur le plan de l'argumentation juridique, en raison de cet autre droit contenu dans la Charte et que mentionne d'ailleurs également le considérant, celui de négociation (et d'actions) collective. Le respect de celui-ci, pourrait-on argumenter, suppose que les partenaires sociaux disposent du pouvoir d'*imposer* leurs décisions aux membres d'un régime de pension qu'ils gèrent et de revenir sur le contenu de leurs décisions lorsque les circonstances le justifient. Or, ces deux facettes du pouvoir de décision, autrement dit de l'autonomie de gestion, contraignent la revendication de « transparence » des droits des membres, considérés individuellement, dans la mesure précisément où la priorité est donnée à la décision collective sur la décision individuelle. Un équilibre devrait donc être ménagé entre cette exigence de transparence et le droit de négociation collective, ce qui semble exclure que la solidarité et les mécanismes de révision des prestations soient par nature déclarés contraires à la Charte des droits fondamentaux.

673. On remarquera enfin, pour conclure ces brèves considérations relatives à l'exigence de transparence accrue formulée par la directive, que l'argumentation qui opposerait cette exigence, d'une part, et le caractère solidaire des régimes de pension complémentaires et les mécanismes de révision des prestations, d'autre part, entend la notion de « transparence » dans un sens particulier, choisi parmi d'autres possibles. Elle considère en effet comme transparent le régime qui permet à l'individu de connaître le montant des prestations auxquelles il a droit *au regard de ce qu'il a payé* (ou de ce qu'on a payé en son nom) sous la forme de cotisations. La transparence y est donc entendue comme celle touchant au lien économique, chiffrable, entre le montant des prestations et le montant des cotisations. Et l'individu auquel cette transparence est due est l'individu propriétaire ou consommateur, c'est-à-dire celui qui choisit de se défaire d'une partie de son argent en vue d'obtenir un bien ou un service (en l'occurrence, une prestation de retraite) dont il a pu apprécier au préalable la valeur. Cette manière de concevoir la transparence

1. Voy. *supra* n° 254 et s. pour le droit de la concurrence et n° 464 et s. pour la libre prestation des services.

est corrélée à une compréhension de la pension comme étant la « contrepartie économique » des cotisations versées, au sens où nous avons employé ces termes plus haut pour caractériser les différents types de pension légale possibles¹.

La notion de transparence nous semble toutefois pouvoir recevoir une autre acception, qui n'entrerait pas en conflit avec les aspects collectifs d'un régime de retraite que sont la solidarité ou les mécanismes de révision des prestations. Peut en effet tout aussi bien être considéré comme transparent le régime qui permet à l'individu de connaître les prestations auxquelles il a droit *au regard des règles* fixées au préalable dans les statuts de ce régime. La transparence n'est pas ici celle du lien économique entre les prestations et les cotisations, mais celle des règles selon lesquelles le régime est administré. Et l'individu auquel cette transparence est due n'est pas l'individu propriétaire ou consommateur, mais l'individu membre d'un régime collectif. La notion de transparence se combine ici à une conception de la pension en termes de « transfert », selon le sens que nous avons donné plus haut à ce terme pour l'opposer à la notion de contrepartie économique².

L'argumentation qui oppose la transparence à la solidarité ou au mécanisme de révision des prestations a donc comme présupposé une représentation particulière de la nature des cotisations et des prestations servies par un régime de pension complémentaire — elles sont un paiement en l'échange d'un service — et de l'individu qui participe à ce régime — il est un propriétaire-consommateur. Elle y est encouragée par la référence, dans le considérant n° 11 de la directive, au droit à la propriété et au droit à un niveau élevé de protection des consommateurs protégés par la Charte. Mais un autre point de départ nous semble pouvoir être choisi pour raisonner sur la compatibilité des éléments de solidarité et d'autonomie de gestion des régimes complémentaires avec l'exigence de transparence : celui de l'individu membre d'un régime collectif aux règles desquelles il doit se soumettre. Il trouve lui aussi un appui dans le considérant n° 11, qui mentionne également le droit de négociation (et d'action) collective contenu dans la Charte.

Conclusions de section : la directive IRP et les systèmes de pension nationaux

674. Cette section avait pour objet de répondre à la question, posée en introduction, de savoir si la directive adoptée en 2003 et « refondue » en 2016 promeut un certain modèle de pension et, si oui, avec quels résultats. La première partie consacrée à l'historique de la directive devait permettre d'identifier les objectifs qu'elle poursuit, tandis que la deuxième s'est intéressée à son contenu et à ses effets en droit

1. Voy. *supra* n° 395 et s.

2. *Ibid.*

sur l'autonomie des États membres pour l'organisation de leurs systèmes de pension.

1. Les enseignements de l'histoire de la directive

675. L'exposé des différentes étapes ayant conduit à l'adoption de la directive, des argumentations avancées en sa faveur mais aussi des réticences opposées aux premières versions proposées permet d'affirmer que la directive poursuit avant tout des objectifs d'intégration et de développement des marchés financiers. Le premier objectif — chronologiquement, mais aussi certainement dans l'ordre de priorité de la Commission — était l'adoption de principes qualitatifs, et non plus quantitatifs, pour l'encadrement des investissements des fonds de pension. Nous avons exposé les effets attendus par la Commission de l'adoption de ces principes pour l'économie réelle, à savoir une disponibilité accrue des avoirs des fonds de pension pour le financement des entreprises européennes, en particulier les petites et moyennes entreprises¹. Nous avons également présenté l'argument, implicite d'abord, explicite ensuite, selon lequel l'augmentation des rendements des actifs permis par l'adoption de ces principes devrait encourager ou du moins faciliter les réformes visant à développer les retraites complémentaires (ou « second pilier ») financées par capitalisation au sein des États membres.

676. Il (nous) est difficile d'évaluer les effets réels de la poursuite de ces objectifs liés à l'adoption de principes qualitatifs. On a mentionné toutefois que des travaux existent dans d'autres disciplines, qui portent sur les implications de la financiarisation accrue de l'économie suite à l'investissement de masse des fonds de pension dans les entreprises sur les relations économiques et notamment les relations de travail². Sans entrer dans le détail de questions débattues, des auteurs ont pointé l'importance prise par la « valeur actionnariale » dans la gestion des entreprises, ce qui implique une modification des rapports de force au sein de celles-ci : les actionnaires se trouvent en position d'imposer des décisions qui peuvent porter préjudice aux intérêts des gestionnaires directs de l'entreprise et, en dernière instance, des travailleurs.

D'autres auteurs se sont penchés sur les implications d'un recours accru à la capitalisation pour le financement des retraites, qui a la faveur de la Commission notamment. Là encore, il ne saurait être question d'exposer dans le détail les débats nombreux et complexes relatifs à la meilleure manière d'assurer le financement des pensions dans un contexte de vieillissement de la population. On se permettra toutefois de citer un argument, qui met l'accent sur une dimension du problème rarement prise en compte alors qu'elle nous paraît centrale. À supposer que l'on fasse le choix de développer les retraites financées par capitalisation en compensation de la baisse (attendue) du montant des retraites financées par réparti-

1. Voy. *supra*, n° 615.

2. Voy les références citées *supra* à la note 1 et O. FAVEREAU, *L'impact de la financiarisation de l'économie sur les entreprises et plus particulièrement sur les relations de travail*, op. cit.

tion, un auteur remarque qu'« une part importante de la pension globale deviendrait à terme dépendante du rendement sur les placements. Il faudrait donc évaluer les conséquences d'une telle situation du point de vue de la justice et de l'équité [...]. On peut notamment évoquer deux aspects sur lesquels il s'agirait de s'interroger : l'arbitrage entre rémunération du travail et rémunération du capital et le lien entre rendement des placements et emploi. Des conflits d'intérêt d'un type nouveau sont là susceptibles de se manifester et, plus globalement, une nouvelle forme de rapport entre le capital et le travail serait instituée. Il est par exemple possible d'imaginer l'enchaînement suivant : dans la mesure où le niveau des pensions dépend du rendement des placements, des salariés d'entreprises cotées pourraient subir des gels de salaires, une détérioration des conditions de travail, voire être licenciés afin que soient assurées de bonnes retraites. Le développement de processus de cet ordre aurait indéniablement des conséquences importantes en matière d'équité, que ce soit entre les générations ou à l'intérieur d'une même génération¹ ».

677. Nous avons vu que d'autres objectifs ont animé la Commission dans la promotion de l'adoption d'une directive relative aux institutions de retraite professionnelle. Il s'agit, outre l'intégration des marchés de services financiers liés au secteur des pensions, du renforcement de la supervision prudentielle des IRP et de la facilitation de la prestation d'activités transfrontalières. On sait le succès mitigé qu'a connu ce dernier objectif sous l'empire du texte de 2003. On sait également que la directive « refonte » de 2016 a corrigé certains défauts ou imprécisions de ce texte, tenus en partie responsables de son mauvais bilan. Est-il dès lors raisonnable de s'attendre à un essor des activités transfrontalières dans les années à venir ? Il semble que non. De l'avis d'un grand nombre d'auteurs, l'obstacle le plus important au développement des activités transfrontalières est la diversité des droits sociaux et fiscaux des États membres². Puisqu'il est fort peu probable que

-
1. E. REYNAUD, « La banque mondiale et les retraites », *op. cit.*, p. 41. Voy. également sur cette question B. DAVIES, « Equité intra et intergénérationnelle », in E. REYNAUD (éd.), *Les Retraites dans l'Union européenne. Adaptation aux évolutions économiques et sociales*, Paris, L'Harmattan, 1998.
 2. Voy. notamment M. DOWSEY, « Review of the IORP Directive », *op. cit.*, p. 165 ; Y. STEVENS, « Interactions between policy and law regarding pensions », *op. cit.*, p. 168 ; I. GUARDIANCICH, « Pan-European pension funds », *op. cit.*, p. 16 ; H. VAN MEERTEN et B. STARINK, « Impediments to an internal market for institutions for occupational retirement provision », *op. cit.*, p. 6-9 ; M. HAVERLAND, « When the welfare state meets the regulatory state », *op. cit.*, p. 894 ; G.S. ZAVVOS, « Pension Fund Liberalization and the Future of Retirement Financing in Europe », *op. cit.*, p. 629. Au sujet des obstacles au développement des activités transfrontalières des IRP et de la difficulté de les lever, voy. aussi le rapport de décembre 2019 du Groupe d'experts de haut niveau sur les pensions mis en place à l'initiative de la Commission européenne (et plus particulièrement de la Commissaire chargée de l'Emploi, des Affaires sociales, des Compétences et de la Mobilité des travailleurs, Marianne Thyssen) : Final Report of the High-Level Group of Experts on Pensions, High-level group of experts on pensions, 2019, p. 48-51, disponible sur le site internet de la Commission : <https://ec.europa.eu>.

ces deux domaines, foyers d'enjeux politiques importants, soient significativement harmonisés au niveau européen dans un avenir proche, l'activité transfrontalière des IRP devrait rester un phénomène marginal. Son importance est même appelée à diminuer encore après la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne.

2. Les enseignements de l'analyse du contenu de la directive « refonte »

678. En cohérence avec le constat posé plus haut selon lequel la directive poursuit avant tout des objectifs d'ordre financier, il apparaît que les conséquences proprement juridiques de l'adoption de la directive pour l'autonomie des États membres dans l'organisation des régimes de pension complémentaires, et donc de leurs systèmes de pension, sont très limitées.

679. Nous avons identifié deux points de friction potentiels entre la directive et cette autonomie des États membres. Le premier découle de la répartition des compétences entre État membre d'origine (qui définit les règles prudentielles) et État membre d'accueil (qui définit les règles « de droit social et de droit du travail¹ ») pour la réglementation des activités transfrontalières, combinée à une interprétation possible de l'article 46 de la directive. Cet article pourrait être compris comme donnant une définition commune de la notion de supervision prudentielle, et par conséquent comme établissant les limites du pouvoir dont dispose un État membre, en tant qu'État membre d'accueil d'une activité transfrontalière, de qualifier ses règles de droit interne de règles « de droit social et de droit du travail » en vue de les rendre applicables à l'IRP qui preste l'activité dont question.

Le second point de friction est fondé sur une certaine interprétation de l'insistance nouvelle de la directive sur la « transparence » des régimes de pension complémentaires, selon laquelle la transparence attendue serait peu compatible avec la solidarité et les mécanismes de révision des prestations prévus par certains régimes. Plus important dans ses effets s'il venait à se concrétiser, il nous paraît toutefois plus incertain encore que le premier.

3. La directive promeut-elle un certain modèle de pension, avec quels résultats ?

680. À l'éclairage des développements que l'on vient de rappeler brièvement, une réponse nuancée nous semble devoir être donnée à la question posée en introduction. La directive promeut un certain modèle de pension au sens où elle constitue un volet d'un plan plus général, porté par la Commission et exposé de manière explicite dans son livre blanc de 2012, consistant à encourager le financement des pensions par la capitalisation. Cette volonté se présente comme nécessitée par les défis du vieillissement de la population — ce qui peut certainement être contesté,

1. À propos de cette expression, utilisée par la directive, et qui correspond à l'expression « droit social » en droit belge, voy. *supra*, n° 641.

dans la mesure où, d'une part, la capitalisation est elle aussi sensible à la pression démographique¹ et où, d'autre part, d'autres paramètres, qui touchent par exemple à l'organisation et au rôle économique des finances publiques, pourraient aussi être discutés². Sa mise en œuvre n'en emporte pas moins des conséquences importantes, quoique difficilement évaluables avec précision, dans le domaine de la politique sociale. Elles concernent, par hypothèse, la répartition des rôles entre l'État et les IRP pour l'octroi d'un revenu aux pensionnés. Elles touchent également aux implications d'une financiarisation de l'économie, qu'encourage l'adoption de principes qualitatifs pour l'encadrement des investissements, sur les rapports économiques en général, et sur les rapports de travail en particulier.

Au-delà de ces grandes orientations, qui sont également mises en œuvre par d'autres instruments européens, on ne peut toutefois dégager, sur le plan du droit, un modèle de pension précis favorisé par la directive. Et pour cause : le pouvoir des États membres de définir le « droit social et le droit du travail » applicables aux régimes de pension complémentaires n'est pas entamé par la directive, sauf les réserves minimales rappelées plus haut.

-
1. Voy. notamment N. BARR, « Reforming pensions: Myths, truths, and policy choices », *International Social Security Review*, 2002, vol. 55, n° 2, p. 7-11.
 2. Voy. notamment E. ENGELEN, « The Logic of Funding European Pension Restructuring and the Dangers of Financialisation », *Environment and Planning A*, 2003, vol. 35, n° 8, p. 1357-1372. Voy. également B. LEMOINE, *L'ordre de la dette : les infortunes de l'État et la prospérité du marché*, Paris, La Découverte, 2016.

Conclusions de chapitre

Libre prestation des services et systèmes de pension nationaux

681. Nous nous sommes penchés, dans ce second chapitre de notre première partie, sur les implications de la libre prestation des services pour l'autonomie des États membres dans l'organisation de leurs systèmes de pension. Dans les deux premières des trois sections qui le composent, nous avons porté notre attention sur la liberté de prester des services en tant qu'elle est une disposition du droit primaire européen. La matière de ces deux sections a donc été fournie principalement par la jurisprudence de la Cour de justice. Dans la troisième section, nous nous sommes intéressés au texte de droit dérivé adopté par le législateur européen pour faciliter la mise en œuvre de cette liberté économique par les fonds de pension : la directive relative aux institutions de retraite professionnelle (directive IRP).

682. La première section a consisté à explorer les raisons de ce qui constituait à nos yeux une curiosité : pourquoi n'existe-t-il aucune jurisprudence de la Cour de justice relative à l'application de la libre prestation des services aux pensions légales ? L'investigation de cette question nous a permis de dégager deux enseignements intéressants, sinon importants. Le premier est que rien, en droit, ne s'oppose à ce que l'on questionne la légalité d'un régime de pension légal au regard de la libre prestation des services. Le second est que, pour reprendre la formule utilisée dans notre partie liminaire, il y a pension et pension. Certains types de pension légale peuvent être appréhendés, sur un plan individuel, comme une prestation de services, c'est-à-dire comme la contrepartie économique des contributions versées par ou pour l'individu. À propos de ceux-ci, il ne nous paraît pas absurde d'imaginer qu'un individu puisse demander, en prenant argument de la libre prestation des services, à être libéré de l'obligation de participer au régime légal pour pouvoir investir ses contributions dans un produit de pension privé. Ces enseignements ont une portée théorique plus que pratique. En effet, si une question préjudicielle quant à la légalité de l'obligation d'affiliation à un régime de pension légal financé en répartition venait à être posée à la Cour, il est plus que probable, selon nous, que la Cour considérerait l'entrave à la libre prestation de services comme justifiée.

683. Dans la deuxième section, nous avons exposé les implications de la libre prestation des services pour les régimes de pension complémentaires. Deux questions ont été abordées : la légalité du caractère obligatoire de certains de ces régimes, et la légalité de la procédure par laquelle l'entité chargée de la gestion de ces régimes obligatoires est choisie par les partenaires sociaux. Quant à la première question, nous avons conclu que la solution adoptée par la Cour serait probablement analogue à celle adoptée en droit de la concurrence, bien que celle-ci ne soit pas formellement transposable à la libre prestation des services. La condition de solidarité jouerait très probablement un rôle central, avec ce que cela comporte d'insécurité juridique. Quant à la seconde question, nous avons expliqué que la Cour exige que la procédure menant à la sélection de l'entité en charge d'un régime de protection sociale complémentaire obligatoire respecte une obligation de transparence. Cette exigence, à notre avis, n'est pas de nature à remettre en cause les rapports existants entre l'État et les partenaires sociaux pour l'organisation des régimes de pension complémentaires, du moins si l'on adopte l'interprétation — justifiée par la raison d'être de l'obligation de transparence — que nous en avons proposé.

684. Enfin, la troisième section a montré que la directive IRP, dans sa version refonte de 2016, ne restreint pas l'autonomie des États membres pour l'organisation de leurs systèmes de pension, bien qu'elle poursuive ouvertement l'objectif de promouvoir le développement des pensions financées en capitalisation. Des points de friction potentiels entre la directive et l'autonomie des États existent, mais ils sont hypothétiques et marginaux. Les enjeux liés à l'adoption de cette directive relèvent plutôt du domaine économique : en libéralisant les règles d'encadrement des investissements des fonds de pension, elle vise à renforcer les marchés de capitaux et à encourager la financiarisation de l'économie.

685. Les contraintes émanant de la libre prestation des services pour l'organisation des systèmes de pension sont donc très réduites. Les craintes parfois exprimées à l'égard de l'emprise de cette liberté économique sur les régimes de protection sociale en général sont-elles ainsi totalement injustifiées, sur le plan du droit, pour ce qui regarde les pensions ? On l'a dit, il existe certaines zones d'insécurité juridique. La principale est la condition de solidarité probablement requise pour justifier l'obligation d'affiliation à un régime de pension complémentaire. Une autre est la manière dont l'obligation de transparence va être mise en œuvre en pratique par les États. Mais, excepté ces quelques sources de tensions possibles dans le futur, le bilan de notre étude invite en effet à démentir ces craintes : en l'état actuel des choses, les restrictions proprement juridiques à l'autonomie des États membres pour l'organisation de leurs systèmes de pension sont minimales.

Nous sommes cependant d'avis que ces craintes ne sont pas pour autant incompréhensibles. C'est que la manière dont la Cour raisonne est porteuse de certaines valeurs, qui peuvent échauder et rendre méfiants ceux qui ne les parta-

gent pas. Nous pensons en particulier au constat que selon la jurisprudence de la Cour, rien, en droit, ne fait obstacle à l'applicabilité de la libre prestation des services aux pensions légales. Cela signifie que n'importe quel individu est en mesure de contester la légalité de l'obligation de s'affilier à un régime de pension légal, et que c'est à ce dernier qu'il revient de se justifier au regard de cette liberté économique. Le principe est donc la liberté économique, et l'exception la pension légale (ou le régime de protection sociale en général). Nous pensons également au choix de la Cour d'exiger le respect d'une obligation de transparence, originellement adressée à l'État, lors de la mise en place d'un régime de protection sociale obligatoire par les partenaires sociaux, ce qui peut être compris comme la négation d'une spécificité de la négociation collective comme mode d'organisation des acteurs du marché selon d'autres principes que ceux en vigueur sur le marché. Ces décisions renvoient, à notre sens, à des valeurs libérales, selon lesquelles la justice distributive (chacun doit recevoir ce qui lui revient) est en principe l'affaire du marché — ce qui n'empêche pas de lui reconnaître des exceptions. C'est, à notre avis, cette « primauté normative » du marché que l'on perçoit dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre prestation des services qui suscite ces craintes et crispations de certains observateurs et commentateurs. Si les résultats de cette jurisprudence sont, dans une très large mesure, inoffensifs pour l'autonomie des États membres, les raisons par et pour lesquelles ces résultats sont atteints ne sont pas de nature à les apaiser.

Conclusions générales de la partie 1

Droit européen de la concurrence, libre prestation des services et systèmes de pension nationaux

686. Cette première partie avait pour objectif de répondre à la question de savoir si, et dans quelle mesure, le droit européen de la concurrence et la libre prestation des services restreignent l'autonomie des États membres pour l'organisation de leurs systèmes de pension. Nous renvoyons le lecteur aux conclusions de chapitre et aux conclusions de section pour le résumé des enseignements principaux de nos développements à propos de chacune de ces deux branches du droit européen.

687. La conclusion générale à laquelle l'ensemble de ces développements nous conduit est que les États membres ne souffrent pas, sur le plan du droit, de restrictions émanant des deux branches du droit du marché intérieur dont question, sinon de façon marginale. Il existe toutefois une incertitude principale, qui concerne la condition de solidarité requise tant en droit de la concurrence qu'en matière de libre prestation des services pour assurer la légalité de l'obligation d'affiliation à un régime de pension financé en capitalisation et géré par une entité unique. Quel est le contenu précis de cette condition de solidarité ? Quelle marge de manœuvre la Cour de justice est-elle disposée à octroyer aux États membres à cet égard ? Ces questions ne pourront être éclairées que par de nouvelles décisions de jurisprudence.

688. Tout le long de nos développements, nous avons cependant pu relever que la manière dont la Cour raisonne en cette matière n'est pas axiologiquement neutre — ce qui n'a rien pour nous étonner, puisque nous sommes d'avis que le droit n'est pas une simple technique, mais est toujours nécessairement porteur de certaines valeurs. Et le droit européen tel qu'il est interprété et élaboré par la Cour n'échappe évidemment pas à la règle. Les solutions retenues pour délimiter le champ d'application du droit de la concurrence, identifier un abus de position dominante, décider de l'applicabilité de la libre prestation des services, justifier l'imposition d'une obligation de transparence, sont empreintes de valeurs particulières. Nous les avons qualifiées de libérales. Elles renvoient en effet selon nous à une conception de la justice distributive (chacun doit recevoir ce qui lui revient) qui donne la « primauté normative » au marché : c'est à l'aune de celui-ci que doivent être évaluées les autres

institutions intervenant dans l'organisation des rapports entre les hommes et les choses.

C'est à notre sens parce qu'elles sont empreintes de valeurs libérales que ces solutions de la Cour suscitent de la méfiance et des craintes auprès de certains, qui ne les partagent pas (ou pas au même degré), alors même qu'elles n'ont pas pour effet de restreindre l'autonomie des États membres. Ces réactions ne sont pas incompréhensibles. On conçoit en effet que ce n'est pas la même chose de dire, par exemple, que les régimes de pension légaux sont, *par définition*, hors de portée de la libre prestation des services, que de dire qu'ils le sont *par exception* — même si cette exception est toujours accordée. On comprend également que ce n'est pas identique de dire qu'un régime de pension complémentaire, dès lors qu'il est mis en place par les partenaires sociaux, est *pour cette raison* immunisé à l'égard du droit de la concurrence, ou de dire qu'il l'est *à condition* de comporter une dimension solidaire, quand bien même cette dimension solidaire serait toujours constatée. La différence est non seulement une différence de technique juridique — dans un cas on définit une exemption, dans l'autre on applique une exception — mais également une différence de valeurs, ou plus précisément de hiérarchie entre des valeurs : la *justification* n'est pas la même dans les deux cas.

Si cette différence existe bel et bien, et explique que certains puissent réagir vertement à une jurisprudence aux effets pourtant anodins, elle ne doit pas non plus être montée en épingle : le droit est expression de valeurs, mais il est *aussi* une technique destinée à produire des effets. Pour l'appréhender correctement, il faut donc prendre en compte *à la fois* les valeurs qu'il exprime (son sens) *et* les effets qu'il produit (son action dans la réalité), puisque si les premières peuvent éclairer les seconds, l'inverse est vrai également. Or, en l'occurrence, il faut bien constater que la jurisprudence de la Cour de justice a pour effet de préserver l'autonomie des États membres dans l'organisation de leurs systèmes de pension. Cela aussi doit être justement considéré.

Il est temps maintenant de quitter le monde du droit du marché intérieur pour entrer dans celui, tout différent, du droit de l'Union économique et monétaire. La Cour de justice se retire du devant de la scène pour laisser la place à d'autres acteurs, dont les principaux sont la Commission et la Banque centrale européenne. La trame qui se joue n'est plus celle de la légalité, au regard du droit européen, des régimes de pension existants. Elle est celle de la capacité des institutions européennes à faire adopter par les États membres, au moyen de la gouvernance économique et budgétaire, certaines réformes en matière de pension, et du sens de ces réformes. Pour le redire avec les mots utilisés en introduction de cet ouvrage, après avoir questionné l'influence de composantes majeures de la « constitution microéconomique » de l'Union, nous allons désormais nous pencher sur celle qu'exerce sa « constitution macroéconomique¹ ».

¹ K. TUORI et K. TUORI, *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis*, *op. cit.*

Partie 2

L'influence de la gouvernance économique et budgétaire sur les systèmes de pension des États membres de la zone euro

Investigation à partir de deux cas d'étude

689. Avec l'entrée en vigueur du traité de Maastricht en 1993, le marché intérieur européen a été complété par une Union économique et monétaire (UEM). Sa mise en œuvre a été organisée en plusieurs phases, dont la dernière a consisté en l'adoption d'une monnaie unique : l'euro. Tous les États membres de l'Union européenne n'ont pas franchi cette étape. Si tous sont membres de l'UEM, « seuls » dix-neuf d'entre eux sont également membres de la zone euro¹.

690. L'adoption de l'euro a des conséquences multiples pour un État. Ces conséquences sont notamment économiques, politiques, mais aussi juridiques. Sur le plan du droit, les autorités étatiques sont soumises à des règles et procédures qui forment ensemble une « gouvernance économique et budgétaire » mise en œuvre au niveau européen. Certaines de ces règles et procédures sont communes à tous les États membres de l'UEM et s'appliquent donc même aux États membres qui n'ont pas (encore) adopté la monnaie unique, tandis que d'autres sont spécifiques à la zone euro.

691. Quelle influence cette gouvernance économique et budgétaire exerce-t-elle sur les systèmes de pension des États membres de la zone euro ? La réponse complète à une question aussi vaste demanderait des investigations que des limites de temps et celles de nos compétences ne nous permettent pas de mener. Notre ambition est plus modeste. Nous souhaitons contribuer à l'éclaircissement de cette question au moyen de l'étude de deux cas particuliers. Le premier est constitué des recommandations adressées à la Belgique en matière de pension par la Commission européenne et le Conseil dans le cadre du semestre européen. Le second consiste en les réformes apportées par la Grèce à son système de pension pendant les trois plans d'aide financière qui lui ont été accordés pour faire face à la crise de sa dette souveraine, entre 2010 et 2018.

692. Le choix de ces deux États est motivé par des considérations de nature diverse. Premièrement, ils offrent des illustrations exemplaires de la mise en œuvre de ces deux instruments principaux de la gouvernance économique et budgétaire que sont le semestre européen et les mécanismes d'assistance financière. La Belgique fait partie des États membres de la zone euro ayant reçu le plus grand nombre de recommandations relatives aux pensions dans le cadre du semestre. Quant à la Grèce, elle est l'État membre ayant été soumis le plus longtemps et le plus intensément aux mécanismes d'assistance financière instaurés en réponse à la crise des dettes souveraines qui a frappé la zone euro au début des années 2010.

Outre ces éléments objectifs, nous avons développé un intérêt particulier pour le destin des systèmes de pension de ces deux États. Les raisons en sont évidentes concernant la Belgique. Nous sommes par ailleurs d'avis que la gestion de la crise

1. Ces États sont l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, Chypre, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, le Portugal, la Slovaquie et la Slovaquie.

grecque restera comme l'un des épisodes les plus importants de l'histoire de l'intégration européenne; l'étude d'une facette de cet épisode — ses conséquences concernant les pensions octroyées dans le pays — présentait ainsi pour nous un certain attrait.

693. Nous procédons au traitement de nos deux cas d'étude de la manière suivante. Afin d'être en mesure de dépasser la simple paraphrase des recommandations ou exigences adressées aux deux États, il nous semble utile de commencer par poser le contexte dans lequel celles-ci ont été émises (Chapitre 1). Celui-ci est à la fois macroéconomique et juridique.

Probablement plus encore que les autres branches du droit européen, la gouvernance économique et budgétaire conserve un aspect ésotérique si l'on n'a pas connaissance de ses finalités. En l'occurrence, celles-ci sont de nature macroéconomique : la gouvernance vise à organiser la coexistence d'économies nationales distinctes, gérées par des autorités nationales distinctes, au sein d'un espace économique dont l'intégration a atteint des profondeurs inédites avec l'adoption de la monnaie commune. Pour comprendre l'usage qui est fait des instruments de la gouvernance, nous commençons donc par exposer brièvement l'architecture macroéconomique de la zone euro et les enjeux qu'elle crée.

Après avoir exposé le contexte macroéconomique dans lequel opère la gouvernance, nous présentons les instruments juridiques dont elle dispose pour poursuivre ses finalités. Ceux-ci opèrent en temps normal, pour assurer une certaine coordination des politiques budgétaires et économiques des États membres, ou en temps de crise, pour maintenir la stabilité de la zone euro dans son ensemble. Nous nous penchons en particulier sur le fonctionnement concret du semestre européen, qui coordonne la mise en œuvre de diverses règles et procédures visant à assurer la discipline budgétaire, la prévention et la correction de déséquilibres macroéconomiques ou encore la poursuite d'objectifs de politique économique et sociale définis au niveau européen. Nous nous penchons également sur les actions entreprises par la Banque centrale européenne ainsi que sur les mécanismes d'assistance financière qui ont été institués, d'abord de manière temporaire, ensuite de manière permanente, pour répondre à la crise des dettes souveraines — dont la Grèce a été l'une des principales victimes. Nous concluons la présentation de ces instruments par quelques considérations sur leur effectivité.

694. Grâce à ces développements relatifs au contexte macroéconomique de la gouvernance et à ses instruments juridiques, nous sommes en mesure d'aborder nos deux cas d'études de manière informée (Chapitre 2). Nous donnons une description détaillée des mesures qui ont été préconisées ou imposées à la Belgique et à la Grèce en matière de pension, ceci afin de fournir deux exemples concrets de l'utilisation des instruments de la gouvernance économique et budgétaire dans ce domaine. À l'occasion de cette description, nous nous efforçons également de relever les liens qui unissent ces mesures et l'architecture macroéconomique de la

zone euro afin d'être en mesure d'avancer quelques hypothèses sur les tendances générales à l'œuvre au sein de la gouvernance économique et budgétaire pour ce qui concerne les systèmes de pension des États membres de la zone euro. Notre analyse ne portant en effet que sur deux cas particuliers (la Belgique et de la Grèce), on ne saurait démontrer de manière méthodique des enseignements valables avec certitude pour tous les États ayant adopté la monnaie unique. Mais dans la mesure où les orientations promues ou imposées en matière de pension semblent liées, comme nous le verrons, à une stratégie macroéconomique bien définie visant à assurer la stabilité de la zone euro, laquelle est par hypothèse applicable à l'ensemble des États membres ayant adopté la monnaie unique, il semble raisonnable de supputer que les réformes préconisées ou imposées à d'autres États suivent les mêmes lignes de force. C'est en prenant appui sur cette proposition — les cas deux d'études sont révélateurs d'implications structurelles, susceptibles donc de valoir également pour les autres États pris dans la même structure — que nous franchissons le pas de tirer des conclusions générales par-delà les cas particuliers étudiés.

695. Cet enseignement plus général est le suivant : les mesures préconisées en matière de pension dans le cadre de la gouvernance, qu'il s'agisse du semestre européen ou des mécanismes d'assistance financière, semblent sous-tendues par une stratégie macroéconomique déterminée, celle de la « flexibilisation » des économies nationales. Cette stratégie vise à assurer la stabilité de la zone euro en tenant compte de son cadre institutionnel, celui d'une asymétrie profonde entre la politique monétaire européenne et les politiques budgétaires nationales. Cette stratégie de la flexibilisation s'exprime de diverses manières dans le domaine des pensions. Notamment, elle tend à favoriser l'utilisation du système de pension comme d'un outil au service du fonctionnement du marché du travail, par exemple en faisant de la carrière passée l'élément central pour la détermination des droits à la pension. Elle promeut également l'adoption de mécanismes d'ajustement automatique ou du moins préprogrammé des systèmes de pension aux évolutions démographiques et économiques.

Chapitre 1

Finalités macroéconomiques et instruments juridiques de la gouvernance économique et budgétaire au sein de la zone euro

696. Pour comprendre la raison d'être de la gouvernance économique et budgétaire ainsi que ses enjeux pour les États ayant adopté la monnaie unique, il est nécessaire de commencer par s'interroger sur la structure économique de la zone euro. Un tel détour est en effet à notre sens inévitable si l'on ne veut pas se contenter de répéter sans les comprendre les justifications données par les acteurs de la gouvernance économique et budgétaire eux-mêmes aux mesures qu'ils préconisent. Ces mesures poursuivent des finalités macroéconomiques spécifiques, qui sont déterminées par l'architecture institutionnelle et économique de la zone euro. Pour discuter de l'influence de la gouvernance économique et budgétaire sur les systèmes de pension, il nous faut donc d'abord comprendre quelles sont ces finalités (Section 1). Dans un deuxième temps, nous présentons les instruments juridiques à disposition des institutions européennes pour mettre en œuvre cette gouvernance et nous interrogeons leur effectivité (Section 2).

Section 1 : Les finalités de la gouvernance économique et budgétaire, en lien avec l'architecture macroéconomique de la zone euro

697. Avant même la création de la zone euro, certains économistes de renom, s'appuyant sur les théories définissant les conditions d'existence d'une « zone monétaire optimale » (*optimal currency area, OCA*)¹, avaient attiré l'attention sur les faiblesses structurelles du projet européen de monnaie unique². Elles étaient suffisamment importantes à leurs yeux pour constituer à terme des sources de ten-

-
1. L'article considéré comme fondateur dans ce domaine est celui de R.A. MUNDELL, « A Theory of Optimum Currency Areas », *American Economic Review*, 1961, vol. 51, n° 4, p. 657-665.
 2. Voy. P. DE GRAUWE, *Economics of monetary union*, 12^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2018, p. ix. À propos des études économiques menées à l'époque sur la viabilité du projet de monnaie unique, voy. aussi K. TUORI et K. TUORI, *The Eurozone Crisis, op. cit.*, p. 47-48 et p. 53-54.

sions vives, voire une menace pour l'existence de l'euro. Cette instabilité structurelle a continué d'être dénoncée à intervalles réguliers. Elle semble aujourd'hui être admise par une majorité d'auteurs, que la crise de 2008 et sa gestion difficile ont fini de convaincre¹.

698. Il ne saurait être ici question de présenter ni de discuter dans le détail la nature de ces faiblesses, et encore moins de peser les avantages et inconvénients des différentes manières possibles d'y répondre. Ces questions ne sont pas les nôtres, et nous ne disposons de toute façon pas des compétences nécessaires pour les traiter. Toutefois, il nous semble que les grandes lignes de la construction macroéconomique de la zone euro sont compréhensibles par des non-initiés à la technique économique, et que leur explicitation, même rudimentaire, fournit une aide précieuse pour comprendre les finalités et les enjeux de la gouvernance économique et budgétaire. Nous nous essayerons donc à une telle explicitation, en tâchant de ne pas trahir la réalité économique ainsi approchée.

699. Le propos développé ci-dessous peut être résumé de la manière suivante. La zone euro présente une « asymétrie fondamentale », qui résulte de la dissociation radicale en son sein entre la politique monétaire, d'une part, et la politique budgétaire, d'autre part². La dissociation de ces deux politiques macroéconomiques résulte d'une stratification institutionnelle : la compétence de la politique monétaire a été confiée de manière exclusive à une instance indépendante et centralisée au niveau européen, la Banque centrale européenne (BCE), tandis que la politique budgétaire est restée une compétence nationale ; l'UE ne dispose dans ce domaine que de pouvoirs de « surveillance » et de « pression »³. Alors qu'il existe une politique monétaire unique pour l'ensemble de la zone euro, il existe donc autant de

-
1. Pour un historique succinct de la littérature économique sur cette question, voy. notamment B. EICHENGREEN, « European Monetary Integration with Benefit of Hindsight », *Journal of Common Market Studies*, 2012, vol. 50, n° S1, p. 123-136. Pour une dénonciation récente et fameuse des faiblesses structurelles de l'euro, voy. J.E. STIGLITZ, *The Euro*, *op. cit.*
 2. L'expression est utilisée par J.-V. LOUIS, « L'UEM et la gouvernance économique », in *L'Union européenne et l'euro : aspects économiques, institutionnels et internationaux. Quatrième conférence ECSA-World, Bruxelles, 17/18 septembre 1998*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2000, p. 155-164, spéc. p. 156 ; F. ALLEMAND et F. MARTUCCI, « La nouvelle gouvernance économique européenne I », *Cahiers de droit européen*, 2012, p. 17-99, spéc. p. 18. Voy. également A. DE STREEL, « The evolution of the EU economic governance since the Treaty of Maastricht: an unfinished task », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, vol. 20, n° 3, p. 337, qui parle de « fundamental imbalance ».
 3. Le détail de ces pouvoirs est exposé *infra* n° 732 et s. Nous empruntons ces expressions à F. MARTUCCI, *L'Ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 233.

politiques budgétaires différentes qu'il y a d'États membres (sans compter les entités fédérées qui disposent, dans certains États, d'une autonomie budgétaire)¹.

Cette asymétrie est une source de tensions entre les économies nationales. Celles-ci apparaissent le plus nettement en cas de « chocs économiques asymétriques », c'est-à-dire dans les situations où certains États connaissent des difficultés économiques tandis que d'autres se portent bien ou connaissent des difficultés de moindre ampleur. Étant donné la construction particulière de la zone euro, la palette des réponses budgétaires possibles aux chocs asymétriques est réduite pour les États en raison des objectifs de discipline budgétaire inscrits dans les traités et renforcés par la pression des marchés financiers, tandis que la politique monétaire de la BCE peut même avoir pour effet de renforcer l'ampleur du choc. Le résultat de cette configuration est une réduction des solutions possibles au niveau européen pour assurer la stabilité économique de la zone euro à deux types de politiques macroéconomiques : la convergence des économies nationales et leur « flexibilisation ».

700. Nous développons ci-dessous ces différents points. Pour ce faire, nous commençons par comparer deux positions : celle, théorique, d'un État ayant la maîtrise de l'ensemble des leviers d'action macroéconomiques pour faire face à un choc économique, et celle des instances européennes et des États membres de l'UE pris dans la même situation (§ 1). Nous poursuivons avec la présentation des conséquences de la structure particulière de la zone euro pour la définition des objectifs macroéconomiques de la gouvernance économique et budgétaire (§ 2).

§ 1. Les différents leviers d'action macroéconomiques et leur utilisation dans un État souverain ou au sein de la zone euro

701. Les divers outils macroéconomiques dont disposent les autorités publiques de manière générale sont de nature budgétaire et monétaire². Nous les présentons ci-dessous en expliquant comment ils peuvent aider à la maîtrise des déséquilibres économiques dans le cas théorique où ils sont tous disponibles pour l'État (1). Nous expliquons ensuite les contraintes particulières qui pèsent sur leur utilisation dans le cadre de la zone euro (2).

-
1. Voy. notamment M. PANIC, « The Euro and the Welfare State », in E. SPAVENTA et M. DOUGAN (éds.), *Social Welfare and EU Law*, Londres, Hart Publishing, 2005, p. 25 et 36-37 ; K. DYSON, « Economic and Monetary Union », in E. JONES, A. MENON et S. WEATHERILL (éds.), *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 454 ; A. HINAREJOS, *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 3-10 ; F. MARTUCCI, *L'Ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, op. cit., p. 200 ; P. DE GRAUWE, *Economics of monetary union*, 12^e éd., op. cit., p. 111-115.
 2. Voy. notamment J.E. STIGLITZ, *The Euro*, op. cit., p. 73.

1. Quand l'ensemble des leviers d'action macroéconomiques sont à la disposition de l'État

702. Un État qui dispose de l'outil monétaire peut en théorie entreprendre diverses actions pour réagir à un déséquilibre au sein de son économie nationale¹. La première action possible consiste à dévaluer sa monnaie nationale, c'est-à-dire à baisser volontairement le taux de change entre sa monnaie et des monnaies étrangères, afin d'augmenter ou de restaurer la compétitivité de l'économie nationale, en particulier les secteurs de l'économie tournés vers l'exportation. En dévaluant sa monnaie, un État permet en effet aux acteurs économiques étrangers d'acheter des biens ou des services produits sur son territoire à un coût moins élevé qu'auparavant, ce qui accroît la compétitivité de son économie nationale par comparaison aux autres économies².

Ressuscitons le franc belge le temps d'un exemple : si un *deutsche mark* (DM) pouvait être échangé auparavant contre vingt francs mais que, suite à une dévaluation du franc décidée par les autorités belges, un DM peut désormais être échangé contre quarante francs, alors les acteurs économiques qui détiennent des DM peuvent maintenant acheter, pour le même montant de DM, le double de produits belges. Grâce à la dévaluation du franc, les produits dont le prix est fixé dans cette monnaie sont donc deux fois moins chers à exporter qu'auparavant, ce qui favorise évidemment l'activité économique belge.

703. Un autre levier d'action propre à l'outil monétaire est celui des « taux d'intérêt directeurs³ ». Ces taux, qui sont fixés par la banque centrale, déterminent ultimement les taux d'intérêt des crédits octroyés par les banques privées aux entreprises et aux particuliers; autrement dit, ils déterminent *in fine* combien coûte un emprunt d'argent. En agissant sur ces taux d'intérêt directeurs, une banque centrale est donc en mesure d'influencer la demande de crédit et, de ce fait, les investissements des entreprises privées et la consommation des particuliers : moins les taux d'intérêt demandés par les banques privées sont élevés, plus les acteurs économiques et les particuliers sont susceptibles de demander un crédit, l'inverse étant vrai également⁴. En cas de situation économique difficile, une baisse des taux d'intérêt directeurs peut être décidée dans le but de faciliter indirectement les prêts d'argent des institutions de crédit envers les particuliers et les entreprises et de stimuler ainsi l'activité économique⁵.

-
1. La mise en œuvre de ces outils dépend dans les faits de la rencontre de certaines conditions, par exemple la capacité de maîtriser au moins partiellement la circulation des capitaux.
 2. P. DE GRAUWE, *Economics of monetary union*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 6.
 3. Pour simplifier l'exposé, on passe sur les liens étroits qui existent entre les deux leviers d'action monétaires que sont la dévaluation et les taux d'intérêt directeurs.
 4. J.E. STIGLITZ, *The Euro*, *op. cit.*, p. 67.
 5. P. DE GRAUWE, *Economics of monetary union*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 6.

704. Le deuxième levier d'action macroéconomique pouvant être actionné pour faire face à un choc économique est l'instrument budgétaire. Face à une baisse de l'activité économique au sein de son territoire, un État peut tenter de contrer cette baisse en soutenant, voire en augmentant la demande intérieure par une hausse des dépenses publiques. Il peut le faire de manière directe, par exemple en investissant dans de grands travaux publics. Il peut également le faire de manière indirecte en s'assurant, notamment par le moyen des prestations de sécurité sociale ou par des mécanismes fiscaux comme la progressivité de l'impôt, que malgré la crise économique, les individus continuent de disposer de ressources suffisantes pour maintenir leur niveau de consommation. Les économistes appellent ces moyens indirects de soutien de la demande intérieure par la protection du pouvoir d'achat, des « stabilisateurs automatiques¹ ».

705. Leur fonctionnement entraîne nécessairement une détérioration des finances publiques, puisque par hypothèse les dépenses sociales de l'État augmentent et les recettes de l'impôt diminuent. Cette détérioration est toutefois censée n'être que temporaire², à la façon d'un ressort qui s'allonge pour mieux revenir à son état initial une fois la force de tension disparue. Un des moyens de faire face à cette phase de détérioration des finances publiques est de solliciter un troisième levier d'action monétaire, qui s'ajoute aux deux premiers instruments énoncés plus haut : l'État peut éventuellement se tourner vers sa banque centrale pour obtenir, par un emprunt ou par l'émission de titres financiers (typiquement des obligations), l'argent nécessaire au financement du déficit public. Une synergie opère ainsi entre l'outil monétaire et l'outil budgétaire, le premier servant à faciliter l'usage du second.

706. Ces différents moyens d'action monétaires et budgétaires sur la situation macroéconomique d'un État peuvent bien entendu être combinés. Par exemple, une modification des taux d'intérêt directeurs peut s'ajouter au fonctionnement des stabilisateurs automatiques. Ou la modification des taux de change, qui est surtout favorable aux activités économiques tournées vers l'exportation, peut être combinée à une politique de dépense publique ciblée sur d'autres secteurs d'activités, etc.

2. Répartition et disponibilité des leviers d'action macroéconomiques au sein de la zone euro

707. La dissociation des leviers monétaire et budgétaire au sein de la zone euro a eu des effets importants, qui vont au-delà d'un simple réajustement administratif

-
1. Voy. notamment F. VANDENBROUCKE, « Politique sociale et union monétaire : puzzles, paradoxes et perspectives », *Revue belge de sécurité sociale*, 2016, n° 1, p. 16-17 ; E. MARELLI et M. SIGNORELLI, *Europe and the Euro*, New York, Palgrave Macmillan, 2017, p. 23.
 2. F. VANDENBROUCKE, « Politique sociale et union monétaire », *op. cit.*, p. 17.

des instances de direction macroéconomique. La palette d'actions permises en théorie par chacun des deux outils macroéconomiques s'est réduite du fait de cette dissociation. Tous les moyens d'actions qui étaient à disposition des États n'ont pas été soit transférés au niveau européen, soit conservés au niveau national : certains d'entre eux ont été affaiblis ou même supprimés par suite de l'instauration de la zone euro et en conséquence de sa structure propre.

(1) *L'instrument monétaire au sein de la zone euro*

708. Par définition, suite à l'instauration de la monnaie unique, l'outil de la dévaluation monétaire, c'est-à-dire la modification des taux de change, ne peut plus être utilisé par les États membres de la zone euro en cas de difficultés de leur économie nationale. C'était précisément un des objectifs principaux poursuivis avec l'adoption de la monnaie unique : la fin de la fluctuation des taux de change (qui avait déjà été fortement amoindrie sous les précédents systèmes monétaires européens) devait supprimer l'incertitude inhérente à la variable monétaire pesant sur les échanges économiques transfrontaliers et permettre ainsi d'approfondir l'intégration des économies nationales, en particulier celle des marchés de capitaux.

709. Par ailleurs, la politique monétaire est devenue une et unique pour l'ensemble des économies nationales, ce qui est à nouveau le propre d'une union monétaire. L'UEM présente cependant une particularité supplémentaire sur ce point. Celle-ci tient à la fois dans le mandat de la BCE et dans son statut juridique.

710. En ce qui concerne son mandat tout d'abord, en vertu de l'article 127 TFUE, l'objectif premier de la BCE — celui qui doit primer sur tous les autres, y compris même les objectifs généraux de l'UE énoncés à l'article 3 TUE parmi lesquels le plein emploi et le progrès social — doit être de garantir la stabilité des prix. Cet objectif est difficilement compatible avec une utilisation des taux d'intérêt directeurs visant à soutenir la croissance en cas de difficultés économiques : l'augmentation des crédits disponibles risque en effet de favoriser l'inflation, et donc l'instabilité des prix. En conséquence, le mandat de la BCE interdit en principe que la politique monétaire européenne serve de variable d'ajustement aux déséquilibres de l'économie¹.

1. Sur ce thème, voy. notamment A. MARTIN, « The EMU macroeconomic policy regime and the European social model », in A. MARTIN et G. ROSS (éds.), *Euros and Europeans: Monetary Integration and the European Model of Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 20-50 ; F. MARTUCCI, *L'Ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 1033-1037 ; P. DE GRAUWE, *Economics of monetary union*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 169-174 et 197-199. Voy. également M. PANIC, « The Euro and the Welfare State », *op. cit.*, p. 37-39 ; K. ARMINGEON et L. BACCARO, « Political Economy of the Sovereign Debt Crisis: The Limits of Internal Devaluation », *Industrial Law Journal*, 2012, vol. 41, n° 3, p. 270.

711. Ensuite, s'agissant de son statut juridique, la BCE, comme beaucoup d'autres banques centrales dans le monde, est indépendante des autres autorités constituées. Elle doit donc définir sa politique monétaire sans prendre ni même pouvoir solliciter d'instructions auprès des autres institutions européennes ou des gouvernements nationaux (article 130 TFUE)¹. À la différence toutefois des autres banques centrales, son mandat est défini dans un traité, qui ne peut être modifié qu'à l'unanimité des États membres de l'UE, y compris ceux qui ne sont pas membres de la zone euro. Cette situation a pour conséquence de faire de la BCE la banque centrale la plus indépendante au monde : la définition de son mandat est, politiquement parlant, quasiment immuable². Il paraît donc exclu d'envisager de modifier le mandat de la BCE en cas de crise économique grave en vue de l'autoriser, voire de l'obliger à soutenir, par le moyen des taux d'intérêt directeurs, une politique de relance de l'activité économique.

712. Il faut toutefois relever que, en 2015, la BCE a adopté une politique dite de « *quantitative easing* » visant à soutenir les finances publiques en période de crise. Elle consiste dans le rachat massif des titres de la dette publique détenus par les acteurs financiers³. Ce faisant, la BCE contribue à maintenir les taux pratiqués par les marchés à des niveaux acceptables, voire avantageux pour les États tout en contournant l'interdiction qui lui est faite par l'article 123 TFUE d'acheter des titres directement émis par ces derniers. Ce programme avait pris fin en décembre 2018⁴, mais il a été réactivé, dans des proportions plus importantes qu'en 2015, suite à la crise économique provoquée par les mesures de lutte contre la pandémie de covid-19⁵. La légalité du programme de 2015 a fait l'objet d'une passe d'armes musclée entre la Cour constitutionnelle allemande et la Cour de justice. Alors que cette dernière, sur question préjudicielle de la Cour allemande, avait conclu à la

-
1. Sur les garanties juridiques de l'indépendance de la BCE, voy. notamment F. MARTUCCI, *L'Ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, op. cit., p. 614-623.
 2. M. PANIC, « The Euro and the Welfare State », op. cit., p. 39 ; P. DE GRAUWE, *Economics of monetary union*, 12^e éd., op. cit., p. 166.
 3. Voy. le communiqué de presse de la BCE du 22 janvier 2015, « La BCE annonce un programme étendu d'achats d'actifs », disponible sur : https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2015/html/pr150122_1.fr.html.
 4. Communiqué du 13 décembre 2018 par lequel la BCE confirme la fin du quantitative easing à la fin du mois de décembre 2018 « Monetary policy decisions » disponible sur : <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2018/html/ecb.mp181213.en.html>.
 5. Pour être tout à fait précis, le programme de 2015, appelé « PSPP » pour *Public Sector Purchase Program*, avait déjà été relancé en septembre 2019 en raison de la mauvaise santé économique de la zone euro. En mars 2020, c'est sous des modalités quelque peu différentes, justifiant de lui donner une autre appellation, le « PEPP » pour *Pandemic Emergency Purchase Programme*, que la BCE a lancé son nouveau programme d'achats. Le PEPP se distingue de son prédécesseur en ce qu'il n'est pas soumis à certains plafonds prévus pour ce dernier : la BCE a voulu se permettre une puissance de feu plus importante encore qu'en 2015. C'est dire l'ampleur du désastre. Merci à Guillaume Grégoire pour ses précieuses précisions à ce sujet.

conformité de la politique monétaire de la BCE au TFUE¹, la Cour de *Karlsruhe* ne s'est pas pliée à l'avis de la Cour de justice et a exigé, par un arrêt du 5 mai 2020, que la BCE fasse la preuve du caractère proportionné de sa politique². Cet affrontement au grand jour, qualifié de lutte pour « le pouvoir du dernier mot³ », est une première dans l'histoire des relations entre la Cour de justice et les cours constitutionnelles des États membres. Il sonne comme un sérieux avertissement adressé à la BCE par les juges allemands : ses écarts par rapport à l'esprit, sinon à la lettre des traités pourraient ne pas être toujours tolérés.

713. L'adoption de l'euro n'a pas eu pour seule conséquence l'indisponibilité, au niveau national mais aussi, dans une large mesure, au niveau européen, de l'outil monétaire comme moyen d'ajustement macroéconomique. Elle a également été un facteur, inévitable, de déstabilisation de l'équilibre économique de certains États membres. En effet, l'imposition d'une monnaie unique à des économies présentant des caractéristiques diverses est en soi une cause de perturbations économiques, pour la simple raison qu'une monnaie unique ne peut répondre aux besoins particuliers de chaque économie nationale ou régionale⁴. Comme le dit

-
1. CJUE, 11 décembre 2018, *Weiss e.a.*, C-493/17. À propos du contexte de cet arrêt, voy. notamment A. LANG, « Ultra vires review of the ECB's policy of quantitative easing: An analysis of the German Constitutional Court's preliminary reference order in the PSPP case », *Common Law Review*, 2018, vol. 55, p. 923-952 ; J. GERMAIN, « Karlsruhe met à nouveau Luxembourg sous pression : le "quantitative easing" devant la Cour constitutionnelle allemande », *Revue de l'Union européenne*, 2018, n° 620, p. 453-458.
 2. BVerfG, 5 mai 2020, *PSPP II*, 2 BvR 859/15 (disponible en allemand, en anglais et en français sur le site internet de la Cour constitutionnelle allemande : www.bundesverfassungsgericht.de). Pour un commentaire détaillé de cet arrêt, une présentation de ses enjeux et une exploration des référentiels, notamment économiques, qui informent le raisonnement des juges allemands, voir G. GRÉGOIRE, « L'économie de Karlsruhe. L'intégration européenne à l'épreuve du juge constitutionnel allemand », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2021, n° 5-6, p. 5-96.
 3. G. GRÉGOIRE, « La politique monétaire de la BCE au cœur de la guerre des juges et du conflit de souveraineté », tribune publiée le 7 mai 2020 sur le site du journal *Le Monde*. L'expression avait déjà été utilisée sur le même thème par A. SUPLOT, « La guerre du dernier mot », in *Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière. Droit social international et européen en mouvement*, Paris, L.G.D.J., 2019, p. 489-503.
 4. K. TUORI et K. TUORI, *The Eurozone Crisis*, op. cit., p. 52-53 ; J.E. STIGLITZ, *The Euro*, op. cit., p. 72. Une étude de 2019, menée par un *think tank* allemand proeuropéen, a estimé que l'adoption de la monnaie unique a profité principalement à l'Allemagne et aux Pays-Bas, à hauteur respectivement de 1 893 milliards et de 346 milliards d'euros sur la période 1999-2017, tandis que les principaux perdants seraient l'Italie et la France, à hauteur respectivement de 4 325 milliards et 3 591 milliards d'euros sur la même période. Pour la Belgique, le manque à gagner s'élèverait à 69 milliards. À. GASPAROTTI et M. KULLAS, *L'Euro à 20 ans : qui sont les perdants ? qui sont les gagnants ? Une étude empirique*, Les études du CEP, février 2019, disponible sur www.cep.eu. Sur cette question de savoir qui profite finalement de la monnaie commune, voy. aussi A. BARBIER-GAUCHARD, M. SIDIROPOULOS et A. VAROUDAKIS, *La Gouvernance économique de la zone euro : Réalités et perspectives*, préface de P. De Grauwe, Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, 2018.

une expression anglo-saxonne bien connue, *one size doesn't fit all*. Pour prendre un exemple, la centralisation de la politique monétaire au niveau européen signifie que les taux d'intérêt directeurs, qui déterminent ultimement, avec d'autres facteurs, le coût des crédits, sont identiques dans toutes les économies nationales. Selon certains auteurs, cette situation aurait été la cause d'une « surchauffe » de certaines d'entre elles, comme celles de l'Espagne, de l'Irlande, du Portugal, mais aussi de la Grèce, qui ne se situent pas dans la moyenne européenne : l'accès à des crédits bon marché a rendu l'argent trop facilement disponible au regard de leurs caractéristiques macroéconomiques. Combinée à d'autres facteurs, cette surchauffe s'est notamment traduite par l'apparition de bulles spéculatives, entre autres dans le secteur immobilier, et une perte de compétitivité des secteurs économiques tournés vers l'exportation¹.

(2) *Implications de l'appartenance à la zone euro pour la politique budgétaire des États membres*

714. L'instauration d'une monnaie unique au niveau européen n'a pas été une opération neutre sur le plan des moyens d'action macroéconomiques de type monétaire : le mandat de la BCE interdit à celle-ci de faire un usage de la politique monétaire susceptible de nuire à l'objectif de stabilité des prix. Mais les implications de l'UEM sont également très importantes pour les moyens d'action macroéconomiques de type budgétaire. D'une part, l'utilisation de l'outil budgétaire est désormais entravée au niveau national, en raison de contraintes qui ne sont toutefois pas toutes propres à la zone euro. D'autre part, et surtout, cet outil est absolument indisponible au niveau européen, ce qui détermine dans une large mesure l'orientation des politiques prises dans le cadre de la gouvernance économique et budgétaire pour assurer malgré tout la stabilité de la zone euro en cas de chocs asymétriques, comme nous le verrons ci-dessous².

715. Au plan national, l'utilisation de l'outil budgétaire par les États membres est restreinte en raison de plusieurs facteurs. Le premier est le droit européen lui-même, qui fixe des seuils maximums de déficit public (c'est-à-dire la différence entre les recettes et les dépenses de l'État hors dette publique) et d'endettement public (c'est-à-dire l'endettement de l'État par l'émission de titres sur les marchés financiers). Ces seuils, originellement fixés à 3 % du PIB pour ce qui concerne le déficit public, et à 60 % du PIB pour ce qui regarde l'endettement public, ont été renforcés après la crise de 2008 pour les États ayant adopté l'euro³. Des procédures

1. F.W. SCHARPF, « Monetary Union, Fiscal Crisis and the Preemption of Democracy », *MPIfG Discussion Paper 11/11*, 2011, p. 16-17 ; K. DYSON, « Economic and Monetary Union », *op. cit.*, p. 457.

2. Voy. *infra* n° 724 et s.

3. Voy. *infra* n° 741. À propos des contraintes juridiques que font peser ces règles de discipline

ont été fixées dans les traités européens pour en contrôler le respect, sur lesquelles nous reviendrons plus loin¹. La fixation de ces seuils a pour but d'éviter des divergences trop importantes entre les finances publiques des États membres de la zone euro. Ces divergences sont en effet considérées comme une menace pour la stabilité de l'Union monétaire, en même temps qu'elles menacent l'objectif de stabilité des prix dont on a vu plus haut qu'il est la mission première de la BCE².

716. Le second facteur contraignant la politique budgétaire des États membres est l'obligation de recourir aux marchés financiers pour financer le déficit public. En effet, à la différence d'autres banques centrales dans le monde ou à la différence de la quasi-totalité des banques centrales européennes dans un passé récent³, la BCE n'est en principe pas autorisée à financer le déficit public des États membres de l'UEM, ni directement par l'octroi de crédits, ni indirectement par l'achat de titres financiers étatiques (article 123 TFUE). On a toutefois vu les libertés qu'elle a prises à l'égard de ce principe en adoptant sa politique de quantitative easing⁴. Il lui est donc interdit de jouer le rôle de « prêteur de dernier ressort », selon une expression des économistes, autrement dit de prêteur sur lequel un État peut toujours compter lorsque ses conditions de financement sur les marchés sont trop désavantageuses, dont la simple existence le protège contre les crises les plus aigües sur les marchés financiers⁵. Combinée à d'autres dispositifs du droit européen qui empêchent le maintien de privilèges financiers pour l'État (l'article 124 TFUE interdit de donner à l'État un accès privilégié aux institutions financières, et l'article 125 TFUE édicte la règle du « non-renflouement » ou *no bail-out*), cette interdiction a pour résultat que les États membres n'ont d'autre possibilité que de lever les fonds dont ils ont besoin, en complément des recettes internes, par l'émission de titres sur les marchés financiers.

Cette dépendance aux marchés n'est ni accidentelle ni anodine. Elle a été voulue et pensée par les rédacteurs des traités comme un moyen de discipliner les

budgétaire sur l'utilisation de l'instrument budgétaire en cas de crise ou de conjoncture défavorable, voy. F. MARTUCCI, *L'Ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 1020-1031.

1. Voy *infra* n° 735 et s.
2. Voy. *supra* n° 710. Voy. notamment M. PANIC, « The Euro and the Welfare State », *op. cit.*, p. 39-42.
3. F. MARTUCCI, *L'Ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 739, et la note 3030. Pour une étude détaillée de l'évolution du rôle de la Banque centrale dans le financement de l'État en France, dont les enseignements dépassent ce pays, voy. B. LEMOINE, *L'Ordre de la dette*, *op. cit.*
4. Voy. *supra* n° 712.
5. Sur ce sujet, voy. notamment K. ARMINGEON et L. BACCARO, « Political Economy of the Sovereign Debt Crisis », *op. cit.*, p. 261-262 ; P. DE GRAUWE, « Design Failures in the Eurozone », *op. cit.*, p. 9-11 ; S. THEODOROPOULOU, *Managing public debt in Europe: an introductory guide*, Bruxelles, ETUI, 2018, p. 12.

dépenses publiques en complément des règles budgétaires, et elle conduit à placer les marchés financiers dans la position de juges ultimes de la soutenabilité des dépenses publiques d'un État¹.

717. Le projet d'obtenir la discipline budgétaire par les marchés a été présenté avec la plus grande clarté par le président de la *Bundesbank*, qui représente celle-ci au sein de la BCE. Lors d'une audition devant la Cour constitutionnelle allemande à propos d'actions litigieuses de la BCE sur les marchés financiers (sur lesquelles nous reviendrons plus loin²), il a expliqué qu'« [e]n union monétaire, les rachats [de titres étatiques sur les marchés financiers par la BCE] ne devraient pas être utilisés pour faire baisser les primes de risque des divers pays, sauf à menacer, entre autres choses, d'annuler le rôle disciplinaire des marchés de taux et d'écarter les pays de la voie de la responsabilité financière³ ».

718. Cette « disciplinarisation » des États, que la politique de *quantitative easing* de la BCE vise précisément à relâcher en temps de crise, opère de la manière suivante. Lorsque, par suite de décisions politiques ou d'évolutions économiques, les marchés financiers commencent à douter de la solvabilité d'un État, c'est-à-dire de sa capacité à rembourser sa dette à terme, les taux à payer par celui-ci pour emprunter se mettent mécaniquement à grimper en raison de l'augmentation de la « prime de risque » (le risque étant celui de ne pas être remboursé) exigée par les acteurs financiers (qui sont principalement des banques et des fonds de pension, mais qui peuvent aussi être des entreprises ou des particuliers)⁴. Plus les taux augmentent, plus l'État est pressé de prendre les mesures nécessaires pour « rétablir la confiance » des marchés et les faire retomber à un niveau supportable⁵. Sur le long terme, l'État est incité soit à maintenir ses besoins de financement extérieurs, donc les dépenses publiques, dans des limites étroites afin de réduire sa

-
1. Voy. notamment K. TUORI et K. TUORI, *The Eurozone Crisis*, *op. cit.*, p. 50-51. À propos de l'organisation par le droit de l'Union de « la discipline par le marché » en matière budgétaire, voy. notamment F. LORDON, *La malfaçon*, *op. cit.*, p. 31-33 ; F. MARTUCCI, *L'Ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 710-750 ; G. GRÉGOIRE, « Le marché, instance disciplinaire dans le cadre de l'union économique et monétaire : des théories économiques aux cadres juridiques », *Politeia*, 2019, n° 35, p. 53-119. Voy. également à ce sujet H. SCHEPEL, « The Bank, the Bond, and the Bail-out: On the Legal Construction of Market Discipline in the Eurozone », *Journal of Law and Society*, 2017, vol. 44, n° 1, p. 79-98.
 2. Voy. *infra* n° 772.
 3. Cité dans « Bundesbank in court clash with ECB over bond-buying plans », *Financial Times*, 11 juin 2013, repris in F. LORDON, *La Malfaçon*, *op. cit.*, p. 72. Nous mettons en italique.
 4. Voy. notamment S. THEODOROPOULOU, *Managing public debt in Europe: an introductory guide*, Bruxelles, ETUI, 2018, p. 12 et 17.
 5. Voy. notamment K. DYSON, « Economic and Monetary Union », in E. JONES, A. MENON et S. WEATHERILL (éds.), *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 461 ; K. TUORI et K. TUORI, *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 49 ; F. MARTUCCI, *L'Ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 741-743.

dépendance envers les marchés, soit à ne pas prendre de décisions susceptibles de réveiller les « craintes » de ces derniers.

719. La discipline budgétaire à suivre est donc en réalité celle validée en dernière instance par les marchés financiers. Ce sont eux qui fixent les véritables seuils maximums de déficit public et d'endettement public au-delà desquels les États ne peuvent aller sans s'exposer à de plus ou moins graves remous. Nous verrons en effet plus loin que la force contraignante des procédures de contrôle du respect des seuils relatifs au déficit public et à la dette publique est toute relative¹. Par contre, si la situation budgétaire d'un État récalcitrant finit par inquiéter les marchés et à faire grimper les taux d'emprunt, alors il est hautement probable que celui-ci n'aura bientôt plus d'autre choix que de rentrer dans le droit chemin budgétaire. Ainsi, pour le dire avec A. Supiot, « [l]es nombres réellement doués de force normative ne sont pas ceux inscrits dans les traités, mais ceux des taux d'intérêt sur les marchés obligataires² ». Cette réalité est bien comprise des observateurs de la politique européenne, qui relevaient par exemple lors des discussions houleuses entre la Commission et l'Italie à propos du budget italien de 2019, que la Commission espérait qu'une réaction négative des marchés financiers viendrait à bout des résistances transalpines face à ses demandes de rectification du déficit public projeté³.

720. En s'appuyant sur l'observation des réactions à la crise commencée en 2008, l'économiste P. de Grauwe a pointé un effet délétère important de cette obligation de recourir aux marchés financiers pour les États en cas de crise économique : elle contrecarre le fonctionnement des stabilisateurs automatiques mentionnés plus haut⁴. En cas de turbulences économiques, ces stabilisateurs entraînent par définition une détérioration temporaire des finances publiques, puisqu'ils consistent à soutenir la demande intérieure par une augmentation des dépenses sociales et une diminution des recettes fiscales en attendant que le gros de la crise soit passé. Cette détérioration des finances publiques peut cependant avoir pour effet de susciter des craintes des marchés financiers quant à la solvabilité de l'État, laquelle crainte se traduit par une augmentation des taux d'intérêt pour emprunter. Au moment donc où l'État a besoin d'un soutien financier renforcé pour traverser la crise, ses prêteurs se montrent plus exigeants, voire commencent même à fuir les titres de l'État en question. Faisant face à une restriction de ses capacités de finan-

1. Voy. *infra* n° 784.

2. A. SUPIOT, *La Gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, p. 236.

3. Voy. par exemple « Budget italien : Bruxelles déterminée à tenir une ligne dure », *Le Monde*, 17 octobre 2018.

4. P. DE GRAUWE, « Macroeconomic Policies in the Eurozone since the Sovereign Debt Crisis », *KU Leuven Euroforum*, 2014, p. 12-13, disponible sur <https://www.kuleuven.be/metaforum>. Voy. aussi P. DE GRAUWE, *Economics of monetary union*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 116-120. On trouve également cette analyse dans K. TUORI et K. TUORI, *The Eurozone Crisis*, *op. cit.*, p. 234-235.

gement extérieur, ce dernier se voit contraint de réduire ses dépenses et d'augmenter ses recettes internes, autrement dit de mettre un terme au fonctionnement des stabilisateurs automatiques et de les remplacer par une politique d'austérité.

721. Les possibilités d'utilisation de l'outil budgétaire par les États membres de la zone euro sont donc restreintes non seulement par les seuils de déficit et de dette publics européens, mais également et même principalement par les marchés financiers. Bien entendu, la pression des marchés financiers sur les finances publiques n'est pas un phénomène spécifique à la zone euro ; avec la globalisation financière à l'œuvre depuis une quarantaine d'années, tous les États du monde y sont soumis. Leur emprise est cependant volontairement renforcée au sein de la zone euro par l'interdiction de principe pour la BCE de financer le déficit public des États.

722. Si les politiques budgétaires ne peuvent plus avoir la même importance qu'auparavant au niveau national, une autre particularité de la zone euro est de n'avoir prévu aucun outil capable d'en prendre la relève au niveau européen¹. Alors que l'instauration d'une union monétaire avait toujours été accompagnée de mécanismes budgétaires visant à organiser des transferts financiers entre les économies intégrées sous la même monnaie, la zone euro a donc « innové » en imposant une politique monétaire unique à l'ensemble des États membres sans prévoir aucun mécanisme de ce type²⁻³.

723. Grâce aux développements qui précèdent, nous disposons maintenant des éléments nécessaires pour exposer les conséquences de ce choix et ainsi mettre en lumière le cadre macroéconomique au sein duquel opère la gouvernance économique et budgétaire, et les orientations de politique économique qui en découlent.

-
1. F. VANDENBROUCKE, « Politique sociale et union monétaire », *op. cit.*, p. 16.
 2. Nous verrons plus loin que des mécanismes d'assistance financière ont été créés pendant la crise des dettes souveraines pour permettre d'écarter temporairement la contrainte que fait peser cette architecture macroéconomique sur les États en difficulté ; accordée sous forme de prêts – et pas de transferts – et sous une « stricte conditionnalité », cette assistance ne constitue pas un mécanisme de solidarité budgétaire. Voy. *infra* n° 770 et s.
 3. Sur les raisons, notamment d'ordre politique, qui ont conduit à l'adoption de cette architecture macroéconomique excluant l'organisation d'une solidarité budgétaire entre les États membres de l'union monétaire, voy. notamment K. DYSON et K. FEATHERSTONE, *The Road to Maastricht: Negotiating Economic and Monetary Union*, Oxford, Oxford University Press, 1999 ; A. MODY, *EuroTragedy: A Drama in Nine Acts*, New York, Oxford University Press, 2018. Pour un exposé des débats économiques ayant précédé la construction de la zone euro, dans lesquels la question de l'opportunité d'une solidarité budgétaire entre les États membres a été soulevée, voy. aussi K. TUORI et K. TUORI, *The Eurozone Crisis*, *op. cit.*, p. 41-57, spéc. p. 53-54.

§ 2. La gouvernance économique et budgétaire, entre convergence et flexibilisation

724. La tâche qui incombe aux autorités de toute union monétaire est d'en garantir la stabilité malgré les perturbations subies par les économies partageant la même monnaie. Au sein de la zone euro, cette tâche est exercée par les institutions européennes au moyen de la gouvernance économique et budgétaire. Cette dernière recouvre l'ensemble divers d'instruments juridiques (nous en exposerons le détail plus loin) dont disposent les institutions européennes pour surveiller et coordonner l'évolution des économies nationales¹.

725. Pour stabiliser la zone euro, étant donné la séparation des leviers monétaire et budgétaire exposée plus haut, cette gouvernance est réduite, selon les théories économiques des zones monétaires, à devoir choisir entre deux politiques : la convergence des économies nationales ou la « flexibilisation » des marchés, principalement le marché du travail. Ces deux politiques sont dans un rapport de *trade-off*, pour emprunter le vocabulaire des économistes, c'est-à-dire que le besoin de l'une est inversement proportionnel à la mise en œuvre de l'autre : plus les économies nationales sont convergentes, moins la flexibilisation des marchés est nécessaire; moins les économies nationales sont convergentes, plus les marchés doivent être flexibilisés².

La politique de convergence des économies nationales tend à rendre ces dernières plus « symétriques », c'est-à-dire à leur donner des structures économiques telles que les fluctuations de la productivité, des salaires et des prix au sein de chacune d'entre elles soient corrélées³. Ce faisant, les besoins des économies nationales deviennent suffisamment proches pour tarir les deux sources de difficultés mentionnées plus haut, à savoir l'imposition d'une politique monétaire unique à des économies différentes et la survenance de chocs économiques asymétriques. D'une part, l'utilisation d'une politique monétaire unique n'est plus un facteur de déséquilibre puisque, par hypothèse, elle produit les mêmes effets dans toutes les économies (et plus des effets différenciés selon les structures économiques nationales). D'autre part, en cas de chocs économiques extérieurs, la symétrie des réa-

1. Voy. *infra* n° 732 et s.

2. K. ARMINGEON et L. BACCARO, « Political Economy of the Sovereign Debt Crisis », *op. cit.*; F. VANDENBROUCKE, « Politique sociale et union monétaire », *op. cit.*, p. 25 ; P. DE GRAUWE, *Economics of monetary union*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 3-17.

3. F. VANDENBROUCKE, « Politique sociale et union monétaire », *op. cit.*, p. 25. À propos d'une politique de convergence en matière sociale, voy. aussi F. VANDENBROUCKE, *Structural Convergence vs. Systems Competition: Limits to the Diversity of Labour Market Policies in the EMU*, Fellowship Initiative « Challenges to Integrated Markets ». Discussion Paper 065, European Commission, DG for Economic and Financial Affairs, 2017, disponible sur https://ec.europa.eu/info/publications/economic-and-financial-affairs-publications_en.

lités économiques permet d'apporter une réponse commune et adéquate¹ : la politique monétaire centralisée peut être adaptée à la situation partagée par toutes les économies, sans plus risquer donc de porter atteinte à certaines économies en s'ajustant aux besoins d'autres, tandis que les instances nationales, faisant face au même type de problème, sont plus à même de coordonner leurs réactions budgétaires.

726. La politique de flexibilisation des marchés tend quant à elle à accentuer la mobilité des travailleurs, d'une part, et la variabilité des prix et des salaires selon les fluctuations de l'économie, d'autre part. L'idée qui guide cette politique est que la stabilité de l'union monétaire peut être atteinte grâce, ou au prix du libre jeu des mécanismes de marché. Le raisonnement, théorique, est le suivant². En cas de choc asymétrique, l'économie nationale ou régionale touchée, si elle est suffisamment flexible, verrait d'une part le « surplus » de travailleurs migrer vers d'autres régions en besoin d'investissement et de main-d'œuvre³. Elle gagnerait d'autre part en « compétitivité » vis-à-vis des autres économies grâce à une « dévaluation interne », c'est-à-dire une baisse des prix et des salaires, consécutive à la baisse de l'activité économique et éventuellement encouragée par les autorités nationales. Cette dévaluation interne servirait en réalité d'« équivalent fonctionnel » à une dévaluation monétaire⁴, dont on a vu plus haut qu'elle est un outil de restauration de la compétitivité d'une économie nationale. Plutôt que de compenser les effets du choc « par le haut » grâce à une adaptation de la politique monétaire ou l'activation de la politique budgétaire, le retour à l'équilibre serait donc atteint « par le bas » grâce à la capacité présumée des marchés nationaux à s'adapter spontanément à la nouvelle donne économique. Cette stratégie génère cependant un risque de course vers le moins-disant social (*race to the bottom*), les autres économies nationales étant susceptibles de réagir à la dévaluation interne de leur voisine en adoptant à leur tour une stratégie de dévaluation, obligeant cette dernière à accentuer encore la baisse des prix et des salaires sur son territoire, et ainsi de suite.

727. L'alternative entre convergence et flexibilisation est indépassable dans l'état actuel de la zone euro. Il en irait toutefois autrement si des instruments pérennes de nature budgétaire étaient rendus disponibles au niveau européen. En effet, dans cette hypothèse, un deuxième *trade-off*, à côté de celui entre convergence et flexibilisation, deviendrait possible : celui entre convergence et flexibilisation, d'une

1. J.E. STIGLITZ, *The Euro*, *op. cit.*, p. 68.

2. Voy. notamment E. MARELLI et M. SIGNORELLI, *Europe and the Euro*, *op. cit.*, p. 22 ; P. DE GRAUWE, *Economics of monetary union*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 3-5.

3. On voit comment cette théorie fait abstraction des déterminations concrètes des travailleurs européens, qui sont autant d'« obstacles » à l'idéal de mobilité paneuropéenne de la « main d'œuvre ». La première d'entre elles est certainement la langue.

4. K. ARMINGEON et L. BACCARO, « Political Economy of the Sovereign Debt Crisis », *op. cit.*, p. 256.

part, et transferts financiers entre États membres, d'autre part¹. En cas de choc économique asymétrique qu'une politique de convergence n'aurait pas permis d'éviter, l'État touché par la crise pourrait bénéficier de ressources provenant des États qui en sont épargnés. Le besoin de dévaluation interne, d'immigration et de sortie des capitaux, soit le besoin de « flexibilité », en serait amoindri d'autant.

728. Plusieurs propositions ont été émises dans le passé pour organiser des transferts financiers au niveau européen². Il a notamment été proposé d'instaurer un budget européen substantiel, qui donnerait à l'UE le pouvoir de lever l'impôt et de dépenser ces ressources selon les besoins des États membres et permettrait ainsi une forme d'assurance mutuelle entre ceux qui connaissent des difficultés économiques et ceux qui se portent mieux³.

Une initiative en ce sens a été adoptée pendant l'été 2020, encouragée par les circonstances exceptionnelles engendrées par la pandémie. Sous l'impulsion de la chancelière allemande Angela Merkel et du président français Emmanuel Macron, un plan de relance européen, intitulé *NextGenerationEU*, a été mis sur pied⁴. Il prévoit notamment que des subventions, et pas de simples prêts, financées au moyen d'emprunts contractés par la Commission peuvent être accordées aux États pour un montant total de 338 milliards d'euros⁵. Cette partie du plan de relance organise donc des transferts budgétaires entre États membres. Sous cet aspect, il est tout à fait novateur, « historique » ont même dit certains, probablement avec exagération. Cet outil n'est en effet que temporaire et d'une ampleur limitée au

-
1. F. VANDENBROUCKE, « Politique sociale et union monétaire », *op. cit.*, p. 26 ; P. DE GRAUWE et Y. JI, « Booms, Busts and the Governance of the Eurozone », in F. VANDENBROUCKE, C. BARNARD et G. DE BAERE (éds.), *A European Social Union after the Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 160-191.
 2. Voy. par exemple le « rapport des quatre présidents » par H. VAN ROMPUY, *Towards a Genuine Economic and Monetary Union. Report drafted in close collaboration with J.M. Barroso, J.-C. Juncker, and M. Draghi*, 5 décembre 2012, disponible sur <https://www.consiliium.europa.eu/media/23818/134069.pdf> et celui des « cinq présidents » par J.-C. JUNCKER, *Completing Europe's Economic and Monetary Union. Report drafted in close cooperation with Donald Tusk, Jeroen Dijsselbloem, Mario Draghi and Martin Schulz*, juin 2015, disponible sur https://ec.europa.eu/commission/publications/five-presidents-report-completing-europes-economic-and-monetary-union_en.
 3. P. DE GRAUWE, *Economics of monetary union*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 218-219.
 4. Pour une analyse de son contexte d'adoption, voy. notamment C. DE LA PORTE et M.D. JENSEN, « The next generation EU: An analysis of the dimensions of conflict behind the deal », *Social Policy & Administration*, 2021, vol. 55, n° 2, p. 388-402.
 5. Pour une présentation détaillée, voy. notamment N. DE SADELEER, « Le plan de relance *Next Generation EU* : Un changement de cap historique ou un rendez-vous manqué pour réformer le budget de l'UE ? », *Blogdroiteuropeen Working Paper 4/2020*, septembre 2020, accessible sur le site internet <https://wp.me/p6OBGR-3UQ>. Voy. également A. HINAREJOS, « Next generation EU: on the agreement on a COVID-19 recovery package », *European Law Review*, 2020, vol. 45, n° 4, p. 451-452. Pour une première évaluation sous l'angle économique, voy. aussi O. PICEK, « Spillover Effects From Next Generation EU », *Intereconomics*, 2020, vol. 55, n° 5, p. 325-331.

regard des besoins de financement auxquels font face les États membres pour répondre aux niveaux records de récession des économies européennes. Reste qu'il pose un jalon dans l'histoire des discussions sur l'instauration d'un véritable budget européen.

729. Une autre proposition, énoncée de longue date, pour dépasser le *trade-off* entre convergence et flexibilisation est la mise en œuvre d'une assurance ou d'une réassurance chômage européenne¹. Les partisans de cette option avancent notamment l'argument économique de la fragilité² : une union monétaire sans union assurantielle, c'est-à-dire sans un de ces stabilisateurs budgétaires automatiques dont l'assurance chômage fait typiquement partie, est fragile. Il est nécessaire, pour la renforcer, de prévoir un mécanisme capable d'amortir les chocs économiques dans l'espace, par des transferts budgétaires entre États, et dans le temps, par l'émission d'une dette. Il est important, par ailleurs, que ce mécanisme budgétaire existe *ex ante*, avant l'apparition d'une crise : sa simple existence permettrait de modifier les attentes et donc les comportements des acteurs économiques. En les rassurant quant à la capacité des économies nationales à faire face à la crise, on éviterait en effet un « sauve qui peut » général susceptible d'aggraver encore les difficultés économiques.

Là aussi, la pandémie de covid-19 a été l'occasion de poser des premiers pas, timides, dans cette direction. Un instrument spécifiquement dédié au financement des dispositifs de chômage temporaire (aussi appelé chômage partiel) a été adopté

-
1. Pour des discussions « pré-covid » de cette proposition d'instituer une assurance chômage européenne, voy. notamment S. DULLIEN, *A euro-area wide unemployment insurance as an automatic stabilizer: Who benefits and who pays? Paper prepared for the European Commission (DG EMPL)*, 2013, disponible sur <https://ec.europa.eu/social>; les contributions de L. ANDOR, S. DULLIEN, X. JARA, H. SUTHERLAND et D. GROS rassemblées in L. ANDOR *et al.*, « Designing a European unemployment insurance scheme », *Intereconomics*, 2014, vol. 49, n° 4, p. 184-203; M. BEBLAVÝ, D. GROS et I. MASELLI, « Reinsurance of National Unemployment Benefit Schemes », *CEPS Working Document*, 2015, n° 401, disponible sur <https://www.ceps.eu/ceps-publications/reinsurance-national-unemployment-benefit-schemes/>; F. VANDENBROUCKE, « Risk Reduction, Risk Sharing and Moral Hazard: A Vaccination Metaphor », *Intereconomics*, 2017, vol. 52, n° 3, p. 154-159; F. VANDENBROUCKE, *Structural Convergence vs. Systems Competition: Limits to the Diversity of Labour Market Policies in the EMU*, *op. cit.*; L. ANDOR, « The Impact of Eurozone Governance on Welfare State Stability », in F. VANDENBROUCKE, C. BARNARD et G. DE BAERE (éds.), *A European Social Union after the Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 154-158; P. DE GRAUWE et Y. JI, « Booms, Busts and the Governance of the Eurozone », *op. cit.*, p. 176-178.
 2. Outre les références renseignées à la note précédente, voy. également F. VANDENBROUCKE *et al.*, « The European Commission's SURE initiative and euro area unemployment re-insurance », *VoxEU*, 6 avril 2020, disponible sur <https://voxeu.org>; S. FERNANDES et F. VANDENBROUCKE, *SURE, un catalyseur bienvenu pour une réassurance chômage européenne*, Europe sociale et solidaire. Policy Paper n° 251, Notre Europe – Institut Jacques Delors, avril 2020, p. 4; M. BEBLAVÝ et K. LENAERTS, *Stabiliser l'Union économique et monétaire européenne : que peut-on espérer d'un système commun d'assurance chômage ?*, Résumé analytique de l'étude menée par le CEPS pour la Commission européenne, 2017, p. 8.

en mai 2020. Baptisé « SURE », il s'inscrit dans le sillage de ces propositions. Il est toutefois loin de les réaliser, pour la raison notamment qu'il n'octroie pas des subventions mais des prêts — remboursables donc — et qu'il offre une capacité de financement limitée dans son ampleur et sa durée¹.

730. Le projet d'adoption d'outils budgétaires pérennes au niveau européen pour assurer la stabilité de la zone euro a donc certainement fait des progrès considérables au cours des derniers mois, à la faveur — si l'on ose utiliser ce terme — de la crise du coronavirus. Il continue toutefois de faire face à des obstacles importants. Ils sont juridiques, puisque les traités devraient être modifiés pour créer ces outils, ou du moins certains d'entre eux². Ils sont aussi et peut-être surtout politiques. C'est que l'organisation consciente et transparente de transferts financiers structurels entre États européens présupposerait un certain sentiment de solidarité entre États membres, du type de celui qui est nécessaire entre les citoyens d'un État (ou d'une entité fédérée) pour que les systèmes fiscaux et de sécurité sociale soient soutenable sur le plan politique : le sentiment que le destin (économique) de chacun est ou doit être ultimement une préoccupation de tous³. Or, qu'on s'en désole ou qu'on s'en fasse une raison, ce sentiment de solidarité nous paraît bien trop faible, sinon absent, entre les États et les peuples de la zone euro⁴. Et cela reste vrai, nous semble-t-il, même après les initiatives de l'été 2020, motivées par une situation en tout point exceptionnelle.

731. Ce rapide parcours de la construction de la zone euro au travers du prisme des théories économiques nous a permis de mettre en lumière le fait que l'utilisa-

-
1. Pour plus de détails sur les propositions de (ré)assurance chômage européenne et l'instrument SURE, on se permet de renvoyer à Q. DETIENNE, « Zone euro, assurance chômage européenne et instrument SURE. L'effectivité du droit de la sécurité sociale est aussi une question économique », *Revue de Droit Social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2021, n° 1-2, numéro spécial « L'effectivité du droit social » coordonné par F. KÉFER et P. FOUBERT, p. 279-308.
 2. Une version *a minima* de réassurance chômage européenne pourrait par exemple, selon certains auteurs, être adoptée à traités constants. Voy. R. REPASI, *Legal Options and Limits for the Establishment of a European Unemployment Benefit Scheme*, CEPS, étude menée pour la Commission européenne, 2017, disponible sur <https://op.europa.eu/en/publication-detail>.
 3. Sur les liens entre solidarité et communauté politique, voy. notamment J.-C. BARBIER, « Les frontières de la solidarité dans l'Union européenne », in B. MULLER, J.-C. BARBIER et M. BRESSON (éds.), *Les Solidarités à l'épreuve des crises*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 19-37.
 4. Dans le même sens, voy. K. TUORI et K. TUORI, *The Eurozone Crisis*, *op. cit.*, p. 215-216 ; P. DE GRAUWE, *Economics of monetary union*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 147-148. Voy. dans un autre sens la proposition d'adopter des réformes graduelles dans le but précisément de faire advenir des sentiments de solidarité et de confiance réciproque entre les citoyens des États membres : F. VANDENBROUCKE, « The Case for a European Social Union. From Muddling through to a Sense of Common Purpose », in B. MARIN (éd.), *The Future of Welfare in a Global Europe*, Farnham, Ashgate, 2015, p. 489-520. Voy. également J. HABERMAS, « Democracy in Europe: Why the Development of the EU into a Transnational Democracy Is Necessary and How It Is Possible », *European Law Journal*, 2015, vol. 21, n° 4, p. 546-557.

tion des procédures et instruments de la gouvernance économique et budgétaire suit très probablement l'une ou l'autre des deux politiques identifiées plus haut, à savoir un mouvement de convergence des économies nationales ou leur flexibilisation. Au moyen de l'étude des recommandations spécifiques adressées à la Belgique et des réformes entreprises en Grèce, nous chercherons à identifier si la mise en œuvre de ces politiques ou de l'une d'entre elles se vérifie et, le cas échéant, les résultats qu'elle tend à faire advenir dans le domaine particulier qui nous intéresse, celui des pensions. Pour ce faire, il nous faut au préalable compléter le décor : après les déterminants macroéconomiques de la gouvernance économique et budgétaire, il s'agit de présenter les instruments juridiques qui permettent sa mise en œuvre concrète.

Section 2 : Les instruments juridiques de la gouvernance économique et budgétaire

732. Les instruments à la disposition des institutions européennes pour coordonner, influencer, voire diriger les politiques économiques et budgétaires des États membres de la zone euro sont multiples et présentent des caractéristiques parfois très diverses. Ils peuvent être présentés en deux ensembles distincts selon qu'ils opèrent en temps normal, pour assurer une certaine coordination des politiques étatiques, ou en temps de crise, pour maintenir la stabilité de la zone euro.

Le premier ensemble forme la gouvernance économique et budgétaire proprement dite. Il regroupe différentes règles et procédures qui visent à assurer la stabilité des finances publiques des États membres et à promouvoir la convergence de leurs politiques économiques et sociales. Ces règles et procédures sont mises en œuvre lors du « semestre européen » (§ 1). Le deuxième ensemble est composé des dispositifs d'intervention financière directe ou indirecte en soutien d'un État membre dont les finances publiques sont en crise, en vue d'assurer la stabilité de la zone euro dans son ensemble. Ces dispositifs sont le Mécanisme européen de stabilité (MES) et certaines actions de la BCE sur les marchés financiers (§ 2). Nous présentons ces ensembles d'instruments tour à tour avant de discuter brièvement leur effectivité (§ 3).

§ 1. Le semestre européen ou la coordination des instruments de coordination

733. Le semestre européen est organisé par un règlement n° 1175/2011¹, qui a codifié des pratiques déjà mises en œuvre dès 2010 à l'initiative de la Commission².

-
1. Règlement (UE) n° 1175/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 1466/97 du Conseil relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques.
 2. F. MARTUCCI, *L'Ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, op. cit., p. 312-313.

Mécanisme de « coordination de la coordination¹ », il vise à renforcer la cohérence des différentes règles et procédures de surveillance et de coordination des politiques budgétaire, économique et sociale des États membres en définissant un cadre temporel commun pour leur mise en œuvre². Il recouvre trois instruments, qui diffèrent les uns des autres par leurs bases légales et par l'intensité de leurs mécanismes de surveillance respectifs. Nous présentons brièvement ci-dessous le contenu de chacun de ces instruments (1), avant d'expliquer le fonctionnement concret dudit semestre (2)³.

1. Les trois instruments coordonnés au sein du semestre européen

734. Le premier instrument dont la mise en œuvre est coordonnée au sein du semestre européen est le Pacte de stabilité et de croissance (PSC), qui encadre les politiques budgétaires des États membres ((1)). Le deuxième instrument est la procédure concernant les déséquilibres macroéconomiques (PDM), qui contrôle et supervise les réformes économiques dites structurelles des États membres ((2)). Ces deux premiers instruments sont applicables à l'ensemble des États membres de l'UE. Ils sont assortis de sanctions financières, qui ne peuvent toutefois être imposées qu'aux États membres de la zone euro. La « stratégie Europe 2020 » constitue le troisième instrument du semestre européen ((3)). Elle définit le contenu des « grandes orientations de politique économique » (GOPE) et des « lignes directrices pour l'emploi » (LDE) adoptées par le Conseil, qui forment ensemble les « lignes directrices intégrées » (LDI). Celles-ci doivent être prise en compte par les États membres dans la définition de leurs politiques nationales. Cet instrument n'est assorti d'aucune sanction financière, mais vise à la promotion des « meilleures pratiques » dans les domaines concernés.

(1) *La discipline budgétaire*

735. L'édition de critères de discipline budgétaire est concomitante à la création de l'UEM. Le traité de Maastricht, qui a posé en 1993 les fondations de l'UEM, prévoyait que seuls les États membres respectant certains critères, de natures budgétaire et monétaire, pourraient accéder à la « troisième phase » de l'UEM consis-

-
1. L'expression est empruntée à K.A. ARMSTRONG, « The Lisbon Agenda and Europe 2020: From the Governance of Coordination to the Coordination of Governance », in P. COPELAND et D. PAPADIMITRIOU (éds.), *The EU's Lisbon Strategy: Evaluating Success, Understanding Failure*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012, p. 224.
 2. J.-P. KEPENNE, « Economic Policy Coordination: Foundations, Structures, and Objectives », in F. AMTENBRINK, C. HERRMANN et R. REPASI (éds.), *The EU Law of Economic and Monetary Union*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 801.
 3. Pour une présentation détaillée, voy. également P. PECINOVSKY, *EU economic governance en het recht op collectief onderhandelen: een juridisch onderzoek naar de problematische verhouding van het Europese economische beleid en de sociale grondrechten*, Brugge, Die Keure, 2019, p. 73-155.

tant en l'adoption de la monnaie unique. Toujours à l'heure actuelle, les États membres de l'UE qui ne sont pas membres de la zone euro ne peuvent être admis au sein de celle-ci qu'à la condition de remplir ces critères (article 140 TFUE).

736. La discipline budgétaire au sein de l'UE est aujourd'hui organisée autour de l'article 126 TFUE, « norme matricielle » complétée par un ensemble d'instruments de droit dérivé ou de droit international¹. Cet article prévoit que « [l]es États membres évitent les déficits publics excessifs ». Il charge notamment la Commission d'examiner le respect par les États membres de deux valeurs de référence définies dans un protocole additionnel du TFUE : le déficit public ne doit pas dépasser 3 % du produit intérieur brut (PIB), tandis que la dette publique ne doit pas dépasser 60 % du PIB².

737. À la demande du gouvernement allemand, qui craignait que l'article 126 TFUE ne soit pas suffisant pour garantir la bonne discipline des finances des États membres, deux règlements ont été adoptés en juillet 1997 pour en renforcer la mise en œuvre³. Ensemble, ils forment ce que l'on a appelé le « Pacte de stabilité et de croissance » (PSC). Ils organisent la procédure pour déficits excessifs, qui se compose de trois phases : préventive, corrective et répressive. Cette procédure pour déficits excessifs a été remaniée en profondeur suite à la crise de 2008 par deux ensembles d'instruments de droit dérivé, appelés le *six pack*⁴ et le *two pack*⁵.

-
1. F. MARTUCCI, *L'Ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, op. cit., p. 231.
 2. Article 1^{er} du protocole (n° 12) du TFUE sur la procédure concernant les déficits excessifs.
 3. Règlement (CE) n° 1466/97 du Conseil du 7 juillet 1997 relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques et règlement (CE) n° 1467/97 du Conseil du 7 juillet 1997 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs.
 4. Le *six pack* comprend cinq règlements et une directive : règlement (UE) n° 1173/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la mise en œuvre efficace de la surveillance budgétaire dans la zone euro ; règlement (UE) n° 1174/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 établissant des mesures d'exécution en vue de remédier aux déséquilibres macroéconomiques excessifs dans la zone euro ; règlement (UE) n° 1175/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 1466/97 du Conseil relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques ; règlement (UE) n° 1176/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques ; règlement (UE) n° 1177/2011 du Conseil du 8 novembre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 1467/97 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs ; directive 2011/85/UE du Conseil du 8 novembre 2011 sur les exigences applicables aux cadres budgétaires des États membres.
 5. Le *two pack* comprend deux règlements : règlement (UE) n° 472/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au renforcement de la surveillance économique et budgétaire des États membres de la zone euro connaissant ou risquant de connaître de sérieuses difficultés du point de vue de leur stabilité financière ; règlement (UE) n° 473/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 établissant des dispositions communes pour le suivi et

738. On notera par ailleurs que les États membres de l'UEM (à l'exception du Royaume-Uni et de la République tchèque) ont signé, en mars 2012, un traité international intitulé « Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance » (TSCG), visant notamment à renforcer le contrôle de la discipline budgétaire *au niveau national*. Les dispositions du traité pertinentes en la matière sont regroupées dans son titre III, intitulé « Pacte budgétaire ». Elles prévoient entre autres l'obligation pour les États d'inscrire une règle d'équilibre budgétaire dans leur droit interne, plus précisément dans des « dispositions contraignantes et permanentes, de préférence constitutionnelles, ou dont le plein respect et la stricte observance tout au long des processus budgétaires nationaux sont garantis de quelque autre façon » (ce qu'on a appelé la fameuse « règle d'or »)¹. Dans la mesure où la mise en œuvre de ces dispositions repose sur des institutions propres à chaque État membre et agissant chacune de manière autonome au plan national, elle ne ressortit pas à la gouvernance européenne proprement dite, mise en œuvre par les institutions centralisées au niveau européen. Nous ne l'étudierons donc pas dans la suite de l'exposé².

739. La combinaison des différents instruments susmentionnés (article 126 TFUE et PSC tel que modifié par le *two pack* et le *six pack*) définit le cadre normatif visant au maintien de la discipline budgétaire au sein de l'UEM. Considéré par les spécialistes comme « particulièrement complexe à saisir³ », ce cadre s'applique différemment selon que les États sont membres ou non de la zone euro.

740. Pour les seconds, les objectifs à respecter en termes de déficit et de dette publics restent ceux définis à l'article 126 TFUE. Le non-respect de ces objectifs ne peut déboucher sur l'imposition d'aucune sanction (sinon celle d'une éventuelle augmentation des taux d'intérêt obligataires sur les marchés financiers) ; la phase répressive de la procédure pour déficits excessifs ne leur est pas applicable.

741. Par contre, les objectifs budgétaires ont été renforcés pour les États membres de la zone euro suite à la crise de 2008 : ils doivent désormais tendre vers un budget en équilibre (les dépenses sont couvertes par les recettes internes) ou en surplus

l'évaluation des projets de plans budgétaires et pour la correction des déficits excessifs dans les États membres de la zone euro.

1. Article 3 (2) du TSCG.
2. Au sujet du contenu du Pacte budgétaire, voy. notamment P. LEINO-SANDBERG et J. SALMINEN, « A Multi-Level Playing Field for Economic Policy-Making: Does EU Economic Governance Have Impact? », in T. BEUKERS, B. DE WITTE et C. KILPATRICK (éds.), *Constitutional Change through Euro-Crisis Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 83-90. Pour des études de l'incidence du Pacte budgétaire au sein de différents États membres, voy. notamment M. ADAMS, F. FABBRINI et P. LAROUCHE (éds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford – Portland Oregon, Hart Publishing, 2014. Pour une étude spécifique à la Belgique, voy. M. UHODA, « Le "Pacte budgétaire" européen : quelle influence sur les finances publiques belges ? », *Pyramides*, 2013, p. 87-122.
3. F. MARTUCCI, *L'Ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, op. cit., p. 233.

(les dépenses sont moins élevées que les recettes internes), et plus seulement vers un déficit limité à 3 % du PIB. Ils doivent également réduire leur dette publique à un rythme qui ne doit plus simplement être « satisfaisant » (selon les termes de l'article 126, § 2, b) TFUE) mais qui doit correspondre à une réduction d'1/20^e par an de l'écart existant entre le niveau de la dette et l'objectif des 60 % du PIB¹.

742. Par ailleurs, des sanctions financières peuvent leur être infligées par le Conseil, dans des cas de figure plus nombreux qu'avant la crise. Si un État membre ne se conforme pas à la « recommandation spécifique par pays » émise dans le cadre du semestre européen en vue de l'amener à respecter ses obligations budgétaires, le Conseil peut lui imposer un dépôt portant intérêt d'une somme équivalente à 0,2 % de son PIB. Dans l'hypothèse où le Conseil a pris une décision constatant l'existence d'un déficit excessif au sein d'un État membre, il peut décider de lui imposer un dépôt ne portant pas intérêt d'une même somme. S'il constate ensuite que l'État membre concerné n'a pris aucune action suivie d'effets pour corriger son déficit excessif, il peut lui infliger une amende toujours du même montant de 0,2 % du PIB².

743. Les règles qui gouvernent l'adoption de ces sanctions ont été revues suite à la crise de 2008. Le but de cette réforme était de soustraire leur mise en œuvre aux discussions politiques et d'en accroître ainsi l'automaticité³. Sous l'ancien régime, c'est-à-dire avant l'adoption du *two pack* et du *six pack*, la décision d'imposer une sanction financière était adoptée à la majorité qualifiée par le Conseil sur recommandation de la Commission. L'expérience a montré que des négociations politiques au sein du Conseil pouvaient en court-circuiter l'adoption dans des situations où les obligations relatives à la discipline budgétaire n'étaient pas respectées dans les faits. Cette situation a paru dommageable à l'efficacité de la discipline budgétaire.

Désormais, les sanctions sont adoptées selon la règle du vote à la majorité qualifiée inversée. En vertu de cette dernière, la décision d'imposer une sanction est réputée adoptée par le Conseil à moins qu'une majorité qualifiée au sein de celui-ci décide de rejeter la recommandation de la Commission dans un délai de

-
1. Article 2 du règlement (CE) n° 1467/97 du Conseil du 7 juillet 1997 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, tel que modifié par le règlement (UE) n° 1177/2011, précité. Pour plus de détails, voy. notamment A. DE STREEL, « EU Fiscal Governance and the Effectiveness of its Reform », in M. ADAMS, F. FABBRINI et P. LAROUCHE (éds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford – Portland Oregon, Hart Publishing, 2012, p. 88-89.
 2. Articles 4 à 6 du règlement n° 1173/2011, précité. Pour le détail, voy. notamment *ibid.*, p. 92-94.
 3. T. BEUKERS, « The Eurozone crisis and the autonomy of Member States in economic union: changes et challenges », in P. KOUTRAKOS et J. SNELL (éds.), *Research Handbook on the Law of the EU's Internal Market*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, p. 265.

dix jours après son adoption par la Commission¹. Cette nouvelle règle de vote tend donc à établir un lien de causalité plus strict entre l'évaluation, supposée de nature « technique », de la Commission concluant au non-respect des obligations budgétaires par un État membre et l'adoption par le Conseil de la décision, de nature politique, d'imposer les sanctions attachées, en droit, à cette situation. Nous verrons plus loin, à l'occasion de la discussion de l'effectivité des instruments de la gouvernance, que cette réforme n'a pas vraiment rencontré les effets escomptés ; aucune sanction financière n'a jamais été imposée, ni avant ni après l'introduction de la nouvelle règle de vote².

(2) *La procédure concernant les déséquilibres macroéconomiques*

744. Parmi les réformes adoptées suite à la crise de 2008, une nouvelle procédure a été instaurée pour la surveillance des politiques économiques des États membres, dont elle a élargi grandement le périmètre d'action³. Il s'agit de la procédure concernant les déséquilibres macroéconomiques⁴. Son régime est défini par deux des règlements qui composent le *six pack*⁵. Comme la procédure pour déficits excessifs, elle s'organise en trois phases : préventive, corrective et répressive, la dernière ne s'appliquant qu'aux États membres de la zone euro. Elle vise à prévenir l'apparition et à inciter à la correction rapide des déséquilibres macroéconomiques au sein des États membres.

Pour discerner les tendances déséquilibrantes des économies nationales, la Commission se fonde sur un « tableau de bord » constitué de nombreux indicateurs. Ces derniers couvrent la quasi-totalité des paramètres de l'économie, y compris les politiques sociales des États membres⁶. Lorsqu'elle identifie un risque de déséquilibre (par exemple une bulle immobilière, un déficit de la balance courante, c'est-à-dire le rapport entre les flux monétaires entrant et sortant dans un pays sur une période donnée, ou encore une évolution importante du taux de chômage), la Commission procède à un « bilan approfondi » de la situation économique de

1. Articles 4 à 6 du règlement n° 1173/2011, précité.

2. Voy. *infra* n° 784.

3. A. HINAREJOS, *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, *op. cit.*, p. 60-61.

4. Pour une présentation détaillée, voy. L. FLYNN, « Non-Fiscal Surveillance of the Member States », in F. AMTENBRINK, C. HERRMANN et R. REPASI (éds.), *The EU Law of Economic and Monetary Union*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 858-871.

5. Règlement (UE) n° 1174/2011 et règlement (UE) n° 1176/2011, précités.

6. Le tableau de bord regroupe quatorze indicateurs principaux et vingt-cinq indicateurs auxiliaires. Certains concernent directement des éléments relevant de la politique sociale, par exemple le coût du travail ou encore le taux de chômage (notamment le chômage de longue durée et le chômage des jeunes). Voy. le site de la Commission européenne (https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/macro-economic-imbalance-procedure/scoreboard_en).

l'État membre concerné et formule le cas échéant des « mesures préventives », que le Conseil formalise dans une recommandation adoptée dans le cadre du semestre européen¹. Si le risque se confirme malgré ces mesures préventives, le Conseil peut constater l'existence d'un déséquilibre excessif et recommander l'adoption de mesures correctives. Cette recommandation peut être rendue publique². L'État membre concerné est alors tenu d'adopter un « plan de mesures correctives », dont la mise en œuvre fera l'objet d'une surveillance au niveau européen. S'il juge ce plan insuffisant, le Conseil peut, sur recommandation de la Commission, demander à l'État concerné d'en adopter un nouveau³.

745. Si l'État en cause est membre de la zone euro, le Conseil dispose ici aussi du pouvoir de lui imposer des sanctions financières. Elles sont similaires à celles prévues dans le cadre de la procédure pour déficits excessifs (dépôt portant intérêt de 0,1 % du PIB national et amende du même montant) et sont également adoptées selon la règle de la majorité qualifiée inversée⁴. De même qu'en matière budgétaire, aucune de ces sanctions n'a jamais été adoptée⁵. Plusieurs auteurs estiment que ce pouvoir de sanction n'est pas conforme aux traités. L'Union ne dispose que d'une compétence de coordination des politiques économiques des États membres, laquelle ne suffirait pas à fonder des dispositifs répressifs⁶.

(3) *Les grandes orientations des politiques économiques, les lignes directrices pour l'emploi et la stratégie Europe 2020*

746. En vertu des articles 121 et 148 TFUE, qui organisent la coordination des politiques économiques et de l'emploi, le Conseil adopte des « grandes orientations des politiques économiques » (GOPE) et des « lignes directrices pour l'emploi » (LDE). Les premières sont préparées par la DG Ecofin et les secondes par la DG Emploi, affaires sociales et inclusion⁷. L'article 148, § 2 TFUE subordonne les LDE aux GOPE, puisqu'il prévoit qu'elles doivent être « compatibles » avec ces dernières. Ensemble, les GOPE et les LDE forment les « lignes directrices intégrées » (LDI).

-
1. Article 6 du règlement (UE) n° 1176/2011, précité.
 2. Article 7 du règlement (UE) n° 1176/2011, précité.
 3. Articles 8 à 10 règlement (UE) n° 1176/2011, précité.
 4. Article 3 du règlement (UE) n° 1174/2011, précité.
 5. Nous reviendrons *infra* n° 784 sur la question de l'effectivité de la procédure concernant les déséquilibres macroéconomiques.
 6. Voy. notamment K. TUORI et K. TUORI, *The Eurozone Crisis*, *op. cit.*, p. 168-171 ; F. MARTUCCI, *L'Ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 307-308 et les références citées en note 1130 ; P. LEINO-SANDBERG et J. SALMINEN, « A Multi-Level Playing Field for Economic Policy-Making », *op. cit.*, p. 76-79.
 7. F. MARTUCCI, *L'Ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 528-529.

747. Le contenu de ces LDI a été défini ces dernières années au regard des objectifs fixés dans la « stratégie Europe 2020 » (qui a succédé à la stratégie de Lisbonne), le programme que se sont donné les institutions européennes « en faveur de la croissance et de l'emploi » pour la décennie en cours. Parmi ces objectifs figurent celui de « parvenir à un taux d'emploi de 75 % de la population âgée de 20 à 64 ans » et celui de « réduire d'au moins 20 millions le nombre de personnes touchées ou menacées par la pauvreté et l'exclusion sociale¹ ».

748. Bien que leur intitulé ne le laisse pas deviner, les lignes directrices pour l'emploi abordent également la thématique des pensions de retraite. Par exemple, en 2018, sous la ligne directrice n° 8, il était notamment indiqué que « [c]ompte tenu de l'allongement de l'espérance de vie et de l'évolution démographique, les États membres devraient garantir l'adéquation et la pérennité des régimes de retraite pour les travailleurs salariés et non-salariés, en assurant l'égalité des chances pour les femmes et les hommes en matière d'acquisition des droits à pension, y compris au moyen de régimes complémentaires pour assurer un revenu adéquat. Les réformes des régimes de retraite devraient être soutenues par des mesures qui prolongent la vie active, notamment le relèvement de l'âge effectif de départ à la retraite, et devraient s'inscrire dans le cadre de stratégies en matière de vieillissement actif² ».

749. Les États membres doivent intégrer les LDI dans la définition de leurs politiques nationales et rendre compte de leur mise en œuvre dans des rapports annuels. Si après examen de ces rapports, le Conseil estime que la politique d'un État membre n'est pas conforme aux LDI, il peut lui adresser une recommandation. Lorsque l'État persiste dans son comportement, le Conseil peut décider de rendre public le contenu de cette dernière³.

750. Aucune sanction financière ne peut être imposée dans le cadre de ces procédures. Leur effectivité repose sur la pression politique exercée par les autres États membres au sein du Conseil; elles appartiennent aux mécanismes dits de « *soft law* ». Elles participent ainsi de la même catégorie d'instruments que la « méthode ouverte de coordination », utilisée au niveau européen pour échanger sur les meilleures pratiques à suivre dans des domaines pour lesquels l'Union ne dispose pas

-
1. Voy. le site de la Commission européenne, https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester/framework/europe-2020-strategy_fr (consulté pour la dernière fois le 13 janvier 2019).
 2. Décision (UE) 2018/1215 du Conseil du 16 juillet 2018 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres.
 3. La publication n'est pas expressément autorisée par l'article 148 TFUE pour les recommandations relatives aux lignes directrices pour l'emploi.

de compétence législative¹. F. Martucci avance toutefois que ces procédures peuvent également s'appuyer sur un autre moyen de pression pour faire avancer leurs objectifs, celui qu'exercent les marchés financiers ; la publication du contenu de la recommandation adoptée par le Conseil peut susciter leur méfiance, ce qui peut coûter cher à l'État concerné².

2. Le fonctionnement concret du semestre européen

751. Le semestre européen a été mis en place par le *six pack* pour coordonner la mise en œuvre des trois instruments que l'on vient de présenter brièvement. Il organise un calendrier précis pour l'adoption et l'évaluation des différents actes et documents associés à ceux-ci. Plus précisément, seules les phases préventives de la procédure pour déficits excessifs et de la procédure concernant les déséquilibres macroéconomiques font à proprement parler partie du semestre³ ; les phases correctives et répressives suivent, le cas échéant et par la force des choses, un autre rythme, particulier à chaque cas d'espèce.

752. De l'avis de plusieurs auteurs, la Commission occupe un rôle de premier plan dans le semestre européen, quoique celui-ci ne transparaisse pas dans les pouvoirs juridiques qui lui sont accordés ; formellement, c'est en effet le Conseil qui adopte les actes dotés d'effets juridiques qui ponctuent la procédure⁴.

-
1. Sur les liens entre la MOC et le semestre européen, qui en reproduit la logique mais qui ne s'y identifie pas à proprement parler, voy. notamment S. DE LA ROSA, « L'élaboration des positions nationales dans le cadre du semestre européen », *Revue française d'administration publique*, 2016, vol. 158, n° 2, p. 531-543, spéc. p. 535. À propos de la MOC en matière sociale, voy. notamment, parmi la nombreuse littérature publiée à ce sujet, O. DE SCHUTTER et S. DEAKIN (éds.), *Social Rights and Market Forces: Is the Open Coordination of Employment and Social Policies the Future of Social Europe?*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; M. DAWSON, *New Governance and the Transformation of European Law: Coordinating EU Social Law and Policy.*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
 2. F. MARTUCCI, *L'Ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 307.
 3. Article 2bis du règlement (CE) n° 1466/97 du Conseil, tel que révisé par le Règlement (CE) n° 1055/2005 du Conseil du 27 juin 2005 et par le Règlement (UE) n° 1175/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011. Voy. notamment à ce sujet S. ALADID, « La nouvelle gouvernance économique de l'UE : mesurer et rapprocher les politiques nationales », in S. DORMONT et T. PERROUD (éds.), *Droit et marché*, Paris, L.G.D.J., 2015, p. 145-177 ; N. DE SADELEER, « L'architecture de l'Union économique et monétaire : le génie du baroque », in S. DE LA ROSA, F. MARTUCCI et E. DUBOUT (éds.), *L'Union européenne et le fédéralisme économique : discours et réalités*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 143-193.
 4. Voy. notamment N. DE SADELEER, « L'architecture de l'Union économique et monétaire : le génie du baroque », *op. cit.*, p. 180-181 ; F. MARTUCCI, *L'Ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 526 et s. ; P. LEINO-SANDBERG et J. SALMINEN, « A Multi-Level Playing Field for Economic Policy-Making », *op. cit.*, p. 79 ; A. MARICUT et U. PUETTER, « Deciding on the European Semester: the European Council, the Council and the enduring asymmetry between economic and social policy issues », *Journal of European Public Policy*, 2018, vol. 25, n° 2, p. 204-206.

Après avoir présenté le calendrier du semestre européen ((1)), nous discutons brièvement quelques évolutions récentes qui auraient pour effet de le rendre plus « social » ; parmi celles-ci figure l'adoption du « socle européen des droits sociaux » ((2)).

(1) *Le calendrier du semestre européen*¹

753. Dans le courant des mois de novembre et de décembre, la Commission publie un document intitulé « examen annuel de la croissance », dans lequel elle présente ce que sont à ses yeux les priorités d'action de l'UE pour l'année à venir. Elle tient compte dans cet examen des obligations budgétaires, d'une part, ainsi que des grandes orientations des politiques économiques (GOPE) et des lignes directrices pour l'emploi (LDE, dont le suivi fait l'objet d'un « rapport conjoint sur l'emploi »), d'autre part, dont elle propose en quelque sorte une déclinaison annuelle. Dans un « projet de recommandation concernant la politique économique de la zone euro », elle formule des objectifs supplémentaires et spécifiques à la zone euro. La Commission publie à la même période un « rapport sur le mécanisme d'alerte », qui fait le point sur la situation macroéconomique des économies nationales. Elle y mentionne le cas échéant les États membres qui devront faire l'objet d'un « bilan approfondi » pour vérifier l'existence d'un (risque de) déséquilibre macroéconomique.

754. En mars, après des conclusions intermédiaires adoptées par le Conseil sous différentes de ses formations (Conseil Ecofin, qui regroupe les ministres de l'économie et des finances, Conseil EPSCO, composé des ministres chargés notamment de l'emploi et des affaires sociales, etc.), le Conseil européen (qui regroupe les chefs d'État ou de gouvernement) adopte des orientations politiques sur la base de l'examen annuel de la croissance et des conclusions du Conseil. Par ailleurs, la Commission publie des rapports par pays pour chaque État membre participant au semestre européen. Ces rapports contiennent notamment une évaluation des progrès réalisés dans la mise en œuvre des recommandations spécifiques adressées les années précédentes ainsi que les bilans approfondis de la situation macroéconomique des États membres identifiés dans le rapport sur le mécanisme d'alerte.

755. En avril, les États membres soumettent chacun deux « programmes d'action » dans lesquels ils exposent leurs politiques budgétaires et économiques à venir et précisent notamment comment celles-ci tiennent compte des orientations politiques fixées par le Conseil européen. Les programmes d'action relatifs aux politiques budgétaires nationales sont appelés « programmes de stabilité » pour les États membres de la zone euro et « programmes de convergence » pour les États n'ayant pas (encore) adopté la monnaie unique. Ils doivent permettre à la Com-

1. Voy. notamment J.-P. KEPENNE, « Economic Policy Coordination: Foundations, Structures, and Objectives », *op. cit.*, p. 803-804.

mission d'évaluer le respect des obligations budgétaires européennes, conformément à la phase préventive de la procédure pour déficits excessifs fixée par le PSC. Les programmes d'action relatifs aux politiques économiques, parmi lesquelles figurent les politiques de l'emploi, sont appelés « programmes nationaux de réforme ». Ils exposent les réformes structurelles envisagées par les États, lesquelles doivent tendre vers les objectifs de croissance et d'emploi définis par la stratégie Europe 2020 et tels que précisés dans les orientations politiques émises par le Conseil européen en mars.

756. En mai, la Commission examine les programmes d'action et propose un projet de recommandations spécifiques par pays. Ces recommandations sont discutées au sein des différentes configurations du Conseil en juin, avant d'être adoptées par le Conseil Ecofin en juillet. Elles adressent à chaque État membre des actions particulières à entreprendre pour s'assurer du respect de ses obligations en matières budgétaire et économique.

757. Pendant le reste de l'année, les États membres mènent leurs politiques budgétaires et économiques en tenant compte de ces recommandations spécifiques. Les conséquences de leur non-respect dépendent de l'instrument de coordination sur la base duquel elles ont été adoptées en droit : discipline budgétaire, procédure concernant les déséquilibres macroéconomiques ou coordination des politiques économiques dans le cadre de la stratégie Europe 2020. Nous l'avons dit plus haut, chacun de ces instruments prévoit ses propres mécanismes de sanction ou de pression : alors que les deux premiers peuvent déboucher sur l'imposition de sanctions financières, l'effectivité du dernier ne repose que sur des procédés de pression politique ou, éventuellement, sur la pression exercée de manière indirecte par les marchés financiers¹.

758. Une dernière obligation pèse sur les États membres de la zone euro en vertu du règlement n° 473/2013, qui fait partie du *two pack*. Ceux-ci doivent soumettre leur projet de budget pour l'année suivante avant le 15 octobre. La Commission en évalue la conformité aux obligations budgétaires du PSC au plus tard pour le 30 novembre. Si elle estime toutefois que le projet soumis recèle un manquement grave à ces obligations, dans les deux semaines de la transmission du projet elle peut demander à l'État concerné de lui transmettre un projet révisé. Celui-ci doit être remis dans les trois semaines suivant cette demande². La demande de la Commission est rendue publique, ce qui constitue une nouvelle occasion de s'adjoindre les marchés financiers pour faire pression sur l'État concerné. La Commission a fait usage de cette faculté de demander un projet révisé pour la première fois en 2018, à l'encontre de l'Italie.

1. Voy. *infra* n° 785 et 786.

2. Article 7 du règlement n° 473/2013, précité.

(2) *La « socialisation » du semestre et la mise en œuvre du socle européen des droits sociaux*

759. Depuis 2015 et l'entrée en fonction de la Commission présidée par M. Jean-Claude Juncker, le semestre européen aurait eu tendance à se « socialiser », selon l'expression de certains auteurs¹. Cette socialisation consisterait, d'une part, en une attention accrue donnée aux thématiques sociales dans les recommandations spécifiques par pays. Un auteur a fait remarquer avec pertinence que cela n'est pas nécessairement indicateur d'un changement d'orientation politique des mesures préconisées². Elle se manifesterait, d'autre part, par une implication croissante d'acteurs plus attachés à la défense d'objectifs sociaux dans le déroulement du semestre, et notamment dans l'élaboration des recommandations spécifiques par pays. Ainsi, le comité de l'emploi³ et le comité de la protection sociale⁴ auraient trouvé une oreille plus attentive au sein de la direction générale des affaires économiques et financières de la Commission (DG ECFIN), qui donnait jusque-là l'impression de tenir seule la plume pour la rédaction des mesures recommandées aux États membres⁵.

-
1. J. ZEITLIN et B. VANHERCKE, « Socializing the European Semester: EU social and economic policy co-ordination in crisis and beyond », *Journal of European Public Policy*, 2018, vol. 25, n° 2, p. 149-174. A ce sujet, voy. aussi notamment S. BEKKER, « The European Semester Process: Adaptability and Latitude in Support of the European Social Model », in F. VANDENBROUCKE, C. BARNARD et G. DE BAERE (éds.), *A European Social Union after the Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 251-270.
 2. S. CLAUWAERT, *The country-specific recommendations (CSRs) in the social field: An overview and comparison. Update including the CSRs 2015-2016*, Background analysis 2015.03, European Trade Union Institute, 2015, p. 16.
 3. Créé par une décision du Conseil du 24 janvier 2000 instituant le comité de l'emploi (2000/98/CE), ce comité est « principalement chargé de conseiller les ministres de l'emploi et des affaires sociales, qui se réunissent au sein du Conseil "Emploi et affaires sociales" » (voy. le site de la Commission <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=fr&catId=115>, consulté pour la dernière fois le 30 janvier 2019).
 4. Le comité de la protection sociale est chargé de promouvoir la coopération en matière de protection sociale entre les États membres de l'UE et avec la Commission, notamment par la rédaction de rapports et d'avis, soit à la demande du Conseil ou de la Commission, soit de sa propre initiative. Voy. l'article 160 TFUE.
 5. Voy. S. CLAUWAERT, *The country-specific recommendations (CSRs) in the social field: An overview and comparison. Update including the CSRs 2015-2016*, *op. cit.*, p. 15, à qui nous empruntons l'image de la plume. Voy. aussi l'étude de S. SABATO, B. VANHERCKE et S. SPAVOSA, « Listened to, but not heard? Social partner's multilevel involvement in the European Semester », *OSE Paper Series, Research Paper n° 35*, 2017, à propos de l'implication accrue des partenaires sociaux dans le déroulement du Semestre depuis 2015.

760. Cette tendance à la socialisation aurait encore été renforcée suite à l'adoption du « socle européen des droits sociaux¹ ». Ce document contient un « ensemble de principes et de droits essentiels pour doter l'Europe du XXI^e siècle de marchés du travail et de systèmes de protection sociale qui soient équitables et qui fonctionnent bien² ». Document non contraignant, il a pris la forme d'une recommandation de la Commission en avril 2017³ suivie d'une « proclamation interinstitutionnelle » par la Commission, le Parlement européen et le Conseil européen adoptée en présence des partenaires sociaux européens au sommet de Göteborg en novembre de la même année⁴. On notera que la « proclamation interinstitutionnelle » est un instrument dont l'adoption n'est pas prévue par le TFUE ; son statut juridique est donc particulièrement flou⁵. Ce n'est toutefois pas la première fois qu'il en est fait usage. La Charte des droits fondamentaux de l'Union, par exemple, consistait également en une « proclamation interinstitutionnelle » avant d'acquiescer « la même valeur juridique que les traités » (article 6, § 1^{er} TUE) en 2009 avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne⁶.

761. Parmi la vingtaine de « principes et de droits » contenus dans ce socle, deux passages intéressent la matière des pensions. Au point 12, il est proclamé que « [I]es travailleurs salariés et, dans des conditions comparables, les travailleurs non salariés ont droit à une protection sociale adéquate, quels que soient le type et la durée de la relation de travail ». Au point 15, a) et b), il est ajouté que « [I]es travailleurs salariés et non salariés ont droit, lorsqu'ils prennent leur retraite, à une pension proportionnelle à leurs cotisations et leur assurant un revenu adéquat. Les femmes et les hommes doivent avoir les mêmes chances d'acquiescer des droits à pension ». Le même point énonce également que « Toute personne d'âge avancé a droit à des ressources lui permettant de vivre dans la dignité ».

-
1. Voy. S. SPASOVA, C. LOUVARIS FASOIS et B. VANHERCKE, « Pension Reforms After the Crisis: Bringing Adequacy Back in the Domestic and EU Policy Equation? », in N. DA COSTA CABRAL et N. CUNHA RODRIGUES (éds.), *The Future of Pension Plans in the EU Internal Market: Coping with Trade-Offs Between Social Rights and Capital Markets*, Cham, Springer, 2019, p. 283-310.
 2. § 14 du préambule du socle européen des droits sociaux.
 3. Commission recommendation of 26.04.2017 on the European Pillar of Social Rights C(2017) 2600 final.
 4. Socle européen des droits sociaux proclamé par le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne.
 5. Z. RASNAČA, *Bridging the gaps or falling short? The European Pillar of Social Rights and what it can bring to EU-level policymaking*, Working paper 2017.05, European Trade Union Institute, 2017, p. 15, disponible sur <https://www.etui.org>. Voy. aussi au sujet de la nature juridique du socle E. DE BECKER et P. SCHOUKENS, « De Europese Pijler van Sociale Rechten: naar een sterkere bescherming van de sociale rechten op het Unieniveau? », *Belgisch tijdschrift voor sociale zekerheid/Revue belge de sécurité sociale*, 2017, n° 2, p. 153-154.
 6. Z. RASNAČA, *Bridging the gaps or falling short? The European Pillar of Social Rights and what it can bring to EU-level policymaking*, op. cit., p. 15.

762. La Commission s'est « résolument engagée à intégrer les priorités du socle européen des droits sociaux dans toutes les politiques de l'UE¹ ». Pour ce faire, elle a prévu de s'appuyer sur divers moyens d'actions (le droit de l'UE, le dialogue social, et « le soutien financier, au moyen de toute une série de fonds de l'UE », notamment), parmi lesquels figure en bonne place le semestre européen². La Commission a ainsi annoncé qu'elle prendrait désormais « en compte les priorités du socle européen des droits sociaux dans l'analyse des mesures prises et des progrès accomplis au niveau national³ ». Elle prévoit par ailleurs que « chaque année, certains thèmes spécifiques relevant du socle seront retenus pour faire l'objet d'une évaluation détaillée⁴ ». Une initiative en matière de pension doit probablement être rattachée à cet engagement. Sous l'impulsion de la Commissaire chargée de l'Emploi, des Affaires sociales, des Compétences et de la Mobilité des travailleurs, Marianne Thyssen, un « groupe d'experts de haut niveau » a été mis en place en 2018 avec pour mission de faire des recommandations en matière de pensions complémentaires, en vue notamment d'assurer l'adéquation des revenus des personnes âgées. Le point 15 du socle, cité ci-dessus, est mis en exergue dans le rapport dudit groupe, qui a été publié en décembre 2019⁵.

763. La Commission a également conçu un outil spécifique pour la mise en œuvre du socle dans le cadre du semestre : le « tableau de bord social ». De manière analogue au tableau de bord utilisé pour la détection des risques de déséquilibres macroéconomiques excessifs⁶, il consiste en une douzaine d'indicateurs devant permettre de « diagnostiquer en temps utile les difficultés majeures en matière sociale et d'emploi que rencontrent les États membres, l'Union dans son ensemble et la zone euro, ainsi [que de] mettre en lumière les progrès accomplis au fil du temps⁷ ». Les informations fournies par le tableau de bord serviront notamment à l'élaboration des rapports par pays, qui contiennent entre autres une évaluation de la mise en œuvre des recommandations spécifiques de l'année précédente⁸.

-
1. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen : Suivi de la mise en œuvre du socle européen des droits sociaux, COM(2018) 130 final, p. 2.
 2. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : Mise en place d'un socle européen des droits sociaux COM(2017) 250 final, p. 9-10.
 3. Communication de la Commission : Suivi de la mise en œuvre du socle européen des droits sociaux, *op. cit.*, p. 3.
 4. *Ibid.*, p. 12.
 5. *Final Report of the High-Level Group of Experts on Pensions*, *op. cit.*, disponible sur <https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=38547>
 6. Voy. *supra* n° 744.
 7. Document de travail des services de la Commission du 26 avril 2017 : Tableau de bord social SWD(2017) final, p. 2.
 8. Communication de la Commission : Suivi de la mise en œuvre du socle européen des droits

764. Il est intéressant pour notre question de noter que le tableau de bord comprend un indicateur consacré aux pensions. Faisant partie du groupe d'indicateurs relatifs à l'« incidence des politiques publiques sur la réduction de la pauvreté », il vise à mesurer le « taux de remplacement agrégé en ce qui concerne les pensions ». Ce taux de remplacement est défini plus précisément comme le « rapport entre les pensions brutes médianes individuelles des personnes de 65 à 74 ans et les revenus bruts médians individuels des personnes de 50 à 59 ans » (un revenu médian étant le revenu qui sépare la population en deux parties égales, à savoir les 50 % d'individus ayant un revenu plus élevé et les 50 % d'individus ayant un revenu moins élevé)¹.

Cet indicateur spécifique à la matière des pensions poursuit donc une finalité particulière, et somme toute assez restreinte, celle d'évaluer la hauteur relative des revenus des pensionnés par comparaison aux revenus des personnes actives (ou du moins en âge de l'être). Il ne permet par contre pas de connaître la couverture du système de pension, c'est-à-dire le nombre de personnes recevant une pension, ni l'adéquation des revenus procurés par le système (combien de pensionnés, par exemple, sont-ils dans une situation de pauvreté?). Il ne dit rien non plus sur le fonctionnement dudit système, et notamment sur la relation entre les cotisations versées pendant la carrière de l'individu et le montant de la pension qu'il perçoit. La part de solidarité (re)distributive dans le système ne peut ainsi être mesurée par son moyen².

765. Quelle influence concrète le socle exerce-t-il sur le contenu et le fonctionnement du semestre? Beaucoup d'auteurs ont exprimé leur scepticisme quant à son utilité en général³. Dans une étude de 2018 relative au fonctionnement du semestre européen dans le domaine social, S. Clauwaert a noté qu'une partie des

sociaux, *op. cit.*, p. 12-13. À propos des rapports par pays, voy. *supra* n° 754.

1. Document de travail des services de la Commission : Tableau de bord social, *op. cit.*, p. 6.
2. Voy. à ce propos *The Social Scoreboard revisited*, Background analysis 2017.03, European Trade Union Institute, 2017, disponible sur www.etui.org. À propos de la notion de solidarité (re)distributive, voy. *supra* n° 90.
3. Voy. notamment K. LÖRCHER et I. SCHÖMANN, *The European Pillar of Social Rights: Critical Legal Analysis and Proposals*, Report 139, European Trade Union Institute, 2016, disponible sur www.etui.org ; S. DEAKIN, « What Follows Austerity? From Social Pillar to New Deal », in F. VANDENBROUCKE, C. BARNARD et G. DE BAERE (éds.), *A European Social Union after the Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 192-210. Voy. également E. DEBECKER et P. SCHOUKENS, « De Europese Pijler van Sociale Rechten: naar een sterkere bescherming van de sociale rechten op het Unieniveau? », *op. cit.* ; A. CRESPIY, *L'Europe sociale: Acteurs, politiques, débats*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2019, p. 217-220 ; C. JOERGES, V. BOGOESKI et L. NÜSE, « Economic constitutionalism and the "European social model": can European law cope with the deepening tensions between economic and social integration after the financial crisis », in H. C.H. HOFMANN, K. PANTAZATOU et ZACCARONI (éds.), *The Metamorphosis of the European Economic Constitution*, Cheltenham, UK ; Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2019, p. 139-143.

« difficultés majeures en matière sociale et d'emploi » repérées au moyen du tableau de bord avaient suscité l'adoption de recommandations spécifiques enjoignant les États membres concernés de prendre des mesures pour remédier à la situation¹. Son collègue à l'Institut syndical européen, B. Hacker, estimait quant à lui en 2019 que si le socle a effectivement permis une certaine « socialisation » du semestre européen, il n'est manifestement pas en mesure, étant donné sa forme juridique et la manière dont il est mis en œuvre, de troubler la hiérarchie établie, en faveur des premiers, entre les objectifs économiques et sociaux dans les recommandations spécifiques adressées aux États membres².

Lors d'un sommet organisé à Porto en mai 2021, un peu plus d'un an après le début de la pandémie de covid-19 donc, les États membres et les institutions européennes ainsi que des représentants des partenaires sociaux et de la société civile ont proclamé leur volonté de « continuer d'approfondir la mise en œuvre du socle européen des droits sociaux au niveau de l'UE et au niveau national³ ». De son côté, la nouvelle Commission entrée en fonction en décembre 2019 et dirigée par Mme Ursula von der Leyen a adopté un Plan d'action « visant à faire du socle européen des droits sociaux une réalité », au moyen notamment du semestre⁴. L'avenir dira si les sceptiques seront, cette fois, détrompés.

766. Le semestre européen, dont on vient de présenter les grandes lignes, vise à prévenir l'apparition de déséquilibres macroéconomiques au sein des économies nationales et par extension au sein de l'UEM. En parallèle à cette action préventive, des instruments curatifs ont été mis en place pour sauvegarder la stabilité de la zone euro en cas de crise déclarée au sein d'un de ses États membres. Leur intervention suspend la mise en œuvre du semestre pour l'État concerné⁵. C'est vers eux qu'il s'agit maintenant de se tourner pour compléter notre panorama des instruments juridiques de la gouvernance économique et budgétaire.

-
1. S. CLAUWAERT, *The country-specific recommendations (CSRs) in the social field: An overview and comparison. Update including the CSRs 2018-2019*, Background analysis 2018.01, European Trade Union Institute, 2018, p. 6.
 2. B. HACKER, *A European Social Semester? The European Pillar of Social Rights in practice*, European Trade Union Institute, 2019, disponible sur www.etui.org.
 3. *Déclaration de Porto* du 8 mai 2021, disponible notamment sur <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2021/05/08/the-porto-declaration/>.
 4. Voy. la présentation de ce Plan sur le site internet de la Commission européenne, https://_ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights_fr.
 5. Articles 10 à 13 du règlement (UE) n° 472/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au renforcement de la surveillance économique et budgétaire des États membres de la zone euro connaissant ou risquant de connaître de sérieuses difficultés du point de vue de leur stabilité financière, précité.

§ 2. Le mécanisme européen de stabilité et les actions de la BCE – L'assistance financière sous condition

767. La crise des dettes souveraines (c'est-à-dire les dettes émises par une entité souveraine, en l'occurrence les États) du début des années 2010 a projeté une lumière crue sur l'inadaptation des instruments de l'Union monétaire de l'époque pour faire face à la pression des marchés financiers. En parallèle aux réformes introduites notamment par le *two pack* et le *six pack*, dont on vient de parler, des initiatives ont été prises pour combler tant bien que mal ces lacunes : des mécanismes d'assistance financière ont été créés, de manière temporaire puis permanente ; la BCE a entrepris des actions sur les marchés financiers. On expose ci-dessous le caractère hétérodoxe de ces initiatives par rapport aux principes originels de l'architecture de la zone euro (1), et on présente brièvement leur régime juridique (2). La mise en œuvre de ces instruments et actions repose sur une stricte conditionnalité, qui exclut qu'ils puissent servir de mécanisme de solidarité entre les États membres et qui donne aux institutions européennes un pouvoir d'intervention sans précédent dans les politiques budgétaire, économique et sociale de ces États.

1. Des initiatives en porte-à-faux avec les principes originels de la zone euro

768. Au moment de la création de la zone euro, aucun dispositif n'a été prévu pour venir en aide à un État membre en cas de crise de ses finances publiques (sinon dans des cas marginaux tels qu'une catastrophe naturelle ; article 122 TFUE). Que du contraire : l'architecture de la zone euro avait été pensée de façon à écarter toute possibilité, pour un État, de trouver une source de financement de son déficit public autre que les marchés financiers. La voie d'un financement direct ou indirect par la BCE (ou les banques centrales nationales pour les États non-membres de la zone euro) avait été barrée (article 123 TFUE), comme nous l'avons expliqué plus haut¹. En outre, les États ne pouvaient se ménager aucun accès privilégié à une quelconque institution financière (actuel article 124 TFUE). Enfin, les traités interdisaient expressément aux institutions européennes et aux États membres de répondre des dettes d'un État en difficulté. Cette interdiction, aujourd'hui reprise à l'article 125 TFUE, est couramment appelée « clause de non-renflouement », ou clause de « *no bail-out* ».

769. Cette architecture devait permettre d'assurer que les États membres se tiendraient à la discipline budgétaire imposée pour appartenir à la zone euro. La crainte était en effet que l'adoption de la monnaie unique ne relâche la pression des marchés financiers sur les finances publiques des États. Ces derniers étant

1. Voy. *supra* n° 716.

désormais unis par l'euro, les taux d'intérêt exigés par les marchés sur les obligations ou autres titres financiers d'État risquaient de ne plus être fixés selon la situation particulière de l'État emprunteur, mais selon la situation de l'ensemble de la zone euro, qui ne formerait plus qu'une seule et même entité économique aux yeux des marchés. En d'autres termes, chaque État aurait désormais emprunté à des taux déterminés non plus seulement d'après sa situation propre, mais aussi selon la situation des autres. Cette solidarité de fait entre les taux d'intérêt des États portait en elle le risque, aux yeux de certains, de voir des États profiter de la dilution de leur responsabilité financière pour conduire des politiques publiques dépensières (risque que les économistes qualifient de « *moral hazard* », ou aléa moral).

Pour prévenir ce risque, il fallait donc éviter que les marchés financiers associent le destin financier des uns et des autres. Autrement dit, il fallait annoncer que malgré l'adoption de la monnaie unique, chaque État membre de la zone euro resterait le seul et unique responsable de ses finances publiques et qu'il était par conséquent exclu que les autres États membres ou la BCE interviennent pour supporter, directement ou indirectement, celui d'entre eux qui connaîtrait des difficultés financières. D'où l'adoption dans les traités des trois interdictions susmentionnées¹.

770. Ces dernières ont cependant été mises à rude épreuve pendant la dernière décennie. Face à la crise des dettes publiques touchant de plein fouet plusieurs États ayant adopté l'euro, au point de menacer l'existence de la monnaie unique, les États membres de la zone euro ont mis en place des mécanismes d'assistance financière destinés à rencontrer les besoins les plus urgents des États concernés. Deux mécanismes temporaires ont d'abord été créés en 2010 : le Fonds européen de stabilité financière (FESF) et le Mécanisme européen de stabilité financière (MESF). Ils ont été officiellement remplacés en 2012 par un mécanisme permanent, le Mécanisme européen de stabilité (MES).

771. Le traité instituant le MES a néanmoins cherché à maintenir le principe de la responsabilité exclusive de chaque État pour le sort de ses finances publiques². Il précise qu'une assistance financière ne peut être octroyée que « [s]i cela est indispensable pour préserver la stabilité financière de la zone euro dans son ensemble et de ses États membres³ ». Le MES ne peut donc être utilisé comme un

-
1. Voy. notamment K. TUORI et K. TUORI, *The Eurozone Crisis*, *op. cit.*, p. 32-33 ; A. HINAREJOS, *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, *op. cit.*, p. 52-55.
 2. P. LEINO-SANDBERG et J. SALMINEN, « A Multi-Level Playing Field for Economic Policy-Making », *op. cit.*, p. 70.
 3. Article 12, § 1^{er} du traité instituant le mécanisme européen de stabilité. Voy. également l'article 136, § 3 TFUE, qui énonce la même condition.

outil de solidarité entre États; seules des circonstances suffisamment graves pour menacer la stabilité de la monnaie unique peuvent justifier son intervention¹.

772. En parallèle à cette action des États, la BCE a entrepris dès 2010 de faire baisser la pression des marchés financiers à l'égard de certains États en crise en promettant d'acheter leurs titres sur les marchés secondaires (c'est-à-dire aux acteurs financiers détenteurs de ces obligations, et pas directement aux États eux-mêmes). À la différence de la politique de *quantitative easing* évoquée plus haut visant à faciliter le financement des États membres en général, cette initiative visait donc à soulager — sous conditions — des États bien déterminés, dont la situation serait jugée particulièrement délicate. Après diverses annonces de ce type, elle a formalisé cette position en 2012 dans un programme appelé « opérations monétaires sur titres » (« *outright monetary transactions* »), plus connu sous son acronyme OMT².

2. Le régime juridique du MES et des actions de la BCE

773. Ces deux grandes réponses institutionnelles à la crise de 2008 — les mécanismes d'assistance financière et les actions de la BCE — ont suscité de nombreuses controverses quant à leur conformité au droit de l'UE³. On mesure en effet la distance qui les sépare de l'esprit de l'architecture originelle de la zone euro, où

-
1. F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 224.
 2. A ce sujet, voy. notamment T. BEUKERS, « The New ECB and Its Relationship with the Eurozone Member States: Between Central Bank Independence and Central Bank Intervention », *Common Market Law Review*, 2013, vol. 50, n° 6, p. 1579-1620.
 3. À propos de la légalité du MES, voy. entre autres O. CLERC, « L'arrêt Pringle ou la validation juridictionnelle des approfondissements passés, présents, et à venir de la gouvernance économique de la zone euro », *Journal d'actualité des droits européens*, janvier 2013, disponible sur <https://revue-jade.eu/article/view/363>; P. CRAIG, « Pringle: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, vol. 20, n° 1, p. 3-11; A. VAN DEN BRINK et J.W. VAN ROSSEM, « De zaak Pringle en de eurocrisis: juridische paradoxen en constitutionele perspectieven », *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2013, n° 7, p. 255-264; G. BECK, « The Court of Justice, Legal Reasoning, and the Pringle Case-Law as the Continuation of Politics by Other Means », *European Law Review*, 2014, vol. 39, n° 2, p. 234-250; A. HINAREJOS, *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, *op. cit.*, p. 123-129. — À propos de la légalité du programme OMT, voy. parmi beaucoup d'autres T. PETCH, « The compatibility of Outright Monetary Transactions with EU Law », *Law and Financial Markets Review*, 2013, vol. 7, n° 1, p. 13-21; A. HINAREJOS, *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, *op. cit.*, p. 129-131; P. CRAIG et M. MARKAKIS, « Gauweiler and the legality of outright monetary transactions », *European Law Review*, 2016, vol. 41, n° 1, p. 4-24; F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 727-730; T. TRIDIMAS et N. XANTHOULIS, « A Legal Analysis of the Gauweiler Case: Between Monetary Policy and Constitutional Conflict », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 17-39, vol. 23, n° 1, p. 2016; G. GRÉGOIRE, « La Banque centrale européenne et la crise des dettes souveraines : politique monétaire, politique économique ou état d'exception? », *Revue internationale de droit économique*, 2017, n° 3, p. 33-54.

chaque État devait impérativement être présenté seul face aux marchés pour financer son déficit public. Par ailleurs, leur inventivité juridique est « remarquable » : le FESF et le MES, destinés aux États membres de l'Union monétaire et financés par eux, ont été institués au moyen de traités internationaux, *en dehors donc du cadre juridique de l'Union européenne*¹. La Cour de justice, dans des arrêts immédiatement passés à la postérité, a toutefois conclu à la compatibilité du MES² et du programme OMT³ avec les traités européens.

774. Ces deux modalités d'aide aux États en situation de crise ont en commun d'être accompagnées d'une « stricte *conditionnalité*⁴ ». Pour bénéficier de l'intervention du MES, un État doit au préalable signer un protocole d'accord, que l'on a pris l'habitude d'appeler « memorandum » (sous l'influence du terme anglais « *memorandum of understanding* »), dans lequel il s'engage à entreprendre une série de réformes structurelles. L'octroi de l'assistance financière est conditionné à leur mise en œuvre. De même, dans le cadre du programme OMT, la BCE conditionne ses opérations d'achat des obligations d'un État à la signature par celui-ci d'un memorandum avec les instances du MES⁵.

On notera qu'avant la mise en place du programme OMT, la BCE avait déjà conditionné ses interventions à la mise en œuvre de certaines réformes. Mais, à la différence du programme OMT, ces conditions étaient communiquées de manière « informelle » aux gouvernements concernés. Ainsi, en 2010, par l'envoi d'une lettre secrète, la BCE a fait savoir aux autorités irlandaises qu'elle interviendrait en soutien du secteur bancaire national à la condition qu'elles adoptent certaines réformes, décrites dans la lettre avec une grande précision⁶. En 2011, toujours dans le secret, elle a également envoyé une lettre aux autorités italiennes et aux autorités espagnoles indiquant les réformes, notamment dans le domaine des pensions, qui devaient être entreprises, selon elle, pour restaurer la confiance des marchés. Dans

-
1. Le MESF quant à lui a été établi par le règlement (UE) n° 407/2010 du Conseil du 11 mai 2010 établissant un mécanisme européen de stabilisation financière, adopté sur la base de l'article 122 TFUE.
 2. CJUE (assemblée plénière), 27 novembre 2012, *Pringle*, C-370/12. À propos de cet arrêt, voy. les références citées *supra*, p. 435, note 3.
 3. CJUE (grande chambre), 16 juin 2015, *Gauweiler*, C-62/14. À propos de cet arrêt, voy. les références citées *supra*, p. 435, note 3.
 4. Selon les termes de l'article 12 du traité instituant le mécanisme européen de stabilité et de l'article 136, § 3 TFUE. Nous mettons en italique.
 5. Voy. le communiqué de presse de la BCE, « Technical features of Outright Monetary Transactions », 6 septembre 2012 (disponible sur le site de la BCE (<https://www.ecb.europa.eu/press/>). Ce communiqué de presse est le seul document public reprenant les décisions arrêtées par le Conseil des gouverneurs de la BCE pour la définition du programme OMT. Voy. G. GRÉGOIRE, « Crise des dettes souveraines et risque de conflit juridictionnel : retour sur l'affaire Outright Monetary Transactions », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2018, n° 1, p. 150, note 5.
 6. Sous la pression, la BCE a finalement publié cette lettre en 2014.

ces derniers cas, son intervention sur les marchés secondaires n'était toutefois pas expressément conditionnée à leur mise en œuvre¹⁻².

775. Les mémorandums, dont le respect conditionne l'intervention du MES et du programme OMT, sont négociés par la Commission et la BCE ainsi que, « quand cela est possible », le Fonds monétaire international (FMI)³. Ces institutions sont également chargées de surveiller leur mise en œuvre⁴. Leur contenu doit être pleinement compatible avec les mesures de coordination des politiques économiques prévues par le TFUE⁵. Plusieurs types d'assistance financière peuvent être octroyés dans le cadre du MES. Lorsque cette assistance prend la forme d'un prêt, comme cela a été le cas pour la Grèce, le mémorandum consiste en un « programme d'ajustement macroéconomique⁶ », dont le champ d'action n'est pas autrement défini⁷ ; il couvre ainsi le spectre complet des relations économiques au sens large, y compris le droit du travail ou les régimes de sécurité sociale⁸.

776. La question de la nature juridique des mémorandums conclus dans le cadre du MES et de leurs rapports avec le droit de l'Union, et notamment la Charte des droits fondamentaux, a fait couler beaucoup d'encre⁹. La jurisprudence de la Cour

-
1. À propos de la lettre italienne et de ses conséquences sur la politique nationale en matière de pension, voy. notamment C. DE LA PORTE et D. NATALI, « Altered Europeanisation of Pension Reform in the Context of the Great Recession: Denmark and Italy Compared », *West European Politics*, 2014, vol. 37, n° 4, p. 745-746 ; S. SACCHI, « Conditionality by other means: EU involvement in Italy's structural reforms in the sovereign debt crisis », *Comparative European Politics*, 2015, vol. 13, n° 1, p. 82-85.
 2. La lettre italienne a rapidement fuité dans la presse, tandis que celle reçue par les autorités espagnoles a été publiée quelques années plus tard dans ses mémoires par le premier ministre à l'époque des faits, M. Zapatero. À propos de ces trois lettres, voy. notamment T. BEUKERS, « The Eurozone crisis and the autonomy of Member States in economic union: changes et challenges », *op. cit.*, p. 267.
 3. Article 13, § 3 du traité instituant le mécanisme européen de stabilité.
 4. Article 13, § 7 du traité instituant le mécanisme européen de stabilité.
 5. Article 13, § 3 du traité instituant le mécanisme européen de stabilité.
 6. Article 16, § 2 du traité instituant le mécanisme européen de stabilité.
 7. Voy. toutefois également l'article 7, 1., du règlement (UE) n° 472/2013, précité, qui énonce notamment que le programme d'ajustement macroéconomique « remédie aux risques spécifiques que cet État membre fait peser sur la stabilité financière de la zone euro et vise à rétablir rapidement une situation économique et financière saine et durable ainsi qu'à restaurer la capacité de l'État membre à se financer intégralement sur les marchés financiers ».
 8. T. BEUKERS, « The Eurozone crisis and the autonomy of Member States in economic union: changes et challenges », *op. cit.*, p. 272.
 9. Voy. notamment C. BARNARD, « The Charter in time of crisis: a case study of dismissal », in N. COUNTOURIS et M. FREEDLAND (éds.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 250-277 ; C. KILPATRICK, « Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They Are Not EU Law? », *European Constitutional Law Review*, 2014, vol. 10, n° 3, p. 393-421 ; A. HINAREJOS, *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, *op. cit.*, p. 131-136 ; A. POULOU, « Financial assistance conditionality and human rights

laisse subsister plusieurs points d'ombre sur cette question. Nous nous contentons d'en dresser un très bref aperçu, dans la mesure où cette jurisprudence n'a eu (jusqu'à présent) aucune incidence sur les mesures imposées aux États membres dans le cadre du MES, que ce soit en matière de pension ou dans d'autres domaines. L'accès même à une évaluation de ces mesures au regard des droits sociaux fondamentaux étant très étroit, sinon tout à fait barré au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne, il paraît particulièrement difficile de deviner, à ce stade, les décisions que la Cour pourrait éventuellement un jour adopter à leur égard.

777. Dans un arrêt *Ledra* de septembre 2016, la Cour, réunie en grande chambre, a estimé que la Commission « conserve, dans le cadre du traité MES, son rôle de gardienne des traités [européens, tel qu'il ressort de l'article 17, § 1^{er} TUE] de sorte qu'elle devrait s'abstenir de signer un protocole d'accord dont elle douterait de la compatibilité avec le droit de l'Union¹ ». Par conséquent, un recours en indemnité tel que prévu par le TFUE (articles 268 et 340) pourrait être introduit par la personne ayant subi un dommage en raison d'un comportement de la Commission (ou de la BCE) illicite en droit européen, par exemple pour non-conformité à la Charte, en lien avec l'adoption d'un mémorandum dans le cadre du MES².

778. Comme l'ont remarqué des auteurs, les exigences fixées de manière générale par la Cour pour obtenir gain de cause dans un recours de ce type sont toutefois très élevées : le plaignant doit démontrer une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit européen ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers³.

protection: What is the role of the EU Charter of Fundamental Rights? », *Common Market Law Review*, 2017, vol. 54, n° 4, p. 991-1025 ; R. REPASI, « Judicial protection against austerity measures in the euro area: *Ledra* and *Mallis* », *Common Market Law Review*, 2017, vol. 54, n° 4, p. 1123-1155 ; K. LENAERTS et J.A. GUTIÉRREZ-FONS, « The European Court of Justice as the Guardian of the Rule of EU Social Law », in F. VANDENBROUCKE, C. BARNARD et G. DE BAERE (éds.), *A European Social Union after the Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 433-456.

1. CJUE (grande chambre), 20 septembre 2016, *Ledra Advertising Ltd.*, C-8/15 P à C-10/15 P, § 59. Pour un exemple d'application de cette jurisprudence, voy. TUE (quatrième chambre élargie), 13 juillet 2018, *Chrysostomides*, T-680/13. Voy. également TUE (deuxième chambre), 3 mai 2017, *Sotiropoulou*, T-531/14, qui l'applique par analogie à une décision du Conseil adoptée dans le cadre du premier programme d'assistance à la Grèce. Le recours visait à établir la responsabilité du Conseil pour le préjudice causé par des mesures de réduction des pensions de retraite grecques. Il a été rejeté. À propos de cet arrêt, voy. S. ADALID, « Les retraités grecs et le choc des méthodes », *Revue des affaires européennes – Law & european affairs*, 2017, n° 2, p. 353-362.
2. Voy. le § 55 de l'arrêt *Ledra*, précité. Cette jurisprudence a été confirmée dans CJUE (grande chambre), 16 décembre 2020, *Chrysostomides*, C-597/18 P, C-598/18 P, C-603/18 P et C-604/18 P.
3. L. FROMONT, « La protection juridictionnelle des particuliers face aux politiques d'austérité : la fin de l'imbroglio juridique ? Commentaire des arrêts *Ledra Advertising* e.a. et *Mallis* et *Malli* e.a. de la Cour de justice du 20 septembre 2016 », *Cahiers de droit européen*, 2017, n° 2, p. 456-462 ; P. DERMINE, « The End of Impunity? The Legal Duties of “Borrowed” EU Institutions

Ainsi, jamais un recours de ce type n'a abouti contre une action adoptée par la Commission ou une autre institution européenne dans le cadre du MES.

Dans un arrêt *Florescu* de juin 2017, la Cour a décidé qu'une loi nationale adoptée pour répondre aux conditions posées dans le mémorandum conditionnant l'octroi d'une aide financière consiste en une mesure mettant en œuvre le droit de l'Union, au sens de l'article 51, § 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux, et entre par conséquent dans le champ d'application de cette dernière¹. L'assistance financière dans l'affaire en question n'avait toutefois pas été accordée dans le cadre du MES, mais par application d'un règlement adopté sur la base de l'article 143 TFUE, qui permet dans certaines circonstances l'octroi d'une aide financière aux États *qui ne sont pas membres de la zone euro*². Le mémorandum était donc un accord conclu au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne. C'est là une différence fondamentale, sur le plan du droit, avec les mémorandums conclus dans le cadre du MES, qui ne fait quant à lui pas partie du droit de l'UE. Pour cette raison, l'arrêt *Florescu* ne permet pas de répondre à la question de savoir si un mémorandum conclu avec un État membre de la zone euro dans le cadre du MES et les mesures nationales adoptées pour se conformer à ce protocole d'accord doivent ou non respecter le droit de l'UE, et notamment la Charte des droits fondamentaux³.

779. On remarquera que l'absence de jurisprudence de la Cour sur ces questions, et de manière plus générale l'absence de décision de la Cour concluant au non-respect de la Charte des droits fondamentaux par les mesures adoptées dans le cadre de l'exécution des mémorandums du MES, offre un contraste saisissant avec les conclusions souvent très critiques adoptées par le Comité européen des droits sociaux et le Comité de la liberté syndicale de l'Organisation internationale du travail (OIT) sur la base respectivement de la Charte sociale européenne et de conventions adoptées au sein de l'OIT. Au regard de ces instruments, il ne fait pas de doute que des droits sociaux fondamentaux énoncés par ces instruments ont été enfreints par les mémorandums. Dans la mesure où nous nous intéressons uniquement aux effets de la gouvernance économique et budgétaire organisée au sein de l'UE sur les systèmes de pension des États membres et qu'aucun lien entre ces conclusions d'instances internationales et l'ordre juridique de l'Union européenne n'a été établi à ce stade dans la jurisprudence de la Cour de justice, cette

under the European Stability Mechanism Framework », *European Constitutional Law Review*, 2017, vol. 13, n° 2, p. 369-382.

1. CJUE (grande chambre), 13 juin 2017, *Eugenia Florescu*, C-258/14.
2. Règlement (CE) n° 332/2002 du Conseil du 18 février 2002 établissant un mécanisme de soutien financier à moyen terme des balances des paiements des États membres.
3. Voy. M. MARKAKIS et P. DERMINE, « Bailouts, the legal status of Memoranda of Understanding, and the scope of application of the EU Charter: Florescu », *Common Market Law Review*, 2018, vol. 55, n° 2, p. 643-671.

question n'entre toutefois pas dans notre champ d'étude; nous nous permettons de renvoyer le lecteur désireux d'en savoir plus aux travaux qui ont été menés par d'autres chercheurs sur le sujet¹.

780. L'État qui bénéficie d'une assistance financière dans le cadre du MES ne participe plus au semestre européen le temps de cette assistance². Dès lors que le MES est mis en œuvre, on quitte ainsi le domaine de la *coordination* des politiques budgétaires et économiques des États membres pour entrer dans une nouvelle dimension, celle de *l'intervention* des institutions européennes et du FMI dans les politiques économiques nationales, par le moyen des conditions imposées en contrepartie de l'assistance financière³. Dans les cas les plus extrêmes, c'est même une forme de tutelle qui est imposée temporairement aux autorités nationales⁴. On comprend donc que les instruments de la gouvernance économique et budgétaire ne présentent pas tous la même effectivité.

-
1. Voy. notamment P. SCHOUKENS, E. DE BECKER et J. BEKE SMETS, « De socio-economische monitoring van de EU juridisch afgetoetst aan het grondrecht op sociale zekerheid (Europees Sociaal Handvest) », *Belgisch tijdschrift voor sociale zekerheid/Revue belge de sécurité sociale*, 2014, n° 2, p. 215-266; I. HACHEZ, « Le Comité européen des droits sociaux confronté à la crise financière grecque : des décisions osées mais inégalement motivées », *Revue de Droit Social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2014, p. 267; H. VERSCHUEREN, « Het recht op sociale zekerheid als een grondrecht. Een overzicht van het internationaal en nationaal juridisch kader », *op. cit.*, spéc. p. 17-20; O. DE SCHUTTER et P. DERMINE, « The Two Constitutions of Europe: Integrating Social Rights in the New Economic Architecture of the Union », *Journal européen des droits de l'homme – European Journal of Human Rights*, 2017, n° 2, p. 134-140; E. DE BECKER, « The (Possible) Role of the Right to Social Security in the EU Economic Monitoring Process », *German Law Journal*, 2018, vol. 17, n° 3, p. 277-315; M. SCHMITT, « La rémunération du salarié saisie par le droit européen », in F. LARONZE (éd.), *Les dualités de la rémunération*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 80-88; D. AKOUMIANAKI, « Contrôle de conventionnalité et droits de l'homme en temps de crise financière : échanges entre les juridictions grecques et la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue française de droit constitutionnel*, 2018, n° 1, p. 3-32; E. DE BECKER, *Het recht op sociale zekerheid in de Europese Unie: een rechtsvergelijkende analyse op basis van het Europees Sociaal Handvest, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de constitutionele tradities gemeen aan de lidstaten*, Brugge, Die Keure, 2019. À propos du cas particulier des mesures imposées à la Grèce, dont il sera question *infra* n° 836 et s., voy. notamment N. PAPADOPOULOS, « Austerity-based Labour Law Reforms in Greece vs Fundamental Rights during the European Debt Crisis. An evaluation through the lens of supranational and national bodies », Thèse inédite, Maastricht, Maastricht Universiteit, 2018, disponible sur <https://www.researchgate.net>; D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, Baden-Baden, Nomos, 2018.
 2. Articles 10 à 13 du règlement (UE) n° 472/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au renforcement de la surveillance économique et budgétaire des États membres de la zone euro connaissant ou risquant de connaître de sérieuses difficultés du point de vue de leur stabilité financière, précité.
 3. T. BEUKERS, « The Eurozone crisis and the autonomy of Member States in economic union: changes et challenges », *op. cit.*, p. 266-267.
 4. F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 935.

§ 3. L'effectivité des instruments de la gouvernance économique et budgétaire

781. De nombreux auteurs se sont penchés sur les implications des instruments de la gouvernance économique et budgétaire pour les rapports entre les autorités nationales et les institutions européennes, et pour les rapports entre les institutions européennes elles-mêmes¹. Il ne saurait être question ici de revenir sur l'ensemble de cette thématique, aussi intéressante et importante soit-elle. Nous nous concentrerons plutôt sur une question, celle de l'effectivité des instruments de cette gouvernance².

782. Nous entendons ici la notion d'effectivité comme la capacité de ces instruments à faire respecter une injonction, y compris lorsque celle-ci contrarie la volonté de son destinataire³. Nous n'abordons donc pas la question de l'incidence, plus diffuse, de la promotion d'une politique au niveau européen sur les relations entre les acteurs en présence dans le domaine concerné par la politique en question. Des études de science politique ont investigué cette incidence, montrant les jeux d'alliances, les stratégies de rejet et d'appropriation ou encore les modifications des voies d'action qu'une intervention européenne entraîne souvent, quelle que soit sa nature. Nous y renvoyons le lecteur curieux de compléter ce qui va être exposé ici par cet autre angle d'approche⁴.

-
1. Voy. de manière générale E. CHITI et P.G. TEIXEIRA, « The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis », *Common Market Law Review*, 2013, vol. 50, n° 3, p. 683-708; K. TUORI et K. TUORI, *The Eurozone Crisis*, op. cit. ; M. ADAMS, F. FABBRINI et P. LAROCHE (éds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit. ; A. HINAREJOS, *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, op. cit. ; T. BEUKERS, B. de WITTE et C. KILPATRICK (éds.), *Constitutional Change through Euro-Crisis Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
 2. Sur ce même thème, voy. également P. PECINOVSKY, *EU economic governance en het recht op collectief onderhandelen*, op. cit., p. 143-152.
 3. Nous nous inspirons sur ce point de l'approche du phénomène juridique proposée par L. FRANÇOIS, *Le Cap des tempêtes : essai de microscopie du droit*, 2^e éd., op. cit., à la finesse de laquelle notre brève définition ne saurait rendre justice.
 4. Voy. notamment pour la Belgique B. VANHERCKE, « Against the odds. The Open Method of Coordination as a selective amplifier for reforming Belgian pension policies », *European Integration online Papers*, 2009, vol. 13, disponible sur <http://doi.org/10.1695/2009016>; B. VANHERCKE et al. (éds.), *L'Europe en Belgique, la Belgique dans l'Europe : Configuration et appropriation des politiques sociales. Europa in België, België in Europa: Sociaal beleid als tweerichtingsverkeer*, Gent, Academia Press, 2011; B. VANHERCKE, « Has Open Coordination Mattered? Tracing and Evaluating the Process from the Belgian Presidency 2001 to the New State Reform », *Revue belge de sécurité sociale*, 2013, p. 229-270; C. LOUVARIS FASOIS, « Mechanisms of Policy Learning in the European Semester: Pension Reforms in Belgium », in C.A. DUNLOP, C.M. RADAELLI et P. TREIN (éds.), *Learning in Public Policy: Analysis, Modes and Outcomes, International Series on Public Policy*, Cham, Springer, 2018, p. 75-96; S. BEKKER,

Précisons encore que notre acception de l'effectivité n'implique pas que, pour être effective, une injonction doive être exécutée à la lettre par son destinataire. Une part de « réappropriation » du contenu de l'injonction par ce dernier est possible, sans que cela lui ôte son effectivité : on peut être contraint d'agir en vue d'obtenir un certain résultat tout en étant laissé libre de choisir les moyens d'y parvenir. En l'occurrence, dans le contexte qui nous occupe, il faut remarquer que, quelle que soit la pression « extérieure » exercée par les institutions européennes sur un État membre, celle-ci ne pénètre jamais le niveau national qu'au travers des institutions et des procédures spécifiques à chaque pays, qui en façonnent nécessairement l'influence¹.

783. Ainsi approchée, il apparaît d'emblée que l'effectivité des différents instruments présentés ci-dessus varie grandement. Ces instruments vont de la recommandation simplement politique, dans le cadre de la stratégie Europe 2020, à la dictée de mesures précises sous la menace de l'abandon d'une assistance financière, dans le cadre du MES ou du programme OMT. La discipline budgétaire et la procédure concernant les déséquilibres macroéconomiques excessifs se situent dans l'entre-deux ; elles combinent des éléments relevant de la négociation politique avec des éléments de contrainte, qui prennent en l'espèce la forme de sanctions financières. Cette rapide présentation demande cependant d'être précisée et complétée par trois développements. Le premier est relatif à la règle d'adoption des sanctions financières dans le cadre des deux premiers instruments du semestre, telle qu'a été réformée suite à la crise (1). Le deuxième concerne les recommandations spécifiques par pays émises lors du semestre européen (2). Enfin, le troisième concerne le rôle des marchés financiers dans la mise en œuvre de la gouvernance (3).

1. L'apport relatif des sanctions financières à l'effectivité de la gouvernance

784. Comme on a déjà pu l'expliquer, la discipline budgétaire et la procédure concernant les déséquilibres macroéconomiques excessifs peuvent déboucher sur l'adoption de sanctions financières. La règle d'adoption de ces sanctions a été revue après la crise de 2008. Elle suit désormais la règle dite de la majorité qualifiée inversée, qui prévoit que la recommandation de la Commission d'adopter une sanction financière est réputée adoptée à moins que le Conseil ne la rejette dans un délai de dix jours. Une automaticité plus grande serait ainsi assurée entre

« Hardening and softening of country-specific recommendations in the European Semester », *West European Politics*, 2020, p. 1-20.

1. Voy. dans le même sens mais dans un autre contexte, A. MARTIN et G. ROSS, « Introduction: EMU and the European social model », in A. MARTIN et G. ROSS (éds.), *Euros and Europeans: Monetary integration and the European Model of Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 19.

l'estimation, par la Commission, qu'un État ne s'est pas conformé à ses obligations et la décision du Conseil de le sanctionner pour ce comportement¹.

Il est indéniable que cette évolution a vocation à donner plus d'effectivité à la discipline budgétaire et à la procédure concernant les déséquilibres macroéconomiques ; c'est sa raison d'être même. Comme l'a relevé un auteur, il ne faut toutefois pas surestimer l'importance de la règle de la majorité qualifiée inversée. Les sanctions financières ne peuvent être adoptées qu'au terme d'une longue procédure, au cours de laquelle d'autres décisions doivent au préalable être adoptées par le Conseil, par exemple pour déclarer l'existence d'un déficit ou d'un déséquilibre macroéconomique excessif. Or, ces décisions préalables à une éventuelle décision de sanction continuent, elles, de devoir être adoptées à la majorité qualifiée « simple ». Par conséquent, le Conseil conserve la maîtrise de la progression des procédures de surveillance budgétaire et macroéconomique ; il peut en arrêter le déroulement à un stade antérieur à celui d'une recommandation de sanction par la Commission².

Ces procédures gardent donc un caractère éminemment politique, au sens où leur application relève d'un jugement en opportunité pouvant prendre en compte d'autres considérations que le simple constat de la déviance par rapport aux canons macroéconomiques européens. La pratique semble conforter cette analyse. Jusqu'à présent, jamais une sanction financière n'a été imposée à un État pour non-respect de ses obligations budgétaires ou en raison d'un déséquilibre macroéconomique excessif. Pourtant, plusieurs États ont connu des finances publiques ne répondant pas aux prescrits européens, parfois pendant de longues années. La France, par exemple, a été sous le coup de la procédure pour déficit excessif pendant près de 10 ans, entre 2009 et 2018³. Selon F. Martucci, l'efficacité de ces procédures continue ainsi de dépendre avant tout de la pression politique exercée par les autres États membres et les institutions européennes⁴.

2. La confusion au sein du semestre, renfort possible de son effectivité

785. La deuxième précision relative à l'effectivité des instruments de la gouvernance concerne les recommandations spécifiques émises dans le cadre du semestre européen. On l'a vu plus haut, le semestre coordonne la mise en œuvre de trois procédures (discipline budgétaire, déséquilibres macroéconomiques, stratégie Europe 2020). Si, en pratique, les recommandations spécifiques sont présen-

1. Voy. *supra* n° 743 et 745.

2. F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 256-257 et p. 503-504.

3. Voy. le site du Conseil européen (<https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2018/06/22/france-s-deficit-below-3-of-gdp-procedure-closed/>).

4. F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 242-243.

tées comme un tout indissociable à l'État, en droit chacune de ces recommandations doit être rattachée à l'une de ces trois procédures. Des auteurs ont toutefois remarqué qu'il n'est pas toujours aisé d'identifier la base légale des recommandations¹. La tâche est compliquée par la superposition des objectifs et donc des champs d'application des instruments de coordination². Les systèmes de pension sont un exemple typique à cet égard : ils sont un sujet de préoccupation potentiel pour la discipline budgétaire, pour la procédure concernant les déséquilibres macroéconomiques, mais aussi pour la stratégie Europe 2020 (en particulier ses objectifs de « parvenir à un taux d'emploi de 75 % de la population âgée de 20 à 64 ans » et « réduire d'au moins 20 millions le nombre de personnes touchées ou menacées par la pauvreté et l'exclusion sociale³ »). On vient de le rappeler, la base légale d'une recommandation spécifique a pourtant toute son importance étant donné que les deux premières procédures sont porteuses d'un pouvoir de pression plus important que la troisième. Le flou qui entoure le régime juridique de certaines recommandations aurait ainsi tendance à leur donner plus de poids qu'auparavant, la distinction devenant moins nette entre les recommandations relevant de la « *soft law* » et celles assorties d'une possible sanction financière⁴.

La présentation unifiée des recommandations confinant parfois à la confusion de leurs bases légales et de leurs objectifs a une autre implication importante. En matière de discipline budgétaire, l'UE n'a pas d'autre compétence que celle de fixer des *objectifs chiffrés* à atteindre par les États ; elle ne dispose pas de compétence pour définir les *moyens* à mettre en œuvre pour atteindre ces objectifs. Il revient aux autorités étatiques de choisir ces moyens, en tenant compte des procédures de coordination des politiques économique et de l'emploi établies au niveau européen. En intégrant la discipline budgétaire et les procédures de coordination des politiques économique et sociale dans une même structure générale de surveillance, le semestre européen a toutefois contribué à estomper cette dis-

-
1. Voy. notamment S. BEKKER, « EU Economic Governance in Action: Coordinating Employment and Social Policies in the Third European Semester », Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series No. 14/2014, 2014. Sur ce sujet, voy. également P. PECINOVSKY, *EU economic governance en het recht op collectief onderhandelen*, op. cit., p. 148-149.
 2. A. HINAREJOS, *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, op. cit., p. 70-71.
 3. Voy. *supra* n° 747.
 4. Voy. notamment C. DEGRYSE, M. JEPSEN et P. POCHE, *The Euro Crisis and Its Impact on National and European Social Policies*, Working Paper 2013.05, Bruxelles, European Trade Union Institute, 2013, p. 28 ; P. SCHOUKENS, E. DE BECKER et J. BEKE SMETS, « Fighting social exclusion under the Europe 2020 strategy: Which legal nature for social inclusion recommendations? », *International Comparative Jurisprudence*, 2015, vol. 1, n° 1, p. 11-23 ; A. HINAREJOS, « Changes to Economic and Monetary Union and Their Effects on Social Policy », *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2016, vol. 32, n° 2, p. 231-250.

inction entre objectifs budgétaires européens et coordination européenne des moyens nationaux¹.

3. Le recours aux marchés financiers

786. Enfin, la troisième remarque est relative au rôle des marchés financiers pour l'effectivité de la gouvernance économique et budgétaire. Ce rôle varie selon les instruments. Dans le cadre de la stratégie Europe 2020, mais aussi et surtout pour maintenir la discipline budgétaire et lutter contre les déséquilibres macroéconomiques, les autorités européennes peuvent être tentées de faire des marchés leur « homme de main » pour obtenir des résultats plus difficilement ou moins rapidement atteignables par les moyens proprement juridiques à leur disposition. En communiquant opportunément, elles peuvent susciter leur méfiance à l'égard de la situation d'un État, ce qui se traduira par une hausse du coût des emprunts de ce dernier sur les marchés. Dans cette situation, l'État sera plus vite enclin à entreprendre les réformes demandées pour rassurer les marchés. Plus incertaine quant à ses causes et à sa durée, cette pression ne se manie toutefois pas aisément.

787. Dans le cadre du MES et du programme OMT, par contre, la pression insoutenable des marchés est précisément le péril contre lequel les autorités européennes offrent leur protection ; la capacité de ces dernières d'imposer l'adoption de réformes repose alors sur la menace de retirer cette protection si l'État en situation de crise financière ne s'exécute pas. On l'aura compris, la capacité d'un État à résister aux injonctions émises dans le cadre de la gouvernance économique et budgétaire et la capacité corrélative des institutions européennes d'imposer des réformes dépendent donc aussi de l'exposition de cet État à la pression des marchés financiers.

788. Pour schématiser ce qui précède, l'effectivité des instruments de la gouvernance économique et budgétaire n'est pas identique pour tous et tout le temps, mais fluctue dans une échelle à trois degrés². Dans le degré inférieur, cette effectivité dépend de l'efficacité de la pression politique exercée par les institutions européennes sur l'État qui ne se conforme pas à ses obligations budgétaires ou aux orientations des politiques économiques et sociales. La perspective, même simplement théorique, d'une sanction financière peut contribuer à accentuer la pression

-
1. A. HINAREJOS, *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, *op. cit.*, p. 71. L'argument est développé plus en détails in A. HINAREJOS, « Changes to Economic and Monetary Union and Their Effects on Social Policy », *op. cit.* Voy. également S. DE LA ROSA, « L'élaboration des positions nationales dans le cadre du semestre européen », *op. cit.*, p. 537.
 2. T. BEUKERS, « The Eurozone crisis and the autonomy of Member States in economic union: changes and challenges », *op. cit.*, p. 270, propose une gradation similaire de l'intensité des instruments à la disposition des institutions européennes pour intervenir dans l'élaboration des politiques économiques nationales.

politique. Dans le degré intermédiaire, cette dernière est renforcée par la pression des marchés financiers, à laquelle elle n'est par ailleurs pas toujours étrangère : des réprimandes répétées et appuyées des institutions européennes sont de nature à provoquer une hausse des « primes de risque » exigées par les acteurs financiers pour l'achat des obligations de l'État ainsi pointé du doigt. Ces deux premiers degrés sont ceux des règles et procédures coordonnées (dans leurs phases préventives) par le semestre européen. Enfin, le degré supérieur de cette échelle de l'effectivité est atteint lorsque la pression financière s'est autonomisée et a augmenté dans des proportions menaçantes, voire insoutenables : les institutions européennes sont alors en position d'imposer des réformes en contrepartie de leur assistance à l'État pris dans la tempête des marchés. Les instruments à leur disposition sont le MES et les actions de la BCE.

Conclusions de chapitre

Finalités de la gouvernance et effectivité de ses instruments

789. Pour comprendre et qualifier l'influence de la gouvernance économique et budgétaire de la zone euro en matière de pension, il nous a paru important de commencer par présenter le contexte économique et juridique dans lequel opère cette gouvernance.

790. L'architecture macroéconomique de la zone euro est caractérisée par une asymétrie fondamentale : la politique monétaire est centralisée au niveau européen tandis que la politique budgétaire reste de la compétence des États membres. En raison de cette architecture particulière, les institutions européennes ont fondamentalement le choix entre deux stratégies pour assurer la stabilité de l'Union monétaire : la convergence ou la flexibilisation des économies nationales.

791. Cette tâche d'assurer la stabilité de la zone euro est exercée par les institutions européennes au moyen de la gouvernance économique et budgétaire. Celle-ci recouvre deux types d'instruments juridiques, préventifs et curatifs. Les instruments préventifs sont la discipline budgétaire, la procédure concernant les déséquilibres macroéconomiques et la stratégie Europe 2020. Leur mise en œuvre est coordonnée par le moyen du semestre européen, dans le cadre duquel les États membres de l'UEM se voient adresser des recommandations spécifiques par pays. Les instruments curatifs sont les mécanismes d'assistance financière, dont la version permanente est désormais le mécanisme européen de stabilité, et les actions de la BCE sur les marchés financiers. L'intervention de ces instruments est conditionnée à la mise en œuvre de réformes spécifiées dans des mémorandums.

L'effectivité des instruments de la gouvernance varie. Elle dépend de la pression politique exercée par les institutions européennes et les autres États membres sur l'État dont on souhaite obtenir un comportement. Elle dépend aussi et surtout de la pression exercée par les marchés financiers sur cet État. Les deux types de pression peuvent se combiner pour augmenter l'effectivité des instruments préventifs de la gouvernance. Les instruments curatifs s'appuient également sur la pression des marchés, contre laquelle ils proposent leur secours. Leur effectivité est maximale quand cette pression atteint des niveaux insoutenables.

Chapitre 2

Deux cas d'étude : la Belgique et le semestre européen, la Grèce et les mécanismes d'assistance financière

792. Après avoir posé le contexte économique et juridique dans lequel opère la gouvernance économique et budgétaire, nous pouvons aborder les deux cas d'étude particuliers, que nous analyserons pour eux-mêmes ainsi qu'en tant qu'ils peuvent nous permettre de formuler des hypothèses générales quant à l'importance et à la nature de l'influence de la gouvernance économique et budgétaire sur les systèmes de pension des États membres de la zone euro.

Notre premier cas d'étude est composé des recommandations spécifiques adressées à la Belgique en matière de pension dans le cadre du semestre européen depuis la création de celui-ci, en 2011. Il nous permettra d'éclairer l'influence des instruments préventifs de la gouvernance (Section 1).

Notre second cas d'étude consiste dans les réformes adoptées par la Grèce pendant la période où lui ont été octroyés trois plans d'aide financière successifs, soit entre 2010 et 2018. Seul État membre à avoir été ainsi aidé financièrement pendant aussi longtemps, le cas de la Grèce constitue l'exemple typique de l'influence que les instruments curatifs de la gouvernance sont susceptibles d'exercer sur un système de pension (Section 2).

Section 1 : Premier cas d'étude : les recommandations spécifiques adressées à la Belgique en matière de pension dans le cadre du semestre européen

793. Avant de présenter les recommandations spécifiques adressées à la Belgique en rapport avec son système de pension (§ 2), il est bon de situer ces recommandations en disant quelques mots sur la place de la thématique des pensions dans le semestre européen en général (§ 1).

§ 1. Les recommandations relatives aux pensions en général : quantité, contenu et finalités

794. Les politiques sociales des États membres sont un des sujets d'attention privilégiés du semestre européen. Il ressort des décomptes établis par un auteur que les recommandations spécifiques par pays (RSP) préconisant l'adoption de mesures relevant du domaine social (droit du travail et droit de la sécurité sociale) représentent en moyenne la moitié de l'ensemble des RSP émises depuis le début du semestre européen, en 2011¹. Selon une autre étude menée à propos des RSP adoptées en 2013 et en 2015, respectivement 50 % et 70 % des recommandations portant sur des mesures de politique sociale avaient pour base légale la procédure pour déficit excessif et la procédure concernant les déséquilibres macroéconomiques², soit les deux procédures pouvant déboucher en théorie sur l'adoption d'une sanction financière³.

795. Parmi les thèmes abordés dans les RSP sociales, la réforme des pensions occupe les premiers rangs. À titre d'exemple, chaque année entre 2015 et 2019, au moins treize États membres ont reçu la recommandation de réformer leur système de pension (ils étaient 18 en 2019). En 2017, 2018 et 2019, les RSP consacrées au thème des pensions étaient même les plus nombreuses parmi les RSP relatives aux politiques sociales⁴.

796. Dans ses études annuelles sur le contenu des RSP sociales, S. Clauwaert a proposé de les classer selon leurs objets. Cette classification permet de tracer le contour des préoccupations exprimées par les institutions européennes au travers du semestre européen. En matière de pension, S. Clauwaert a dégagé trois catégories de recommandations⁵. La première promeut l'établissement d'un « lien explicite entre l'âge de la pension et l'espérance de vie » afin que, dans le futur, l'âge légal de la prise de la pension évolue de concert avec cette dernière. La deuxième catégorie encourage à réduire les départs anticipés à la retraite (*early retirement*). Enfin, la troisième catégorie regroupe les recommandations qui invitent à réformer le système de pension en général.

-
1. Voy. les rapports de S. Clauwaert relatifs aux RSP « sociales » publiés chaque année depuis 2013 par le European Trade Union Institute; ils sont disponibles en ligne à l'adresse suivante : <https://www.etui.org/Publications2/Background-analysis> (consulté la dernière fois le 23 janvier 2019).
 2. S. BEKKER, « The European Semester Process: Adaptability and Latitude in Support of the European Social Model », *op. cit.*, p. 258-259.
 3. Voy. *supra* n° 784.
 4. S. CLAUWAERT, *The country-specific recommendations (CSRs) in the social field: An overview and comparison. Update including the CSRs 2019-2020*, Background analysis 2019.03, European Trade Union Institute, 2019, p. 12.
 5. S. CLAUWAERT, *The country-specific recommendations (CSRs) in the social field (2018-2019)*, *op. cit.*, p. 8.

797. Outre ces catégories qui portent sur la matière des pensions en tant que telle, il nous semble pertinent de mentionner deux autres ensembles de recommandations, identifiés par S. Clauwaert, qui ont un lien indirect, mais néanmoins certain, avec les pensions.

Il s'agit, d'une part, des recommandations visant à accroître la participation des travailleurs âgés au marché du travail, autrement dit le « vieillissement actif » (*active ageing*). Il va de soi que l'organisation du système de pension est un facteur important à cet égard. Il s'agit, d'autre part, des recommandations qui encouragent l'allègement de la « fiscalité du travail ». Du contenu de ces recommandations, il ressort que sont ainsi visés à la fois les impôts sur les revenus professionnels et, le cas échéant, les cotisations sociales. La mise en œuvre de ces recommandations peut avoir des effets importants pour les systèmes de pension financés par des cotisations sociales. Nous y reviendrons plus loin à propos des recommandations adressées à la Belgique¹.

798. La considération de ces cinq actions (lier l'âge de la retraite à l'espérance de vie, diminuer les possibilités de retraite anticipée, réformer le système, promouvoir le vieillissement actif et réduire les charges patronales) encouragées par les RSP en matière de pension fait apparaître que la finalité de ces dernières est à chercher dans les perspectives d'évolution à long terme des systèmes de pension des États membres. Aucune de ces mesures, en effet, ne vise ni n'a visé à répondre à une difficulté urgente pour les finances publiques : quand bien même elles seraient ou auraient été adoptées rapidement, un temps long est ou serait nécessaire pour qu'elles commencent à produire leurs effets. Peut-être la crise des dettes souveraines a-t-elle joué un rôle de catalyseur pour la promotion, au niveau européen, des réformes des systèmes de pension ; il reste que les réformes ainsi promues ne peuvent donc être considérées comme des conseils sur la manière de gérer les conséquences immédiates de cette crise pour les finances des États membres. C'est bien à la lumière de contraintes et d'enjeux *structurels* qu'il convient d'apprécier les raisons des mesures préconisées dans le cadre du semestre européen². Nous nous souviendrons de cette remarque lors de la discussion des réformes prônées par les RSP adressées à la Belgique en matière de pension et de leurs liens éventuels avec l'architecture macroéconomique de la zone euro³.

1. Voy. *infra* n° 828.

2. Voy. dans le même sens C. DEGRYSE, M. JEPSEN et P. POCHET, *The Euro Crisis and Its Impact on National and European Social Policies*, *op. cit.*, p. 19-20.

3. Voy. *infra* n° 823 et s.

§ 2. Les recommandations adressées à la Belgique en matière de pension entre 2011 et 2019

799. La Belgique fait partie des États membres ayant reçu le plus grand nombre de RSP relatives à leurs systèmes de pension¹. Chacune des cinq catégories de recommandations exposées ci-dessus a été mobilisée². Nous présenterons succinctement le contenu des recommandations adressées aux autorités belges en prenant le soin de montrer comment il a évolué entre le début du semestre européen, en 2011, et les dernières recommandations ici prises en compte, celles de 2019³. Nous verrons que ces recommandations ont varié en raison notamment des réformes apportées entre-temps au système de pension belge.

La formulation des recommandations spécifiques par pays a été volontairement raccourcie à partir de 2015 et l'entrée en fonction de la Commission européenne présidée par M. Jean-Claude Juncker. Pour comprendre la portée de certaines recommandations, il nous faudra donc nous inspirer de la méthode de S. Clauwaert et parfois « lire entre les lignes » en prenant également en compte, outre le texte des recommandations proprement dites, les considérants qui les accompagnent⁴, ainsi que les évaluations par la Commission du degré de mise en œuvre des recommandations. Ces évaluations se trouvent dans les rapports sur la Belgique publiés chaque année, comme pour chaque pays, par la Commission dans le cadre du semestre européen.

-
1. Voy. les tableaux reprenant, par catégories, les RSP sociales adressées à l'ensemble des États membres depuis le début du semestre européen in S. CLAUWAERT, *The Country-specific Recommendations (CSRs) in the Social Field (2018-2019)*, op. cit., p. 72-78.
 2. Voy. *supra* n° 796-797.
 3. Le coronavirus étant passé par là, nous ne prenons pas en compte les recommandations de 2020 et de 2021 dans notre étude. En 2020, les recommandations ont en effet porté quasi exclusivement sur les mesures à prendre « pour atténuer les répercussions socio-économiques de la pandémie [de covid-19] et faciliter la reprise économique » ; les régimes de pension ne sont pas visés. Pour le reste, le Conseil s'est contenté de préciser que les recommandations émises en 2019 « restent d'actualité et continueront de faire l'objet d'un suivi tout au long du cycle annuel du Semestre européen de l'année prochaine ». (Recommandation du Conseil concernant le programme national de réforme de la Belgique pour 2020 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la Belgique pour 2020 (COM(2020) 501 final), considérant n° 24.) Le semestre 2021 est quant à lui un « cycle exceptionnel », selon les mots de la Commission, en ce qu'il est temporairement adapté afin d'être coordonné aux plans de relance nationaux adoptés dans le cadre du programme *NextGenerationEU*, vaste outil budgétaire visant à financer la relance post-covid dans l'Union, dont il a été question *supra* n° 728. Cette exceptionnalité rend le cycle 2021 difficilement comparable aux neuf cycles pré-covid ici pris en compte.
 4. Voy. par exemple S. CLAUWAERT, *The Country-specific Recommendations (CSRs) in the Social Field (2015-2016)*, op. cit., p. 10 et p. 14.

800. Les recommandations adressées à la Belgique depuis le début du semestre européen présentent une certaine continuité. Les thématiques principales abordées dans ces recommandations étaient déjà présentes lors du cycle de 2011. Nous les prendrons comme fil rouge pour la présentation du contenu des recommandations émises les années suivantes.

801. En 2011, deux recommandations contenant des éléments en lien direct ou indirect avec la matière des pensions ont été formulées. La première encourage la Belgique à « prendre des mesures pour améliorer la viabilité à long terme des finances publiques. [...] il s'agirait avant tout de juguler les dépenses liées au vieillissement, notamment en empêchant la sortie anticipée du marché du travail afin de relever sensiblement l'âge effectif de la retraite. Des mesures telles que la liaison de l'âge légal de la retraite à l'espérance de vie pourraient être envisagées ». La seconde recommandation incite les autorités belges à « [p]rendre des mesures pour transférer la charge fiscale du travail vers la consommation et pour rendre le système fiscal plus favorable à l'environnement » ainsi qu'à « [a]méliorer l'efficacité des politiques actives du marché du travail par des mesures visant les travailleurs plus âgés et les groupes vulnérables¹ ».

802. Ces recommandations, parmi d'autres, sont présentées comme visant à répondre à deux « défis » identifiés dans les considérants qui précèdent le texte des recommandations. D'une part, il est estimé que « [l]e niveau élevé de la dette publique demeure un défi majeur, notamment parce que les incidences budgétaires à long terme du vieillissement de la population sont supérieures à la moyenne de l'Union, en raison surtout de l'augmentation relativement forte des dépenses de retraite, qui pèsera encore davantage sur les finances publiques. » D'autre part, le taux d'emploi global est aussi considéré comme une préoccupation de premier plan. Parmi les éléments qui découragent la participation au marché du travail, est mentionnée « l'existence de plusieurs portes de sortie [qui] incite les travailleurs plus âgés à quitter le marché du travail avant 65 ans », soit l'âge légal de la retraite. Est également relevée « [l]a charge fiscale globale sur le travail [qui] figure parmi les plus élevées de l'Union ». Cette situation aurait deux conséquences néfastes : d'une part, cela nuirait à l'attractivité du travail, spécialement pour les travailleurs ayant de faibles revenus ; d'autre part, cela réduirait la compétitivité de l'économie belge — et par conséquent la croissance génératrice d'emplois².

803. Lors de la première édition du semestre européen, le système de pension belge se trouvait ainsi au croisement de deux axes de recommandations : celles qui visent à assurer la viabilité des finances publiques, et celles qui visent à augmenter

-
1. Recommandation du Conseil du 12 juillet 2011 concernant le programme national de réforme de la Belgique pour 2011 et portant avis du Conseil concernant le programme de stabilité actualisé de la Belgique pour la période 2011-2014 (2011/C 209/01) ; recommandations n° 2 et n° 5.
 2. *Ibid.*, considérants n° 10, n° 13 et n° 14.

le taux d'emploi en général, et celui des personnes âgées en particulier. Ces deux axes se renforcent mutuellement en théorie, puisque la réforme des pensions pourrait inciter les individus à travailler plus longtemps, tandis qu'une augmentation du taux d'emploi des travailleurs (en fin de carrière) permettrait d'alléger le coût du système en diminuant les dépenses de retraite anticipée ou en augmentant les recettes fiscales et sociales du pays.

804. Les deux axes de recommandation contenus dans les RSP de 2011 ont été repris dans toutes les éditions suivantes du semestre européen. Pour plus de lisibilité, nous présentons et commentons leurs évolutions respectives de manière séparée (1 et 2).

1. Premier axe : assurer la « viabilité » des finances publiques en relevant l'âge effectif et en « automatisant » l'évolution de l'âge légal de la retraite

805. Pour atteindre l'objectif de viabilité des finances publiques, les RSP adoptées entre 2012 et 2014 encouragent les autorités belges, dans des termes quasi identiques, à prendre les deux types de mesures déjà évoquées en 2011. D'une part, « accentuer les efforts pour combler l'écart entre l'âge effectif et l'âge légal de départ à la retraite, notamment en poursuivant les réformes engagées en vue de restreindre les possibilités de départ anticipé » et de « prépension » conventionnelle. D'autre part, « relever l'âge effectif de départ à la retraite en alignant l'âge de la retraite ou les prestations de pension sur l'évolution de l'espérance de vie¹ ». Autrement dit, il est recommandé aux autorités belges de diminuer les possibilités de bénéficier d'une pension ou d'une prestation fonctionnellement équivalente avant d'avoir atteint l'âge légal de la retraite, et de relever ce dernier afin de tenir compte du vieillissement de la population.

806. À partir de 2015, la première de ces mesures a cessé de faire l'objet d'une recommandation. La Commission, suivie par le Conseil, a noté que des réformes importantes avaient été entreprises et que d'autres étaient annoncées concernant les pensions anticipées et les prépensions²; qualifiant les progrès en la matière de « substantiels³ », elle aura donc estimé qu'ils avaient permis de rencontrer les recommandations émises à ce sujet.

807. Par deux lois adoptées respectivement en 2011 et en 2015, le législateur

-
1. Citation tirée de la recommandation n° 2 de la Recommandation du Conseil du 9 juillet 2013 concernant le programme national de réforme de la Belgique pour 2013 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la Belgique pour la période 2012-2016 (2013/C 217/02).
 2. Recommandation du Conseil du 14 juillet 2015 concernant le programme national de réforme de la Belgique pour 2015 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la Belgique pour 2015 (2015/C 272/07), considérant n° 9.
 3. *Rapport 2015 pour la Belgique contenant un bilan approfondi sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques {Com(2015) 85 final}*, Commission européenne, 2015, p. 83.

belge en effet a modifié les conditions d'âge et de carrière pour l'octroi d'une pension anticipée pour les travailleurs salariés¹. L'âge minimum de prise de la pension a été progressivement élevé de 60 ans, pour les pensions qui prenaient cours avant le 1^{er} janvier 2013, à 63 ans, pour les pensions qui prennent cours après le 1^{er} janvier 2019. La condition de carrière, quant à elle, est passée de 35 ans à 42 ans pendant la même période². Depuis le 1^{er} janvier 2019, on ne peut donc en principe prendre une retraite anticipée qu'à la condition d'avoir atteint l'âge de 63 ans et d'avoir travaillé pendant 42 ans. Des exceptions ont été prévues à ce principe pour les carrières plus longues : on peut prendre une pension anticipée à l'âge de 60 ans si l'on justifie d'une carrière de 44 ans, et à l'âge de 61 ans si l'on justifie d'une carrière de 43 ans³.

808. Quant aux prépensions conventionnelles, qui ont été plus justement rebaptisées « régime de chômage avec complément d'entreprise » en 2011, les conditions d'âge et de carrière ont également été revues, en 2011 et en 2014⁴. Pour bénéficiaire de ce régime, le travailleur doit désormais avoir atteint l'âge de 62 ans (depuis le 1^{er} janvier 2015) au lieu de 60 ans auparavant, et justifier d'une carrière de 40 années (depuis le 1^{er} janvier 2012) au lieu de 30 années sous l'ancienne législation⁵. Par ailleurs, les cotisations patronales dues sur le complément d'entreprise versé aux bénéficiaires ont été fortement augmentées, ce qui est bien entendu une façon de rendre le dispositif moins populaire : dans le secteur marchand, elles sont passées de 6,36 % du complément versé en 2010 pour les bénéficiaires âgés de 60 ans et plus, à 25 % à partir d'avril 2012, pour finalement atteindre 37,5 % à partir du 1^{er} janvier 2017⁶.

-
1. Loi du 28 décembre 2011 portant des dispositions diverses, spécialement l'article 107 ; loi du 10 août 2015 visant à relever l'âge légal de la pension de retraite et portant modification des conditions d'accès à la pension de retraite anticipée et de l'âge minimum de la pension de survie, spécialement l'article 18.
 2. Article 4, § 1^{er} et § 2 de l'arrêté royal du 23 décembre 1996 portant exécution des articles 15, 16 et 17 de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions.
 3. Pour plus de détails à propos de cette réforme de la pension anticipée, et notamment sur son droit transitoire, voy. Y. STEVENS, « Pensioenen als instrument van geïndividualiseerd arbeidsmarktbeleid en armoebeleid », in J. PUT et Y. STEVENS (éds.), *Ontwikkelingen van de sociale zekerheid, 2011-2016*, Brugge – Leuven, Die Keure la Chartre – Instituut voor Sociaal Recht (KU Leuven), 2016, p. 568-569.
 4. Arrêté royal du 28 décembre 2011 modifiant l'arrêté royal du 3 mai 2007 fixant la prépension conventionnelle dans le cadre du Pacte de solidarité entre les générations, visant à augmenter le taux d'emploi des travailleurs âgés, spécialement l'article 3 ; arrêté royal du 30 décembre 2014 modifiant l'arrêté royal du 3 mai 2007 fixant le régime de chômage avec complément d'entreprise, spécialement l'article 1^{er}.
 5. Article 2, § 1^{er} de l'arrêté royal du 3 mai 2007 fixant le régime de chômage avec complément d'entreprise.
 6. Voy. la rubrique « instructions administratives aux employeurs » du site www.socialsecurity.be (consulté pour la dernière fois le 24 janvier 2019).

809. La recommandation de réduire l'écart entre l'âge effectif et l'âge légal de départ à la retraite a réapparu dans les RSP en 2019. Le Conseil y préconise à la Belgique de limiter « les possibilités de sortie précoce du marché du travail¹ ». Cette recommandation prend toutefois une autre coloration qu'avant 2015. Cette fois, ce sont les pensions du secteur public en particulier qui sont visées. Après avoir rappelé et implicitement salué le durcissement des conditions d'accès à la pension anticipée, le Conseil relève « toutefois » que « les conditions de pension anticipée pour plusieurs grands groupes de fonctionnaires demeurent plus favorables que les conditions normales² ». La recommandation de 2019 semble donc devoir être comprise comme une invitation à vider cette dernière poche de résistance aux tendances suivies pendant les cinq dernières années.

810. Si les recommandations en vue de rehausser l'âge de départ effectif à la retraite se sont donc éclipsées un temps avant de faire leur retour, avec une cible plus restreinte, en 2019, la demande d'« aligner » l'âge légal de départ à la retraite sur l'évolution de l'espérance de vie n'a jamais cessé, quant à elle, de figurer parmi les mesures préconisées pour la Belgique. Elle a été formellement répétée en 2015, et elle apparaît dans les considérants précédant les RSP de 2016, où il est précisé que les initiatives en ce sens « continueront à être examinées de près dans le contexte du Semestre européen³ ». En 2017, on ne trouve aucune mention de la thématique des pensions (excepté une évocation marginale des réformes des pensions anticipées déjà adoptées). Celle-ci refait toutefois son apparition en 2018 et 2019 : considérant que « [l]a viabilité des finances publiques reste problématique », les autorités belges se voient recommander de « poursuivre les réformes des pensions envisagées⁴ ».

811. La persistance de ces recommandations peut étonner à première vue. En 2015, la Belgique a entrepris de relever progressivement l'âge légal de la pension pour l'ensemble des travailleurs, dans le secteur privé comme dans le secteur public : de 65 ans, il passera à 66 ans en 2025 pour atteindre 67 ans en 2030⁵.

-
1. Recommandation du Conseil concernant le programme national de réforme de la Belgique pour 2019 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la Belgique pour 2019 (COM(2019) 501 final), recommandation n° 1.
 2. *Ibid.*, considérant n° 10.
 3. Recommandation du Conseil du 12 juillet 2016 concernant le programme national de réforme de la Belgique pour 2016 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la Belgique pour 2016 (2016/C 299/09), considérant n° 12.
 4. Recommandation du Conseil concernant le programme national de réforme de la Belgique pour 2018 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la Belgique pour 2018 (COM(2018) 401 final), considérant n° 11 et recommandation n° 1 ; Recommandation du Conseil concernant le programme national de réforme de la Belgique pour 2019 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la Belgique pour 2019 (COM(2019) 501 final), *op. cit.*, recommandation n° 1.
 5. Loi du 10 août 2015 visant à relever l'âge légal de la pension de retraite et portant modification

Combinée aux autres réformes adoptées en 2015 relatives, notamment, aux pensions anticipées, cette mesure devait permettre de diminuer de moitié l'augmentation projetée des dépenses de pension d'ici à l'année 2060 (dépenses réduites de 1,6 % du PIB, pour une augmentation estimée avant les réformes à 3,3 % du PIB, d'après des études relayées en 2016 par la Commission)¹.

812. Des efforts importants ont donc été menés pour prendre en compte l'évolution de l'espérance de vie. Selon toute vraisemblance, ceux-ci sont cependant jugés insuffisants par les institutions européennes. Cela s'explique notamment au regard de nouvelles estimations de l'évolution démographique du pays, qui alourdissent à nouveau les dépenses projetées de pension². Mais il semble aussi que la Commission, suivie par le Conseil, soit en vérité en attente d'un autre type de réforme qu'une simple élévation de l'âge de la pension. Ces institutions paraissent avoir été séduites par un projet annoncé depuis plusieurs années par le gouvernement fédéral, qui a pris appui sur le rapport de la « Commission de réforme des pensions 2020-2040 » : l'instauration d'un système de pension à points³. Il semble avoir leurs faveurs pour la raison qu'il permettrait un ajustement « automatique » de l'âge de la retraite en fonction des évolutions démographiques, voire macroéconomiques du pays.

813. Ainsi, dans son rapport sur la Belgique de 2015, la Commission relève que l'adoption d'un système à points est mentionnée dans l'accord de gouvernement conclu par le nouveau gouvernement fédéral (conduit par le libéral francophone Charles Michel) alors fraîchement installé. Elle remarque que ce système contiendrait des « mécanismes d'ajustement correspondant à l'évolution démographique ou économique, telle qu'une augmentation de l'espérance de vie ou la modification du ratio de dépendance économique⁴ ». Un an plus tard, dans son évaluation de la mise en œuvre des RSP, après avoir noté que l'âge de la pension allait être relevé dans les années à venir, la Commission regrette qu'« [e]n revanche, aucun lien automatique ou semi-automatique n'a été introduit en vue d'adapter davan-

des conditions d'accès à la pension de retraite anticipée et de l'âge minimum de la pension de survie, précitée, spécialement les articles 2, 12 et 28.

1. Voy. le *Rapport 2016 pour la Belgique contenant un bilan approfondi sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques (SWD(2016) 71 final)*, Commission européenne, 2016, p. 48.
2. *Rapport 2018 pour la Belgique (SWD(2018) 200 final)*, Commission européenne, 2018, p. 20; *Rapport 2019 pour la Belgique (SWD(2019) 1000 final)*, Commission européenne, 2019, p. 29.
3. Voy. l'accord de gouvernement du 9 octobre 2014, p. 28 et p. 32-33, disponible sur <https://www.premier.be/fr/accord-de-gouvernement>. Le rapport final de la Commission de réforme des pensions 2020-2040, intitulé « Un contrat social performant et fiable », est disponible sur le site du Conseil académique des pensions, qui a succédé à la Commission : <https://www.conseilacademiquepensions.be/documents>.
4. *Rapport 2015 pour la Belgique contenant un bilan approfondi sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques {Com(2015) 85 final}*, op. cit., p. 63.

tage l'âge de la retraite ou d'autres paramètres pour tenir compte de l'évolution démographique ». Et elle rappelle alors que « [l]e gouvernement envisage d'instaurer un système de points qui faciliterait les changements de paramètres¹ ». Le sujet est encore évoqué dans le rapport de 2017, à l'occasion de développements sur les « mesures d'assainissement budgétaire substantielles » qu'il conviendrait d'adopter pour assurer la viabilité des finances publiques à long terme², ainsi que dans celui de 2018, où la Commission estime que l'introduction de « mécanismes d'ajustement automatique pour faire face aux évolutions démographiques ou économiques structurelles » pourrait permettre de répondre à ce « défi³ ». Ainsi, il ne fait pas de doute que la recommandation émise par le Conseil en 2018 de « poursuivre les réformes des pensions envisagées », sans plus de précision, fait référence à ce projet de pension à points. Ça ne peut toutefois plus être le cas en 2019 ; dans son rapport de cette année, la Commission constate l'abandon du projet, avec regret : c'est que « Le système public de pensions reposant sur un système à points envisagé aurait pu contribuer à la viabilité du système public de pensions en s'adaptant à l'espérance de vie ou au taux de dépendance⁴ ».

814. Cet intérêt des institutions européennes pour une automatisation de l'évolution de l'âge de la retraite en fonction de l'espérance de vie nous semble intéressant à relever. D'une part, il fait apparaître dans les recommandations émises dans le cadre du semestre une thématique — l'ajustement automatique des systèmes de pension à leur environnement — que nous retrouverons dans le cas grec et qui nous semble relever plus fondamentalement d'une manière de concevoir les rapports entre l'économie et le social au sein de la zone euro. Nous y reviendrons⁵. D'autre part, il pourrait éclairer le sens d'une recommandation adressée à un grand nombre d'États membres depuis le début du semestre européen, qui préconise d'établir « un lien » entre l'âge de la retraite et l'espérance de vie (en 2011, par exemple, ils étaient treize États membres — dont la Belgique — à l'avoir reçue)⁶. L'exemple belge nous laisse en effet penser que, plus qu'une simple élévation de l'âge de la pension, la Commission et le Conseil expriment par cette formule leur souhait de voir les États membres intégrer, dans la structure même de leurs systèmes de pension, des mécanismes permettant une adaptation « automatique » ou au moins partiellement telle aux évolutions démographiques, c'est-à-dire une

-
1. *Rapport 2016 pour la Belgique contenant un bilan approfondi sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques (SWD(2016) 71 final), op. cit., p. 72.*
 2. *Rapport 2017 pour la Belgique (SWD(2017) 67 final), Commission européenne, 2017, p. 23-24.*
 3. *Rapport 2018 pour la Belgique (SWD(2018) 200 final), op. cit., p. 2 ; voy. aussi la p. 20.*
 4. *Rapport 2019 pour la Belgique (SWD(2019) 1000 final), op. cit., p. 30.*
 5. *Voy. infra* n° 906 et s.
 6. *Voy. S. CLAUWAERT, The Country-specific Recommendations (CSRs) in the Social Field: An overview and initial comparison, Background analysis 2013.02, European Trade Union Institute, 2013, p. 11.*

adaptation qui puisse s'opérer sans intervention ultérieure (ou alors simplement marginale) des autorités nationales¹.

Cette interprétation peut également s'appuyer sur l'exemple d'autres États, comme les Pays-Bas et la Finlande, qui ont cessé de recevoir la recommandation en question précisément après avoir adopté des réformes permettant ce type d'ajustement programmé de l'âge légal de la retraite à l'évolution de l'espérance de vie. Un autre indice du sens à donner à cette recommandation d'instaurer un « lien » est encore fourni *a contrario* par la réaction des institutions européennes à des réformes adoptées en République tchèque. L'âge de la pension y a été plafonné à 65 ans, et il a été prévu par ailleurs qu'il devra être revu par le gouvernement tous les cinq ans à partir de 2019. En soi, cette mesure pourrait être considérée comme permettant de « lier » l'âge de la pension aux évolutions démographiques, puisqu'elle oblige à reconsidérer la question à intervalle régulier. La Commission et le Conseil ne semblent pas de cet avis. Dans le cadre du semestre européen de 2018, ils ont estimé que le système de pension tchèque méritait « une attention particulière ». Et pour cause : « puisqu'elles sont laissées à la discrétion du gouvernement » (*since it is left to the Government's discretion*), le calcul des dépenses projetées du système ne peuvent pas intégrer ces révisions futures de l'âge de la pension². Il semble donc que ce qui suscite l'inquiétude des institutions européennes n'est pas tant que l'âge de la pension ne soit pas effectivement aligné sur l'espérance de vie dans le futur, mais plutôt que cet alignement reste dépendant d'une intervention politique ; autrement dit, que l'état futur du système de pension reste *imprévisible* étant donné l'absence d'automatisme du processus.

815. On se permettra de dire que la préférence de la Commission et du Conseil pour des mécanismes d'ajustement automatiques aux évolutions démographiques — que l'on pense pouvoir déceler dans les RSP adressées à la Belgique mais aussi à de nombreux autres États membres à propos de la nécessité de revoir l'âge légal de la pension — nous paraît imprégnée d'un certain utopisme. L'« automatisme » d'un mécanisme est un mot bien creux si on n'a pas la garantie qu'elle sera maintenue pendant un temps long, *a fortiori* en matière de pension où le laps de temps nécessaire pour qu'une réforme produise ses effets est bien plus étendu que dans la plupart des autres domaines. À défaut, un mécanisme dit automatique n'est jamais qu'une réforme passagère, comme celles qu'il a remplacées et celles qui le remplaceront. Or, on peine à se convaincre qu'une question aussi intensément politique et par conséquent passionnelle que l'âge de la pension, qui est fonda-

-
1. Dans le même sens, voy. C. DEGRYSE, M. JEPSEN et P. POCHE, *The Euro Crisis and Its Impact on National and European Social Policies*, *op. cit.*, p. 23.
 2. Voy. le considérant n° 6 et la recommandation n° 1 du Conseil adressée à la République tchèque en 2018, repris in S. CLAUWAERT, *The country-specific recommendations (CSRs) in the social field (2018-2019)*, *op. cit.*, p. 33.

mentalement liée à la question de la répartition des richesses au sein d'une population, puisse être mise en « pilotage automatique » pour les décennies à venir.

816. Cette insistance des institutions européennes sur l'établissement d'un « lien » préprogrammé entre l'évolution de l'âge de la pension et les évolutions démographiques nous semble donc quelque peu désincarnée des réalités politiques nationales; si ce type de gestion à long terme du système de pension peut convenir à certains États membres, qui auront réussi à forger un consensus durable entre les acteurs nationaux¹, sa généralisation sous l'insistance d'instances européennes paraît peu praticable. Cette remarque rejoint l'opinion d'un économiste selon laquelle « si l'économie des pensions est relativement facile à comprendre, la politique des pensions, elle, est bien plus compliquée à faire² ».

2. Second axe : augmenter le taux d'emploi global par le vieillissement actif et la compétitivité de l'économie

817. Comme exposé plus haut, d'autres recommandations adressées à la Belgique dans le cadre du semestre européen intéressent le système de pension, bien qu'elles ne lui soient pas directement consacrées. Il s'agit, d'une part, d'encourager le « vieillissement actif » et, d'autre part, de réduire les prélèvements fiscaux et sociaux associés au travail. Ces deux recommandations font partie de l'ensemble de mesures préconisées pour augmenter le taux d'emploi global du pays, en ce compris celui des travailleurs âgés, et assurer la compétitivité de l'économie.

818. Le lien entre la première de ces recommandations et le système de pension est évident. Celui-ci constitue un des facteurs qui incitent les individus à travailler plus ou moins longtemps, selon la manière dont il est organisé. On a déjà parlé des mesures prises pour limiter les possibilités de sortie précoce du marché du travail, à savoir les réformes de la pension anticipée et du régime de chômage avec complément d'entreprise, anciennement appelé « prépension conventionnelle » — qui ne fait pas à proprement parler partie du système de pension mais de l'assurance chômage. Bien qu'on les ait présentées dans l'axe des mesures destinées à assurer

-
1. Voy. à ce sujet M.A. SCHOYEN et F. STAMATI, « The Political Sustainability of the NDC Pension Model: The Cases of Sweden and Italy », *European Journal of Social Security*, 2013, vol. 15, n° 1, p. 79-101. Voy. aussi, pour la Belgique, le rapport *Un contrat social performant et fiable : Propositions de la Commission de réforme des pensions 2020-2040 pour une réforme structurelle des régimes de pension*, *op. cit.*, p. 59-62, dans lequel ladite Commission insiste fortement sur ce que la mise en place de mécanismes d'ajustement automatiques présuppose l'élaboration d'un large consensus entre tous les acteurs impliqués, et propose qu'une nouvelle institution soit créée le cas échéant pour garantir la pérennité de ce consensus.
 2. Nous citons de mémoire des propos d'A. Börsch-Supan, qui a conclu par ces mots son intervention sur les réformes récentes du système de pension allemand, prononcée à la conférence *Pension Reforms in Europe* qui a eu lieu le 9 novembre 2018 à l'Université catholique de Louvain.

la viabilité des finances publiques, elles participent également de l'objectif de promotion du vieillissement actif¹.

819. On relèvera avec Y. Stevens que l'élévation de l'âge légal et l'augmentation parallèle de la condition de carrière pour ouvrir le droit à une pension anticipée, décidées en 2015 en conformité avec les recommandations adressées dans le cadre du semestre, indiquent plus fondamentalement un changement d'orientation du système de pension, qui dépasse la seule question du vieillissement actif. Ces réformes conduisent à faire désormais de la durée de la carrière le véritable élément déclencheur du droit à la pension, en lieu et place de l'atteinte d'un certain âge : pour la plupart des individus, l'ouverture du droit à la pension sera en effet accordée suite à l'accomplissement d'une carrière de 42 ans (la nouvelle condition de carrière pour prendre une retraite anticipée, contre 35 ans auparavant) plutôt que par l'arrivée à l'âge de 67 ans². Ce recentrement du système autour de la condition de carrière plutôt que de la condition d'âge n'était pas nécessairement voulu comme tel par les recommandations émises dans le cadre du semestre. Il permet en tous les cas de les rencontrer. On remarquera qu'il tend à rapprocher les pensions légales belges de la « logique de la contrepartie » que nous avons exposée plus haut, dans les développements consacrés à la libre prestation des services³.

820. Les autres mesures préconisées par les institutions européennes pour la poursuite de l'objectif du « vieillissement actif » ne concernent pas le système de pension, mais visent plutôt à accompagner les effets des réformes apportées à ce système. En complément à la réduction des possibilités de pensions anticipées et de prépensions, il a par exemple été recommandé en 2011 et 2012 de « recentrer davantage les politiques de soutien et d'activation de l'emploi sur les travailleurs âgés » (en plus d'autres groupes de travailleurs)⁴. À cet égard, la Commission s'est notamment félicitée en 2013 que « [l]a limite d'âge en dessous de laquelle les chômeurs font l'objet d'un suivi étroit » ait été relevée par les autorités belges⁵. On notera que des réformes supplémentaires ont été adoptées en 2015 par la Belgique pour revoir à la hausse l'âge à partir duquel un chômeur est soumis à une « obligation de disponibilité adaptée » pour le marché de l'emploi, ainsi que l'âge ou la durée de carrière à partir duquel il peut demander à être complètement dispensé

1. À propos de celui-ci, voy. *supra* n° 817 et s.

2. Y. STEVENS, « Pensioenen als instrument van geïndividualiseerd arbeidsmarktbeleid en armoebelheid », *op. cit.*, p. 567-570.

3. Voy. *supra* n° 394 et s.

4. RSP n° 5 de 2012. La même recommandation a été formulée en 2011 (RSP n° 5).

5. Rapport de 2013, appréciation de la mise en œuvre de la RSP n° 5 de 2012.

de cette obligation¹. Toujours en lien avec l'objectif du vieillissement actif, il a plus généralement été recommandé aux autorités belges de « simplifier les politiques d'incitation à l'emploi, d'activation, de rapprochement de l'offre et de la demande de main-d'œuvre, d'enseignement, d'apprentissage tout au long de la vie et de formation professionnelle pour les personnes plus âgées et pour les jeunes, et à renforcer la cohérence entre elles² ».

821. La deuxième recommandation rattachée à l'objectif d'augmentation du taux d'emploi global et présentant des liens avec le système de pension est celle de réformer, à la baisse, les prélèvements fiscaux et sociaux associés au travail. Elle a été émise chaque année entre 2011 et 2017, et elle est encore mentionnée dans un des considérants qui précèdent les recommandations de 2018³. Dans les premières années, il était ainsi demandé à la Belgique de « réorienter de manière significative la charge fiscale du travail vers des taxes ayant un effet de distorsion moins important sur la croissance⁴ ». En 2015 à nouveau, des réformes ont été adoptées en ce sens, dans le cadre de ce que le gouvernement fédéral a appelé le « *tax shift*⁵ ». Elles ont notamment consisté à diminuer progressivement le « taux de base » (composé des cotisations de base et des cotisations de modération salariale) des cotisations patronales ordinaires de 32,4 % en 2016 à un peu moins de 25 % en 2019 et à réformer les réductions structurelles des cotisations sociales concernant, entre autres, les bas et les moyens salaires⁶. L'ampleur de la réforme est importante, mais un peu moins que ce que laissent penser ces chiffres; le taux réel des cotisations sociales était en vérité plus proche des valeurs désormais atteintes pour certains employeurs en raison de nombreuses exceptions et autres réductions applicables

-
1. Arrêté royal du 19 juin 2015 modifiant les articles 56 et 89 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage.
 2. RSP n° 6 de 2013. Voy. aussi le considérant n° 9 des RSP de 2015 et le considérant n° 8 des RSP de 2016, ainsi que la RSP n° 2 de 2017 et la RSP n° 2 de 2018.
 3. En 2011 (RSP n° 5), en 2012 (RSP n° 5), en 2013 (RSP n° 5), en 2014 (RSP n° 2), en 2015 (RSP n° 2); en 2016 (RSP n° 1, à lire avec le considérant n° 11); en 2017 (RSP n° 1, à lire avec le considérant n° 20); elle est également mentionnée dans les considérants n° 17 et n° 24 des RSP de 2018.
 4. RSP n° 5 de 2012.
 5. Loi du 26 décembre 2015 relative aux mesures concernant le renforcement de la création d'emplois et du pouvoir d'achat, *M.B.*, 30 décembre 2015. Sur les liens entre ces mesures et les recommandations européennes, voy. M. DE WOLF, « Le remodelage du paysage fiscal belge, dit "tax shift", répond-il aux recommandations européennes ? », *Revue bancaire et financière*, 2016, n° 3, p. 218-222.
 6. Voy. à ce propos N. TOUSSAINT, M. MERVILLE et N. THÉMELIN, « Le Tax shift : incidences sociales et fiscales pour les employeurs », *Orientations*, 2016, n° 7, p. 16-31. Voy. aussi W. VAN EECKHOUTTE, *Mémento social*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018 (éd. 2018-2), p. 803-804, notes 2 et 5.

alors¹. Des mesures ont également ont été prises en matière fiscale, pour diminuer l'impôt sur le revenu des personnes physiques².

822. En 2016, dans son rapport pour la Belgique, la Commission estimait que les mesures de 2015 allaient dans le sens des « recommandations par pays du Conseil adressées à la Belgique ces dernières années. L'allègement de la charge fiscale sur le travail devrait améliorer la compétitivité et le fonctionnement du marché du travail, et favorisera dès lors la croissance et l'emploi³ ». Comme il vient d'être dit, les recommandations adressées à la Belgique entre 2016 et 2018 ont continué de mentionner la nécessité de « simplifier le système fiscal et supprimer les dépenses fiscales qui provoquent des distorsions⁴ » ; la réduction des prélèvements associés au travail en particulier ne semblent cependant plus le mot d'ordre prioritaire.

823. Avant de discuter les liens qui unissent la recommandation d'alléger la « charge fiscale sur le travail » et le système de pension belge, il nous semble important de revenir sur la raison avancée par la Commission et le Conseil pour motiver cette recommandation. D'après ces institutions, une baisse des cotisations sociales serait nécessaire pour garantir la *compétitivité* de l'économie belge et ainsi en assurer la croissance sur le long terme. Indépendamment de la question du bien-fondé de cette analyse, il est intéressant de relever que ce motif de la compétitivité a partie liée avec l'architecture macroéconomique de l'UEM, que nous avons exposée plus haut.

824. Dans le cadre de l'UEM, les relations entre les économies nationales sont médiatisées non pas par l'adoption de politiques monétaire ou budgétaires, mais par la concurrence sur les marchés. Par conséquent, étant donné l'absence d'outils budgétaires conséquents ou monétaires à leur disposition, les États membres de la zone euro n'ont pas beaucoup d'autres options, pour assurer la bonne santé de leur économie nationale, que de la rendre la plus performante au regard des critères du marché au sein duquel elle est en concurrence avec les autres économies nationales. Cette recherche de « compétitivité » peut prendre diverses formes. L'une d'entre elles consiste à procéder à des dévaluations internes, c'est-à-dire une baisse des prix et notamment du « prix » du travail. Derrière cette idée de dévalorisation se trouve fondamentalement celle que la solution à un marché du travail défaillant passe par un renforcement du jeu de l'offre et de la demande au sein de

-
1. Voy. C. DEMBOUR et A. DEFAUW, « Le tax shift et son impact sur la diminution des coûts salariaux », *Revue bancaire et financière*, 2016, n° 3, p. 223-226.
 2. Voy. L. MAES et J. VAN DYCK, « Dispositions fiscales de la loi sur le "tax shift" : une synthèse », *Le Fiscologue*, 2016, n° 1463, p. 6-13. Voy. aussi pour une présentation générale L. SMAR, « Le "tax shift" ou glissement fiscal », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2016, n° 34-35, 64 p.
 3. *Rapport 2016 pour la Belgique contenant un bilan approfondi sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques (SWD(2016) 71 final)*, op. cit., p. 63.
 4. RSP n° 1 de 2016.

ce marché : pour relancer l'emploi, il faut que celui-ci soit offert sur le marché au prix auquel il pourra trouver acquéreur.

825. Il semble bien que ce soit cette option de la dévalorisation qui guide la Commission et le Conseil dans leurs recommandations : pour assurer la viabilité des finances publiques du pays, autrement dit sa bonne santé économique, ces institutions encouragent la Belgique à remplacer la « fiscalité pesant sur le travail », dont font partie les cotisations sociales, par des impôts « ayant un effet de distorsion moins important sur la croissance¹ ». Dans un contexte macroéconomique tel que celui de l'UEM, où la croissance passe par la compétitivité de l'économie, c'est là une autre façon de dire qu'il faut renforcer cette compétitivité par une dévaluation du travail. On notera à cet égard qu'une autre recommandation persistante des institutions européennes à la Belgique dans le cadre du semestre européen est de revoir le mécanisme de fixation des salaires, afin que ceux-ci « reflètent » mieux la « productivité » des travailleurs « ainsi que l'évolution de la situation économique² » ; autrement dit, que le travail doit être dévalué pour coller au mieux aux besoins du marché. Ainsi, par exemple, dans son rapport pour la Belgique de 2016, la Commission estimait que les « mauvais résultats » du taux d'emploi des travailleurs âgés « s'expliquent notamment par les écarts entre les barèmes de salaires et la productivité ».

826. Dans les deux cas, la logique sous-jacente aux recommandations des institutions européennes est donc identique : le « coût du travail » doit correspondre ou du moins s'approcher de son prix « réel » sur le marché, qui dépend de sa productivité. Il est intéressant de relever qu'elle entre en résonance avec la politique de « flexibilisation » que nous avons présentée plus haut comme l'une des stratégies possibles avancées par les économistes pour assurer la stabilité de la zone euro : la flexibilisation des économies nationales, et en particulier de leurs marchés du travail, est censée permettre leur ajustement réciproque par les mécanismes de marché en cas de chocs économiques asymétriques au sein de l'UEM (et spécifiquement de la zone euro)³.

Les recommandations spécifiques adressées à la Belgique relativement à la « fiscalité pesant sur le travail » ne sont donc probablement pas motivées uniquement par le souhait d'assurer la croissance de l'économie belge, pour laquelle elles proposent leur recette. On conçoit sans difficulté qu'elles puissent également par-

-
1. RSP n° 5 de 2012. La même expression « effet de distorsion moins important sur la croissance » est aussi utilisée dans la RSP n° 5 de 2013.
 2. RSP n° 5 de 2014. Voir aussi la RSP n° 4 de 2015. À propos de mesures prises en ce sens en 2015 et 2016, voy. J. CLESSE et F. KÉFER, « Le contrôle des normes relatives à la modération des rémunérations au regard du droit de négociation collective », *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2017, n° 1-2, p. 89-112.
 3. Voy. *supra* n° 724 et s.

ticiper d'une autre finalité, celle de pallier les faiblesses structurelles de l'Union monétaire.

827. Il nous semble indéniable que les recommandations d'alléger « la charge fiscale sur le travail », en ce compris les cotisations sociales, ont des implications pour le système de pension, quoique les effets concrets de mesures en ce sens soient moins facilement prévisibles. Ces implications sont de deux ordres.

828. Le premier ordre d'implications tient au fait que le mode de financement d'un système de pension n'est pas sans lien avec son mode d'organisation, et plus précisément avec l'identité des acteurs considérés comme légitimes à prendre part à cette organisation. C'est que les groupes sollicités pour financer un dispositif sont toujours, du fait même de leur participation financière, en meilleure position pour revendiquer certains droits sur la gestion de ce dispositif. Pour le dire avec les mots de l'historien de la sécurité sociale belge G. Vanthemsche, « [q]ui paie obtient le droit de gestion¹ », ou à tout le moins peut-il espérer l'obtenir. Ainsi, selon qu'un système de pension est financé par des cotisations sociales ou par l'impôt général, il est plus facilement accordé que les syndicats et les organisations patronales, dans la première hypothèse, ou que des représentants des autorités étatiques, dans la seconde hypothèse, devraient prendre part aux décisions affectant ce système, ou à tout le moins ont une plus grande légitimité à être entendus à ce propos².

La recommandation de la Commission et du Conseil de baisser les cotisations sociales et d'augmenter en compensation les ressources tirées d'une source de financement alternative ne devrait donc pas, à notre sens, être considérée comme une simple question de technique macroéconomique. Ce serait là oublier une dimension de la réalité d'un système de pension, qui est que son financement détermine aussi le poids des acteurs intéressés à participer à sa gestion. En l'occurrence, une politique de baisse des cotisations sociales est de nature à affaiblir, à terme, la position des organisations syndicales et patronales au sein du système belge.

829. Qu'on ne se méprenne pas sur le sens de cette dernière remarque : elle ne contient pas de jugement sur l'opportunité d'une telle mesure — pour ce faire il faudrait au préalable identifier un critère de ce qui est bon et de ce qui ne l'est pas, ce qui relève de la position politique. Nous avançons par contre que ce serait faire preuve soit de naïveté, soit de malhonnêteté intellectuelle de ne pas voir ou de ne

-
1. G. VANTHEMSCHE, *La sécurité sociale. Les Origines du système belge. Le présent face à son passé*, Bruxelles, De Boeck, 1994, p. 36.
 2. Voy. aussi B. EBBINGHAUS, « The Role of Trade Unions in Pension Policymaking and Private Pension Governance in Europe », in D. NATALI (éd.), *The New Pension Mix in Europe: Recent Reforms, Their Distributional Effects and Political Dynamics*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2017, p. 217-218.

pas vouloir prendre en considération qu'une telle mesure a aussi des implications pour les acteurs en présence sur la scène du système de pension belge.

830. Quant à décrire les effets concrets et précis de la mise en œuvre d'une mesure de ce type à court, moyen et long terme, cela dépasse nos compétences et notre propos. Une série d'autres facteurs seraient à considérer pour analyser l'évolution des rapports entre, par exemple, les organisations syndicales et patronales, d'une part, et le gouvernement fédéral, d'autre part, en matière de pension. L'on peut toutefois raisonnablement soutenir à notre sens que la baisse des cotisations sociales, encouragée par les institutions européennes, constitue l'un de ces facteurs.

831. Le deuxième ordre d'implications de la recommandation de baisser les cotisations sociales pour les pensions tient en ce que celle-ci révèle aussi en creux les contraintes qui encadrent l'avenir des systèmes de pension des États membres de l'UEM et singulièrement de la zone euro. Nous avons exposé plus haut que ces États sont soumis à certaines obligations budgétaires, dont le non-respect peut en théorie déboucher sur l'imposition de sanctions financières pour les États membres de la zone euro¹. Ces obligations sont évidemment un élément à prendre en considération dans l'élaboration d'une réforme du système de pension.

832. Mais, comme l'a pertinemment remarqué un auteur, en tant que telles elles ne contiennent aucun choix prédéterminé quant aux solutions à adopter face à la prévision d'une hausse des dépenses de pensions². Elles exigent seulement que certains équilibres soient respectés entre les dépenses et les recettes de l'État³; quant à savoir s'il faut réduire les dépenses ou augmenter les recettes pour maintenir ces équilibres, elles restent muettes. En principe donc, la décision d'un État d'augmenter les cotisations sociales pour compenser la hausse projetée des dépenses de pension est tout aussi respectueuse des obligations budgétaires que celle de réformer le système pour en contenir ou en diminuer les dépenses.

Et pourtant, au vu des recommandations adressées à la Belgique, il ne fait pas de doute que les deux attitudes (augmentation des recettes ou réforme en vue de contenir ou diminuer les dépenses) ne sont pas appréciées de manière égale par la Commission et le Conseil. C'est qu'ils considèrent que certains prélèvements,

1. Voy. *supra* n° 742 et s.

2. M. HERING, « The Politics of Structural Pension Reform in Western Europe: Does the EU Matter? », *Paper presented at the Fifteenth International Conference of the Council for European Studies*, Columbia University, 2006, p. 17, disponible sur www.councilofeuropeanstudies.org/files/Papers/Hering.pdf. Voy. aussi plus généralement à propos de l'absence de définition par le droit européen (si l'on fait abstraction de sa mise en œuvre) des moyens à employer pour respecter les objectifs budgétaires A. HINAREJOS, « Changes to Economic and Monetary Union and Their Effects on Social Policy », *op. cit.*, spéc. p. 234-235.

3. Voy. *supra* n° 735 et s.

parmi lesquels les cotisations sociales, sont attentatoires à la croissance de l'économie, ou à tout le moins qu'ils le sont plus que d'autres. Partant, ils estiment que les maintenir, et plus encore les augmenter constituerait à terme une menace pour la santé de l'économie et, par ricochet, pour la « viabilité » des finances publiques. Opter pour cette solution comporterait ainsi ultimement le risque aux yeux de ces institutions que, dans le futur, l'État ne soit plus en mesure de respecter ses obligations budgétaires.

En d'autres termes, la Commission et le Conseil ne se contentent pas, dans le cadre des RSP adressées à la Belgique, de lui rappeler la nécessité de respecter ses *objectifs* budgétaires; ils lui indiquent aussi quels *moyens* doivent être employés. En l'occurrence, un refinancement du système de pension par une augmentation des cotisations sociales leur paraît exclu.

833. Au terme de cette analyse des recommandations adressées à la Belgique en matière de pension dans le cadre du semestre européen, quelques enseignements nous semblent pouvoir être tirés. Le système de pension est au carrefour de plusieurs préoccupations, à savoir la soutenabilité des finances publiques, le taux d'emploi, mais aussi de manière indirecte la compétitivité de l'économie nationale. Les mesures préconisées sont susceptibles d'avoir des implications importantes pour le système de pension. Notamment, la préférence pour un mécanisme d'ajustement automatique de l'âge légal de la retraite à l'espérance de vie ainsi que l'insistance sur la nécessité de baisser la « charge fiscale » sur le travail soulèvent des enjeux politiques; elles sont de nature à modifier les rapports entre les acteurs en présence pour les discussions relatives à l'avenir du système.

834. Si ces analyses nous permettent de dessiner les contours du contenu des souhaits exprimés par les institutions européennes dans le cadre du semestre européen à l'égard du système de pension belge, nous ne pouvons par contre en tirer aucune conclusion quant à l'influence qu'elles ont exercée concrètement sur les acteurs belges. On a vu que plusieurs des recommandations ont été rencontrées par des réformes récentes, pour la plupart adoptées en 2015. Mais cela ne saurait suffire à établir un lien de causalité. La Belgique a traversé les années de crise avec bien moins de difficultés que beaucoup d'autres États membres. Elle n'a pas subi de pression forte de la part des marchés financiers¹. L'effectivité (au sens défini plus haut) des instruments du semestre européen à son égard était donc faible; elle n'a probablement jamais dépassé le premier degré de l'échelle que nous avons dressée plus haut, soit le degré de la simple pression politique². Les réformes de

1. Voy. notamment les informations fournies in I. MARX et N. SCHUERMAN, « Belgium, or How Inertia Can Have Unexpected Benefits in Times of Crisis », in K. SCHUBERT, P. DE VILLOTA et J. KUHLMANN (éds.), *Challenges to European Welfare Systems*, Heidelberg, Springer, 2016, p. 37-58.

2. Voy. *supra* n° 788.

2015 ne sauraient donc être présentées, en droit, comme la conséquence directe des recommandations¹.

835. Notre deuxième cas d'étude est à cet égard bien différent : l'effectivité des instruments de la gouvernance était maximale pour guider les réformes du système de pension grec. Nous verrons par contre que celles-ci sont également traversées par plusieurs des thèmes présents dans les recommandations adressées à la Belgique.

Section 2 : Deuxième cas d'étude : la réforme du système de pension grec sous les trois plans d'aide financière

836. Les réformes des pensions adoptées par la Grèce pendant les années de crise forment la matière de notre deuxième cas d'étude. Nous commençons par rappeler les principales étapes des plans d'aide financière octroyés à la Grèce entre 2010 et 2018. Nous donnons ensuite quelques informations générales sur l'état du système de pension grec tel qu'il existait avant cette période (§ 1). Après ces éléments contextuels, nous présentons les mesures adoptées en matière de pension depuis 2010 en distinguant entre les réductions apportées aux pensions en cours et les réformes du système pour les pensions à verser dans le futur (§ 2).

§ 1. Le contexte des réformes

837. Pour prendre la mesure des événements traversés par la Grèce au cours de la dernière décennie, il semble bon de commencer par rappeler les principales étapes de la crise qui a frappé les finances publiques du pays et de donner quelques informations sur les plans d'aides qui lui ont été octroyés à sa suite (1). À ces éléments de contexte extérieur, nous ajoutons quelques renseignements sur l'état du système de pension grec tel qu'il existait avant la crise, qui indiquent que celui-ci présentait par ailleurs des faiblesses certaines (2).

1. Les trois plans d'aide financière octroyés à la Grèce pendant la crise

838. Si la crise était déjà en cours depuis l'année 2008, les tourments ont réellement commencé pour la Grèce en octobre 2009. Après l'arrivée au pouvoir d'un nouveau gouvernement, il est apparu que les chiffres officiels censés refléter l'état des finances publiques étaient erronés : le déficit public de 3,7 % projeté pour 2009

1. Pour des travaux de science politique montrant la présence très nette des thèmes européens dans la politique belge, mettant ainsi en lumière des rapports non pas de contrainte juridique mais d'influence plus diffuse entre les niveaux européen et belge, voy. les références citées *supra*, p. 441, note 4.

par le gouvernement précédent a été réévalué à 12,5 %, tandis que les estimations de la dette publique pour la même année ont été revues de 99,6 % à 115,1 % du PIB¹. Dans un contexte de crise financière mondiale, cette nouvelle a provoqué des réactions vives sur les marchés financiers : bientôt, les principales agences de notation revoyaient à la baisse leurs notes des obligations de l'État grec, faisant grimper en flèche le taux d'intérêt de ces obligations vers des niveaux intenable. Ainsi, dès avril 2010, « le coût des emprunts sur les marchés financiers était devenu tout simplement prohibitif » pour l'État². Celui-ci n'avait dès lors plus d'autre choix que de chercher des sources de financement différentes pour continuer à faire face à ses dépenses et éviter ainsi de se trouver en situation de défaut de paiement. Membre de l'Union européenne et de la zone euro, il s'est tourné vers les institutions de ces organisations pour leur demander un soutien d'urgence. Plus que les effets de la crise sur l'économie grecque elle-même, c'est donc la réaction des acteurs sur les marchés financiers suite à l'annonce de nouveaux chiffres officiels sur l'état des finances publiques qui a contraint le gouvernement grec à demander une aide financière des institutions européennes.

839. Trois plans d'aide financière ont été octroyés à la Grèce, respectivement en 2010, en 2012 et en 2015³. Pour les deux premiers d'entre eux, les acteurs à la manœuvre étaient identiques. Il s'agissait des États membres de la zone euro, dont les ministres se réunissent dans cette instance informelle appelée « l'Eurogroupe⁴ », de la Commission européenne, de la BCE et du Fonds monétaire international (FMI). Ce dernier n'a pas participé au troisième plan. Par ailleurs, le cadre juridique de ces plans d'aide a varié, suivant en cela les innovations institutionnelles de la zone euro adoptées successivement pour mettre en place les mécanismes d'assistance financière déjà évoqués plus haut.

Le premier plan d'aide consistait en un prêt de 110 milliards d'euros. Il a été accordé le 2 mai 2010 sous la forme de plusieurs prêts bilatéraux conclus entre la Grèce et ses bailleurs de fonds. 80 milliards étaient à charge des États membres de la zone euro (moins la Slovaquie, l'Irlande et le Portugal), tandis que les 30 mil-

-
1. M. MATSAGANIS, « The welfare state and the crisis: the case of Greece », *Journal of European Social Policy*, 2011, vol. 21, n° 5, p. 501.
 2. M. MATSAGANIS et C. LEVENTI, « Pathways to a Universal Basic Pension in Greece », *Basic Income Studies*, 2011, vol. 6, n° 1, p. 10.
 3. Pour l'historique des différents plans d'aide à la Grèce, voy. le site de la Commission européenne, https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-financial-assistance/which-eu-countries-have-received-assistance/financial-assistance-greece_en#first-programme-for-greece. Voy. également A. KYRIAKIDIS, « The Greek Crisis 2009-2015: A Comprehensive Analysis of the EU-IMF Financial Assistance Programs », *International Journal of Employment Studies*, 2016, vol. 24, n° 2, p. 9-12.
 4. Voy. l'article 137 TFUE et le Protocole n° 14 sur l'Eurogroupe. À propos de cet « objet institutionnellement non identifié », voy. F. MARTUCCI, *L'Ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, op. cit., p. 462-483.

liards restants étaient amenés par le Fonds monétaire international. Ce premier plan devait permettre à la Grèce de couvrir ses dépenses pendant 18 mois environ, période après laquelle la Commission estimait que le gouvernement serait à nouveau en mesure de se financer sur les marchés financiers¹.

Cette prévision s'est toutefois vite avérée (bien) trop optimiste. Un deuxième prêt, d'un montant de 130 milliards d'euros, a été accordé le 14 mars 2012. Initialement prévu pour couvrir les dépenses du pays jusqu'à la fin de l'année 2014, il a finalement été étendu, après des négociations avec le gouvernement grec, jusqu'en juin 2015. Décidée au sein de l'Eurogroupe, la part européenne de ce deuxième prêt a été financée via le Fonds européen de stabilité financière, un des mécanismes d'assistance financière mis en place pendant l'été 2010 au niveau de la zone euro pour contrôler les effets de la crise². En comptant la part non échue du premier prêt qu'il a reprise à son compte en 2012, ce Fonds est intervenu pour un montant total de 144,7 milliards d'euros. L'intervention du FMI pendant la même période s'est, elle, élevée à 19,8 milliards d'euros³.

Enfin, un troisième plan d'aide a été conclu en août 2015. Son adoption a été particulièrement mouvementée. Un nouveau gouvernement mené par le parti Syriza était arrivé au pouvoir en janvier 2015, avec un programme « anti-austérité ». Lorsque le deuxième plan d'aide a pris fin le 30 juin 2015, aucun accord n'avait encore pu être trouvé entre le gouvernement et les bailleurs de fonds pour définir les conditions d'un nouveau prêt, alors que le pays n'était toujours pas en mesure de couvrir ses besoins de financement. Le 5 juillet, un référendum était organisé pour demander aux Grecs s'ils étaient favorables ou non aux mesures demandées par les bailleurs de fonds en contrepartie d'une nouvelle aide financière. Avec une majorité de 61,31 %, les participants se prononçaient en défaveur des conditions proposées. Pourtant, le 9 juillet, le gouvernement grec faisait savoir qu'il acceptait finalement d'adopter les mesures en question⁴.

La voie était donc ouverte pour la conclusion d'un nouveau plan d'aide. Celui-ci a pris cours le 20 août 2015 (un prêt de court terme avait été octroyé entre-temps pour couvrir les dépenses les plus urgentes). Accepté par les membres de l'Eurogroupe, ce troisième plan d'aide a été financé par le moyen du Mécanisme européen de stabilité, le dispositif mis en place en 2012 pour remplacer le Fonds euro-

-
1. *The Economic Adjustment Programme for Greece (May 2010)*, European Economy Occasional papers n° 61, European Commission, DG for Economic and Financial Affairs, 2010, p. 31.
 2. Voy. *supra* n° 770.
 3. Voy. *supra*, p. 469, note 3.
 4. A propos de cet épisode, voy. notamment K. FEATHERSTONE, « Conditionality, Democracy and Institutional Weakness: The Euro-crisis Trilemma », *Journal of Common Market Studies*, 2016, vol. 54, p. 48-64. Voy. aussi pour un témoignage « de l'intérieur » Y. VAROUFAKIS, *Adults in the Room: My Battle With the European and American Deep Establishment*, New York, NY, Farrar, Straus and Giroux, 2017.

péen de stabilité financière et dont on a parlé plus haut¹. Il portait sur un montant de 86 milliards d'euros et couvrait une période de trois ans. Il a pris fin avec un dernier versement opéré en août 2018. Comme déjà dit plus haut, le FMI n'y a pas participé².

840. Depuis la fin de ce troisième et dernier plan d'aide, la Grèce est à nouveau intégrée dans la procédure du semestre européen. Elle y est toutefois soumise à un régime particulier de « surveillance rapprochée³ ». Elle s'est par ailleurs engagée auprès de l'Eurogroupe à continuer de mettre en œuvre les réformes adoptées sous le plan d'aide précédant, ainsi que de compléter dans certains délais celles qui n'avaient encore été qu'amorcées⁴. Le pays n'a donc pas encore retrouvé un statut comparable à celui des autres États membres de l'UE.

841. Chacun des trois plans d'aide financière accordés à la Grèce ont été délivrés en plusieurs tranches. Le versement de chacune de ces tranches était conditionné à la mise en œuvre de mesures définies dans deux mémorandums : un mémorandum « sur les politiques économiques et financières » et un mémorandum « d'entente sur la conditionnalité spécifique de politique économique ». Le second spécifiait les critères d'après lesquels les efforts fournis par la Grèce devaient être évalués et contrôlés au regard des mesures et objectifs fixés dans le premier. Cette évaluation et ce contrôle étaient assurés par la direction générale Affaires économiques et financières de la Commission européenne et le Fonds monétaire international. Après chaque contrôle, les mémorandums étaient amendés afin de tenir compte de l'évolution de la mise en œuvre des mesures demandées et, le cas échéant, d'en préciser de nouvelles. À nouveau, le versement de la tranche suivante n'avait lieu qu'à la condition que les mesures ainsi amendées soient effectivement adoptées, et ainsi de suite. Parmi les mesures énumérées dans les mémorandums successifs, un grand nombre a concerné le système de pension.

1. Voy. *supra* n° 770 et s.

2. Voy. *supra*, p. 469, note 3.

3. Voy. Commission implementing decision of 11.7.2018 on the activation of enhanced surveillance for Greece, C(2018) 4495 final, et les articles 2 à 4 du règlement (UE) n° 472/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au renforcement de la surveillance économique et budgétaire des États membres de la zone euro connaissant ou risquant de connaître de sérieuses difficultés du point de vue de leur stabilité financière, précité, qui définissent le régime de surveillance renforcée.

4. Le document est disponible sur le site de la Commission européenne, https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-financial-assistance/which-eu-countries-have-received-assistance/financial-assistance-greece_en#enhanced-surveillance-framework-for-greece.

2. Quelques informations sur l'état du système de pension grec avant la crise

842. De l'avis de plusieurs auteurs ainsi que des résultats de diverses études, il ressort que le système de pension grec tel qu'il existait jusque dans les années 2010 et le début des réformes présentait des déséquilibres importants. Le pays comptait 130 régimes de pension différents en 2007, organisés d'après la situation professionnelle (travailleur salarié, travailleur indépendant, fonctionnaire) ou le secteur d'activité des personnes couvertes¹. Les variations entre les dispositions juridiques appliqués au sein de ces régimes étaient considérables, pour des raisons souvent dénoncées comme clientélistes² : les taux de cotisation sociale, les salaires de référence pour le calcul de la pension, les durées requises de contribution pour se constituer un droit à pension, le montant de ces pensions et même l'âge de la retraite pouvaient différer fortement d'un régime à l'autre. Certains hommes, par exemple, étaient autorisés à partir à la retraite à l'âge de 45 ans, tandis que d'autres devaient attendre l'âge de 65 ans. Ces différences de traitement étaient en général favorables aux titulaires de professions libérales par comparaison aux travailleurs salariés, ainsi qu'aux travailleurs du secteur public par comparaison aux travailleurs du secteur privé. Les femmes étaient également moins bien loties que les hommes³.

843. Outre cette forte diversité génératrice d'inégalités de traitement, les finances du système présentaient des faiblesses certaines. En 2009, alors que des projections estimaient que les dépenses de pensions représenteraient en moyenne 12,5 % du PIB au sein de l'UE en 2060, les dépenses projetées du système grec pour la même année tournaient autour de 24 % du PIB, devenant les plus importantes de l'UE⁴.

-
1. M. STEPAN et K.M. ANDERSON, « Pension Reform in the European Periphery: the Role of EU Reform Advocacy », *Public Administration and Development*, 2014, vol. 34, n° 4, p. 324. Le même nombre de régimes est donné par S. ADAM et C. PAPTAEODOROU, « Dismantling the Feeble Social Protection System of Greece: Consequences of the Crisis and Austerity Measures », in K. SCHUBERT, P. DE VILLOTA et J. KUHLMANN (éds.), *Challenges to European Welfare Systems*, Heidelberg, Springer, 2016, p. 274, qui citent M. PETMESIDOU, *Pensions, health care and long-term care: Annual National Report 2013*.
 2. D.A. SOTIROPOULOS, « The EU's Impact on the Greek Welfare State: Europeanization on Paper? », *Journal of European Social Policy*, 2004, vol. 14, n° 3, p. 271 ; S. ZAMBARLOUKOU, « Greece After the Crisis: Still a south European welfare model? », *European Societies*, 2015, vol. 17, n° 5, p. 665 ; D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 38-39. Voy. Aussi S. ADAM et C. PAPTAEODOROU, « Dismantling the Feeble Social Protection System of Greece: Consequences of the Crisis and Austerity Measures », *op. cit.*, p. 281-282 ; M. PETMESIDOU, « Welfare Reform in Greece: A Major Crisis, Crippling Debt Conditions and Stark Challenge Ahead », in P. TAYLOR-GOOPY, B. LERUTH et H. CHUNG (éds.), *After Austerity: Welfare State Transformation in Europe after the Great Recession*, 2017, p. 156.
 3. M. MATSAGANIS et C. LEVENTI, « Pathways to a Universal Basic Pension in Greece », *op. cit.*, p. 4.
 4. *Pension schemes and pension projections in the EU-27 member states 2008 – 2060. Volume I – Report*, European Economy Occasional papers n° 56, European Commission, DG for Eco-

Par ailleurs, l'administration des régimes de pension était souvent défectueuse, menant à des situations de non-perception de cotisations dues ou au paiement de prestations injustifiées¹.

844. Ces difficultés du système sur le plan de l'égalité entre travailleurs, ainsi que sur les plans financier et administratif, avaient des conséquences sociales importantes. Alors que la Grèce présentait un des taux de dépenses de pension parmi les plus élevés au sein des pays de l'OCDE, elle connaissait également un taux de précarité considérable parmi ses retraités². En 2006, 25 % d'entre eux étaient considérés en situation de pauvreté³.

845. Depuis le début des années 1990, plusieurs gouvernements s'étaient essayés à réformer le système. Néanmoins, aucune de ces réformes n'avait permis d'en résoudre les déséquilibres fondamentaux⁴. De l'avis de certains auteurs, les institutions politiques et sociales du pays étaient particulièrement peu propices à des transformations d'ampleur du système de pension⁵.

§ 2. Les mesures adoptées en matière de pension sous les trois plans d'aide financière

846. La situation du système de pension grec était donc celle-là lorsque le pays est entré dans son premier plan d'aide financière en mai 2010. Les mémorandums attachés aux plans d'aide successifs ont prévu deux types de mesures à adopter dans le domaine des pensions. Le premier a été une réduction des dépenses de pension en cours, faisant partie d'un plan d'ensemble de réductions des dépenses et d'augmentation des recettes devant permettre un changement rapide et radical

conomic and Financial Affairs, 2009, p. 36, disponible sur http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication16034_en.pdf.

1. M. PETMESIDOU, « Tracking Social Protection: Origins, Path Peculiarity, Impasses and Prospects », in M. PETMESIDOU et E. MOSSIALOS (éds.), *Social Policy Developments in Greece*, Aldershot, Ashgate, 2006, p. 40 ; D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 39.
2. D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 39.
3. *National Strategy Report on Social Protection and Social Inclusion 2008-2010*, Grèce, 2008, p. 3, disponible sur <https://ec.europa.eu/social>.
4. Pour un bref historique des réformes adoptées entre 1990 et 2008, voy. D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 39-41.
5. K. FEATHERSTONE et P. TINIOS, « Facing Up to the Gordian Knot: The Political Economy of Pension Reform », in M. PETMESIDOU et E. MOSSIALOS (éds.), *Social Policy Developments in Greece*, Aldershot, Ashgate, 2006, p. 174-193.

de l'état des finances publiques en vue de « restaurer la confiance¹ » des marchés financiers (1). Le second type de mesures demandées était une réforme en profondeur du système de pension, afin d'en contenir les dépenses sur le moyen et le long terme (2). Nous présentons successivement ces deux ensembles de mesures. Nous précisons enfin vers quel modèle, selon nous, les réformes adoptées en réponse aux mémorandums font désormais tendre le système de pension grec et les liens qu'entretiennent à notre sens ces réformes avec l'architecture macroéconomique de la zone euro (3).

1. Réduction des pensions en cours

847. Le nombre et la diversité des mesures de réduction des pensions en cours de paiement décidées sous les trois plans d'aide sont tels qu'il aurait été excessivement fastidieux (et probablement vain) de les recenser toutes. Afin toutefois de donner une idée de l'ampleur des coupes opérées, nous présentons brièvement ci-dessous les principales réductions adoptées pendant les trois premières années d'assistance financière (soit au plus fort de la crise), ainsi que quelques informations sur les effets cumulés de ces réductions sur la situation des pensionnés grecs.

848. Les premières mesures de réduction des dépenses de pension indiquées dans le mémorandum devaient être adoptées avant la fin de l'été 2010, soit dans les trois mois de la conclusion du mémorandum. Elles devaient consister en la suppression de trois allocations supplémentaires annuelles (payées à Pâques, en été et à Noël) habituellement versées aux pensionnés, « tout en protégeant ceux qui perçoivent des pensions moins élevées ». Par ailleurs, il était attendu de l'État grec qu'il réduise les pensions les plus élevées, de manière à faire des économies de 500 millions d'euros sur un an². Dans un deuxième temps, pour l'automne 2010, l'indexation des pensions devait être gelée, en vue d'économiser 100 millions d'euros supplémentaires³. Enfin, le montant nominal des pensions elles-mêmes devait être gelé avant la fin de l'automne 2011, dans le but d'économiser 250 millions d'euros⁴.

La première vague de coupes dans les pensions existantes a été mise en œuvre par une loi n° 3845 adoptée en 2010. Cette loi a supprimé les trois allocations annuelles susmentionnées pour les pensionnés de moins de 60 ans, et les a réduites pour les pensionnés de plus de 60 ans. En forme de compensation, une allocation de vacances de 800 euros par an avait été introduite pour les pensionnés de 60 ans

-
1. Selon l'expression (« *restore confidence* ») utilisée dans le premier mémorandum du premier plan d'aide: *The Economic Adjustment Programme for Greece (May 2010)*, *op. cit.*, p. 15.
 2. *Ibid.*, p. 64.
 3. *Ibid.*, p. 67.
 4. *The Economic Adjustment Programme for Greece. Third review – winter 2011*, Occasional Papers 77, European Commission, DG for Economic and Financial Affairs, 2011, p. 116.

et plus dont le revenu mensuel brut ne dépassait pas 2 500 euros; elle a finalement été supprimée à son tour en novembre 2012¹.

Par ailleurs, la même loi a introduit une « contribution de solidarité », fonctionnant comme un impôt progressif sur les pensions². Prélevée auprès de tous les pensionnés recevant une pension principale de plus de 1 400 euros bruts par mois, son taux devait varier entre 3 % et 10 % selon le montant de la pension reçue. Selon l'exposé des motifs de la loi, elle devait être affectée à un fonds destiné à couvrir les déficits des institutions délivrant les pensions primaires³.

849. En octobre 2011, constatant que les mesures adoptées jusque-là ne permettraient pas d'atteindre les objectifs budgétaires fixés pour les années 2012-2014, une version amendée des mémorandums de 2010 a été adoptée, qui prévoyait de nouvelles réductions des pensions en cours. Notamment, les pensions principales de 1 200 euros et plus devaient être réduites de 20 %, tandis que les pensions auxiliaires de 150 euros et plus devaient l'être de 15 % à 30 % selon les cas⁴. (Les pensions principales et auxiliaires sont des pensions légales, qui constituaient ensemble les deux « étages » du premier pilier du système de pension grec — les deux autres piliers n'ayant qu'un rôle tout à fait marginal dans le pays. Nous les décrivons plus en détails ci-dessous dans la présentation des réformes structurelles du système⁵.)

De nouvelles coupes ont donc été adoptées par l'État grec, au moyen de plusieurs lois. Elles ont pris des formes diverses. Les taux progressifs de la contribution de solidarité introduite en 2010 ont été augmentés et convertis en un taux unique de 14 %, celui-ci s'appliquant désormais aux pensions principales d'un montant de 800 euros et plus par mois. Une cotisation de solidarité supplémentaire a par ailleurs été instaurée sur les pensions auxiliaires de plus de 300 euros par mois⁶. Enfin, conformément à la mesure fixée dans les mémorandums tels qu'amendés en 2011, les pensions principales de 1 200 euros par mois et plus ont effectivement été réduites de 20 % (la réduction était même de 40 % pour les pen-

-
1. M. MATSAGANIS, *The Greek Crisis: Social Impact and Policy Responses*, Berlin, Friedrich-Ebert-Stiftung, Department of Western Europe/North America, 2013, p. 21, disponible sur <https://library.fes.de/pdf-files/id/10314.pdf>; D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 99.
 2. M. MATSAGANIS, *The Greek Crisis: Social Impact and Policy Responses*, *op. cit.*, p. 21.
 3. D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 99-100.
 4. *The Economic Adjustment Programme for Greece. Fifth review – October 2011*, Occasional Papers 87, European Commission, DG for Economic and Financial Affairs, 2011, p. 110-111.
 5. Voy. *infra* n° 860 et s.
 6. M. PETMESIDOU, *Country Document – Update 2014 – Pensions, health and long-term care – Greece*, ASISP: Analytical Support on the socio-economic impact of Social Protection Reforms, 2014, p. 9, disponible sur <https://ec.europa.eu/social>; D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 100-101.

sions principales de plus de 1 000 euros perçues par des pensionnés de moins de 55 ans)¹. D'autres réductions ont également été appliquées aux pensions des fonctionnaires, sur le détail desquelles nous ne nous reviendrons pas².

850. En mars 2012, l'Eurogroupe donnait son accord au deuxième plan d'aide financière à la Grèce. Dans les mémorandums fixant les conditions à respecter pour le versement de cette aide en plusieurs tranches successives, de nouvelles coupes dans les pensions existantes étaient prévues. En vue de réaliser des économies de 450 millions d'euros, parmi d'autres mesures, les pensions principales de 1 300 euros et plus par mois devaient à nouveau être réduites, à hauteur de 12 %. Des réductions devaient également être appliquées aux pensions auxiliaires, en suivant une grille prédéfinie : réduction de 10 % des pensions d'un montant situé entre 1 et 250 euros ; réduction de 15 % des pensions d'un montant situé entre 250,01 et 300 euros ; réduction de 20 % des pensions d'un montant de 300,01 euros ou plus³. Ces mesures ont été effectivement mises en œuvre par une loi n° 4051⁴.

851. En novembre 2012, une nouvelle « stratégie budgétaire » était encore une fois adoptée dans une version amendée des mémorandums du deuxième plan d'aide. Pour atteindre les objectifs fixés, les pensions grecques allaient à nouveau être soumises à des réductions importantes. Les trois allocations saisonnières, qui avaient déjà été réduites pour certains pensionnés et supprimées pour d'autres en 2010⁵, devaient désormais être entièrement supprimées. Par ailleurs, une nouvelle grille de réduction des pensions devait être adoptée, qui s'appliquerait au montant cumulé des pensions principales et des pensions auxiliaires : réduction de 5 % des pensions d'un montant situé entre 1 000 et 1 500 euros ; réduction de 10 % des pensions d'un montant situé entre 1 500,01 et 2 000 euros ; réduction de 15 % des pensions d'un montant situé entre 2 000,01 euros et 3 000 euros ; réduction de 20 % des pensions d'un montant situé au-delà de 3 000 euros. Ces mesures ont été mises en œuvre telles quelles par le législateur grec, dans une loi n° 4093⁶.

-
1. M. PETMESIDOU, *Country Document – Update 2014 – Pensions, Health and Long-Term Care – Greece*, *op. cit.*, p. 9.
 2. Voy. sur ce point D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 101.
 3. *The Second Economic Adjustment Programme for Greece*, Occasional Papers 94, European Commission, DG for Economic and Financial Affairs, 2012, p. 98 et 116.
 4. M. PETMESIDOU, *Country Document – Update 2014 – Pensions, Health and Long-Term Care – Greece*, *op. cit.*, p. 9 ; D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 101-102.
 5. Voy. *supra* n° 848.
 6. M. PETMESIDOU, *Country Document – Update 2014 – Pensions, health and long-term care – Greece*, *op. cit.*, p. 9 ; D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 102.

852. L'effet cumulé de ces réductions successives adoptées entre 2010 et 2012 pour les pensionnés grecs est difficile à établir, la situation de chacun dépendant, entre autres facteurs, du niveau de sa pension avant la crise ou de son statut professionnel. On peut toutefois s'en faire une idée à la lumière des résultats de calculs menés en 2013 par des fonctionnaires du ministère du travail grec, dont un auteur s'est fait l'écho¹.

D'après ces calculs, les pensionnés qui percevaient en 2010 une pension d'un montant total de 900 euros (600 euros de pension principale et 300 euros de pension auxiliaire), versée 14 fois par an, ne disposaient plus en 2013 que d'une pension d'un montant total de 825 euros, versée 12 fois par an, soit une pension réduite de 24,5 % en termes réels (c'est-à-dire sans tenir compte des effets de l'inflation). Ce cas de figure correspond approximativement à la situation des pensionnés du secteur privé bénéficiant des pensions principale et auxiliaire minimums telles que fixées en 2010. On notera que cette année-là, environ 2/3 des pensionnés grecs percevaient une pension totale d'un montant inférieur à ces minimums (soit parce qu'ils avaient droit à une pension principale, mais pas à une pension auxiliaire, soit parce qu'ils relevaient d'un autre régime, moins favorable)².

Pour les pensionnés mieux lotis, la réduction à laquelle aboutissent ces calculs est plus importante encore : ceux qui recevaient en 2010 en pension d'un montant total de 2 100 euros (1 800 euros de pension principale et 300 euros de pension auxiliaire), versée 14 fois par an, ont vu leur pension ramenée à un montant total de 1 610 euros, versée 12 fois par an, soit une pension réduite de 36,8 % en termes réels. Notons qu'en 2010, seuls 6,5 % des pensionnés percevaient une pension plus élevée que celle prise comme base de calcul dans ce cas de figure³.

853. Enfin, on relèvera avec un auteur que la situation financière des pensionnés grecs n'a pas été affectée uniquement par les réductions de pension en cours imposées par les mémorandums successifs. Elle a également été affectée par l'augmentation directe ou indirecte d'impôts préexistants (par exemple, la quotité exemptée d'impôt sur les pensions a été diminuée à 5 000 euros pour les pensionnés de moins de 65 ans et à 9 000 euros pour les pensionnés de 65 ans et plus ; la TVA a été augmentée de 19 % à 23 % en 2011) ou par l'introduction de nouveaux impôts (par exemple, une taxe spéciale sur les immeubles éclairés à l'électricité a été introduite en 2012)⁴.

1. M. MATSAGANIS, *The Greek Crisis: Social Impact and Policy Responses*, *op. cit.*, p. 21-22.

2. *Ibid.*, p. 22, note 9.

3. *Ibid.*, note 10.

4. D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 102-103. Voy. aussi S. ZARTALLOUDIS, « The Impact of the Fiscal Crisis on Greek and Portuguese Welfare States: Retrenchment before the Catch-up? », *Social Policy & Administration*, 2014, vol. 48, n° 4, p. 439.

854. Un auteur relève que si la situation des pensionnés grecs s'est fortement dégradée depuis 2010, ils ne sont probablement pas la catégorie de la population qui a le plus souffert des mesures d'austérité sur le plan statistique (une comparaison dans la souffrance vécue n'aurait aucun sens) : leurs revenus ont baissé moins vite que les revenus des travailleurs du secteur privé¹.

2. Les réformes du système de pension

855. Outre les réductions des pensions en cours, les mémorandums des trois plans d'aide financière contenaient des demandes précises de réforme, pour le futur, du système de pension grec. Les réformes adoptées à partir de 2010 ont mené à un remaniement de grande ampleur de l'ensemble du système. Plusieurs auteurs estiment qu'elles ont marqué une rupture avec les principes guidant jusqu'alors la politique des pensions en Grèce².

856. Nous commençons par présenter brièvement le fonctionnement du système de pension des travailleurs salariés grecs du secteur privé tel qu'il existait avant le début des réformes ((1)). Nous exposons ensuite le contenu de ces réformes et le nouveau système de pension qui en résulte ((2)).

857. Nous prendrons soin de préciser, dans le corps du texte ou en note de bas de page, si ces mesures correspondent à une demande formulée dans un des mémorandums conclus avec la Commission européenne et la BCE et, le cas échéant, lequel d'entre eux ; notre analyse ne prend donc pas en compte le contenu des deux mémorandums conclus avec le FMI. En procédant de cette manière, nous pourrions déterminer la mesure dans laquelle le nouveau système de pension a été façonné par le contenu de ces « mémorandums européens ».

858. Cette approche ne nous permettra pas d'identifier avec une parfaite certitude la part d'influence des institutions européennes dans la définition des réformes à adopter. En effet, le contenu des mémorandums a fait l'objet de négociations entre ces institutions et le gouvernement grec, de sorte qu'il n'est formellement pas possible de déterminer quelles demandes de réforme ont été imposées

-
1. P. TINIOS, *Misperceptions, Misstatements, Misunderstandings: Technical Clarifications on Greek Pensions*, Hellenic Observatory, London School of Economics, 2016, p. 5, disponible sur http://blogs.lse.ac.uk/greeceatlse/2016/01/19/greek_pension_reform_guide/.
 2. M. MATSAGANIS et C. LEVENTI, « Pathways to a Universal Basic Pension in Greece », *op. cit.*, p. 12 ; M. PETMESIDOU et M. GLATZER, « The Crisis Imperative, Reform Dynamics and Rescaling in Greece and Portugal », *European Journal of Social Security*, 2015, vol. 17, n° 2, p. 166 ; S. ZAMBARLOUKOU, « Greece After the Crisis », *op. cit.*, p. 665 ; D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 69-70. Voy. aussi K. KREMALIS, *Social security law in Greece*, 2^e éd., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015, p. 162.

par les bailleurs de fonds et lesquelles ont été proposées plus ou moins spontanément par les autorités grecques¹.

859. Au-delà des considérations générales sur l'effectivité des instruments d'assistance financières pour imposer l'adoption de certaines réformes que nous avons formulées plus haut², il semble cependant faire peu de doute concernant le cas spécifique de la Grèce que, étant donné les circonstances dans lesquelles se sont déroulées ces négociations, les mémorandums portent principalement la marque des institutions européennes : le gouvernement grec, pour qui un refus de l'aide financière aurait eu des conséquences proprement catastrophiques, était évidemment dans une position de faiblesse lors des négociations³. Par ailleurs, l'épisode de l'été 2015, où la tension entre les institutions européennes et le gouvernement a atteint son climax, a montré que les premières étaient en position d'imposer leurs vues⁴; dans la mesure où le gouvernement grec n'avait pas de solution autre que de recourir aux prêts européens, sinon celle d'une sortie non préparée de la zone euro et probablement, par suite, de l'Union européenne, il semble que sa seule possibilité était en réalité d'accepter les conditions exigées par l'autre partie, en espérant peut-être que celle-ci consentirait à prendre en considération son point de vue également⁵. Si l'on ne pourrait donc soutenir sans nuance que les mesures définies dans les mémorandums l'ont été par les institutions européennes décidant parfaitement seules, on peut par contre sans risque avancer qu'aucune de ces mesures n'a été adoptée sans recevoir l'adhésion libre de ces dernières, ce qu'on ne peut affirmer à propos des autorités grecques⁶.

-
1. S. THEODOROPOULOU, « National social and labour market policy reforms in the shadow of EU bail-out conditionality: The cases of Greece and Portugal », *Comparative European Politics*, 2015, vol. 13, n° 1, p. 40. Le même texte a paru dans C. DE LA PORTE et E. HEINS (éds.), *The Sovereign Debt Crisis, the EU and Welfare State Reform*, *op. cit.*
 2. Voy. *supra* n° 787.
 3. Dans le même sens, voy. F.W. SCHARPF, « Monetary Union, Fiscal Crisis and the Preemption of Democracy », *op. cit.*, p. 29-30. Voy. également E.O. ERIKSEN, « Structural Injustice: The Eurozone Crisis and the Duty of Solidarity », in A. GRIMMEL et S. MY GIANG (éds.), *Solidarity in the European Union: A Fundamental Value in Crisis*, Berlin, Springer, 2017, p. 100-101.
 4. Dans le même sens, voy. S. ZAMBARLOUKOU, « Greece After the Crisis », *op. cit.*, p. 669.
 5. Voy. également M. MARKAKIS, *Accountability in the Economic and Monetary Union: foundations, policy, and governance*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 132.
 6. À ce sujet, voy. aussi M. IOANNIDIS, « EU Financial Assistance Conditionality after "Two Pack" », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2014, vol. 74, n° 1, p. 91-96; F. CHATZISTAVROU, « De la coordination nationale à la supervision *supranationale* : la Grèce face aux programmes d'ajustement économique de l'Union européenne », *Revue française d'administration publique*, 2016, vol. 158, n° 2, p. 518-519.

(1) *Présentation schématique du fonctionnement du système de pension grec des travailleurs salariés du secteur privé avant les réformes*

860. Avant les réformes d'ampleur auquel il a été soumis à partir de 2010, le système de pension des travailleurs salariés grecs du secteur privé fonctionnait d'après les principes suivants. Il existait deux types de pensions organisées par la loi : une pension « principale » et une pension « auxiliaire ». Elles étaient administrées par des institutions différentes et en vertu de règles différentes. Toutefois, la participation à chacun de ces deux types de pension était obligatoire pour tous les travailleurs en vertu de la loi. Par ailleurs, les institutions chargées de leur administration étaient toutes des entités de droit public financées par répartition, y compris donc celles chargées de la délivrance des pensions auxiliaires. Enfin, les conditions d'accès aux deux types de pension étaient identiques. Pour toutes ces raisons (organisation par la loi, caractère obligatoire en vertu de la loi, gestion par des entités de droit public financées en répartition, identité des conditions d'accès), il est plus adéquat de présenter ces deux types de pension comme les deux étages d'un seul et même pilier, celui des pensions légales, plutôt que comme constituant deux piliers distincts.

En parallèle à ces pensions fondées sur la carrière professionnelle passée, une « allocation de solidarité sociale » (EKAS) était également prévue pour les pensionnés les plus pauvres. Entièrement financée par l'État et octroyée sous une condition de ressource, elle relevait du domaine de l'assistance sociale.

861. Le système de pension grec était d'orientation bismarckienne, au sens traditionnel du terme¹. D'une part, les champs d'application personnels respectifs des régimes délivrant des pensions principales et des pensions auxiliaires étaient définis par référence au statut professionnel et au secteur d'activité des travailleurs. D'autre part, le montant de chacune de ces deux pensions était calculé par application d'un taux de remplacement aux revenus professionnels passés des travailleurs. Par ailleurs, en cohérence avec le modèle bismarckien, les pensions du deuxième et du troisième pilier ne jouaient qu'un rôle marginal². Enfin, l'allocation de solidarité pour pensionnés servait de dernier filet de sécurité pour ceux qui n'avaient pu se constituer des droits à une pension légale suffisants et ne disposaient pas de ressources propres leur permettant d'assurer un certain niveau de subsistance.

-
1. D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 70. Voy. aussi M. MATSAGANIS et C. LEVENTI, « Pathways to a Universal Basic Pension in Greece », *op. cit.*, p. 505 ; M. PETMESIDOU et M. GLATZER, « The Crisis Imperative, Reform Dynamics and Rescaling in Greece and Portugal », *op. cit.*, p. 166. À propos des caractéristiques d'un système bismarckien, voy. *supra* la partie liminaire, n° 29 et s.
 2. C'était toujours le cas en 2018. Voy. *infra* n° 896.

862. Nous présentons brièvement ci-dessous les conditions d'accès aux pensions principales et auxiliaires, qui sont identiques pour les deux types de pension ((a)), ainsi que les modes de calcul respectifs du montant de ces deux pensions, qui, eux, sont propres à chacune d'entre elles ((b) et (c)). Nous présentons également en quelques mots le régime de l'allocation de solidarité sociale pour pensionnés ((d)).

(a) *Les conditions d'accès aux pensions principales et auxiliaires*

863. Pour s'ouvrir le droit à une pension principale et à une pension auxiliaire, les travailleurs du secteur privé devaient avoir cotisé pendant 4500 jours de travail au moins, c'est-à-dire l'équivalent de 15 ans de travail. L'âge normal de prise de la retraite était fixé à 65 ans pour les hommes et les femmes ; pour les femmes ayant cotisé pour la première fois au système avant le 1^{er} janvier 1993, cet âge était toutefois de 60 ans¹.

864. Une prise anticipée de la retraite était autorisée dès l'âge de 60 ans (55 ans pour les femmes ayant cotisé avant le 1^{er} janvier 1993). En principe, elle ne donnait droit qu'à une pension réduite. Pour la pension principale, la réduction se faisait au prorata des mois manquants pour atteindre l'âge de 65 ans, soit 1/267^e en moins de la pension complète par mois manquant entre la prise de la retraite et l'âge de 65 ans². Quant à la pension auxiliaire, le montant de la pension était diminué de 4,5 % par année manquante avant d'atteindre l'âge normal de la retraite³.

865. Plusieurs exceptions étaient toutefois prévues à ce principe de réduction de la pension en cas de prise anticipée de la retraite. Nous n'en reprenons que les deux principales. Premièrement, les travailleurs ayant cotisé pendant 11 100 jours de travail (37 ans) pouvaient partir à la retraite à n'importe quel âge tout en bénéficiant d'une pension « complète », c'est-à-dire sans aucune réduction⁴. Deuxièmement, les travailleurs exerçant une profession pénible et insalubre (« *arduous and unhealthy occupations*⁵ ») pouvaient également recevoir une pension complète de manière anticipée, à condition d'avoir atteint l'âge de 60 ans et d'avoir cotisé pendant 4500 jours au moins (15 ans), dont les trois quarts (3777 jours) dans l'exercice d'une profession pénible et insalubre (avec des nuances pour les travailleurs

-
1. M. KORDA, *The Role of International Social Security Standards: an in-depth study through the case of Greece*, Antwerpen, Intersentia, 2013, p. 330.
 2. *Ibid.*, p. 331.
 3. D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 91.
 4. M. KORDA, *The role of International social security standards: an in-depth study through the case of Greece*, *op. cit.*, p. 338-339 ; D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 83.
 5. M. KORDA, *The role of International social security standards: an in-depth study through the case of Greece*, *op. cit.*, p. 331.

ayant cotisé pour la première fois avant le 1^{er} janvier 1993)¹. D'après un auteur, avant les réformes entamées en 2010, environ un tiers des travailleurs était généralement considéré comme exerçant une profession pénible et insalubre².

866. Avec ces deux exceptions importantes au principe de la réduction de la pension en cas de retraite anticipée, beaucoup de travailleurs salariés avait donc en réalité droit à une pension complète (c'est-à-dire sans réduction) avant l'âge de 65 ans, grâce à leur passé professionnel.

(b) *Le calcul du montant de la pension principale*

867. Pour le calcul du montant de la pension principale, deux formules différentes étaient appliquées selon que le travailleur avait cotisé pour la première fois avant le 1^{er} janvier 1993 ou après cette date.

Les travailleurs ayant cotisé pour la première fois avant le 1^{er} janvier 1993 étaient classés en 28 catégories différentes selon leurs revenus des cinq meilleures années parmi les dix années précédant la prise de la retraite. À chacune de cette catégorie était associés un montant journalier fixe, proche du montant des revenus journaliers des bénéficiaires pendant ces cinq meilleures années de travail, ainsi qu'un taux de remplacement déterminé (le taux de remplacement est la proportion — par exemple 60 % — appliquée au salaire de référence pour calculer le montant de la pension). Ce taux de remplacement était plus élevé pour les bénéficiaires ayant de bas revenus, et moins élevé pour les bénéficiaires ayant de hauts revenus. L'application du taux de remplacement au montant journalier correspondant de la même catégorie permettait le calcul du montant de base de la pension. Par exemple, en 2009, un travailleur appartenant à la dixième catégorie se voyait attribuer, pour le calcul de la pension, un montant journalier fixe de 34,69 euros, auquel était appliqué un taux de remplacement de 34 %. Ce travailleur avait donc droit (à supposer qu'il entre dans les conditions d'octroi d'une pension complète) à un montant mensuel de base de 294 865 euros, soit $3469 \times 34 \% \times 25$ (nombre de jours de travail dans un mois)³. À ce montant de base étaient ajoutés des suppléments. Octroyés selon la durée de la carrière du pensionné et selon sa situation familiale (spécialement le nombre de personnes à charge), ils prenaient la forme d'une augmentation du taux de remplacement de

-
1. *Ibid.*, p. 332-333 ; D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 93.
 2. D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 93.
 3. M. KORDA, *The role of International social security standards: an in-depth study through the case of Greece*, *op. cit.*, p. 67.

base (c'est-à-dire celui correspondant à la catégorie de revenus du travailleur). L'ensemble déterminait le montant de la pension principale¹.

Pour les travailleurs ayant cotisé pour la première fois après le 1^{er} janvier 1993, le calcul du montant de la pension était autrement plus simple. Le salaire de référence, c'est-à-dire celui pris en compte pour le calcul de la pension, était la moyenne des revenus des cinq dernières années (et plus les cinq meilleures années parmi les dix dernières années). Le taux de remplacement, quant à lui, était calculé selon le nombre d'années de travail : chaque année de travail donnait droit à 2 %, le taux de remplacement final étant donc équivalent à 2 % multiplié par le nombre d'années de travail. Par exemple, un pensionné ayant travaillé pendant 30 ans avait droit à une pension d'un montant équivalent à 60 % de la moyenne des salaires de ses cinq dernières années de travail. Des suppléments continuaient d'exister, mais uniquement en raison de la situation familiale du pensionné et plus selon la durée de sa carrière².

868. La pension principale, calculée selon l'une ou l'autre des deux formules que l'on vient de décrire, ne pouvait descendre en deçà d'un certain minimum. La législation sur ce point était particulièrement chaotique. Une multitude de montants minimums existaient, dont il était apparemment difficile de savoir à quelles pensions et à quelles conditions ils devaient être appliqués³. Il n'existait donc pas de pension minimale générale. Un auteur estimait en 2003 qu'environ 65 % des pensionnés du secteur privé recevaient une pension minimum⁴.

(c) *Le calcul du montant des pensions auxiliaires*

869. Les pensions auxiliaires étaient octroyées par un grand nombre de régimes différents, organisés d'après le statut et le secteur d'activité des travailleurs. Chaque régime disposait d'une autonomie de gestion, mais les cotisations et les prestations étaient définies par la loi. Les pensions délivrées étaient de type « à prestations définies » : le risque financier ne pesait pas sur les travailleurs eux-mêmes. Le montant de ces pensions était calculé par application d'un taux de rem-

-
1. M. KORDA, *The role of International social security standards: an in-depth study through the case of Greece*, op. cit., p. 366-370 ; D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, op. cit., p. 86.
 2. M. KORDA, *The role of International social security standards: an in-depth study through the case of Greece*, op. cit., p. 370. Voy. également les informations accessibles sur la base de données MISSOC, le « Système d'Information Mutuelle sur la Protection Sociale » mis en place en collaboration avec la Commission européenne : <https://www.missoc.org>.
 3. *Ibid.*, p. 371.
 4. G.N. AMITSIS, *The Greek Social Insurance System*, Athènes, Ministère grec du travail et de la sécurité sociale, Secrétariat général de l'assurance sociale, 2003, p. 35. Il est cité par M. KORDA, *The Role of International Social Security Standards: an in-Depth Study Through the Case of Greece*, op. cit., p. 371, note 667.

placement à la moyenne des revenus des 35 années précédentes¹. En 2009, un taux de remplacement maximum de 20 % avait été fixé².

(d) *L'allocation de solidarité sociale pour les pensionnés EKAS*

870. Les travailleurs remplissant les conditions d'octroi des pensions principale et auxiliaire pouvaient également bénéficier d'un revenu supplémentaire accordé sous condition de ressources, c'est-à-dire à la condition de faire la preuve que les revenus tirés de leurs pensions ne dépassaient pas un certain plafond. Financée par l'État, l'EKAS était ainsi octroyée aux pensionnés qui, grâce à leur passé professionnel, percevaient une pension principale et une pension auxiliaire dont le montant cumulé ne dépassait toutefois pas un niveau minimum de subsistance fixé par le législateur. Elle visait précisément à compléter leurs revenus pour qu'ils atteignent ce niveau minimum³.

Outre les travailleurs bénéficiaires d'une pension en raison de leur passé professionnel, cette allocation de solidarité sociale était également octroyée, sous certaines conditions, aux personnes n'ayant pas suffisamment cotisé pour s'ouvrir le droit à une pension principale et auxiliaire. Ces conditions touchaient à l'âge de la personne et à ses revenus : elle ne devait pas avoir moins de 60 ans, et ses revenus, y compris ceux de sa famille, ne devaient pas dépasser un certain montant⁴.

871. Nous savons désormais les principes qui organisaient le système de pension grec à la fin des années 2000. Il convient maintenant de présenter ce qu'est devenu celui-ci sous les réformes entamées en 2010 à la demande des bailleurs de fonds.

(2) *Le système de pension grec après les réformes adoptées sous les trois plans d'aide*

872. Dès le premier plan d'aide financière de mai 2010, les bailleurs de fonds ont conditionné leur intervention à la mise en œuvre de nombreuses réformes des pensions légales, à adopter dans un délai de quelques mois à peine. Le degré de précision avec lequel ces réformes ont été dictées est impressionnant. Qu'on en juge par soi-même : parmi de nombreuses autres mesures, il a par exemple été attendu de la Grèce qu'elle procède à « [...] l'allongement progressif de la durée minimale de cotisation pour bénéficier de l'intégralité des prestations de retraite, cette durée passant de trente-sept à quarante ans (d'ici à 2015) ; [...] une réduction des prestations de retraite (de 6 % par an) pour les personnes qui prennent leur

-
1. D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 90-91.
 2. M. STEPAN et K.M. ANDERSON, « Pension Reform in the European Periphery », *op. cit.*, p. 324.
 3. M. KORDA, *The Role of International Social Security Standards: an in-Depth Study Through the Case of Greece*, *op. cit.*, p. 373-374.
 4. *Ibid.*

retraite entre 60 et 65 ans en ayant cotisé moins de quarante ans; [...] une modification de la formule d'octroi des retraites dans le régime basé sur les cotisations afin de renforcer le lien entre les cotisations versées et les prestations reçues (avec un taux d'accumulation annuel limité à un taux annuel moyen de 1,2 %) [...]»¹.

873. Ces premières demandes de réforme, à adopter d'urgence, ont été suivies de beaucoup d'autres, formulées au fil des révisions des mémorandums des plans d'aide successifs. L'objectif fixé par les bailleurs de fonds lors du premier plan d'aide était de réduire l'augmentation de la part de l'État dans le financement des pensions entre 2010 et 2060 à moins de 2,5 % du PIB², soit une augmentation cinq fois moins importante que celle projetée sous l'ancien régime, qui était de 12,5 % du PIB³.

874. Les législations organisant ces réformes étaient pour l'essentiel toutes adoptées dès 2010, ou 2012 au plus tard pour ce qui regarde les pensions auxiliaires. Elles devaient entrer en vigueur en janvier 2015 à l'exception de certaines dispositions, relatives notamment aux conditions d'accès aux pensions légales, dont l'entrée en vigueur avait été avancée au 1^{er} janvier 2013. Au mois de janvier 2015, cependant, le nouveau gouvernement emmené par Alexis Tsipras, du parti de gauche radicale Syriza, a été mis en place. Il a suspendu la mise en œuvre des réformes demandées, en conformité avec les propositions faites par ce parti lors de la campagne électorale⁴. Mais après le bras de fer de l'été 2015, qu'on a brièvement rappelé ci-dessus⁵, le gouvernement grec est revenu sur sa position. Les mesures attendues par les bailleurs de fonds ont donc finalement été reprises dans une loi n° 4387 de 2016, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017⁶.

875. Le résultat de ces réformes est un système de pension profondément transformé, dont la physionomie est toute différente de celle qu'il connaissait jusque là. L'administration du système a été centralisée, tandis qu'un nouveau niveau de

-
1. Article 2, 2., b) de la Décision du Conseil du 8 juin 2010 adressée à la Grèce en vue de renforcer et d'approfondir la surveillance budgétaire et mettant la Grèce en demeure de prendre des mesures pour procéder à la réduction du déficit jugée nécessaire pour remédier à la situation de déficit excessif, 2010/320/UE. Cette décision reprend les conditions posées dans les mémorandums du premier plan d'aide de mai 2010. Voy. *The Economic Adjustment Programme for Greece* (May 2010), *op. cit.*, p. 68-69.
 2. *The Economic Adjustment Programme for Greece* (May 2010), *op. cit.*, p. 68.
 3. *The Second Economic Adjustment Programme for Greece* (March 2012), *op. cit.*, p. 98.
 4. Voy. notamment C. KARAKIOULAFIS, « Un an après l'arrivée de Syriza au pouvoir, des relations professionnelles encore sous pression », *Chronique internationale de l'IRES*, 2016, n° 153, p. 56.
 5. Voy. *supra* n° 839.
 6. Pension Adequacy Report 2018 – Current and Future Income Adequacy in Old Age in the EU. Volume 2 – *Country Profiles*, *European Commission, DG for Employment, Social Affairs and Inclusion*, 2018, p. 77, disponible sur <https://publications.europa.eu>.

pension, la « pension nationale », a été introduit. Les conditions d'accès aux pensions principales et auxiliaires ont été renforcées et leurs modes de calcul modifiés en vue de donner à la carrière passée un poids beaucoup plus déterminant pour le montant final de la pension. Enfin, ce nouveau système s'applique à tous les travailleurs du pays, qu'ils soient salariés, indépendant ou fonctionnaires. Nous présentons ci-dessous le détail de ces réformes, en commençant par la nouvelle mouture de la pension principale ((a)) et en nous penchant ensuite sur les nouvelles pensions auxiliaires ((b)). Nous concluons avec une brève observation relative au sort des pensions du deuxième et du troisième piliers dans cette nouvelle architecture ((c)).

(a) *Les réformes de la pension principale*

876. Les réformes de la pension principale ont concerné son organisation administrative, mais aussi et surtout le profil des prestations qu'elle délivre.

(i) *Réforme de l'organisation administrative de la pension principale*

877. Jusqu'en 2009, l'administration de la pension principale était éclatée entre pas moins de 130 régimes différents. Le nouveau gouvernement socialiste arrivé au pouvoir cette année-là en avait réduit le nombre par 10, fusionnant les régimes existants en 13 régimes¹. À la demande des bailleurs de fonds, ce mouvement de centralisation a été poursuivi en plusieurs étapes² pour aboutir à la mise en place, en janvier 2017, de l'« Agence unifiée d'assurance sociale » (EFKA), une institution responsable de la gestion des pensions principales de l'ensemble des travailleurs du pays, c'est-à-dire les travailleurs du secteur privé comme du secteur public ainsi que les travailleurs indépendants³.

(ii) *Réforme des prestations délivrées par la pension principale*

878. Les réformes touchant à la pension principale ont conduit à la séparation nette de ses composantes contributive et non contributive (c'est-à-dire à la séparation entre les droits à pension qui sont en lien direct avec les cotisations passées et ceux qui ne le sont pas), et à la réorganisation de cette dernière en une nouvelle prestation à part entière. La pension principale dans sa nouvelle version est donc désormais composée de deux prestations. La première, appelée la « pension

1. M. STEPAN et K.M. ANDERSON, « Pension Reform in the European Periphery », *op. cit.*, p. 324 ; S. ADAM et C. PAPTAEODOROU, « Dismantling the Feeble Social Protection System of Greece: Consequences of the Crisis and Austerity Measures », *op. cit.*, p. 282.
2. À ce propos, voy. par exemple S. ZAMBARLOUKOU, « Greece After the Crisis », *op. cit.*, p. 660.
3. Pension Adequacy Report 2018, *op. cit.*, p. 75.

contributive¹ », ne connaît plus de montant minimum, tandis qu'un lien plus étroit a été établi entre son montant et les revenus de la carrière passée du pensionné. La deuxième prestation de la pension principale est la « pension nationale ». Elle consiste en une pension de base forfaitaire accordée à tous les pensionnés rencontrant les conditions d'accès à une pension principale. Son financement est assuré par l'État uniquement. D'une certaine façon, la pension nationale a remplacé les pensions minimums auparavant accordées aux bénéficiaires d'une pension principale². Ces réformes ont donc conduit à une nouvelle stratification du système de pension grec.

879. Nous présentons le détail de ces réformes ci-dessous, en commençant par présenter les conditions d'accès à la pension principale, qui s'appliquent à ses deux composantes. Nous présentons ensuite le mode de calcul de la pension contributive (première composante de la pension principale) pour passer ensuite à celui de la pension nationale (deuxième composante de la pension principale)

1° *Les conditions d'accès à la nouvelle pension principale*

880. Le contenu des conditions d'accès à la pension principale, à savoir une condition d'âge et une condition de période de cotisation, a été revue à la demande des bailleurs de fonds. En 2010, l'âge normal et l'âge anticipé de la retraite n'ont pas été modifiés pour les travailleurs du secteur privé, ils sont restés fixés respectivement à 65 ans et 60 ans. Ils ont toutefois été augmentés plus tard, sous le deuxième plan d'aide, pour atteindre 67 ans et 62 ans au 1^{er} janvier 2013³.

881. Dès 2010, il est également demandé à la Grèce de prévoir dans sa législation qu'à partir de 2020, l'âge normal et l'âge anticipé de la retraite seront automatiquement ajustés tous les trois ans en fonction de l'augmentation de l'espérance de vie⁴. Finalement, cet ajustement ne se fera pas de manière automatique mais par une décision conjointe du ministre des Finances et du ministre de l'Emploi et de la protection sociale, en tenant compte des données statistiques fournies par l'autorité statistique hellénique et Eurostat⁵.

882. La condition relative à la période de cotisation a été en partie renforcée. Pour s'ouvrir le droit à une pension principale, les travailleurs grecs doivent toujours avoir cotisé pendant 4500 jours (15 ans) au moins, comme c'était le cas sous

-
1. Nous suivons la terminologie adoptée par la base de données MISSOC. À propos de celle-ci, voy. *supra*, p. 483, note 2.
 2. Dans le même sens, voy. D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 74.
 3. K. KREMALIS, *Social security law in Greece*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 138.
 4. The Economic Adjustment Programme for Greece (May 2010), *op. cit.*, p. 68-69.
 5. D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 80.

l'ancien régime¹. Certaines périodes n'ayant pas donné lieu au paiement de cotisations continuent également de pouvoir être prises en compte pour l'appréciation de cette condition (selon ce que l'on a coutume d'appeler la technique des périodes assimilées). Il s'agit de périodes de congé de maternité et de congé de maladie ainsi que des périodes couvertes par des allocations de chômage. Ces dernières ne sont toutefois plus prises en compte que pour une durée d'un an maximum².

883. Les réformes adoptées en 2010, pour se conformer aux mémorandums, ont également visé à restreindre les possibilités de pension anticipée³. Ces réformes ont concerné notamment la liste des professions pénibles et insalubres. On a en effet vu plus haut que l'exercice d'une profession considérée comme telle permet au travailleur de prendre une retraite anticipée sans réduction de la pension après avoir cotisé pendant une période plus courte que celle requise dans le régime de principe. Les bailleurs de fonds ont demandé aux autorités grecques de revoir cette liste pour qu'elle ne couvre plus que 10 % des travailleurs, au lieu de 30 % dans le passé⁴.

884. Par ailleurs, l'âge de la retraite anticipée est devenu identique et contraignant pour tous les travailleurs, sans plus d'exceptions (sinon marginales). Alors que sous l'ancien régime, les travailleurs ayant cotisé pendant la durée requise pour obtenir une pension complète pouvaient prendre leur retraite à n'importe quel âge sans être sanctionné par une réduction du montant de la pension, ils doivent désormais attendre l'âge minimum de prise de la retraite fixé par la loi (62 ans depuis le 1^{er} janvier 2013)⁵. En outre, conformément à la demande des bailleurs de fonds⁶, la durée de cotisation requise pour obtenir une pension complète est désormais de 12 000 jours (40 ans)⁷, soit 900 jours (ou trois ans) de plus que sous l'ancien régime.

Enfin, les réductions du montant de la pension en cas de prise de la retraite anticipée ont été alourdies. Les travailleurs prenant leur retraite entre l'âge anticipé et l'âge normal de prise de la retraite (à savoir respectivement 62 ans et 67 ans à l'heure d'écrire ces lignes) sans avoir atteint la durée de cotisation requise pour

1. K. KREMALIS, *Social security law in Greece*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 138. Voy. *supra* n° 863.

2. *Pension Adequacy Report 2018*, *op. cit.*, p. 81.

3. *The Economic Adjustment Programme for Greece* (May 2010), *op. cit.*, p. 69.

4. Voy. notamment *Ibid.*, p. 86 ; *The Economic Adjustment Programme for Greece*. Fifth review – October 2011, *op. cit.*, p. 55.

5. K. KREMALIS, *Social security law in Greece*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 138 ; D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 83 ; *Pension Adequacy Report 2018*, *op. cit.*, p. 76.

6. *The Economic Adjustment Programme for Greece* (May 2010), *op. cit.*, p. 69.

7. D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 83 ; *Social Security Programs Throughout the World: Europe*, 2018, *op. cit.*, p. 143 ; *Pension Adequacy Report 2018*, *op. cit.*, p. 76.

avoir droit à une pension complète (à savoir 40 ans), voient le montant de leur retraite diminuer de 1/200^e par mois manquant pour atteindre l'âge normal de la retraite, soit 6 % par année manquante¹, au lieu de 1/267^e par mois manquant sous l'ancien régime².

2° *Le mode de calcul du montant de la nouvelle pension contributive*

885. Conformément aux mémorandums du premier plan d'aide, le mode de calcul du montant de la pension contributive a été modifié sur deux points importants par comparaison avec les formules qui étaient appliquée sous l'ancien régime. Ces réformes ont eu pour finalité d'établir un lien plus strict entre la carrière passée (et donc les cotisations versées) et le montant de la pension³. Elles ont été accompagnées d'une suppression des pensions minimums existantes sous l'ancien régime ; celles-ci sont en quelque sorte remplacées par la nouvelle pension nationale, dont il est question ci-dessous⁴⁻⁵.

D'une part, le salaire de référence (c'est-à-dire le salaire pris en compte pour le calcul du montant de la pension) ne correspond plus à la moyenne des cinq dernières années (ou des cinq meilleures années des dix meilleures années, comme c'était le cas pour les pensionnés ayant commencé à cotiser avant le 1^{er} janvier 1993⁶), mais à la moyenne de l'ensemble des revenus perçus pendant la carrière passée⁷. Cette réforme est évidemment défavorable aux pensionnés : les salaires du début de carrière étant généralement (beaucoup) moins élevés que ceux de la fin de carrière, leur prise en compte fait chuter la moyenne servant de salaire de référence.

D'autre part, les taux de remplacement ont également été modifiés. Alors qu'ils étaient équivalents à 2 % multiplié par le nombre d'années de travail ou décroissants avec l'augmentation des revenus dans les anciennes formules⁸, ils vont désormais croissant avec le nombre d'années de travail. La nouvelle formule repose sur une grille de 10 catégories, auxquelles sont associés des taux de remplacement annuels. Ils varient entre 0,77 % pour 15 années de cotisation et 2 % pour

-
1. K. KREMALIS, *Social Security Law in Greece*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 138 ; *Pension Adequacy Report 2018*, *op. cit.*, p. 76.
 2. *Voy. supra* n° 864.
 3. *The Economic Adjustment Programme for Greece* (May 2010), *op. cit.*, p. 23.
 4. D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 74-75. « La suppression des montants minimums garantis de pension était une demande formulée dans les mémorandums ». *Voy Greece: Technical Memorandum of Understanding Accompanying the MoU of the ESM programme* (June 2016), juin 2016.
 5. *Voy. infra* n° 886.
 6. *Voy. supra* n° 867.
 7. *The Economic Adjustment Programme for Greece* (May 2010), *op. cit.*, p. 69.
 8. *Voy. supra* n° 867.

39 années de cotisation¹, conformément à ce qui était indiqué dans les mémorandums². L'appartenance à ces catégories est déterminée selon le nombre d'années de travail : plus un pensionné a travaillé longtemps, plus le taux de remplacement annuel est élevé. Le montant de la pension correspond au salaire de référence multiplié par la somme des taux de remplacements annuels³. On l'aura compris, un des objectifs de cette réforme est donc d'inciter les individus à travailler plus longtemps : plus ils travaillent, plus vite ils accroissent le taux de remplacement qui sera finalement appliqué à leur salaire de référence, autrement dit plus le montant de leur pension est élevé.

3° *Le mode de calcul de la nouvelle pension nationale*

886. Une des nouveautés probablement parmi les plus importantes amenées par les réformes consécutives au premier plan d'aide est l'instauration, en 2011, d'une « pension nationale ». Entièrement financée par l'État, elle consiste en une pension de base forfaitaire octroyée à des conditions qui la font tendre vers le modèle d'une pension universelle, c'est-à-dire d'une pension octroyée à l'ensemble des personnes résidant sur le territoire national. Son montant est fixé pour correspondre au seuil de revenu en deçà duquel une personne isolée est considérée comme en risque de pauvreté (384 euros en 2016)⁴. Elle remplace les pensions minimums garanties existant sous l'ancien régime.

Précisons que pour s'ouvrir le droit à une pension nationale, l'individu doit respecter une troisième condition d'accès en plus de celles exposées plus haut⁵ : il doit avoir résidé en Grèce pendant 15 ans au moins entre l'âge de 15 ans et celui du départ à la retraite⁶.

Pour bénéficier d'une pension nationale complète, l'individu devait initialement avoir résidé pendant 35 années en Grèce avant la prise de la retraite. La pension était réduite d'1/35 par année manquante pour atteindre les 35 années de résidence⁷.

-
1. *Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2018, op. cit.*, p. 144; *Pension Adequacy Report 2018, op. cit.*, p. 78.
 2. *Greece: Technical Memorandum of Understanding Accompanying the MoU of the ESM programme (June 2016), op. cit.*, p. 11.
 3. *Pension Adequacy Report 2018, op. cit.*, p. 78.
 4. *Ibid.*
 5. Voy. *supra* n° 880.
 6. D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece, op. cit.*, p. 74; *Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2018, op. cit.*, p. 142.
 7. D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece, op. cit.*, p. 34-35.

Depuis une réforme récente adoptée en conformité avec les mémorandums¹, les conditions pour l'obtention de cette pension complète ont été renforcées : l'individu doit avoir résidé en Grèce pendant 40 ans au moins, et avoir cotisé pendant 20 ans au moins. Pour chaque année de résidence manquante, la pension est réduite de 2,5 %, tandis que pour chaque année de cotisation manquante, elle est réduite de 2 %². Le montant de la pension nationale pour une personne ayant résidé 40 ans en Grèce mais n'ayant cotisé que 15 ans est de 345,6 euros³.

En outre, comme on l'a déjà dit plus haut, une prise anticipée de la pension nationale est autorisée à partir de l'âge de 62 ans (en 2018). Mais, comme pour la pension contributive, cette prise de pension anticipée se fait moyennant une réduction du montant de la pension de 1/200^e du montant de la pension par mois manquant pour atteindre l'âge normal de la retraite⁴.

887. On notera encore qu'à partir de 2023, le montant total de la nouvelle pension principale, qui équivaut donc aux montants cumulés de ses deux composantes que sont la pension nationale et la pension contributive, sera ajusté chaque année par application d'un index fixé par le ministre des finances et le ministre de l'emploi et de la protection sociale et tenant compte pour 50 % de l'évolution du PIB et pour 50 % de l'index des prix à la consommation, sans pouvoir être négatif. Ce mode d'indexation liera donc en partie l'évolution des pensions principales aux performances économiques du pays⁵, et pas à l'évolution de l'espérance de vie, comme c'est le cas dans certains systèmes. Comme on l'a vu plus haut, les mêmes ministres sont toutefois chargés d'ajuster l'âge normal et l'âge anticipé de la retraite à l'évolution de l'espérance de vie tous les trois ans⁶. Nous reviendrons plus loin sur les exigences contenues dans les mémorandums à propos de la gestion à long terme des dépenses de pension⁷.

(iii) *Remplacement de l'EKAS par un revenu minimum garanti*

888. Après avoir été rendue plus difficile d'accès suite aux réformes de 2010, l'EKAS doit finalement être progressivement diminuée pour être définitivement supprimée à la fin de l'année 2019, conformément aux mémorandums⁸. Par contre, une nouvelle

-
1. *Greece: Technical Memorandum of Understanding Accompanying the MoU of the ESM programme* (June 2016), *op. cit.*, p. 11.
 2. *Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2018*, *op. cit.*, p. 143.
 3. <https://www.etui.org/ReformsWatch/Greece/Pension-reform-in-Greece-background-summary>
 4. *Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2018*, *op. cit.*, p. 144.
 5. *Pension Adequacy Report 2018*, *op. cit.*, p. 78-79 et 81.
 6. *Voy. supra* n° 881.
 7. *Voy. infra* n° 906.
 8. *Memorandum of Understanding between the European Commission acting on behalf of the European Stability Mechanism and the Hellenic Republic and the Bank of Greece*, août 2015, p. 14.

allocation a été mise en place. Elle consiste en un revenu garanti d'un montant de 360 euros par mois pour les personnes âgées ne rentrant pas dans les conditions d'octroi d'une pension principale, sous condition de ressources¹.

(b) *Les réformes des pensions auxiliaires*

889. La réforme des pensions auxiliaires était demandée par les bailleurs de fonds depuis 2010², et ses contours précis étaient fixés dès le premier plan d'aide³. L'adoption d'une loi en ce sens a cependant pris plus de temps que prévu. En octobre 2011, elle était annoncée pour le 1^{er} janvier 2012⁴; en mars 2012, au moment de la prise de cours du deuxième plan d'aide, elle n'était toujours pas adoptée. Les bailleurs de fonds semblent alors avoir accru la pression sur les autorités grecques, puisque les nouveaux mémorandums adoptés sous le deuxième plan d'aide précisait désormais qu'elle devait l'être « avant le versement » (« *prior to the disbursement* ») de la deuxième tranche du plan⁵. Cette « demande » là aura été la bonne : en décembre 2012, la Commission se félicitait de l'adoption d'une loi définissant la réforme des pensions auxiliaires⁶.

890. Comme sous l'ancien régime, les conditions d'accès aux pensions auxiliaires sont identiques aux conditions d'accès à la pension principale. Nous renvoyons donc à l'exposé ci-dessus pour une présentation des réformes apportées à ces conditions d'accès⁷. Par ailleurs, de même que pour la pension principale, les réformes des pensions auxiliaires ont consisté à revoir l'organisation administrative des régimes délivrant les pensions auxiliaires, ainsi que le mode de calcul du montant de ces pensions.

891. Quant à l'organisation administrative des pensions auxiliaires, une institution unique, le « Fonds unifié pour l'assurance sociale auxiliaire et les prestations forfaitaires » (ETEAEF), a été mis en place en janvier 2017 pour gérer les pensions auxiliaires de la quasi-totalité des travailleurs du pays (seuls les médecins, les agriculteurs indépendants et les pigistes (« *freelancers* ») sont couverts par des régimes distincts)⁸.

-
1. *Pension Adequacy Report 2018, op. cit.*, p. 78.
 2. *The Economic Adjustment Programme for Greece. First review – summer 2010, Occasional Papers 68, European Commission, DG for Economic and Financial Affairs, 2010, p. 25.*
 3. *The Economic Adjustment Programme for Greece. Third review – winter 2011, op. cit.*, p. 109.
 4. *The Economic Adjustment Programme for Greece. Fifth review – October 2011, op. cit.*, p. 55 et 138.
 5. *The Second Economic Adjustment Programme for Greece (March 2012), op. cit.*, p. 133.
 6. *The Second Economic Adjustment Programme for Greece – First Review – December 2012, Occasional Papers 123, European Commission, DG for Economic and Financial Affairs, 2012, p. 40.*
 7. Voy. *supra* n° 880.
 8. *Pension Adequacy Report 2018, op. cit.*, p. 75.

892. Quant au mode de calcul du montant des pensions auxiliaires, la réforme a marqué une véritable rupture avec le système préexistant. On a dit plus haut que sous l'ancien régime, ces pensions étaient de type « à prestations définies ». Une grande diversité de formules existait pour établir le montant de la pension. Elles consistaient cependant toutes en l'application d'un taux de référence (variable selon les régimes) aux salaires. Désormais, toutes les pensions auxiliaires devront être calculées selon la méthode des comptes notionnels¹, dont on a déjà parlé à plusieurs reprises². Pour rappel, cette méthode mime la logique de la capitalisation individuelle dans un régime financé par répartition. Elle consiste à inscrire dans un compte virtuel la somme des cotisations versées par le travailleur, le montant de la pension correspondant au résultat de la division de ce capital fictif par l'espérance de vie du travailleur considéré. Le montant d'une pension en compte notionnel ne dépend donc plus d'un taux de remplacement et du salaire de référence, mais du montant des cotisations versées par ou pour un travailleur tout le long de sa carrière, et de son espérance de vie.

893. Outre ce principe de base de la technique des comptes notionnels, selon lequel le montant de la pension dépend du montant des cotisations versées et de l'espérance de vie des travailleurs, deux facteurs ou coefficients sont utilisés pour établir le montant des pensions auxiliaires.

894. Le premier facteur consiste en l'application d'un « taux de rendement notionnel », autrement dit un taux de rendement fictif du capital fictif inscrit dans le compte notionnel, calculé d'après le taux de croissance de la masse salariale des travailleurs actifs.

895. Le deuxième facteur est un « facteur de soutenabilité », qui doit permettre de garantir un équilibre permanent entre l'ensemble des recettes et l'ensemble des dépenses du régime de pension auxiliaire. Étant donné l'intervention de ce facteur, le montant des pensions auxiliaires évoluera à terme selon les fluctuations de l'économie du pays : si moins de cotisations sont versées au régime suite à la diminution du nombre de travailleurs actifs (pour des raisons démographiques ou économiques), alors les pensions en cours de paiement devront être réduites à hauteur d'un montant permettant l'alignement des dépenses sur les recettes³. L'introduction de ce facteur, qui a suivi une demande expresse et répétée des mémorandums⁴, a été accompagnée d'une interdiction pour l'État d'intervenir à l'avenir

-
1. D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 91 ; Pension Adequacy Report 2018, *op. cit.*, p. 75.
 2. Voy. notamment *supra* n° 405.
 3. D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 91-92.
 4. Voy. notamment *The Second Economic Adjustment Programme for Greece* (March 2012), *op. cit.*, p. 134 ; *The Second Economic Adjustment Programme for Greece – Fourth Review – April 2014*, *Occasional Papers 192*, European Commission, DG for Economic and Financial Affairs, 2014,

dans le financement des pensions auxiliaires : c'est le montant de ces pensions, et pas leur financement qui devra s'adapter aux fluctuations macroéconomiques. La constitutionnalité de cette interdiction est toutefois contestée¹. Un auteur doute de la viabilité de cette configuration, faisant plutôt l'hypothèse d'une disparition à terme des pensions auxiliaires².

(c) *Informations complémentaires sur les réformes du système de pension : le cas des pensions du deuxième et du troisième piliers*

896. Il est intéressant de relever que les réformes du système de pension grec adoptées pour respecter les termes des mémorandums successifs n'ont pas eu pour objectif ni pour effet (en l'état actuel des choses du moins) de développer le rôle des pensions dites du deuxième et du troisième piliers (c'est-à-dire les pensions complémentaires, financées par capitalisation et mises en place à l'initiative des employeurs avec le concours éventuel des syndicats, et les pensions individuelles, également financées par capitalisation).

Les seules évocations, implicites, de cette thématique que nous avons trouvées dans les mémorandums sont des demandes, formulées lors du deuxième plan d'aide et adressées à la Banque nationale grecque, de procéder à une évaluation de la capacité du secteur des assurances à proposer ou à assumer la gestion de régimes de pension (par hypothèse, des pensions complémentaires sous la forme, par exemple, d'assurances groupes, ou de pensions individuelles, par exemple des assurance vie) et de faire des propositions législatives pour améliorer, le cas échéant, la situation. Cette évaluation devait être menée en prenant en considération les discussions alors en cours au niveau européen sur le nouveau régime de solvabilité à adopter pour les « institutions de retraite professionnelles³ », discussions dont on a vu autre part qu'elles ont mené à l'adoption en 2016 d'une directive « refonte » sur les institutions de retraite professionnelle⁴. Selon des données fournies par l'OCDE en 2017, les pensions complémentaires en Grèce ne couvrent que 1,3 % de la population d'âge actif (c'est-à-dire les personnes entre 15 ans et 64 ans)⁵.

p. 43-44. Cette demande est répétée en 2015, sous le troisième plan d'aide: *Memorandum of Understanding between the European Commission acting on behalf of the European Stability Mechanism and the Hellenic Republic and the Bank of Greece*, *op. cit.*, p. 14.

1. Voy. D. DILIAGKA, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, *op. cit.*, p. 91, note 343.
2. Voy. P. TINIOS, *Greek pension reform once again: Explaining its logic and issues*, *Hellenic Observatory*, London School of Economics, 2016, p. 13, disponible sur http://blogs.lse.ac.uk/greeceatlse/2016/01/19/greek_pension_reform_guide/.
3. *The Second Economic Adjustment Programme for Greece (March 2012)*, *op. cit.*, p. 145; *The Second Economic Adjustment Programme for Greece – Fourth Review – April 2014*, *op. cit.*, p. 227.
4. Voy. *supra* n° 629.
5. Panorama des pensions 2017 : Les indicateurs de l'OCDE et du G20, OCDE, 2018, p. 157,

3. Qualification du système de pension grec réformé et considérations sur ses liens avec l'architecture de l'UEM

897. Le système de pension grec tel qu'il résulte des réformes adoptées sous les trois plans d'aide financière a subi des transformations d'une ampleur impressionnante. Comme sous l'ancien régime, il continue de consister en un système à un seul « pilier » composé de différents niveaux, qui délivrent chacun un type particulier de prestations de pension¹. Mais le contenu de ces prestations a été profondément revu. Ces transformations tendent selon nous de manière assez marquée vers un modèle de pension de type contractuel ((1)). L'organisation du financement du système a également été réformée; les mécanismes mis en place ou souhaités par les mémorandums pour en guider la gestion sur le long terme nous semblent devoir être rattachés aux enjeux structurels de l'UEM ((2)).

(1) *Prévention de la pauvreté et centralité de la carrière passée, les orientations « contractuelles » du système de pension grec réformé*

898. À propos des caractéristiques propres au modèle contractuel, nous renvoyons aux développements que nous lui avons consacrés dans notre partie liminaire². On se limitera à rappeler ici qu'un modèle contractuel repose sur l'articulation de la solidarité étatique et de la prévoyance patrimoniale : il combine une pension forfaitaire ou subsidiaire octroyée aux citoyens ou aux résidents d'un État en vue de couvrir leurs besoins élémentaires, avec des pensions dont le montant est en lien étroit avec la carrière passée de l'individu. À notre sens, le mode de financement de ces dernières — répartition ou capitalisation — est indifférent pour la qualification du système. Sa caractéristique propre, qui le distingue d'un modèle statutaire, tient plutôt en ce qu'il repose sur une conception particulière de la valeur du travail, qui identifie celle-ci avec le prix de la force de travail sur le marché.

899. L'orientation contractuelle des réformes imposées au système de pension grec est sensible à la fois dans la nouvelle mouture de la pension principale et dans celle des pensions auxiliaires.

900. Sous l'ancien régime, les pensions principales consistaient en des pensions calculées sur la base d'un salaire de référence proche des derniers salaires touchés par les travailleurs à la fin de leur carrière. Elles étaient toutefois soutenues par des montants minimums garantis, sans lien donc avec la carrière passée, dont bénéfi-

disponible sur <http://www.oecd.org/fr/retraites/pensions-publiques/>. Ces chiffres sont cités dans le Pension Adequacy Report 2018, *op. cit.*, p. 76.

1. Voy. *supra* n° 860.

2. Voy. *supra* n° 29 et s.

ciaient en réalité plus de la moitié des pensionnés¹. Suite aux réformes, la pension principale a été scindé en deux prestations, dans un but évident de séparer de manière désormais beaucoup plus radicale ce qui relève de la solidarité nationale, d'une part, et ce qui relève de l'assurance sociale financée par des cotisations, d'autre part.

La « pension nationale » a été introduite dans le système. Exclusivement financée par l'État, elle consiste en une pension forfaitaire, dont la condition d'octroi la plus exigeante est d'avoir résidé un certain temps sur le territoire national (15 ans pour ouvrir le droit à la pension, et 40 ans pour obtenir une pension complète — la condition de durée de cotisation est, elle, respectivement de 15 ans et de 20 ans). Sa finalité est uniquement de prévenir la pauvreté parmi les personnes âgées puisque son montant correspond au seuil en-deçà duquel un individu isolé est considéré comme en situation de risque de pauvreté. Cette pension nationale relève du modèle de la prestation « plancher » universelle, qui constitue l'une des caractéristiques principales du modèle contractuel, dans sa composante « solidarité ». Puisque sa couverture reste cependant incomplète, elle est soutenue par le revenu garanti pour les personnes âgées, d'un montant très proche (384 euros pour la pension nationale complète, 360 euros pour l'allocation sociale); accordé sous condition de ressources, il est destiné à ceux qui ne remplissent pas les conditions d'accès à la pension nationale.

901. Parallèlement à l'introduction de la pension nationale, le mode de calcul de la composante contributive de la pension principale a été entièrement revu de sorte que son montant reflète de manière bien plus étroite qu'auparavant la carrière du travailleur. Dans la nouvelle mouture de cette pension contributive, qui continue d'être calculée par application d'un taux de référence à un salaire de référence, ce dernier ne consiste plus en la moyenne des cinq dernières années de salaire mais en la moyenne des salaires perçus sur l'ensemble de la carrière. Dans le même ordre d'idée de renforcement du lien entre le montant de la pension et le passé professionnel de l'individu, les taux de remplacement vont désormais croissant avec le nombre d'années de travail, et ne sont plus liés à la hauteur du salaire de référence comme cela a été le cas dans le passé.

À propos du renforcement du lien entre la carrière et le montant de la pension contributive, on notera encore que la condition de durée de cotisation pour bénéficier d'une pension complète (c'est-à-dire sans réduction) avant l'âge légal de la retraite (67 ans) a été revue à la hausse, passant de 37 ans à 40 ans. Lorsqu'on sait qu'en 2016, l'âge effectif de la prise de la retraite en Grèce était en moyenne de 62 ans pour les hommes et de 60,2 ans pour les femmes², on comprend que les réduc-

1. Voy. *supra* n° 867-868.

2. Voy. le « Panorama des pensions 2017 : Les indicateurs de l'OCDE et du G20 », *op. cit.*, p. 25. Ces chiffres sont repris dans *le Pension Adequacy Report 2018*, *op. cit.*, p. 77.

tions de pension pour prise de la retraite anticipée (qui ont été alourdis par les réformes pour atteindre 6 % par année manquante) ne jouent pas uniquement dans des cas exceptionnels, mais constituent pour la majorité des Grecs un élément à part entière du calcul de leur pension. En d'autres termes, cet écart important entre l'âge effectif de sortie du marché du travail et l'âge légal de la retraite fait du respect ou non de la condition de cotisation pour une carrière complète un facteur central du calcul du montant de la pension. À nouveau, c'est le poids de la carrière passée qui se trouve ainsi renforcé.

On rappellera qu'un renforcement similaire du poids de la carrière passée a été opéré en Belgique par une réforme de 2015¹. On a dit plus haut, lors de la discussion sur l'applicabilité de la libre prestation des services aux pensions légales, qu'un renforcement de ce type rapproche à notre sens le régime de pension concerné de la logique de la contrepartie et du modèle contractuel exposé dans notre partie liminaire².

902. Quant aux réformes apportées au niveau de la pension auxiliaire, le renforcement du lien qui unit la pension aux réalisations passées de l'individu sur le marché du travail est évident. L'introduction de la technique des comptes notionnels a pour effet que le montant de la prestation délivrée par ce régime dépend directement du montant des cotisations versées dans le passé : celles-ci constituent un capital fictif, qui est « converti » en une rente viagère au moment de la prise de la retraite. La pension perçue dépend donc directement des montants, proportionnels à son salaire, que le travailleur (ou son employeur pour son compte) a pu verser tout le long de sa carrière.

903. Qu'elle est la finalité poursuivie par les mémorandums avec ces réformes de la pension contributive et de la pension auxiliaire ? Il ne nous semble pas qu'elle doive être cherchée exclusivement, ni même principalement dans une politique de gestion de l'évolution des dépenses de pension sur le long terme. Nous verrons ci-dessous que d'autres mesures ont été prises dans ce but³. Nous sommes plutôt d'avis qu'il s'est agi de faire des pensions un outil au service d'une politique relative au marché du travail. Dans la présentation de l'architecture macroéconomique de la zone euro et à d'autres reprises dans nos développements, on a relevé le rôle de première importance accordé à un « bon fonctionnement » des marchés du travail nationaux pour la stabilité de la zone euro⁴. Avec d'autres mesures imposées par les mémorandums, notamment en matière de relations collectives de travail, que

1. Voy. *supra* n° 819.

2. Voy. *supra* n° 394 et s.

3. Voy. *infra* n° 906.

4. Voy. *supra* n° 726.

nous n'avons pu exposer ici¹, il nous semble que les réformes du système de pension pour l'avenir participent d'une politique visant à « fluidifier » le marché du travail grec. Elles le font de deux façons. D'une part, en augmentant l'âge légal de la retraite et en renforçant la condition de carrière pour accéder à une pension anticipée, les réformes obligent les individus à attendre ou à travailler plus longtemps avant d'avoir droit à une pension. D'autre part, en faisant dépendre dans une mesure plus importante qu'auparavant le montant de cette pension de la carrière passée, elles visent à les inciter à travailler plus et plus longtemps. Les enjeux de la réforme du système de pension sont donc probablement aussi à relier au fonctionnement du marché du travail grec.

904. Pour résumer ce qui précède, il nous semble que deux mouvements parcourent les réformes du système de pension grec, qui s'inscrivent à notre sens dans la logique d'un modèle contractuel. Le premier est l'instauration d'un filet de sécurité contre la pauvreté, dont la couverture tend à être universelle et dont le financement relève de la seule responsabilité de l'État. Le second est la réorganisation des pensions délivrées aux travailleurs autour de la carrière passée de chaque individu, de sorte que la pension reçue reflète au mieux son activité antérieure sur le marché du travail. C'est fondamentalement un système à deux strates qui se dessine ainsi : la première tend à s'extraire de toute référence au marché du travail pour se concentrer sur la question de la pauvreté des *personnes* âgées, tandis que l'autre tend au contraire à en faire le référent à l'aune duquel sont déterminés les droits à pension des *travailleurs*.

905. Cette (re)mise au centre du marché du travail pour l'organisation des pensions, que l'on observe ici au niveau du calcul des pensions individuelles, nous semble trouver un écho au niveau du mode de gestion à long terme du financement du système de pension.

(2) *La gestion à long terme du financement du système : l'autre face de la flexibilisation*

906. Le financement de la pension nationale repose entièrement sur l'État, donc sur l'impôt, tandis que la pension contributive (qui compose, avec la pension nationale, la pension principale) est financée principalement par les cotisations sociales, auxquelles s'ajoute un subside versé annuellement par l'État. Quant à la pension auxiliaire, elle est exclusivement financée par des cotisations ; l'intervention financière de l'État y est en principe interdite. Cette répartition des sources de financement entre les différentes prestations est cohérente avec la répartition des finalités attachées à chacune d'entre elles, que l'on vient de rappeler (préven-

1. Voy. notamment à ce propos I. KATSAROUMPAS, « De-Constitutionalising Collective Labour Rights: The Case of Greece », *Industrial Law Journal*, 2017, vol. 47, n° 4, p. 465-503 et les références citées.

tion de la pauvreté, d'une part, formation de droits à pension qui reflètent la participation au marché du travail, d'autre part). Elle ne présente donc rien de remarquable sur le plan synchronique.

907. Il nous semble par contre intéressant de noter comment la gestion à long terme de ce mode de financement est censé être assurée, ou plus précisément comment les mémorandums souhaiteraient qu'elle le soit. On a déjà parlé du facteur de soutenabilité instauré, de manière apparemment précaire, dans le régime de la pension auxiliaire¹. En vertu de ce facteur, en cas de déséquilibre entre les recettes et les dépenses de pension auxiliaire, ce sont ces dernières qui devront être réduites; une augmentation des recettes par une augmentation des cotisations sociales ou par une intervention de l'État est écartée. Plus même, une intervention étatique est en principe interdite. L'utilisation d'un facteur de ce type revient donc à coupler le montant des pensions auxiliaires aux fluctuations du marché du travail. En effet, le montant total des cotisations sociales dépend du niveau des salaires (puisque les cotisations sont proportionnelles à ceux-ci) et du taux d'emploi (puisque les cotisations sociales sont payées par et pour chaque travailleur). Étant donné l'introduction du facteur de soutenabilité, une variation à la baisse de ces deux éléments devra donc se traduire par une variation à la baisse du montant total des pensions versées.

908. On trouve une volonté analogue de lier l'avenir des pensions aux évolutions de l'économie dans une demande répétée à de nombreuses reprises dans les mémorandums à propos de la gestion à long terme du financement des pensions contributives. Les mémorandums ont fixé un objectif pour les finances publiques : l'évolution de la part des dépenses totales de pension ne doit pas évoluer de plus de 2,5 % du PIB entre 2010 et 2060. Le respect de cet objectif doit faire l'objet d'une surveillance régulière sur la base des projections fournies par l'autorité actuarielle nationale et validées par les institutions européennes. Si les projections indiquent un dépassement de la cible des 2,5 %, les autorités grecques doivent s'engager à revoir les paramètres du système pour faire baisser les dépenses de pension². Cette

1. Voy. *supra* n° 895.

2. Voy. notamment *The Economic Adjustment Programme for Greece* (May 2010), *op. cit.*, p. 68 ; *The Economic Adjustment Programme for Greece. First review – summer 2010*, *op. cit.*, p. 62 ; *The Economic Adjustment Programme for Greece. Second review – autumn 2010, Occasional Papers 72, European Commission, DG for Economic and Financial Affairs*, 2010, p. 75-76 et 87 ; *The Economic Adjustment Programme for Greece. Third review – winter 2011*, *op. cit.*, p. 85 et 109 ; *The Economic Adjustment Programme for Greece. Fifth review – October 2011*, *op. cit.*, p. 56 ; *The Second Economic Adjustment Programme for Greece* (March 2012), *op. cit.*, p. 59 ; *The Second Economic Adjustment Programme for Greece – Fourth Review – April 2014*, *op. cit.*, p. 146-147.

demande a été traduite dans la législation grecque, sous la forme d'une clause de stabilité¹.

Le modèle de gestion ainsi promu par les mémorandums revient à soustraire pour l'avenir un élément au débat relatif à la manière d'organiser le système de pension : la part des dépenses de pension relativement au PIB, lequel dépend de l'activité économique du pays, est la constante fixée pour les décennies à venir ; les autres éléments du problème, cantonnés au statut de variables, devront s'ajuster à cette donnée. Ainsi, si l'augmentation des dépenses de pension en raison, par exemple, de facteurs démographiques ne peut être contenue dans les limites de l'objectif de 2,5 % par une augmentation suffisante du PIB, en vertu de cette clause c'est le système de pension qui devra être revu ; l'option consistant à consacrer une part plus importante du PIB au paiement des pensions est écartée.

909. Ce choix de mode de gestion n'est pas sans rappeler les considérations exposées plus haut relatives à l'architecture macroéconomique de l'UEM. Nous avons vu qu'en l'absence d'instruments budgétaires substantiels centralisés au niveau européen, la stabilité de la zone euro ne peut être assurée selon les économistes que par la convergence des économies nationales ou par leur flexibilisation². La politique de convergence a été poursuivie sur le plan des finances publiques par l'inscription des règles de déficit et de dette publics dans les traités européens. Quant à la politique de flexibilisation, elle consiste à favoriser le « bon fonctionnement » des marchés pour que les chocs subis par les économies nationales puissent être absorbés par le moyen des mécanismes de l'offre et de la demande. Dans sa déclinaison relative au marché du travail, cette politique peut consister à entreprendre des réformes visant à rapprocher le « coût du travail » du prix qu'aurait celui-ci sur un marché parfaitement libre.

Quels liens le mode de gestion du système de pension promu par les mémorandums entretient-il avec cette architecture ? La fixation de constantes budgétaires à long terme pour les dépenses de pension grecques vise évidemment à assurer le respect des obligations budgétaires européennes. Elles vont toutefois au-delà de ce qu'exigent formellement ces dernières. En effet, comme nous l'avons déjà dit autre part, deux choix sont possibles en théorie pour respecter les obligations budgétaires européennes : augmenter les recettes ou réduire les dépenses. Les mémorandums ne se sont pas contentés d'exiger la mise en œuvre temporaire du premier choix par une réduction drastique des dépenses, notamment de pension, pour faire rentrer les finances publiques grecques dans les clous européens.

-
1. Greek Pension System Fiche, European Commission – Economic Policy – Ageing Working Group, 2014, p. 5. Voy. aussi le compte-rendu des réformes en matière de pension adoptées par la Grèce sous les trois plans d'aide sur le site du European Trade Union Institute : <https://www.etui.org/ReformsWatch/Greece/Pension-reform-in-Greece-background-summary>.
 2. Voy. *supra* n° 724 et s.

En prévoyant que les dépenses du système de pension devront toujours garder le même *rapport de proportion* au PIB national, et donc être réduites en cas de contraction de l'activité économique ou d'expansion démographique, les mémorandums aspirent à supprimer cette possibilité de choisir, non seulement pour aujourd'hui, mais également *pour l'avenir*.

La promotion de ce mode de gestion semble donc bien motivée par le souci d'apporter une réponse de long terme aux contraintes structurelles posées par l'architecture macroéconomique même de l'UEM. En l'occurrence, pour assurer la soutenabilité du système de pension, les mémorandums semblent avoir choisi la logique de la flexibilisation. De même que le coût du travail doit suivre les fluctuations du marché, les dépenses de pension — qui sont une composante du coût du travail dès lors qu'elles sont financées par des cotisations sociales — doivent s'ajuster aux fluctuations de l'économie nationale pour conserver en permanence avec celle-ci le même rapport. Fondamentalement, il s'agit dans les deux cas de poser l'évolution « des marchés » comme référent pour la détermination des revenus tirés du travail, que ce soit sur le plan des salaires payés aujourd'hui aux travailleurs ou sur le plan des pensions qui leur seront versées demain.

On comprend ce qu'une telle solution a de séduisant pour des institutions européennes préoccupées de maintenir la stabilité à long terme de la zone euro. En l'absence d'outils macroéconomiques, et notamment budgétaires, permettant d'entreprendre des politiques redistributives au niveau européen, autrement dit de réintroduire « par le haut » de la politique dans la gestion des fluctuations de l'économie, ces institutions n'ont pas beaucoup d'autres solutions que celui de tenter de réduire l'amplitude des choix dont disposent les acteurs nationaux dans la gestion de leur propre économie, étant donné que leurs décisions peuvent avoir des effets déstabilisateurs pour la zone euro. Le recours aux marchés comme principe directeur des politiques économiques et sociales des gouvernements, outre sa compatibilité avec une conception néolibérale de l'économie qui a probablement de nombreux adeptes au niveau européen, offre ainsi l'avantage de constituer un moyen d'action qui est, lui, à portée de main des institutions chargées de la gouvernance économique et budgétaire.

910. Pour conclure ces considérations relatives au mode de gestion des finances du système de pension grec promu par les mémorandums, on se permettra d'exprimer un certain scepticisme quant à sa « viabilité politique », le même que celui que nous avons exprimé plus haut à l'égard des mécanismes d'ajustement automatique de l'âge de la pension à l'évolution de l'espérance de vie qui nous semblent avoir les faveurs de la Commission et du Conseil dans le cadre du semestre européen. Ce mode de gestion réduit le débat politique sur l'avenir des pensions à une portion congrue, celle du choix des coupes à opérer dans les dépenses de pension en cas de dégradation de la situation économique ou d'évolution démographique plus importante que prévue. Il est comparable en cela à ces

mécanismes censés résoudre la question de l'évolution de l'âge de la pension par l'instauration d'un lien automatique entre celui-ci et l'espérance de vie, qui oblitérent la dimension politique de cette question.

Ces deux stratégies semblent relever d'une même « politique d'éviction du politique », pour reprendre la pertinente expression employée par A. Supiot dans un autre contexte¹. Mais le temps des pensions est un temps (très) long. Si les circonstances du moment sont favorables à l'instauration de ce type d'arrangement, il semble présomptueux de compter qu'elles continueront de l'être toujours, ou assez longtemps en tous les cas pour qu'ils s'imposent véritablement dans les esprits comme la nouvelle manière d'adapter les systèmes de pension à leur environnement. En réalité, cela nous semble relever du vœu pieux ; il n'y a pas meilleure façon d'exacerber les passions politiques qu'en leur refusant une voix au chapitre. Le mode de gestion souhaité par les mémorandums a été appliqué sous la contrainte des plans d'aide financière ; à moins de maintenir cette contrainte par d'autres moyens, il y a fort à parier qu'il ne survivra pas longtemps à l'expiration de ceux-ci.

CONCLUSIONS DE CHAPITRE : ENSEIGNEMENTS DES DEUX CAS D'ÉTUDES

911. La Belgique a reçu des recommandations de réforme dans toutes les catégories de recommandations spécifiques par pays du semestre européen qui touchent directement ou indirectement au système de pension : augmentation de l'âge de la pension, diminution des possibilités de retraite anticipée, réforme générale du système de pension, allègement de la fiscalité du travail, activation des travailleurs âgés. Répondant à des exigences très précises formulées dans les mémorandums, la Grèce a quant à elle entrepris une réforme en profondeur de son système de pension, sans équivalent dans son histoire.

912. L'analyse des réformes qui ont été respectivement recommandées et imposées à ces deux États permet de mettre en lumière certains thèmes et orientations charriés par la gouvernance économique et budgétaire en matière de pension.

La source du financement des pensions n'est pas indifférente aux yeux de la Commission et du Conseil. Ils considèrent que les cotisations sociales, en ce qu'elles font partie du « coût du travail », sont susceptibles de nuire à la « compétitivité » de l'économie. C'est d'autant plus le cas si elles ne sont pas ajustées à la « productivité » des travailleurs. Ces institutions encouragent donc une diminution de la « fiscalité du travail » pour la remplacer par une fiscalité ayant « un effet de distorsion moins important sur la croissance ».

Une attention particulière est accordée aux effets du système de pension sur la participation au marché du travail. Les possibilités de retraite anticipée, mais aussi le mode de calcul de la pension sont considérés comme des facteurs influen-

1. A. SUPIOT, « Le sommeil dogmatique européen », *op. cit.*, p. 189.

çant la volonté des individus à travailler plus et plus longtemps. Leur réforme peut ainsi servir une politique du marché du travail visant à « activer » les travailleurs âgés.

913. Une préférence se dessine assez nettement pour la mise en place de mécanismes d'ajustement automatique ou du moins préprogrammé des systèmes de pension aux évolutions démographiques et économiques de leur environnement.

914. Il nous semble que, derrière leur diversité, ces recommandations et réformes en matière de pension participent d'une même stratégie, celle de la flexibilisation des économies nationales. Cette stratégie vise à assurer la stabilité de la zone euro. Elle passe notamment par une « optimisation » du fonctionnement du marché du travail. En matière de pension, elle se traduit entre autres par les réformes préconisant de réduire le coût du travail et d'inciter les individus à travailler plus et plus longtemps. La promotion des mécanismes d'ajustement automatique peut également se comprendre comme une déclinaison de la logique propre à cette stratégie, à savoir coupler les évolutions des revenus du travail — dont font partie les pensions — aux évolutions de l'économie.

915. Les enjeux liés à chacune de ces grandes orientations sont à nos yeux les suivants. Le mode de financement des pensions a des implications importantes relativement aux acteurs en présence pour l'organisation d'un système de pension ; une diminution des cotisations sociales est de nature à fragiliser la position des syndicats et des organisations représentatives des employeurs dans les discussions relatives à l'avenir du système.

À partir du cas grec, on peut émettre l'hypothèse qu'une réforme des pensions visant à augmenter la participation des individus au marché du travail tend à faire évoluer le système vers un modèle de pension que nous qualifions de contractuel. Celui-ci se caractérise par une séparation nette entre la finalité de la prévention de la pauvreté, réservée à des pensions forfaitaires délivrées par l'État, et celle de la délivrance d'une pension contributive dont le mode de calcul donne un poids prépondérant à la carrière passée.

Enfin, la mise en place de mécanismes d'ajustement automatique ou préprogrammé conduit à évacuer la dimension politique des réformes de pension, qui sont fondamentalement liées à des décisions sur la répartition des richesses au sein d'un territoire. Étant donné le temps long dans lequel se développent les effets d'une réforme des pensions, nous sommes enclin à penser que ce type de mécanisme est politiquement peu stable, surtout s'il est instauré sous une pression extérieure.

Conclusions de la partie 2

La gouvernance économique et budgétaire et les systèmes de pension – enseignements des deux cas d'étude

916. La question sur laquelle nous nous sommes penché dans cette seconde partie est celle de l'influence de la gouvernance économique et budgétaire sur les systèmes de pension des États membres de la zone euro. Nous ne prétendons pas y donner une réponse définitive et exhaustive. Notre ambition était plus modeste : apporter des éléments susceptibles d'éclairer la portée et la nature de cette influence au travers de deux cas d'étude particuliers. Le premier était constitué des recommandations spécifiques adressées à la Belgique dans le cadre du semestre européen depuis son instauration en 2011. Le second consistait dans les réformes du système de pension grec adoptées pendant la période où le pays a été soumis aux mécanismes d'assistance financière créés au sein de la zone euro pour faire face à la crise des dettes souveraines.

917. Pour traiter ces deux cas d'étude, nous avons commencé par poser le contexte économique et juridique des recommandations belges et des réformes grecques. Depuis sa création, la zone euro est fragilisée par une asymétrie structurelle : la politique monétaire est centralisée au niveau européen tandis que les politiques budgétaires restent de la compétence des États membres. Cette dissociation des outils monétaires et budgétaires a des implications pratiques importantes pour la gestion macroéconomique de la zone euro. En l'absence d'outil budgétaire européen, deux stratégies sont possibles pour assurer sa stabilité : la convergence des économies nationales ou leur flexibilisation.

La gouvernance économique et budgétaire a pour finalité de garantir cette stabilité par la mise en œuvre de l'une ou l'autre de ces stratégies. Les instruments juridiques dont elle dispose sont multiples. Ils peuvent être regroupés en deux ensembles. D'une part, les instruments de discipline budgétaire et de coordination des politiques économiques et de l'emploi, qui visent à prévenir les déséquilibres macroéconomiques. Leur mise en œuvre est coordonnée par le semestre européen. D'autre part, les mécanismes d'assistance financière créés par les États et les

interventions de la BCE sur les marchés financiers, qui visent à maintenir la stabilité de la zone euro en cas de crise des finances publiques de l'un de ses États membres. Ces derniers instruments ne sont tous les deux mis en œuvre que si l'État concerné s'engage à respecter les conditions précisées dans un mémorandum. Celles-ci peuvent consister en la mise en œuvre de réformes diverses au niveau national. Cela a été le cas précisément pour la Grèce.

L'effectivité des instruments juridiques de la gouvernance varie. Celle des règles et procédures mises en œuvre dans le cadre du semestre européen dépend foncièrement de la pression politique exercée par les institutions européennes et les autres États membres ainsi que de la pression exercée par les marchés financiers. L'une et l'autre peuvent se renforcer mutuellement. L'effectivité des mécanismes d'assistance financière et des interventions de la BCE est très élevée. Elle repose de manière inversée sur la pression des marchés financiers, contre les effets potentiellement catastrophiques de laquelle ces dispositifs offrent leur protection.

918. Le contexte économique et juridique de nos deux cas d'étude ayant été posé, nous sommes passé à l'analyse des mesures préconisées et imposées respectivement à la Belgique et à la Grèce en matière de pension. La Belgique a reçu des recommandations dans le cadre du semestre européen. Sur le plan juridique, leur effectivité était faible, la Belgique ayant traversé la crise des années 2010 avec moins de tourments que la plupart des autres États membres. Les mesures préconisées dans ces recommandations couvraient un large spectre. Elles ont concerné l'âge légal de la pension ainsi que le régime des retraites anticipées et des « pré-pensions ». Elles ont porté également sur la fiscalité du travail, et donc indirectement sur le mode de financement du système.

La Grèce a reçu trois plans d'aide financière successifs, étalés sur huit années. En contrepartie de cette assistance, des réformes ont notamment été exigées en matière de pension. L'effectivité des mesures exigées dans le cadre des trois plans d'aide était maximale, la Grèce n'ayant pas d'autre alternative que leur mise en œuvre ou une sortie non préparée de la zone euro et, probablement, de l'Union européenne. Outre des coupes drastiques dans les pensions en cours de paiement, les autorités grecques ont entrepris une réforme des pensions d'une ampleur inégalée dans l'histoire du pays. Le résultat de cette réforme est un système de pension d'orientation beveridgienne. Il est composé de trois prestations de pension différentes, qui peuvent être présentées comme formant deux strates. La première strate consiste en une pension forfaitaire quasi universelle visant à prévenir la pauvreté des personnes âgées et financée exclusivement par l'impôt général. La seconde strate est constituée d'une pension dite « contributive », dont le montant dépend de manière prépondérante de la carrière passée, et d'une pension dite « auxiliaire », qui fonctionne selon la technique des comptes notionnels.

919. Tant les mesures recommandées à la Belgique que les réformes imposées à la Grèce nous semblent sous-tendues par la stratégie de la flexibilisation, soit l'une

des deux stratégies possibles pour assurer la stabilité de la zone euro en l'absence d'outil budgétaire disponible au niveau européen. En matière de pension, cette stratégie se traduit notamment par une utilisation du système de pension comme d'un outil au service du « bon fonctionnement » du marché du travail. C'est également elle qui explique, à notre sens, la promotion des mécanismes d'ajustement automatique des systèmes de pension aux évolutions économiques et démographiques.

920. Ces développements à partir de deux cas particuliers nous permettent d'avancer l'hypothèse générale que la gouvernance économique et budgétaire de la zone euro tend à faire évoluer les systèmes de pension des États membres vers un même modèle. Notre analyse, il est vrai, n'a porté que sur deux cas particuliers (la Belgique et de la Grèce). Mais comme déjà exposé ci-dessus, les orientations promues ou imposées en matière de pension semblent liées dans une large mesure à une stratégie macroéconomique d'un type bien défini visant à assurer la stabilité de la zone euro. Or, par hypothèse, cette stratégie est unique, comme l'est la monnaie dont elle vise à contenir les perturbations. Il semble donc raisonnable de supputer que les réformes préconisées ou imposées à d'autres États suivent les mêmes lignes de force.

Nous formulons donc l'hypothèse générale que la gouvernance tend à faire adopter certaines caractéristiques pour l'organisation des systèmes de pension : une organisation qui soit de nature à inciter les individus à travailler plus et plus longtemps ; un financement qui ne repose qu'en partie sur des prélèvements directement associés au travail, et qui ne découple pas le coût du travail de la productivité des travailleurs ; des modes de gestion du système qui en permettent l'ajustement le plus prévisible possible aux évolutions économiques et démographiques, autrement dit qui réduisent la part de la décision politique dans l'avenir du système.

La capacité de la gouvernance à faire advenir ce modèle dépend toutefois de l'effectivité des instruments juridiques à sa disposition. Celle-ci varie au cas par cas en fonction de nombreux facteurs, notamment politiques et financiers. L'État qui est en bonne santé économique peut résister aisément à la pression ; celui dont la situation économique se dégrade risque fortement de devoir s'y plier.

Conclusions générales

921. La question qui a guidé cet ouvrage était celle de savoir si et dans quelle mesure le droit économique européen, considéré en certaines de ses branches, tend à faire évoluer les systèmes de pension des travailleurs salariés vers un même modèle et, le cas échéant, lequel. Plus précisément, notre recherche visait à identifier l'influence proprement juridique exercée par ce droit européen sur l'organisation de ces systèmes de pension — par distinction d'avec les contraintes économiques rendues possibles ou accentuées par lui.

922. La première partie a été consacrée à l'étude de l'incidence du droit européen de la concurrence et de la libre prestation des services, deux composantes majeures du droit du marché intérieur. La seconde a porté sur l'influence de la gouvernance économique et budgétaire mise en place au sein de la zone euro, que nous avons approchée au moyen de deux cas d'étude — la Belgique et la Grèce. Nous renvoyons le lecteur aux conclusions intermédiaires qui suivent chacune de ces parties pour l'exposé de leurs résultats spécifiques.

923. De notre étude, il ressort qu'une réponse différenciée et nuancée doit être apportée à la question de recherche posée.

Non, le droit de la concurrence et la libre prestation des services n'exercent pas une influence de nature à faire converger les systèmes de pension des États membres vers un même modèle. Les contraintes qu'ils font peser sur l'autonomie des États membres pour l'organisation de leurs systèmes de pension sont marginales. On comprend toutefois que la jurisprudence de la Cour puisse irriter et inquiéter des commentateurs, car la manière dont la Cour raisonne pour justifier ses décisions est empreinte de certaines valeurs, d'orientation libérale, que tous ne partagent pas. Le mode de raisonnement de la Cour est en effet porté selon nous par une conception de la justice distributive (c'est-à-dire celle qui tend à répondre à la question : à quoi chacun devrait-il avoir droit ?) donnant la « primauté normative » au marché : c'est à l'aune de celui-ci que doivent être évaluées les autres institutions — dont les systèmes de pension — intervenant dans l'organisation des rapports entre les hommes et les choses.

Oui, la gouvernance économique et budgétaire tend probablement à faire évoluer les systèmes de pension vers un même modèle. Celui-ci est de nature contractuelle, au sens défini dans nos propos liminaires, c'est-à-dire qu'il s'articule autour d'une conception particulière de la valeur du travail, d'orientation libérale

à nouveau, qui identifie celle-ci avec le prix de la force de travail sur un marché. L'effectivité des instruments de la gouvernance européenne varie toutefois très fortement en fonction de facteurs politiques et financiers propres à chaque État. L'influence exercée par la gouvernance ne saurait donc être présentée comme une lame de fond s'exerçant de manière uniforme dans l'ensemble de la zone euro.

924. Cette réponse en partie négative et en partie positive s'appuie sur les développements rappelés dans les conclusions de sections, de chapitres et de titres, qu'il serait inutile de répéter ici. En guise de conclusions finales, nous voudrions cependant encore proposer quelques réflexions complémentaires, de natures différentes, à propos de chacune des deux facettes, négative et positive, de notre réponse.

Au sujet de la prédominance des valeurs libérales dans la jurisprudence de la Cour relative aux systèmes de pension, il pourrait être rétorqué que la Cour n'a pas vraiment d'autre choix, étant donné les branches du droit à partir desquelles elle raisonne — le droit de la concurrence et la libre prestation des services —, que de poser la logique de marché comme principe et les institutions poursuivant d'autres fins, en l'occurrence sociales, comme des exceptions. Ces branches visant à assurer l'intégration des économies nationales par la suppression des obstacles législatifs ou comportementaux à l'ouverture des marchés, il serait inévitable que le raisonnement prenne pour point de départ le principe du libre échange marchand, quitte à faire place dans un second temps à des considérations d'un autre ordre au titre d'exceptions. Ce n'est cependant pas notre avis. D'autres manières de raisonner étaient et sont possibles. Pour ne prendre qu'un exemple, la Cour pourrait certainement argumenter que les matières qui, comme la sécurité sociale visée par l'article 153 TFUE, sont réservées à la compétence des États membres échappent de ce fait en principe non seulement à la compétence du législateur européen, mais également à toute évaluation de leur conformité aux finalités du droit économique inscrit dans les traités. Une telle affirmation, qui conférerait une portée réelle à la ritournelle selon laquelle « le droit [de l'Union] ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale¹ », serait certainement de nature à apaiser ceux pour qui les raisonnements de la Cour, largement inoffensifs jusqu'à présent en matière de pension, sont comme une épée de damoclès oscillant au-dessus des institutions nationales soutenues par d'autres valeurs que celle du marché. Pour le dire autrement, il est certes indubitable que la jurisprudence de la Cour qui pose le marché comme ligne d'horizon valable pour tous les domaines, sauf exceptions justifiées dans le langage du droit économique lui-même, trouve son fondement dans le droit primaire de l'Union. Mais un texte n'est jamais réductible à une et

1. CJUE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, C-159/91 et C-160/91, § 6. On trouve ces mots dans quasiment tous les arrêts de la Cour relatifs à l'applicabilité du droit de la concurrence ou de la libre prestation des services aux régimes de sécurité sociale nationaux.

une seule interprétation. Il n'en reste donc pas moins que cette jurisprudence repose bien sur un choix interprétatif qui, par hypothèse, aurait pu être différent ; l'intégration économique européenne aurait alors présenté un tout autre visage.

La réflexion complémentaire concernant la seconde partie de notre étude, relative à l'influence de la gouvernance économique et budgétaire, est d'un autre ordre, méthodologique. Nous avons rappelé que notre recherche s'est concentrée sur les contraintes juridiques, par distinction d'avec les pressions économiques, qui s'exercent sur les systèmes de pension. C'est donc à propos de ces contraintes seulement qu'elle prétend apporter une réponse à la question de la réalité et de la portée de l'influence de l'intégration monétaire sur les pensions mises en place au sein des États membres de la zone euro. On a vu que cette recherche s'est toutefois appuyée sur des travaux menés en économie et sur l'économie. Cela a été fait dans un double but. Celui, d'une part, de donner une présentation du contexte macroéconomique tout à fait nécessaire à nos yeux pour une bonne compréhension des enjeux de la gouvernance. Et celui, d'autre part, de proposer une qualification plus fine, à partir des modèles contractuel et statutaire de la valorisation du travail pour le calcul de la pension, des réformes préconisées ou imposées en matière de pension au moyen de cette gouvernance. Ce faisant, nous avons voulu faire un pas, très modeste, dans la direction indiquée notamment par un économiste français, selon qui « l'économiste et le sociologue, mais aussi l'anthropologue, l'historien et le juriste doivent impérativement travailler ensemble. Il s'agit par cette collaboration d'appréhender au plus juste la réalité économique en s'efforçant d'en saisir la totalité des déterminations¹ ».

Nous sommes d'avis que la notion de travail, tout particulièrement, gagne à être investiguée par les juristes à la lumière des catégories utilisées en économie, en sociologie ou en anthropologie, et du recul que permet l'histoire. Mais nous pensons aussi que ces dernières disciplines ont également des choses à apprendre de la science juridique sur ce point, ce qui est peut-être moins souvent reconnu. À cet égard, il nous semble que la catégorie de valeur est un bon candidat pour l'élection de termes à même de faire dialoguer, sur un pied d'égalité, les juristes et leurs collègues des sciences humaines et sociales sur la notion de travail. Le droit social montre en effet qu'il existe plus d'une manière de valoriser les activités productives et que celles-ci sont intimement liées aux formes juridiques données aux relations de travail. L'étude du droit positif offre donc sur ce point des enseignements susceptibles d'enrichir les discussions menées ailleurs, par d'autres curieux des réalités humaines. C'est du moins ce que nous avons tenté de faire apparaître dans le champ spécifique des pensions de retraite, en usant du droit économique européen comme d'un révélateur. Espérons que le lecteur arrivé jusqu'ici aura trouvé quelque fruit à cette tentative.

1. A. ORLÉAN, « La fabrique d'une contrainte », préface à l'ouvrage de B. LEMOINE, *L'Ordre de la dette*, *op. cit.*

Bibliographie

Ouvrages, chapitres et articles scientifiques classés selon l'ordre alphabétique du nom des auteurs

- ADALID, S., « Les retraités grecs et le choc des méthodes », *Revue des affaires européennes – Law & European Affairs*, 2017, n° 2, p. 353-362.
- ADAMS, M., FABBRINI, F. et LAROUCHE, P. (éds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford – Portland Oregon, Hart Publishing, 2014.
- ADAM, S. et PAPTHEODOROU, C., « Dismantling the Feeble Social Protection System of Greece: Consequences of the Crisis and Austerity Measures », in K. SCHUBERT, P. DE VILLOTA et J. KUHLMANN (éds.), *Challenges to European Welfare Systems*, Heidelberg, Springer, 2016
- AGLIETTA, M. et ORLÉAN, A., *La Monnaie entre violence et confiance*, Paris, Odile Jacob, 2002.
- AKANDJI-KOMBÉ, J.-F., « Négociation collective et marché intérieur : La CJUE franchit-elle un cap ? », *Semaine sociale Lamy*, 2010, n° 1463, p. 5-8.
- AKANDJI-KOMBÉ, J.-F., « Clauses de désignation et de migration en matière de prévoyance et de retraite, droit de négociation collective et liberté économique. Entre droits communautaire et européen et droit constitutionnel », *Droit social*, 2013, n° 11, p. 880-886.
- AKOUMIANAKI, D., « Contrôle de conventionnalité et droits de l'homme en temps de crise financière : échanges entre les juridictions grecques et la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue française de droit constitutionnel*, 2018, n° 1, p. 3-32.
- ALADID, S., « La nouvelle gouvernance économique de l'UE : mesurer et rapprocher les politiques nationales », in S. DORMONT et T. PERROUD (éds.), *Droit et marché*, Paris, L.G.D.J., 2015, p. 145-177.
- ALLART, M., MONACO, C. et FINET, A., « Cadastre de la présence des investisseurs institutionnels en Belgique : le cas des petites et moyennes capitalisations », *Revue des sciences de gestion*, 2016, vol. 280, n° 4, p. 45-51.
- ALLEMAND, F. et MARTUCCI, F., « La nouvelle gouvernance économique européenne I », *Cahiers de droit européen*, 2012, p. 17-99.
- ALTER, K.J., *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

- AMITSIS, G.N., *The Greek Social Insurance System*, Athènes, Ministère grec du travail et de la sécurité sociale, Secrétariat général de l'assurance sociale, 2003.
- ANDOR, L., « The Impact of Eurozone Governance on Welfare State Stability », in F. VANDENBROUCKE, C. BARNARD et G. DE BAERE (éds.), *A European Social Union after the Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 143-159.
- ANDOR, L. *et al.*, « Designing a European unemployment insurance scheme », *Intereconomics*, 2014, vol. 49, n° 4, p. 184-203.
- ARMINGEON, K. et BACCARO, L., « Political Economy of the Sovereign Debt Crisis: The Limits of Internal Devaluation », *Industrial Law Journal*, 2012, vol. 41, n° 3, p. 254-275.
- ARMSTRONG, K.A., « Mutual Recognition », in C. BARNARD et J. SCOTT (éds.), *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 225-267.
- ARMSTRONG, K.A., « The Lisbon Agenda and Europe 2020: From the Governance of Coordination to the Coordination of Governance », in P. COPELAND et D. PAPADIMITRIOU (éds.), *The EU's Lisbon Strategy: Evaluating Success, Understanding Failure*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012, p. 208-228.
- ARROWSMITH, S., « The Purpose of the EU Procurement Directives : Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space For Commercial and Horizontal Procurement Policies », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012, vol. 14, p. 1-47.
- ARROWSMITH, S., *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, Vol. 1, 3^e éd., Londres, Sweet & Maxwell et Thomson Reuters, 2014.
- ASHIAGBOR, D., « Unravelling the Embedded Liberal Bargain: Labour and Social Welfare Law in the Context of EU Market Integration », *European Law Journal*, 2013, vol. 19, n° 3, p. 303-324.
- ASSOCIATION RECHERCHE ET RÉGULATION, *Fonds de pension et « nouveau capitalisme »*, 4, L'année de la régulation, Paris, La Découverte, 2000.
- ATKINSON, A.B., « Is the Welfare State necessarily an obstacle to economic growth? », *European Economic Review*, 1995, vol. 39, n° 3-4, p. 723-730.
- AUTENNE, A., « Les relations juridiques qu'entretiennent les parties prenantes », in A. AUTENNE et O. HERMAND (éds.), *Le Droit belge des fonds de pension : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2012.
- AUTENNE, A., « Les enjeux actuels des fonds de pension en droit de l'Union européenne », *J.D.E.*, 2013, p. 306-311.
- AUTENNE, A., « Occupational pension funds: Governance issues at the international and European levels », *European Journal of Social Security*, 2017, vol. 19, n° 2, p. 158-171.
- AZOULAI, L., « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice dans Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2008, n° 1, p. 29-46.

- BACON, K., *European Union Law of State Aid*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2017.
- BAILLEUX, A., *Les Interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis – Bruylant, 2009.
- BAILLEUX, A., « Les droits fondamentaux dans le jardin du marché intérieur », in L. POTVIN-SOLIS (éd.), *Politiques de l'Union européenne et droits fondamentaux : treizièmes journées Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 217-236.
- BAQUERO CRUZ, J., « Social Services of General Interest and the State Aid Rules », in U. NEERGAARD *et al.* (éds.), *Social Services of General Interest in the EU*, The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2013, p. 287-313.
- BARBIER, J.-C., « Les frontières de la solidarité dans l'Union européenne », in B. MULLER, J.-C. BARBIER et M. BRESSON (éds.), *Les Solidarités à l'épreuve des crises*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 19-37.
- BARBIER-GAUCHARD, A., SIDIROPOULOS, M. et VAROUDAKIS, A., *La Gouvernance économique de la zone euro : Réalités et perspectives*, préface de P. De Grauwe, Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, 2018
- BARNARD, C., « Social Dumping or Dumping Socialism? », *The Cambridge Law Journal*, 2008, vol. 67, n^o 2, p. 262-264.
- BARNARD, C., « The Charter in time of crisis: a case study of dismissal », in N. COUNTOURIS et M. FREEDLAND (éds.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 250-277.
- BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 5^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2016.
- BARNARD, C., « To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement », *Industrial Law Journal*, 2017, vol. 46, n^o 2, p. 208-244.
- BARNARD, C. et DE BAERE, G., « Towards a European Social Union: Achievements and Possibilities under the Current EU Constitutional Framework », *Euroforum KU Leuven Policy Papers*, 2014, disponible sur <https://www.kuleuven.be/metaforum/index.php?LAN=E>.
- BARR, N., « Reforming pensions: Myths, truths, and policy choices », *International Social Security Review*, 2002, vol. 55, n^o 2, p. 3-36.
- BAUDRY, B., « De la relation d'emploi fordiste à la relation de "stabilité polyvalente" : une analyse économique de l'évolution des modalités de la rémunération », in F. LARONZE (éd.), *Les Dualités de la rémunération*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 49-64.
- BAUGNIET, W., *The Protection of Occupational Pensions under European Union Law on the Freedom of Movement for Workers*, Florence, Thèse défendue à l'Institut universitaire européen, 2014.
- BEATTIE, R. et MCGILLIVRAY, W., « A risky strategy: Reflections on the World Bank Report Averting the old age crisis », *International Social Security Review*, 1995, vol. 48, n^o 3-4, p. 5-22.

- BEBLAVÝ, M., GROS, D. et MASELLI, I., « Reinsurance of National Unemployment Benefit Schemes », *CEPS Working Document*, 2015, n° 401, disponible sur <https://www.ceps.eu/ceps-publications/reinsurance-national-unemployment-benefit-schemes/>.
- BEBLAVÝ, M., et LENAERTS, K., *Stabiliser l'Union économique et monétaire européenne : que peut-on espérer d'un système commun d'assurance chômage ?*, Résumé analytique de l'étude menée par le CEPS pour la Commission européenne, 2017, p. 8
- BECK, G., « The Court of Justice, Legal Reasoning, and the Pringle Case-Law as the Continuation of Politics by Other Means », *European Law Review*, 2014, vol. 39, n° 2, p. 234-250.
- BEKKEDAL, T., « Article 106 TFEU is Dead. Long Live Article 106 TFEU! », in E. SZYSZCZAK *et al.* (éds.), *Developments in Services of General Interest*, The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2011, p. 61-102.
- BEKKER, S., « EU Economic Governance in Action: Coordinating Employment and Social Policies in the Third European Semester », *Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series No. 14/2014*, 2014.
- BEKKER, S., « The European Semester Process: Adaptability and Latitude in Support of the European Social Model », in F. VANDENBROUCKE, C. BARNARD et G. DE BAERE (éds.), *A European Social Union after the Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 251-270.
- BEKKER, S., « Hardening and softening of country-specific recommendations in the European Semester », *West European Politics*, 2020, p. 1-20.
- BELHAJ, S. et VAN DE GRONDEN, J.W., « Some room for competition does not make a sickness fund an undertaking. Is EC competition law applicable to the health care sector? », *European Competition Law Review*, 2004, vol. 25, n° 11, p. 682-687.
- BERGERÈS, M.-C., « Les organismes chargés de la gestion des régimes sociaux échappent-ils aux règles communautaires de la concurrence ? », *Répertoire Dalloz*, 1996, n° 23, p. 317-319.
- BERGEVOET, J., « De toepassing van het transparantiebeginsel bij niet-gereguleerde opdrachten nader beschouwd », *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2008, vol. 15, n° 4, p. 113-118.
- BERNARD, E., « L'activité économique', un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, 2009, n° 3, p. 353-385.
- BEUKERS, T., « The New ECB and Its Relationship with the Eurozone Member States: Between Central Bank Independence and Central Bank Intervention », *Common Market Law Review*, 2013, vol. 50, n° 6, p. 1579-1620.
- BEUKERS, T., « The Eurozone crisis and the autonomy of Member States in economic union: changes et challenges », in P. KOUTRAKOS et J. SNELL (éds.), *Research Handbook on the Law of the EU's Internal Market*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, p. 263-288.

- BEUKERS, T., WITTE, B. de et KILPATRICK, C. (éds.), *Constitutional Change through Euro-Crisis Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- BEVERIDGE, W., *Social Insurance and Allied Services: Report by Sir William Beveridge Presented to Parliament by Command of His Majesty*, 1942.
- BINON, J.-M., « Solidarité et assurance : mariage de cœur ou de raison ? », *Revue du marché unique européen*, 1997, n° 4, p. 87-140.
- BINON, J.-M., « Les retraites professionnelles : évolutions juridiques récentes en Belgique et au niveau européen », in H. COUSY (éd.), *Assurance : théorie et pratique. Verzekering: theorie en praktijk (Liber Amicorum Hubert Claassens)*, Antwerpen – Louvain-la-Neuve, Maklu – Academia-Bruylant, 1998, p. 305-320.
- BINON, J.-M., « La proposition de directive du 11 octobre 2000 sur les institutions de retraite professionnelle », *Euredia*, 2000, n° 4, p. 511-546.
- BINON, J.-M. et CLAASSENS, H., « La protection sociale complémentaire en droit européen : cadre général, acquis et questions pendantes », in C. VAN SCHOUBROECK (éd.), *La Protection sociale complémentaire dans l'Union Européenne. La problématique des pensions et des soins de santé – De aanvullende sociale voorzieningen in de Europese Unie. Pensioenen en gezondheidszorg*, Antwerpen – Louvain-la-Neuve, Maklu – Academia-Bruylant, 2003, p. 39-150.
- BIRMINGHAM, B., « “All for one and one for all” – The EU Directive allows cross border pension funds », *Pensions: An International Journal*, 2003, vol. 9, n° 2, p. 107-117.
- BITTNER, C., « Occupational Pensions – a Matter of European Concern », *European Business Organization Law Review*, 2001, n° 2, p. 401-426.
- BOEGER, N., « Solidarity and EC competition law », *European Law Review*, 2007, vol. 32, n° 3, p. 319-340.
- BOITOS, A. ET KELLERBAUER, M., « Le droit des prestataires de services économiquement dépendants de conclure des conventions collectives de travail au regard du droit de l'Union européenne », in D. DUMONT, A. LAMINE ET J.-B. MAISIN (éds.), *Le Droit de négociation collective des travailleurs indépendants : cadrages théoriques et études de cas*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 87-107
- BONOLI, G., « Two Worlds of Pension Reform in Western Europe », *Comparative Politics*, 2003, vol. 35, n° 4, p. 399-416.
- BORGETTO, M., « La solidarité : le maître mot de la protection sociale ? », in *La Solidarité dans l'Union européenne. Éléments constitutionnels et matériels*, Paris, Dalloz, 2011, p. 157-164.
- BORSJÉ, P. et VAN MEERTEN, H., « Voorstel IORP II-Richtlijn: Aanzet Tot Hervorming Van Het Nederlands Pensioenstelsel », *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2014, n° 8, p. 264-274.
- BORSJÉ, P. et VAN MEERTEN, H., « A European pensions union: Towards a strengthening of the European pension systems », in F. PENNINGNS et G.J. VONK (éds.), *Research Handbook on European Social Security Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015, p. 385-412.

- BOVIS, C., *The Law of EU Public Procurement*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2015.
- BOVIS, C.H., « Public procurement in the EU: Jurisprudence and conceptual directions », *Common Market Law Review*, 2012, vol. 49, p. 247-290.
- BRADSHAW, S., « Is a trade union an undertaking under EU competition law? », *European Competition Journal*, 2016, vol. 12, n° 2-3, p. 320-340.
- BRAULT, D., « Service public et position dominante : peut-il y avoir abus? », *Les Petites affiches*, 2004, n° 239, p. 36-39.
- BROOKS, S., « Interdependent and Domestic Foundations of Policy Change: The Diffusion of Pension Privatization Around the World », *International Studies Quarterly*, 2005, vol. 49, n° 2, p. 273-294.
- BROWN, A., « EU primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives », *Public Procurement Law Review*, 2010, n° 5, p. 169-181.
- BROWN, A., « Application of the EU Treaty Obligation of Transparency to an Exclusive National Licence for Internet Games of Chance », *Public Procurement Law Review*, 2010, n° 6, p. 221-224.
- BRUNET, R., « Retraite, liberté de mouvement des capitaux et libre prestation de services », *La Lettre de l'Observatoire des Retraites*, 1999, n° 11, p. 10-12.
- BUELENS, J. et RIGAUD, M. (éds.), *From social competition to social dumping*, Cambridge, Intersentia, 2016.
- BUENDIA SIERRA, J.L., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (former Article 90) of the EC Treaty*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- BUIJZE, A., *The principle of transparency in EU Law*, 's-Hertogenbosch, Uitgeverij BOX-Press, 2013.
- CAHILL, D., « The Ebb and Flow, the Doldrums and the Raging Tide: Single Market Law's Ebb and Flow over Services of General Economic Interest, the Legal Doldrums over Services of General Interest, and the Raging Tide of Article 106 (2)(ex Art 86 (2)) over State Aid & Public Procurement », *European Business Law Review*, 2010, vol. 21, n° 5, p. 629-662.
- CANTILLON, B., « Het herverdelend vermogen van de sociale zekerheid: beschouwingen, een halve eeuw later », *B.T.S.Z.*, 2014, n° 4, p. 523-541.
- CASTEL, N., *La Retraite des syndicats : revenu différé contre salaire continué*, Paris, La Dispute, 2009.
- CASTEL, N., « Salaire ou revenu différé ? Vers un nouveau système de retraite », *Revue française de sociologie*, 2010, vol. 51, n° 1, p. 61-84.
- CASTEL, R., *L'insécurité sociale : qu'est-ce qu'être protégé ?*, Paris, Seuil, 2003.
- CASTORIADIS, C., « Valeur, égalité, justice, politique : de Marx à Aristote et d'Aristote à nous », in *Les Carrefours du labyrinthe 1*, Paris, Seuil, 1978.

- CHALMERS, D., DAVIES, G. ET MONTI, G., *European Union Law: text and materials*, 4^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 738.
- CHARPENTIER, F., *Les Retraites complémentaires AGIRC-ARRCO*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses Universitaires de France, 2016.
- CHATZILAOU, K., *L'action collective des travailleurs et les libertés économiques. Essai sur une rencontre dans les ordres juridiques nationaux et supranationaux*, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2016.
- CHATZISTAVROU, F., « De la coordination nationale à la supervision supranationale : la Grèce face aux programmes d'ajustement économique de l'Union européenne », *Revue française d'administration publique*, 2016, vol. 158, n° 2, p. 517-530.
- CHAUMETTE, P., « Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises », *Droit social*, 2008, n° 2, p. 210-220.
- CHENILLET, P., « Assurance vieillesse, Communauté européenne et libre concurrence », *Revue de droit sanitaire et social*, 1993, n° 3, p. 554-564.
- CHITI, E. et TEIXEIRA, P.G., « The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis », *Common Market Law Review*, 2013, vol. 50, n° 3, p. 683-708.
- CLARK, G.L., *Pension Fund Capitalism*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- CLAUWAERT, S., *The country-specific recommendations (CSRs) in the social field: An overview and initial comparison*, Background analysis 2013.02, European Trade Union Institute, 2013.
- CLAUWAERT, S., *The country-specific recommendations (CSRs) in the social field: An overview and comparison. Update including the CSRs 2015-2016*, Background analysis 2015.03, European Trade Union Institute, 2015.
- CLAUWAERT, S., *The country-specific recommendations (CSRs) in the social field: An overview and comparison. Update including the CSRs 2018-2019*, Background analysis 2018.01, European Trade Union Institute, 2018, p. 109.
- CLAUWAERT, S., *The country-specific recommendations (CSRs) in the social field: An overview and comparison. Update including the CSRs 2019-2020*, Background analysis 2019.03, European Trade Union Institute, 2019.
- CLERC, O., « L'arrêt Pringle ou la validation juridictionnelle des approfondissements passés, présents, et à venir de la gouvernance économique de la zone euro », *Journal d'actualité des droits européens*, janvier 2013, disponible sur <https://revue-jade.eu/article/view/363>.
- CLESSE, J. et KÉFER, F., « Le contrôle des normes relatives à la modération des rémunérations au regard du droit de négociation collective », *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2017, n° 1-2, p. 89-112.
- COPELAND, P. et DALY, M., « Social Europe: From “Add-On” to “Dependence Upon” Economic Integration », in A. CRESPIY et G. MENZ (éds.), *Social Policy and the Euro Crisis: Quo Vadis Social Europe*, London, Palgrave Macmillan, 2015, p. 140-160.

- CORLIER, F., « Segmentation : le point de vue de l'assureur », in *Competitiviteit, ethiek en verzekering – Compétitivité, éthique et assurance*, Antwerpen – Louvain-la-Neuve, Maklu – Academia-Bruylant, 1998, p. 189-204.
- CORON, G., « Retraite par capitalisation et Union européenne : retour sur la directive institutions de retraite professionnelle », *Revue de l'IREs*, 2003, vol. 43, n° 3, p. 3-36.
- CORON, G., « Le prisme communautaire en matière de retraites : la diffusion à travers le droit européen de la théorie des piliers », *Retraite et société*, 2007, vol. 50, n° 1, p. 250-277.
- CORVAGLIA, M., *Public Procurement and Labour Rights: Towards Coherence in International Instruments of Procurement Regulation*, Oxford, Hart Publishing, 2017.
- COSTAMAGNA, F., « The European Semester in Action: Strengthening Economic Policy Coordination While Weakening the Social Dimension? », *LPF-WEL Working Paper No. 5*, 2013, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=2367768>.
- COUCHEIR, M., « Gezondheidszorgverstrekking als economische activiteit in de zin van het EG-verdrag: over gevrijwaarde solidariteit en (semi-)territorialiteit », *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2005, n° 1, p. 145-210.
- CRAIG, P., « Pringle: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, vol. 20, n° 1, p. 3-11.
- CRAIG, P. et DE BÚRCA, G., *EU Law: text, cases, and materials*, 6^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2015.
- CRAIG, P. et MARKAKIS, M., « Gauweiler and the legality of outright monetary transactions », *European Law Review*, 2016, vol. 41, n° 1, p. 4-24.
- CRESPIY, A., *L'Europe sociale : Acteurs, politiques, débats*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2019.
- CSERNE, P. et DESMARAIS-TREMBLAY, M., « Merit Goods », in M. SELLERS et S. KIRSTE (éds.), *Encyclopedia of the philosophy of law and social philosophy*, Heidelberg, Springer, 2020.
- CUNHA RODRIGUES, N., « The Pan-European Pension Product and the Capital Markets Union: A Way to Enhance and Complete the Economic and Monetary Union? », in N. DA COSTA CABRAL et N. CUNHA RODRIGUES (éds.), *The Future of Pension Plans in the EU Internal Market: Coping with Trade-Offs Between Social Rights and Capital Markets*, Cham, Springer, 2019, p. 179-191.
- D'ALLENDE, M., *La Contribution du droit européen au droit de la protection sociale complémentaire*, Paris, LexisNexis, 2015.
- DARDOT, P. et LAVAL, C., « Du public au commun », *Revue du MAUSS*, 2010, vol. 35, n° 1, p. 111-122.
- DARDOT, P. et LAVAL, C., *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2015.
- DAVIES, A.C., « One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ », *Industrial Law Journal*, 2008, vol. 37, n° 2, p. 126-148.

- DAVIES, B., « Equité intra et intergénérationnelle », in E. REYNAUD (éd.), *Les Retraites dans l'Union européenne. Adaptation aux évolutions économiques et sociales*, Paris, L'Harmattan, 1998.
- DAVIES, G., « Welfare as a Service », *Legal Issues of Economic Integration*, 2002, vol. 29, n° 1, p. 27-40.
- DAVIES, G., « Article 86 EC, the EC's Economic Approach to Competition Law, and the General Interest », *European Competition Journal*, 2009, vol. 5, n° 2, p. 549-584.
- DAVIS, E.P., *Pension Funds: Retirement-Income Security and Capital Markets: An International Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1998.
- DAVIS, E.P., « Regulation of Pension Fund Assets », in H. BLOMMESTEIN, N. FUNKE et OCDE (éds.), *Institutional Investors in the New Financial Landscape*, Paris, Organisation for Economic Co-operation and Development, 1998, p. 365-389.
- DAVIS, E.P., « Prudent person rules or quantitative restrictions? The regulation of long-term institutional investors' portfolios », *Journal of Pension Economics and Finance*, 2002, vol. 1, n° 2, p. 157-191.
- DAWSON, M., *New Governance and the Transformation of European Law: Coordinating EU Social Law and Policy.*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- DE BANDT, P., « Artikel 86, lid 2 EG-Verdrag en het begrip "diensten van algemeen economisch belang": meer dan een rechtsbasis voor een genuanceerde toepassing van de interne markt- en mededingingsregels op openbare diensten? », *Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht/Revue de droit commercial belge*, 2008, n° 3, p. 211-225.
- DE BECKER, E., « The (Possible) Role of the Right to Social Security in the EU Economic Monitoring Process », *German Law Journal*, 2018, vol. 17, n° 3, p. 277-315.
- DE BECKER, E., *Het recht op sociale zekerheid in de Europese Unie : een rechtsvergelijkende analyse op basis van het Europees Sociaal Handvest, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de constitutionele tradities gemeen aan de lidstaten*, Brugge, Die Keure, 2019.
- DE BECKER, E. et SCHOUKENS, P., « De Europese Pijler van Sociale Rechten: naar een sterkere bescherming van de sociale rechten op het Unieniveau? », *Belgisch tijdschrift voor sociale zekerheid/Revue belge de sécurité sociale*, 2017, n° 2, p. 145-173.
- DE BEYS, J., « Altmark : un arrêt qui ne règle rien », *Journal des Tribunaux. Droit européen*, 2004, n° 1, p. 10-11.
- DE GRAUWE, P., « Design Failures in the Eurozone: Can They Be Fixed? », *LSE « Europe in Question » Discussion Paper Series n° 57*, 2013, disponible sur <http://www.ssrn.com/abstract=2215762>.
- DE GRAUWE, P., « Macroeconomic Policies in the Eurozone since the Sovereign Debt Crisis », *KU Leuven Euroforum*, 2014, disponible sur <https://www.kuleuven.be/metaforum>.
- DE GRAUWE, P., *Economics of monetary union*, 12^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2018.

- DE GRAUWE, P. et JI, Y., « Booms, Busts and the Governance of the Eurozone », in F. VANDENBROUCKE, C. BARNARD et G. DE BAERE (éds.), *A European Social Union after the Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 160-191.
- DE GROOT, M., « Supervision on Public Service Performance by Private Providers: the Relevance of EU Law », *European Procurement and Public Private Partnership Law Review*, 2015, vol. 10, n° 4, p. 243-253.
- DE LA PORTE, C. et HEINS, E. (éds.), *The Sovereign Debt Crisis, the EU and Welfare State Reform*, London, Palgrave Macmillan, 2016.
- DE LA PORTE, C. et JENSEN, M.D., « The next generation EU: An analysis of the dimensions of conflict behind the deal », *Social Policy & Administration*, 2021, vol. 55, n° 2, p. 388-402
- DE LA PORTE, C. et NATALI, D., « Altered Europeanisation of Pension Reform in the Context of the Great Recession: Denmark and Italy Compared », *West European Politics*, 2014, vol. 37, n° 4, p. 732-749.
- DE LA ROSA, S., « L'élaboration des positions nationales dans le cadre du semestre européen », *Revue française d'administration publique*, 2016, vol. 158, n° 2, p. 531-543.
- DE PRIL, N. et DHAENE, J., « Commission des Assurances. Rapport du groupe de travail Segmentation », in *Competitiviteit, ethiek en verzekering – Compétitivité, éthique et assurance*, Antwerpen – Louvain-la-Neuve, Maklu – Academia-Bruylant, 1998, p. 109-139.
- DE SADELEER, N., « L'architecture de l'Union économique et monétaire : le génie du baroque », in S. DE LA ROSA, F. MARTUCCI et E. DUBOUT (éds.), *L'Union européenne et le fédéralisme économique : discours et réalités*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 143-193.
- DE SADELEER, N., « Le plan de relance *Next Generation EU* : Un changement de cap historique ou un rendez-vous manqué pour réformer le budget de l'UE ? », *Blogdroiteuropeen Working Paper 4/2020*, septembre 2020.
- DE SCHUTTER, O. et DEAKIN, S. (éds.), *Social Rights and Market Forces: Is the open coordination of employment and social policies the future of social Europe?*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- DE SCHUTTER, O. et DERMINE, P., « The Two Constitutions of Europe: Integrating Social Rights in the New Economic Architecture of the Union », *Journal européen des droits de l'homme – European Journal of Human Rights*, 2017, n° 2, p. 108-156.
- DE STREEL, A., « EU Fiscal Governance and the Effectiveness of its Reform », in M. ADAMS, F. FABBRINI et P. LAROUCHE (éds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford – Portland Oregon, Hart Publishing, 2012, p. 85-104.
- DE STREEL, A., « The evolution of the EU economic governance since the Treaty of Maastricht: an unfinished task », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, vol. 20, n° 3, p. 336-362.
- DE WITTE, F., « The architecture of the EU's social market economy », in P. KOUTRAKOS et J. SNELL (éds.), *Research handbook on the law of the EU's internal market*, Research

- handbooks in European law, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 117-138.
- DE WOLF, M., « Le remodelage du paysage fiscal belge, dit “tax shift”, répond-il aux recommandations européennes? », *Revue bancaire et financière*, 2016, n° 3, p. 218-222.
- DEAKIN, S., « Regulatory Competition after Laval », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2008, vol. 10, p. 581-609.
- DEAKIN, S., « The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: In Search of New Foundations for Europe’s “Social Market Economy” », in N. BRUUN, K. LÖRCHER et I. SCHÖMANN (éds.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 19-43.
- DEAKIN, S., « What Follows Austerity? From Social Pillar to New Deal », in F. VANDENBROUCKE, C. BARNARD et G. DE BAERE (éds.), *A European Social Union after the Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 192-210.
- DECOCQ, A. et DECOCQ, G., *Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l’Union européenne*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2014.
- DEFOSSEZ, A., « Le détachement des travailleurs : concurrence loyale ou dumping social ? », in E. CARPANO, M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER (éds.), *La Concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l’Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 219-236.
- DEGRYSE, C., JEPSEN, M. et POCHEP, P., *The Euro Crisis and Its Impact on National and European Social Policies*, Working Paper 2013.05, Bruxelles, European Trade Union Institute, 2013.
- DEGRYSE, C. et POCHEP, P., « Changer le paradigme de la gouvernance européenne », in J.-C. DEFRAIGNE et al. (éds.), *Les Modèles sociaux en Europe : quel avenir face à la crise?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 75-89.
- DEJMEK, P., « No flying start but a Bright Future for EU Directive 2003/41/EC on Occupational Pension Institutions », *European Business Law Review*, 2006, vol. 17, p. 1381-1394.
- DEL SOL, M. et ROCCA, M., « Free movement of workers in the EU and occupational pensions: Conflicting priorities? Between case law and legislative interventions », *European Journal of Social Security*, 2017, vol. 19, n° 2, p. 141-157.
- DELEECK, H., « Maatschappelijke zekerheid en inkomensherverdeling in België », *B.T.S.Z.*, 1967, n° 6-7, p. 887-901.
- DELRUELLE, E., *Philosophie de l’État social : civilité et dissensus au XXI^e siècle*, Paris, Kimé, 2020.
- DEMBOUR, C. et DEFAUW, A., « Le tax shift et son impact sur la diminution des coûts salariaux », *Revue bancaire et financière*, 2016, n° 3, p. 223-226.
- DENAYER, J., « Approche historique de la structure et des modalités de financement des pensions des travailleurs salariés », *Revue belge de sécurité sociale*, 1986, p. 3-116.

- DEOM, D. et NIHOUL, P., « Les marchés publics : Concurrence, transparence et neutralité », *Revue générale de droit*, 2006, vol. 36, p. 801-829.
- DERMINE, E. et DUMONT, D., « Le droit social et le productivisme », in R. DE CORTE *et al.* (éds.), *De taal is gans het recht: Liber Amicorum Willy van Eeckhoutte*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, p. 35-78.
- DERMINE, P., « The End of Impunity? The Legal Duties of “Borrowed” EU Institutions under the European Stability Mechanism Framework », *European Constitutional Law Review*, 2017, vol. 13, n° 2, p. 369-382.
- DETIENNE, Q., « Quelle peut être l'utilité de l'article 34 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne? Réflexions sur son défaut d'autonomie », in A. HOC, S. WATTIER et G. WILLEMS (éds.), *Human Rights as a Basis for Reevaluating and Reconstructing the Law*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 503-516.
- DETIENNE, Q., « Zone euro, assurance chômage européenne et instrument SURE. L'effectivité du droit de la sécurité sociale est aussi une question économique », *Revue de Droit Social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2021, n° 1-2, numéro spécial « L'effectivité du droit social » coordonné par F. KÉFER et P. FOUBERT, p. 279-308.
- DETIENNE, Q. et MAISIN, J.-B., « Sélection par les partenaires sociaux d'un organisme de pension sectoriel : l'obligation de transparence européenne et l'exercice de la négociation collective. Les voies de la conciliation », *Revue de Droit Social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2018, n° 3, p. 457-513.
- DEVOET, C., *Les Assurances de personnes*, Limal, Anthemis, 2011.
- DEVOLDER, P., *Nouveaux horizons des retraites : des comptes notionnels à la répartition par points*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2019.
- DEVOLDER, P. et BOULET, J., *Défis et perspectives des régimes belges de pension*, Bruxelles, La Charte, 2009.
- DILIAGKA, D., *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, Baden-Baden, Nomos, 2018.
- DONY, M., « Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire », *Associations Transnationales*, 2004, n° 4, p. 299-307.
- DONY, M., « Les compensations d'obligations de service public », in M. DONY et C. SMITS (éds.), *Aides d'État*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 109-152.
- DONY, M., RENARD, F. et SMITS, C., *Contrôle des aides d'État*, 3^e éd., Commentaire J. Mégret, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2007.
- DORSSEMONT, F., « The right to take collective action versus fundamental economic freedoms in the aftermath of Laval and Viking – Foes are forever! », in M. DE VOS (éd.), *European Union Internal Market and Labour Law: Friends or Foes?*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 45-104.
- DOWSEY, M., « Review of the IORP Directive », *Pensions: An International Journal*, 2012, vol. 17, n° 3, p. 158-168.
- DRAGHI, M. et POZEN, R., « US-EU Regulatory Convergence: Capital Markets Issues », *Harvard Law School, Discussion Paper No. 444*, 2003.

- DRIGUEZ, L., *Droit social et droit de la concurrence*, Bruxelles-Paris, Bruylant-FEC, 2006.
- DRIJBER, B.J., *Modernisering van het Uitvoeringsmodel voor Pensioenregelingen. Grenzen en mogelijkheden vanuit mededingingsrechtelijk en Europeesrechtelijk perspectief*, Den Haag, Rapport uitgebracht aan het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2007, disponible sur <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-30413-96-b1.pdf>.
- DRIJBER, B.J. et STERGIU, H., « Public procurement law and internal market law », *Common Market Law Review*, 2009, vol. 46, p. 805-846.
- DUCHÂTEL, M. T., *De la Charité dans ses rapports avec l'état moral et le bien être des classes inférieures de la société*, Paris, Alexandre Mesnier, 1829
- DULLIEN, S., *A euro-area wide unemployment insurance as an automatic stabilizer: Who benefits and who pays? Paper prepared for the European Commission (DG EMPL)*, 2013, disponible sur <https://ec.europa.eu/social>.
- DUMONT, D., *La Responsabilisation des personnes sans emploi en question. Une étude critique de la contractualisation des prestations sociales en droit belge de l'assurance chômage et de l'aide sociale*, Bruxelles, la Charte, 2012.
- DUMONT, D., « Article 34 : sécurité sociale et aide sociale », in S. VAN DROOGHENBROEK et F. PICOD (éds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 845-883.
- DUPEYROUX, J.-J., « Les exigences de la solidarité : Observations sur la désignation d'une institution déterminée pour la gestion d'un régime complémentaire de prévoyance », *Droit social*, 1990, n° 11, p. 741-750.
- DUPEYROUX, J.-J., « 1945-1995 : quelle solidarité ? », *Droit social*, 1995, n° 9-10, p. 713-717.
- DUPEYROUX, J.-J., BORGETTO, M. et LAFORE, R., *Droit de la sécurité sociale*, 18^e éd., Paris, Dalloz, 2015.
- DURKHEIM, E., « Jugements de valeur et jugements de réalité », in *Sociologie et philosophie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1967, p. 90-109.
- DURKHEIM, E., *De la division du travail social*, Paris, Presses universitaires de France, 2013.
- DURVIAUX, A.-L., *Précis de droit des marchés et contrats publics*, n° 13, Bruxelles, La Charte, 2014.
- DURVIAUX, A.-L. et DELVAUX, T., « Les coopérations entre pouvoirs publics exemptées du droit des marchés et contrats publics », *Journal des Tribunaux*, 2014, n° 34, p. 649-654.
- DYSON, K., « Economic and Monetary Union », in E. JONES, A. MENON et S. WEATHERILL (éds.), *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 453-466.
- DYSON, K. et FEATHERSTONE, K., *The Road to Maastricht: Negotiating Economic and Monetary Union*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- EBBINGHAUS, B., « The Privatization and Marketization of Pensions in Europe: A Double Transformation Facing the Crisis », *European Policy Analysis*, 2015, vol. 1, n° 1, p. 56-73.

- EBBINGHAUS, B., « The Role of Trade Unions in Pension Policymaking and Private Pension Governance in Europe », in D. NATALI (éd.), *The New Pension Mix in Europe: Recent Reforms, Their Distributional Effects and Political Dynamics*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2017, p. 207-237.
- EBBINGHAUS, B. et WHITESIDE, N., « Shifting responsibilities in Western European pension systems: What future for social models? », *Global Social Policy*, 2012, vol. 12, n° 3, p. 266-282.
- EICHENGREEN, B., « European Monetary Integration with Benefit of Hindsight », *Journal of Common Market Studies*, 2012, vol. 50, n° S1, p. 123-136.
- ENCHELMAIER, S., « Horizontality: the application of the four freedoms to restrictions imposed by private parties », in P. KOUTRAKOS et J. SNELL (éds.), *Research Handbook on the Law of the EU's Internal Market*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 54-81.
- ENGELEN, E., « The Logic of Funding European Pension Restructuring and the Dangers of Financialisation », *Environment and Planning A*, 2003, vol. 35, n° 8, p. 1357-1372.
- EPSTEIN, G.A. (éd.), *Financialization and the World Economy*, Northampton, Edward Elgar, 2005.
- ERIKSEN, E.O., « Structural Injustice: The Eurozone Crisis and the Duty of Solidarity », in A. GRIMMEL et S. MY GIANG (éds.), *Solidarity in the European Union: A Fundamental Value in Crisis*, Berlin, Springer, 2017, p. 97-118.
- ESPING-ANDERSEN, G., *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, Polity Press, 1990.
- EWALD, F., *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986.
- FAULL, J. et NIKPAY, A. (éds.), *Faull & Nikpay: the EC law of competition*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2007.
- FAVEREAU, O., *L'impact de la financiarisation de l'économie sur les entreprises et plus particulièrement sur les relations de travail*, Bureau international du travail, 2016.
- FEATHERSTONE, K., « Conditionality, Democracy and Institutional Weakness: The Euro-crisis Trilemma », *Journal of Common Market Studies*, 2016, vol. 54, p. 48-64.
- FEATHERSTONE, K. et TINIOS, P., « Facing Up to the Gordian Knot: The Political Economy of Pension Reform », in M. PETMESIDOU et E. MOSSIALOS (éds.), *Social Policy Developments in Greece*, Aldershot, Ashgate, 2006, p. 174-193.
- FERNANDES, S., et VANDENBROUCKE, F., *SURE, un catalyseur bienvenu pour une réassurance chômage européenne*, Europe sociale et solidaire. Policy Paper n° 251, Notre Europe – Institut Jacques Delors, avril 2020, p. 4.
- FERRERA, M., *The Boundaries of Welfare: European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- FIEDZIUK, N., *Services of general economic interest in EU law: The role of the « public service » exception in the light of recent developments in EU law*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2013, disponible sur

- <https://research.tilburguniversity.edu/en/publications/services-of-general-economic-interest-in-eu-law-the-role-of-the-p>.
- FIEDZIUK, N., « Putting services of general economic interest up for tender: reflections on applicable EU rules », *Common Market Law Review*, 2013, vol. 50, p. 87-114.
- FILHON, G. et SÉNÉ, T., « Quels moyens juridiques pour la gouvernance européenne des retraites ? », *Retraite et société*, 2013, vol. 66, n° 3, p. 67-89.
- FLOHIMONT, V., *Gelijkheid in de pensioenregelingen voor ambtenaren, werknemers en zelfstandigen*, Brugge, die Keure, 2013.
- FLYNN, L., « Non-Fiscal Surveillance of the Member States », in F. AMTENBRINK, C. HERRMANN et R. REPASI (éds.), *The EU Law of Economic and Monetary Union*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 850-877.
- FRANÇOIS, L., *Introduction au droit social*, Liège, Faculté de droit, 1974.
- FRANÇOIS, L., *Le Cap des tempêtes : essai de microscopie du droit*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012.
- FRANÇOIS, L., « Droit et révolution : Que sont-ils l'un par rapport à l'autre ? », in *Le Problème de l'existence de Dieu et autres sources de conflits de valeurs*, Bruxelles, Académie Royale de Belgique, 2017, p. 99-135.
- FRIOT, B., « La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière de pensions de retraite et les réformes du financement de l'emploi et de la protection sociale », in P. HASSENTEUFEL et S. HENNION-MOREAU (éds.), *Concurrence et protection sociale en Europe*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2003, p. 149-162.
- FRIOT, B., *Puissances du salariat*, Paris, La Dispute, 2012.
- FRIOT, B., *Le Travail, enjeu des retraites*, Paris, la Dispute, 2019.
- FRIOT, B. et GOBIN, C., « Les politiques d'austérité de l'Union européenne : un programme d'extinction de la souveraineté populaire. Quels contre feux ? », in J.-C. DEFRAIGNE et al. (éds.), *Les Modèles sociaux en Europe. Quel avenir face à la crise ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 91-112.
- FRIOT, B. et ZECH, P., *Emanciper le travail : entretiens avec Patrick Zech*, Paris, La Dispute, 2014.
- FRISON-ROCHE, M.A. et PAYET, M.-S., *Droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2006.
- FROMONT, L., « La protection juridictionnelle des particuliers face aux politiques d'austérité : la fin de l'imbroglio juridique ? Commentaire des arrêts Ledra Advertising e.a. et Mallis et Malli e.a. de la Cour de justice du 20 septembre 2016 », *Cahiers de droit européen*, 2017, n° 2, p. 429-466.
- FUCHS, M. et CORNELISSEN, R.C. (éds.), *EU Social Security Law: A Commentary on EU regulations 883/2004 and 987/2009*, München, C.H. Beck, 2015.
- GALLO, D., « Functional Approach and Economic Activity in EU Competition Law, Today: The Case of Social Security and Healthcare », *European Public Law*, 2020, vol. 26, n° 3, p. 569-586

- GASPAROTTI, A., et KULLAS, M., *L'euro a 20 ans : qui sont les perdants ? qui sont les gagnants ? Une étude empirique*, Les études du CEP, février 2019, disponible sur www.cep.eu.
- GELTER, M., « The Pension System and the Rise of Shareholder Primacy », *Seton Hall Review*, 2013, vol. 43, n° 3, p. 909-970.
- GERARDIN, D. *et al.*, « The Concept of Dominance », in D. GERARDIN (éd.), *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, Bruges, Global Competition Law Centre, 2005.
- GERMAIN, J., « Karlsruhe met à nouveau Luxembourg sous pression : le “quantitative easing” devant la Cour constitutionnelle allemande », *Revue de l'Union européenne*, 2018, n° 620, p. 453-458.
- GILLION, C., « Développement et réforme des régimes de retraite de la sécurité sociale : l'approche du Bureau International du Travail », *Revue internationale de sécurité sociale*, 2000, vol. 53, n° 1, p. 43-78.
- GODIVEAU, G., « La place des services d'intérêt économique général parmi les valeurs de l'Union européenne », in L. POTVIN-SOLIS (éd.), *Les Valeurs communes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 379-413.
- GRÉGOIRE, G., « La Banque centrale européenne et la crise des dettes souveraines : politique monétaire, politique économique ou état d'exception ? », *Revue internationale de droit économique*, 2017, n° 3, p. 33-54.
- GRÉGOIRE, G., « Crise des dettes souveraines et risque de conflit juridictionnel : retour sur l'affaire Outright Monetary Transactions », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2018, n° 1, p. 147-181.
- GRÉGOIRE, G., « Le marché, instance disciplinaire dans le cadre de l'union économique et monétaire : des théories économiques aux cadres juridiques », *Politeia*, 2019, n° 35, p. 53-119.
- GRÉGOIRE, G., « L'économie de Karlsruhe. L'intégration européenne à l'épreuve du juge constitutionnel allemand », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2021, n° 5-6, p. 5-96.
- GRISEL, D., *La Libre Prestation de services en droit de l'Union européenne : Examen des limites à l'application des articles 56 et ss TFUE*, Bâle et Paris, Helbing Lichtenhahn et L.G.D.J., 2015.
- GRUYTERS, J., PUT, J., OPGENHAFFEN, T. et DEVROE, W., « Staatssteun in de Vlaamse welzijnssector: een verhaal van botsende logica's », *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2021, n° 4, p. 703-739.
- GUARDIANCICH, I., « Pan-European pension funds: Current situation and future prospects », *International Social Security Review*, 2011, vol. 64, n° 1, p. 15-36.
- GUARDIANCICH, I., « Instability Despite Consensus. The Reversal of Private Pensions in Poland », in D. NATALI (éd.), *The New Pension Mix in Europe: Recent Reforms, Their Distributional Effects and Political Dynamics*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2017, p. 125-150.

- GUARDIANCICH, I. et NATALI, D., *The EU and supplementary pensions. Instruments for integration and the market for occupational pensions in Europe. Working Paper 2009.11*, Brussels, ETUI, 2009.
- HABERMAS, J., « Democracy in Europe: Why the Development of the EU into a Transnational Democracy Is Necessary and How It Is Possible », *European Law Journal*, 2015, vol. 21, n° 4, p. 546-557.
- HACHEZ, I., « Le Comité européen des droits sociaux confronté à la crise financière grecque : des décisions osées mais inégalement motivées », *Revue de Droit Social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2014, p. 267
- Hacker, B., *A European Social Semester? The European Pillar of Social Rights in practice*, European Trade Union Institute, 2019.
- HAENTJENS, M. et DE GIOIA-CARABELLESE, P., *European Banking and Financial Law*, Oxon, Routledge, 2015.
- HANCHER, L. et SAUTER, W., *EU Competition and Internal Market Law in the Health Care Sector*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- HARTLAPP, M., « Deconstructing EU old age policy: Assessing the potential of soft OMCs and hard EU law », *European Integration online Papers*, Special Mini-Issue 1 – EU Law, Governance and Social Policy, 2012, vol. 16, p. article 3.
- HATZFELD, H., *Du paupérisme à la sécurité sociale, 1850-1940 : essai sur les origines de la Sécurité sociale en France*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 2004.
- HATZOPOULOS, V., *Regulating Services in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- HATZOPOULOS, V., « The Economic Constitution of the EU Treaty and the Limits between Economic and Non-economic Activities », *European Business Law Review*, 2012, vol. 23, n° 6, p. 973-1007.
- HATZOPOULOS, V., « The Allocation of Limited Authorisations under EU Internal Market Rules », in P. ADRIAANSE *et al.* (éds.), *Scarcity and the State I. The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Cambridge, Intersentia, 2016, p. 163-186.
- HATZOPOULOS, V., « Healthcare in the internal market », in P. KOUTRAKOS et J. SNELL (éds.), *Research Handbook on the Law of the EU's Internal Market*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 139-170.
- HAVERLAND, M., « When the welfare state meets the regulatory state: EU occupational pension policy », *Journal of European Public Policy*, 2007, vol. 14, n° 6, p. 886-904.
- HEEMSKERK, M., « Op zoek naar de grenzen van de solidariteit in het aanvullend pensioen », *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2013, n° 6968, p. 223-231.
- HEGEL, G.W.F., *Principes de la philosophie du droit*, trad. fr. de J.-Fr. Kervégan, Paris, Presses Universitaires de France, 2013.
- HEIDENHAIN, M. (éd.), *European State Aid Law: Handbook*, München, Beck, 2010.
- HENNION, S., « Retraites professionnelles d'entreprise et libertés économiques », in O. KAUFMANN et S. HENNION (éds.), *Steuerung der betrieblichen Altersversorgung in*

- Europa: garantierte Sicherheit? Governance of occupational pensions in Europe : guaranteed security? Gouvernance des retraites professionnelles en Europe : sécurité garantie?*, Berlin, Springer, 2011, p. 39-56.
- HENNION, S., « Chronique de protection sociale complémentaire : I. Des clauses de désignation aux clauses de recommandation », *Droit social*, 2016, n° 9, p. 760-765.
- HENNION-MOREAU, S., « La notion d'entreprise en droit social communautaire », *Droit social*, 2001, n° 11, p. 957-966.
- HERING, M., « The Politics of Structural Pension Reform in Western Europe: Does the EU Matter? », *Paper presented at the Fifteenth International Conference of the Council for European Studies, Columbia University*, 2006, disponible sur www.councilofeuropeanstudies.org/files/Papers/Hering.pdf.
- HERMANN, C., « The marketisation of health care in Europe », *Socialist Register*, 2010, vol. 46, p. 125-144.
- HERVEY, T., « Social Solidarity: A Buttress Against Market Law? », in J. SHAW (éd.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 31-47.
- HINAREJOS, A., *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- HINAREJOS, A., « Changes to Economic and Monetary Union and Their Effects on Social Policy », *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2016, vol. 32, n° 2, p. 231-250.
- HINAREJOS, A., « Next generation EU: on the agreement on a COVID-19 recovery package », *European Law Review*, 2020, vol. 45, n° 4, p. 451-452
- HINDRIKS, J., *Quel avenir pour nos pensions ? Les Grands Défis de la réforme des pensions*, préface de Pierre Devolder et avant-propos de Frank Vandembroucke, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2015.
- HINDRIKS, J. *et al.*, « Réforme des pensions légales : le système de pension à points », *Regards économiques*, 2017, n° 130, p. 1-7.
- HINRICHS, K. et LYNCH, J.F., « Old-Age Pensions », in F.G. CASTLES *et al.* (éds.), *The Oxford Handbook of the Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 353-366.
- HOLZMANN, R., « Global pension systems and their reform: Worldwide drivers, trends and challenges », *International Social Security Review*, 2013, vol. 66, n° 2, p. 1-29.
- HÖPNER, M. et SCHÄFER, A., « Embeddedness and Regional Integration: Waiting for Polanyi in a Hayekian Setting », *International Organization*, 2012, vol. 66, p. 429-55.
- IDOT, L., « Notion d'entreprise et affiliation à un régime complémentaire de soins de santé », *Europe – Actualité du droit de l'Union européenne*, 2011, n° 5.
- IOANNIDIS, M., « EU Financial Assistance Conditionality after “Two Pack” », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2014, vol. 74, n° 1, p. 61-104.
- JAMOULLE, M., *Seize leçons sur le droit du travail*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1994.

- JANSEN, C., « Allocation of Limited Rights from a European Public Procurement Law Perspective », in P. ADRIAANSE *et al.* (éds.), *Scarcity and the State I. The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Cambridge, Intersentia, 2016, p. 239-275.
- JANVIER, R. et JANSSENS, J., *L'avenir des pensions dans le secteur public*, Bruxelles, la Charte, 2014.
- JEPSEN, M., « The Green Paper on pensions: technocratic exercise or redesigning the European social model? », *Transfer*, 2011, vol. 17, n° 1, p. 101-105.
- JOERGES, C., BOGOESKI, V. et NÜSE, L., « Economic constitutionalism and the “European social model”: can European law cope with the deepening tensions between economic and social integration after the financial crisis », in H. C.H. HOFMANN, K. PANTAZATOU et ZACCARONI (éds.), *The Metamorphosis of the European Economic Constitution*, Cheltenham, UK ; Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2019, p. 139-143.
- JOERGES, C. et RÖDL, F., « Informal Politics, Formalised Law and the “Social Deficit” of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval », *European Law Journal*, 2009, vol. 15, n° 1, p. 1-19.
- JONES, A. et SUFRIN, B.E., *EC competition law: text, cases, and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- JORENS, Y. (éd.), *50 ans de coordination de la sécurité sociale : passé – présent – futur : rapport de la conférence célébrant le 50^e anniversaire de la coordination européenne de la sécurité sociale*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2010.
- JUNCKER, J.-C., *Completing Europe's Economic and Monetary Union. Report drafted in close cooperation with Donald Tusk, Jeroen Dijsselbloem, Mario Draghi and Martin Schulz*, juin 2015, disponible sur https://ec.europa.eu/commission/publications/five-presidents-report-completing-europes-economic-and-monetary-union_en.
- JURGENSEN, P., « Les perspectives du contrôle prudentiel », *Revue d'économie financière*, 2005, vol. 80, n° 3, p. 211-220.
- KADDOUS, C. et GRISEL, D., *Libre circulation des personnes et des services*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012.
- KAHN-FREUND, O., *Labour and the Law*, London, Stevens, 1977.
- KARAKIOULAFIS, C., « Un an après l'arrivée de Syriza au pouvoir, des relations professionnelles encore sous pression », *Chronique internationale de l'IREs*, 2016, n° 153, p. 54-65.
- KARAYANNIS, V., « Le financement des services d'intérêt général par des fonds publics. Quelques réflexions sur l'arrêt Altmark rendu par la C.J.C.E. », *Journal des Tribunaux. Droit européen*, 2004, n° 1, p. 6-9.
- KATSAROUMPAS, I., « De-Constitutionalising Collective Labour Rights: The Case of Greece », *Industrial Law Journal*, 2017, vol. 47, n° 4, p. 465-503.
- KAUPA, C., « Maybe not activist enough? On the Court's alleged neoliberal bias in its recent labor cases », in M. DAWSON, B. DE WITTE et E. MUIR (éds.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, p. 56-75.

- KAUPA, C., « Has (Downturn-)Austerity Really Been “Constitutionalized” in Europe? On the Ideological Dimension of Such a Claim », *Journal of Law and Society*, 2017, vol. 44, n° 1, p. 32-55.
- KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, Paris, L.G.D.J. / Bruylant, 1999.
- KEPENNE, J.-P., « Economic Policy Coordination: Foundations, Structures, and Objectives », in F. AMTENBRINK, C. HERRMANN et R. REPASI (éds.), *The EU Law of Economic and Monetary Union*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 787-812.
- KERSTING, C., « Social Security and Competition Law—ECJ focuses on Art. 106(2) TFEU », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, vol. 2, n° 5, p. 473-476.
- KERVÉGAN, J.-F., *L'effectif et le rationnel : Hegel et l'esprit objectif*, Paris, Vrin, 2007.
- KESSLER, F., « Le droit fondamental à la négociation collective n'existe, en Europe, que sous condition », *Droit social*, 2010, n° 11, p. 1233-1240.
- KESSLER, F. et LHERNOULD, J.-P., « L'impact sur le droit de la protection sociale de la jurisprudence de la CJCE relative à la libre prestation des services », *Droit social*, 2002, n° 7-8, p. 748-759.
- KESSLER, F. et LHERNOULD, J.-P., « La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, libre prestation des services en matière de protection sociale », in P. HASSENTEUFEL et S. HENNION-MOREAU (éds.), *Concurrence et protection sociale en Europe*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2003, p. 51-69.
- KILPATRICK, C., « Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They Are Not EU Law? », *European Constitutional Law Review*, 2014, vol. 10, n° 3, p. 393-421.
- KLAMERT, M., *The Principle of Loyalty in EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- KORDA, M., *The role of International social security standards: an in-depth study through the case of Greece*, Antwerpen, Intersentia, 2013.
- KOVAR, J.-P., « La CJUE considère que la gestion d'un régime complémentaire de santé obligatoire par un organisme à but non lucratif constitue un service d'intérêt économique général justifiant l'octroi de droits exclusifs », *Concurrences*, 2011, n° 2, p. 209-210.
- KOVAR, R., « Droit communautaire et service public. Esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée? », *R.T.D. Eur.*, 1996, n° 2, p. 215-242.
- KRAJEWSKI, M. et FARLEY, M., « Limited competition in national health systems and the application of competition law: the AOK Bundesverband case », *European Law Review*, 2004, vol. 29, n° 6, p. 842-851.
- KRAJEWSKI, M., NEERGAARD, U. et VAN DE GRONDEN, J.W. (éds.), *The changing legal framework for services of general interest in Europe: between competition and solidarity*, The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2009.
- KREMALIS, K., *Social security law in Greece*, 2^e éd., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015.

- KRUGNER, M., « The principles of equal treatment and transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions », *Public Procurement Law Review*, 2003, n° 5, p. 181-207.
- KUNZLIK, P., « Neoliberalism and the European Public Procurement Regime », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2013, vol. 15, p. 283-356.
- KYRIAKIDIS, A., « The Greek Crisis 2009-2015: A Comprehensive Analysis of the EU-IMF Financial Assistance Programs », *International Journal of Employment Studies*, 2016, vol. 24, n° 2, p. 7-34.
- LAAGLAND, F., « Member States' Sovereignty in the Socio-Economic Field: Fact or Fiction? The Clash between the European Business Freedoms and the National level of Workers' Protection », *European Labour Law Journal*, 2018, vol. 9, n° 1, p. 50-72.
- LAIGRE, P., « Les organismes de Sécurité sociale sont-ils des entreprises ? », *Droit social*, 1993, n° 5, p. 488-493.
- LAIGRE, P., « L'intrusion du droit communautaire de la concurrence dans le champ de la protection sociale. A propos de l'arrêt Coreva », *Droit social*, 1996, n° 1, p. 82-90.
- LANG, A., « Ultra vires review of the ECB's policy of quantitative easing: An analysis of the German Constitutional Court's preliminary reference order in the PSPP case », *Common Law Review*, 2018, vol. 55, p. 923-952.
- LANNOO, K., « The Draft Pension Funds Directive and the Financing of Pensions in the EU », *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1996, vol. 21, n° 78, p. 114-126.
- LANNOO, K., « Institutional Investors, Capital Markets, and the EMU », in H. BLOMMESTEIN, N. FUNKE et OCDE (éds.), *Institutional Investors in the New Financial Landscape*, Paris, Organisation for Economic Co-operation and Development, 1998, p. 315-332.
- LASOK, K.P.E., « When is an undertaking not an undertaking? », *European Competition Law Review*, 2004, vol. 25, n° 7, p. 383-385.
- LAULOM, S., « Le droit de négociation collective et les libertés économiques », *Supplément semaine sociale Lamy*, 2011, n° 1489, p. 33-37.
- LAURENT C, *Je quitte la Sécu : RSI MSA CIPAV CARMF ETC*, s.l., Éditions le Mammouth, 2015.
- LAUTRETTE, L., « Clause de désignation et appel d'offres : les enseignements de l'arrêt de la CJUE du 15 juillet 2010 », *Droit social*, 2010, n° 12, p. 1241-1245.
- LE LANN, Y., « La retraite, un patrimoine ? », *Genèses*, 2010, vol. 80, n° 3, p. 70-89.
- LE MEUR-BAUDRY, V. et BARTHÉLÉMY, J., « Protection sociale complémentaire : choix de l'organisme assureur et transparence », *Droit social*, 2016, n° 4, p. 376-383.
- LEGENDRE, P., *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 1999.
- LEIMGRUBER, M., « The historical roots of a diffusion process: The three-pillar doctrine and European pension debates (1972-1994) », *Global Social Policy*, 2012, vol. 12, n° 1, p. 24-44.

- LEIMGRUBER, M., « La sécurité sociale au péril du vieillissement. Les organisations internationales et l'alarmisme démographique (1975-1995) », *Le Mouvement Social*, 2013, n° 3, p. 31-45.
- LEINO-SANDBERG, P. et SALMINEN, J., « A Multi-Level Playing Field for Economic Policy-Making: Does EU Economic Governance Have Impact? », in T. BEUKERS, B. DE WITTE et C. KILPATRICK (éds.), *Constitutional Change through Euro-Crisis Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 68-107.
- LEMOINE, B., *L'Ordre de la dette : les infortunes de l'État et la prospérité du marché*, Paris, La Découverte, 2016.
- LENAERTS, K. et GUTIÉRREZ-FONS, J.A., « The European Court of Justice as the Guardian of the Rule of EU Social Law », in F. VANDENBROUCKE, C. BARNARD et G. DE BAERE (éds.), *A European Social Union after the Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 433-456.
- LEPPIK, L., « Co-Ordination of Pensions in the European Union: The Case of Mandatory Defined-Contribution Schemes in the Central and Eastern European Countries », *European Journal of Social Security*, 2006, vol. 8, n° 1, p. 35-55.
- LETÉLIER, R. et MENÉNDEZ, A.J. (éds.), *The Sinews of European Peace. Reconstituting the Democratic Legitimacy of the Socio-Economic Constitution of the European Union*, ARENA Report Series, n° 7/09, Oslo, ARENA, University of Oslo, 2009.
- LHERNOULD, J.-P., « Le monopole des régimes de protection sociale à l'épreuve de la jurisprudence récente de la CJUE », *Droit social*, 2011, n° 12, p. 1265-1267.
- LÖRCHER, K., « Social competences », in BRUU, K. LÖRCHER et I. SCHÖMANN (éds.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 165-234.
- LÖRCHER, K. et SCHÖMANN, I., *The European pillar of social rights: critical legal analysis and proposals*, Report 139, European Trade Union Institute, 2016, disponible sur www.etui.org.
- LORDON, F., *Fonds de pension, piège à cons ? Mirage de la démocratie actionnariale*, Paris, Raisons d'Agir, 2000.
- LORDON, F., *La Malfaçon : monnaie européenne et souveraineté démocratique*, Arles, Actes Sud, 2015.
- LOSADA FRAGA, F., « Free movement of capital as the deep economic constitution of the EU », in R. LETÉLIER et A.J. MENÉNDEZ (éds.), *The Sinews of European Peace. Reconstituting the Democratic Legitimacy of the Socio-Economic Constitution of the European Union*, ARENA Report Series, n° 7/09, Oslo, ARENA, 2009, p. 119-155.
- LOUCKX, F., « L'influence du droit européen de la concurrence sur l'organisation des systèmes de soins de santé nationaux », *Cahiers de droit européen*, 2008, p. 339-406.
- LOUIS, J.-V., « L'UEM et la gouvernance économique », in *L'Union européenne et l'euro : aspects économiques, institutionnels et internationaux. Quatrième conférence ECSA-World, Bruxelles, 17/18 septembre 1998*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2000, p. 155-164.

- LOUIS, J.-V. et RODRIGUES, S. (éds.), *Les Services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- LOURDELLE, H., « Le développement des régimes de pension complémentaires européens : frein à la mobilité des travailleurs ou risque pour le développement des régimes de pension de sécurité sociale ? », *Revue de droit sanitaire et social*, 2008, n° 1, p. 29-42.
- LOUVARIS FASOIS, C., « Mechanisms of Policy Learning in the European Semester: Pension Reforms in Belgium », in C.A. DUNLOP, C.M. RADAELLI et P. TREIN (éds.), *Learning in Public Policy: Analysis, Modes and Outcomes*, International Series on Public Policy, Cham, Springer, 2018, p. 75-96.
- MABBETT, D., « Social Regulation and the Social Dimension in Europe: The Example of Insurance », *European Journal of Social Security*, 2000, vol. 2, n° 3, p. 241-257.
- MABBETT, D., « Supplementary Pensions between Social Policy and Social Regulation », *West European Politics*, 2009, vol. 32, n° 4, p. 774-791.
- MADDALON, P., *La Notion de marché dans la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes*, Paris, L.G.D.J., 2007.
- MAES, L. et VAN DYCK, J., « Dispositions fiscales de la loi sur le "tax shift" : une synthèse », *Le Fiscologue*, 2016, n° 1463, p. 6-13.
- MAISIN, J.-B., « Affaire UNIS : octroyer des droits exclusifs par la négociation collective requiert-il une mise en concurrence ? », in P.-O. DE BROUX et P. NIHOUL (éds.), *Actualités en droit public économique*, Limal, Anthemis, 2017, p. 7-28.
- MANUNZA, E., et MEERSHOEK, N., « Fostering the social market economy through public procurement? Legal impediments for new types of economy actors », *Public Procurement Law Review*, 2020, n° 6, p. 343-358
- MARELLI, E. et SIGNORELLI, M., *Europe and the Euro*, New York, Palgrave Macmillan, 2017.
- MARICUT, A. et PUETTER, U., « Deciding on the European Semester: the European Council, the Council and the enduring asymmetry between economic and social policy issues », *Journal of European Public Policy*, 2018, vol. 25, n° 2, p. 193-211.
- MARKAKIS, M., *Accountability in the Economic and Monetary Union: foundations, policy, and governance*, Oxford, Oxford University Press, 2020
- MARKAKIS, M. et DERMINE, P., « Bailouts, the legal status of Memoranda of Understanding, and the scope of application of the EU Charter: Florescu », *Common Market Law Review*, 2018, vol. 55, n° 2, p. 643-671.
- MARSHALL, J. et BUTTERWORTH, S., « Pensions Reform in the EU: The Unexploded Time Bomb in the Single Market », *Common Market Law Review*, 2000, n° 37, p. 739-762.
- MARTIN, A., « The EMU macroeconomic policy regime and the European social model », in A. MARTIN et G. ROSS (éds.), *Euros and Europeans: Monetary Integration and the European Model of Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 20-50.
- MARTIN, A. et ROSS, G., « Introduction: EMU and the European social model », in A. MARTIN et G. ROSS (éds.), *Euros and Europeans: Monetary integration and the European Model of Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 1-19.

- MARTIN, P., « La portabilité des retraites professionnelles et la mobilité salariale », in S. HENNION-MOREAU et O. KAUFMANN (éds.), *Les Retraites professionnelles d'entreprise en Europe : droits européen et comparé / Betriebliche Altersversorgung in Europa: Europäisches Recht und Rechtsvergleichung / Occupational pension schemes in Europe: European law and comparative law*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 133-157.
- MARTINSEN, D.S., *An Ever More Powerful Court? The Political Constraints of Legal Integration in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- MARTUCCI, F., *L'Ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016.
- MARX, I. et SCHUERMAN, N., « Belgium, or How Inertia Can Have Unexpected Benefits in Times of Crisis », in K. SCHUBERT, P. DE VILLOTA et J. KUHLMANN (éds.), *Challenges to European Welfare Systems*, Heidelberg, Springer, 2016, p. 37-58.
- MATH, A., « Réforme des retraites et concurrence. Une analyse des rôles et stratégies des acteurs au niveau communautaire », *Document de travail de l'IRES*, 2001.
- MATSAGANIS, M., « The welfare state and the crisis: the case of Greece », *Journal of European Social Policy*, 2011, vol. 21, n° 5, p. 501-512.
- MATSAGANIS, M., *The Greek Crisis: Social Impact and Policy Responses*, Berlin, Friedrich-Ebert-Stiftung, Department of Western Europe/North America, 2013, disponible sur <https://library.fes.de/pdf-files/id/10314.pdf>.
- MATSAGANIS, M. et LEVENTI, C., « Pathways to a Universal Basic Pension in Greece », *Basic Income Studies*, 2011, vol. 6, n° 1.
- MAUGÜÉ, C., « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », in *Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 609-624.
- MAVRIDIS, P., « Régimes complémentaires : droit de la concurrence ou droit social communautaire », *Droit social*, 1998, p. 239.
- MAZIARZ, A., « Services of General Economic Interest: Towards Common Values? », *European State Aid Law Quarterly*, 2016, n° 1, p. 16-30.
- MECHELYNCK, A. et VANDERSTRAETEN, M., « La lutte contre le dumping social dans la passation des marchés publics », *Marchés et contrats publics*, 2018, n° 1, p. 23-44.
- MENÉNDEZ, A.J., « United They Diverge? From conflicts of law to constitutional theory? On Christian Joerges' theory », *ARENA Working Paper*, février 2011, n° 2.
- MEROLA, M. et MEDINA, C., « De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics », *Cahiers de droit européen*, 2003, n° 5-6, p. 639-694.
- MERRETT, L., *Employment Contracts in Private International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- MODY, A., *EuroTragedy: A Drama in Nine Acts*, New York, Oxford University Press, 2018.

- MOK, H.T.K., « Averting the Old Age Crisis: Problems of the Privately Managed Mandatory Provident Fund Scheme », *Asian Journal of Public Administration*, 2000, vol. 22, n° 1, p. 33-55.
- MÖLLMANN, C., « How to govern transnational pension provision? The struggle over the “prudent person standard” in EU pension fund regulation », *Intervention à la 6ème Pan-European Conference on International Relations à Turin*, 2007, disponible sur <http://www.eisa-net.org/be-bruga/eisa/files/events/turin/Moellmann-Moellmann-Turin.pdf>.
- MOLONEY, N., « The European Union in international financial governance », *RSF: Russell Sage Foundation Journal of the Social Sciences*, 2017, vol. 3, n° 1, p. 138-152.
- MONGOUACHON, C., *Abus de position dominante et secteur public. L'application par les autorités de concurrence du droit des abus de position dominante aux opérateurs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- MONTAGNE, S., *Les Fonds de pension : Entre protection sociale et spéculation financière*, Paris, Odile Jacob, 2006.
- MOREAU, M.-A., « Autour de la justice sociale : perspectives internationales et communautaires », *Droit social*, 2010, n° 3, p. 324-333.
- MORTELMANS, K., « Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition? », *Common Market Law Review*, 2001, vol. 38, p. 613-649.
- MÜCKENBERGER, U., « Towards a post-Viking/Laval manifesto for Social Europe », *Centre for European Law and Legal Studies On-line Papers*, 2011, vol. 1, p. 1-9.
- MULDER, J., *Social legitimacy in the internal market: a dialogue of mutual responsiveness*, Oxford, Hart Publishing, 2018.
- MULLER, F., « Retraites complémentaires des salariés : la consécration de la négociation collective au plan communautaire et national », *Revue de droit sanitaire et social*, 2000, n° 1, p. 212-222.
- MUNDELL, R.A., « A Theory of Optimum Currency Areas », *American Economic Review*, 1961, vol. 51, n° 4, p. 657-665.
- NACZYK, M., « Agents of Privatization? Business Groups and the Rise of Pension funds in Continental Europe », *Socio-Economic Review*, 2013, vol. 11, n° 3, p. 441-469.
- NATALI, D., « The Green Paper on Pensions: A critical review », *The OSE Briefing Papers*, 2010, n° 4.
- NEERGAARD, U., « Public service concessions and related concepts – the increased pressure from Community law on Member States’ use of concessions », *Public Procurement Law Review*, 2007, n° 6, p. 387-409.
- NEERGAARD, U., « The Concept of SSGI and the Asymmetries Between Free Movement and Competition Law », in U. NEERGAARD *et al.* (éds.), *Social Services of General Interest in the EU*, The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2013, p. 205-243.
- NEERGAARD, U. *et al.* (éds.), *Social Services of General Interest in the EU*, The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2013.

- NEWDICK, C., « Citizenship, Free Movement and Health Care: Cementing Individual Rights by Corroding Social Solidarity », *Common Market Law Review*, 2006, vol. 43, p. 1645-1668.
- NICOLAIDES, P., « New Limits to the Concept of Selectivity: The Birth of a “General Exception” to the Prohibition of State Aid in EU Competition Law », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, vol. 6, n° 5, p. 315-323.
- NIGLIA, L., « Eclipse of the Constitution {Europe Nouveau Siècle} », *European Law Journal*, 2016, vol. 22, n° 2, p. 132-156.
- NIJENHUIS, A., « The Application of EC Competition Law to Supplementary Pension Funds », *Euredia*, 2000, n° 3, p. 340-351.
- NIVARD, C., « Le droit de mener une action collective, un droit fondamental menacé par l'exercice des libertés communautaires », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2008, n° 76, p. 1191-1207.
- NURK, B., « Institutional Investors and their Implications for Financial Markets in Germany », in H. BLOMMESTEIN, N. FUNKE et OCDE (éds.), *Institutional Investors in the New Financial Landscape*, Paris, Organisation for Economic Co-operation and Development, 1998, p. 179-195.
- O'DONOGHUE, R. et PADILLA, A.J., *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- ODUDU, O., « The Meaning of Undertaking within 81 EC », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2005, vol. 7, p. 211-241.
- ODUDU, O., « The public/private distinction in EU Internal Market Law », *R.T.D. eur.*, 2010, n° 4, p. 826-841.
- ODUDU, O., « Are State-owned health-care providers that are funded by general taxation undertakings subject to competition law? », *European Competition Law Review*, 2011, vol. 32, n° 5, p. 231-241.
- OLYKKE, G., « Is the granting of special and exclusive rights subject to the principles applicable to the award of concessions? Recent developments in case law and their implications for one of the last sanctuaries for protectionism », *Public Procurement Law Review*, 2014, n° 1, p. 1-20.
- OMARJEE, I., *Droit européen de la protection sociale*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2021.
- ORENSTEIN, M.A., *Privatizing Pensions: The Transnational Campaign for Social Security Reform*, Princeton, Princeton University Press, 2008.
- ORLÉAN, A., *Le Pouvoir de la finance*, Paris, Odile Jacob, 1999.
- ORSZAG, P.R. et STIGLITZ, J.E., « Rethinking Pension Reform: Ten Myths About Social Security Systems », in P.R. ORSZAG et J.E. STIGLITZ (éds.), *New Ideas about Old Age Security: Toward Sustainable Pension Systems in the 21st Century*, Washington D.C., The World Bank, 2001, p. 17-56.
- ORTINO, M., « The Role and Functioning of Mutual Recognition in the European Market of Financial Services », *International and Comparative Law Quarterly*, 2007, n° 2, p. 309-338.

- ORZAN, M., « The concept of economic activity in the Kattner case: between the free movement rules and competition law », *European Law Reporter*, 2009, n° 12, p. 416-421.
- PAJU, J., *The European Union and social security law*, Oxford, Hart Publishing, 2017.
- PALIER, B. et BONOLI, G., « La montée en puissance des fonds de pension : Une lecture comparative des réformes des systèmes de retraite, entre modèle global et chemine-ments nationaux », in ASSOCIATION RECHERCHE ET RÉGULATION (éd.), *Fonds de pension et « nouveau capitalisme »*, L'année de la régulation, n° 4, Paris, La Découverte, 2000, p. 209-250.
- PANIC, M., « The Euro and the Welfare State », in E. SPAVENTA et M. DOUGAN (éds.), *Social Welfare and EU Law*, Londres, Hart Publishing, 2005, p. 25-44.
- PANOFKY, E., « L'histoire de l'art est une discipline humaniste », in *L'œuvre d'art et ses significations : essais sur les « arts visuels »*, Paris, Gallimard, 2014, p. 39-75.
- PAPADAMAKI, I., *Les Aides d'État de nature fiscale en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018.
- PAPADOPOULOS, N., *Austerity-based Labour Law Reforms in Greece vs Fundamental Rights during the European Debt Crisis. An evaluation through the lens of supranational and national bodies' jurisprudence*, Thèse inédite, Maastricht, Maastricht Universiteit, 2018, disponible sur <https://www.researchgate.net>.
- PECINOVSKY, P., *EU economic governance en het recht op collectief onderhandelen: een juridisch onderzoek naar de problematische verhouding van het Europese economische beleid en de sociale grondrechten*, Brugge, Die Keure, 2019.
- PEEMANS-POULLET, H., « Pour les pensions des travailleurs salariés, la sécurité sociale fête son septantième anniversaire... », in *Quand vient le temps de la retraite, 50 ans de sécurité sociale... Et après ?*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 29-66.
- PENNINGS, F., *European Social Security Law*, 7^e éd., Cambridge, Intersentia, 2021.
- PETCH, T., « The compatibility of Outright Monetary Transactions with EU Law », *Law and Financial Markets Review*, 2013, vol. 7, n° 1, p. 13-21.
- PETIT, N., *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrestien-Lextenso, 2018.
- PETMESIDOU, M., « Tracking Social Protection: Origins, Path Peculiarity, Impasses and Prospects », in M. PETMESIDOU et E. MOSSIALOS (éds.), *Social Policy Developments in Greece*, Aldershot, Ashgate, 2006, p. 25-54.
- PETMESIDOU, M., *Country Document – Update 2014 – Pensions, health and long-term care – Greece*, ASISP : Analytical Support on the socio-economic impact of Social Protection Reforms, 2014, disponible sur <https://ec.europa.eu/social>.
- PETMESIDOU, M., « Welfare Reform in Greece: A Major Crisis, Crippling Debt Conditions and Stark Challenge Ahead », in P. TAYLOR-GOOPY, B. LERUTH et H. CHUNG (éds.), *After Austerity: Welfare State Transformation in Europe after the Great Recession*, 2017, p. 155-179.
- PETMESIDOU, M. et GLATZER, M., « The Crisis Imperative, Reform Dynamics and Rescaling in Greece and Portugal », *European Journal of Social Security*, 2015, vol. 17, n° 2, p. 158-181.

- PICOD, F., « Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur », in B. BRUNESSEN, F. PICOD et S. ROLAND (éds.), *L'Identité du droit de l'Union européenne : mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 767-782.
- POCHET, P., « Pensions: the European debate », in G.L. CLARK et N. WHITESIDE (éds.), *Pension Security in the 21st Century: Redrawing the Public-Private Debate*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 44-63.
- POTVIN-SOLIS, L., « Compétences partagées et objectifs matériels », in E. NEFRAMI (éd.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 29-90.
- POULOU, A., « Financial assistance conditionality and human rights protection: What is the role of the EU Charter of Fundamental Rights? », *Common Market Law Review*, 2017, vol. 54, n° 4, p. 991-1025.
- PRECHAL, S. et DE LEEUW, M., « Dimensions of Transparency: the building blocks for a new legal principle? », *Review of European Administrative Law*, 2007, n° 1, p. 51-62.
- PRECHAL, S. et DE VRIES, S., « Viking/Laval en de grondslagen van het internemarktrecht », *SEW – Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, 2008, n° 11, p. 425-440.
- PRÉTOT, X., « La Cour de justice des Communautés européennes et les fonds de pension néerlandais. Ad augusta per angusta », *Droit social*, 2000, n° 1, p. 106-111.
- PRIETO, C. et BOSCO, D., *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- QUEISSER, M., « Pension reform and international organizations: From conflict to convergence », *International Social Security Review*, 2000, vol. 53, n° 2, p. 31-45.
- RASNAČA, Z., *Bridging the gaps or falling short? The European Pillar of Social Rights and what it can bring to EU-level policymaking*, Working paper 2017.05, European Trade Union Institute, 2017, disponible sur <https://www.etui.org>.
- REPASI, R., « Judicial protection against austerity measures in the euro area: Ledra and Mallis », *Common Market Law Review*, 2017, vol. 54, n° 4, p. 1123-1155.
- REPASI, R., *Legal options and limits for the establishment of a European unemployment benefit scheme*, CEPS, étude menée pour la Commission européenne, 2017, disponible sur <https://op.europa.eu/en/publication-detail>.
- REYNAUD, E., « La banque mondiale et les retraites : Une synthèse de l'approche néolibérale », *Futuribles*, 1996, n° 210, p. 37-42.
- RICHER, L., *L'Europe des marchés publics : marchés publics et concessions en droit communautaire*, Paris, LGDJ, 2009.
- RIESENHUBER, K., *European Employment Law: a Systematic Exposition*, Cambridge, Intersentia, 2012.
- RIGHINI, E. et MALAMATARIS, C., « Postal Services, Market Liberalisation, and State Intervention in the EU. A State Aid Perspective », *Revue du droit des entreprises de réseau – Tijdschrift voor het recht van netwerkindustrieën*, 2017, n° 2-3, p. 156-164.
- ROCCA, M., *Posting of Workers and Collective Labour Law: There and Back Again. Between Internal Market and Fundamental Rights*, Cambridge, Intersentia, 2015.

- RODIÈRE, P., « Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2008, n° 1, p. 47-66.
- RODIÈRE, P., « L'impact des libertés économiques sur les droits sociaux dans la jurisprudence de la CJCE », *Droit social*, 2010, n° 5, p. 573-580.
- RÖDL, F., « The labour constitution of the European Union », in R. LETELIER et A.J. MENÉNDEZ (éds.), *The Sinews of European Peace. Reconstituting the Democratic Legitimacy of the Socio-Economic Constitution of the European Union*, ARENA Report Series, n° 7/09, Oslo, ARENA, 2009, p. 367-426.
- RÖDL, F., « The Labour Constitution », in A. von BOGDANDY et J. BAST (éds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford – Portland et München, Hart Publishing et CH Beck, 2010, p. 623-658.
- ROSEN, H.S. et GAYER, T., *Public finance*, 9^e éd., Boston, McGraw-Hill Higher Education, 2010.
- ROSS, M., « A healthy approach to services of general economic interest? The BUPA judgment of the Court of First Instance », *European Law Review*, 2009, vol. 34, n° 1, p. 127-140.
- ROTH, W.-H., « Mutual Recognition », in P. KOUTRAKOS et J. SNELL (éds.), *Research handbook on the law of the EU's internal market*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, p. 427-459.
- ROUBINE, I., *Essais sur la théorie de la valeur de Marx*, Paris, Syllepse, 2009.
- RUBINI, L., *The Definition of Subsidy and State aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- SABATO, S., VANHERCKE, B. et SPAVOSA, S., « Listened to, but not heard? Social partner's multilevel involvement in the European Semester », *OSE Paper Series, Research Paper n° 35*, 2017.
- SABBADINI, P., « Vers un nouveau produit paneuropéen d'épargne-retraite individuelle ? », *Journal de droit européen*, 2018, p. 306-309.
- SACCHI, S., « Conditionality by other means: EU involvement in Italy's structural reforms in the sovereign debt crisis », *Comparative European Politics*, 2015, vol. 13, n° 1, p. 77-92.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2^e éd., Oxford, Hart Publishing, 2015.
- SAUTER, W., *Coherence in EU competition law*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- SAUTER, W. et SCHEPEL, H., *State and Market in European Union Law: The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- SCHARPF, F.W., « Economic integration, democracy and the welfare state », *Journal of European Public Policy*, 1997, n° 1, p. 18-36.
- SCHARPF, F.W., *Governing in Europe: effective and democratic?*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

- SCHARPF, F.W., « The Double Asymmetry of European Integration: Or: Why the EU Cannot be a Social Market Economy », *MPIfG working paper*, No. 09/12, 2009.
- SCHARPF, F.W., *Community and Autonomy: Institutions, Policies and Legitimacy in Multi-level Europe*, Frankfurt am Main, Campus Verlag, 2010.
- SCHARPF, F.W., « Monetary Union, Fiscal Crisis and the Preemption of Democracy », *MPIfG Discussion Paper 11/11*, 2011, p. 46.
- SCHARPF, F.W., « After the Crash: A Perspective on Multilevel European Democracy », *European Law Journal*, 2015, vol. 21, n° 3, p. 384-405.
- SCHELKLE, W., « The Political Economy of Regulating Longevity Insurance in the EU », in U. NEERGAARD *et al.* (éds.), *Social Services of General Interest in the EU*, The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2013, p. 433-457.
- SCHPEL, H., « The Bank, the Bond, and the Bail-out: On the Legal Construction of Market Discipline in the Eurozone », *Journal of Law and Society*, 2017, vol. 44, n° 1, p. 79-98.
- SCHIEK, D. *et al.*, *EU Social and Labour Rights and EU Internal Market Law*, Commission Emploi et affaires sociales du Parlement européen, 2015, disponible sur [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2015\)563457](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2015)563457).
- SCHMIDT, E., *Perspectives of EU pension law to facilitate worker mobility and sustainability of pensions*, The Hague, Eleven, 2020
- SCHMITT, M., « La rémunération du salarié saisie par le droit européen », in F. LARONZE (éd.), *Les Dualités de la rémunération*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 64-88.
- SCHOENMAEKERS, S., DEVROE, W. et PHILIPSEN, N. (éds.), *State aid and public procurement in the European Union*, Cambridge, Intersentia, 2014.
- SCHOKKAERT, E. *et al.*, « Towards an equitable and sustainable points system. A proposal for pension reform in Belgium », *Journal of Pension Economics and Finance*, 2018, p. 1-31.
- SCHOUKENS, P., DE BECKER, E. et BEKE SMETS, J., « De socio-economische monitoring van de EU juridisch afgetoetst aan het grondrecht op sociale zekerheid (Europees Sociaal Handvest) », *Belgisch tijdschrift voor sociale zekerheid/Revue belge de sécurité sociale*, 2014, n° 2, p. 215-266.
- SCHOUKENS, P., DE BECKER, E. et BEKE SMETS, J., « Fighting social exclusion under the Europe 2020 strategy: Which legal nature for social inclusion recommendations? », *International Comparative Jurisprudence*, 2015, vol. 1, n° 1, p. 11-23.
- SCHOYEN, M.A. et STAMATI, F., « The Political Sustainability of the NDC Pension Model: The Cases of Sweden and Italy », *European Journal of Social Security*, 2013, vol. 15, n° 1, p. 79-101.
- SEBA, J.-R., *Le Partage de l'empirique et du transcendantal. Essai sur la normativité de la raison : Kant, Hegel, Husserl*, Bruxelles, OUSIA, 2006.
- SERVAIS, J.-M., avec la contribution de DETIENNE, Q., *Droit social de l'Union Européenne*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2021.

- SIMAR, L., « Le 'tax shift' ou glissement fiscal », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2016, n° 34-35, 64 p.
- SIMON, A.-C., « La mobilité des patients en droit européen », in P. NIHOUL et A.-C. SIMON (éds.), *L'Europe et les soins de santé : marché intérieur, sécurité sociale, concurrence*, Bruxelles, Larcier – L.G.D.J., 2005, p. 145-188.
- SIMON, D., « Obligation de transparence », *Europe – Actualité du droit de l'Union européenne*, 2016, n° 2.
- SINGH, A., « Pension reform, the stock market, capital formation and economic growth: A critical commentary on the World Bank's proposals », *International Social Security Review*, 1996, vol. 49, n° 3, p. 21-43.
- SLAUTSKY, E., *L'organisation administrative nationale face au droit européen du marché intérieur*, Bruxelles, Larcier, 2018.
- SLOT, P.J., « Applying the competition rules in the healthcare sector », *European Competition Law Review*, 2003, vol. 24, n° 11, p. 580-593.
- SLOT, P.J., « Public Distortions of Competition: The Importance of Article 106 TFEU and the State Action Doctrine », in U. NEERGAARD *et al.* (éds.), *Social Services of General Interest in the EU*, The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2013, p. 245-262.
- SMITH, S., « Case comment. The requirement to comply with the procurement Directive is compatible with the fundamental right to undertake collective bargaining. Direct award of contract to pension providers designated in a collective agreement is in breach of the requirement of the procurement Directives. Case C-271/08 Commission v Germany », *Public Procurement Law Review*, 2010.
- SNELL, J., « The internal market and the philosophies of market integration », in C. BARNARD et S. PEERS (éds.), *European Union law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 300-324.
- SOTIROPOULOS, D.A., « The EU's Impact on the Greek Welfare State: Europeanization on Paper? », *Journal of European Social Policy*, 2004, vol. 14, n° 3, p. 267-284.
- SPASOVA, S., LOUVARIS FASOIS, C. et VANHERCKE, B., « Pension Reforms After the Crisis: Bringing Adequacy Back in the Domestic and EU Policy Equation? », in N. DA COSTA CABRAL et N. CUNHA RODRIGUES (éds.), *The Future of Pension Plans in the EU Internal Market: Coping with Trade-Offs Between Social Rights and Capital Markets*, Cham, Springer, 2019, p. 283-310.
- SPAVENTA, E., « Public Services and European Law: Looking for Boundaries », *Cambridge yearbook of European legal studies*, 2004, vol. 5, p. 271-291.
- STARINK, B. et VAN MEERTEN, H., « Cross-border obstacles and solutions for pan-European pensions », *EC Tax Review*, 2011, vol. 20, n° 1, p. 30-40.
- STEPAN, M. et ANDERSON, K.M., « Pension Reform in the European Periphery: the Role of EU Reform Advocacy », *Public Administration and Development*, 2014, vol. 34, n° 4, p. 320-331.

- STEVENS, Y., *Gelijkheid en solidariteit in aanvullende werknemerspensioenen*, Katholieke Universiteit te Leuven, 2002, disponible sur <https://lirias.kuleuven.be/handle/123456789/159755>.
- STEVENS, Y., « Developing common definitions on European pensions' policy », in T.D. SAKELLAROPOULOS et J. BERGHMAN (éds.), *Connecting Welfare Diversity within the European Social Model*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2004, p. 93-138.
- STEVENS, Y., *The meaning of “national social and labour legislation” in directive 2003/41/EC on the activities and supervision of institutions for occupational retirement provision*, Leuven, 2004.
- STEVENS, Y., « De privatisering van de sociale zekerheid: van basisrecht tot handelswaar? », in D. SIMOENS et al. (éds.), *Sociale zekerheden in vraagvorm: liber amicorum Jef Van Langendonck*, Antwerpen, Intersentia, 2005, p. 439-455.
- STEVENS, Y., « Het Europees recht en het sociaal recht nogmaals onder hoogspanning: de Albany voorwaarde getest op de openbare aanbesteding », *Chroniques de droit social/Sociaalrechtelijke kronieken*, 2011, n° 2, p. 61-64.
- STEVENS, Y., « Interactions between policy and law regarding pensions », in B. CANTILLON, H. VERSCHUEREN et P. PLOSCAR (éds.), *Social inclusion and social protection in the EU: interactions between law and policy*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 153-171.
- STEVENS, Y., « Suprematie, rechtsvinding of gewoon Kafka », *Nieuw Juridisch Weekblad*, 2013, n° 293, p. 944-945.
- STEVENS, Y., « Pensioenen als instrument van geïndividualiseerd arbeidsmarktbeleid en armoebeleid », in J. PUT et Y. STEVENS (éds.), *Ontwikkelingen van de sociale zekerheid, 2011-2016*, Brugge – Leuven, Die Keure la Charte – Instituut voor Sociaal Recht (KU Leuven), 2016, p. 557-600.
- STEVENS, Y., « The silent pension pillar implosion », *European Journal of Social Security*, 2017, vol. 19, n° 2, p. 98-117.
- STEVENS, Y., GIESELINK, G. et VAN BUGGENHOUT, B., « Towards a New Role for Occupational Pensions in Continental Europe: Elements and Techniques of Solidarity Used within Funded Occupational Pension Schemes », *European Journal of Social Security*, 2002, vol. 4, n° 1, p. 25-53.
- STIGLITZ, J.E., *The Euro: How a Common Currency Threatens the Future of Europe*, New York, W.W. Norton & Company, 2016.
- SUPIOT, A., *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005.
- SUPIOT, A., « L'Europe gagnée par “l'économie communiste de marché” », *Revue du MAUSS permanente*, 2008, disponible sur <http://www.journaldumauss.net/?L-Europe-gagnee-par-l-economie>.
- SUPIOT, A., *L'esprit de Philadelphie : la justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010.
- SUPIOT, A., « Le sommeil dogmatique européen », *Revue française des affaires sociales*, 2012, n° 1, p. 185-198.

- SUPIOT, A., *Grandeur et misère de l'État social*, Paris, Collège de France / Fayard, 2013.
- SUPIOT, A., *Critique du droit du travail*, 3^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2015.
- SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres : cours au Collège de France (2012-2014)*, Nantes – Paris, Institut d'études avancées de Nantes – Fayard, 2015.
- SUPIOT, A., « La guerre du dernier mot », in *Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière. Droit social international et européen en mouvement*, Paris, LGDJ, 2019, p. 489-503.
- SYRPIS, P., « Reconciling Economic Freedoms and Social Rights—The Potential of Commission v Germany (Case C-271/08, Judgment of 15 July 2010) », *Industrial Law Journal*, 2011, vol. 40, n° 2, p. 222–229.
- SYRPIS, P. et NOVITZ, T., « Economic and social rights in conflict: political and judicial approaches to their reconciliation », *European law review*, 2008, vol. 33, n° 3, p. 411-426.
- SZYDLO, M., « Contracts beyond the scope of the EC procurement directives – who is bound by the requirement for transparency? », *European Law Review*, 2009, vol. 34, n° 5, p. 720-737.
- SZYDLO, M., « The Process of Granting Exclusive Rights in the Light of Treaty Rules on Free Movement », *German Law Journal*, 2011, vol. 12, n° 7, p. 1408-1445.
- SZYSZCZAK, E. et al. (éds.), *Developments in Services of General Interest*, The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2011.
- SZYSZCZAK, E. et VAN DE GRONDEN, J.W. (éds.), *Financing services of general economic interest: reform and modernization*, The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2013.
- TERTÁK, E., « The EU internal market for occupational pensions: Making further progress », *Pensions: An International Journal*, 2010, vol. 15, n° 2, p. 140-147.
- THEBAUT, C., *Ethique et évaluation économique des interventions de santé en vue d'une définition du périmètre des soins remboursables*, Université Paris-Dauphine, 2012, disponible sur <https://basepub.dauphine.fr/handle/123456789/10920?show=full>.
- THEODOROPOULOU, S., « National social and labour market policy reforms in the shadow of EU bail-out conditionality: The cases of Greece and Portugal », *Comparative European Politics*, 2015, vol. 13, n° 1, p. 29-55.
- THEODOROPOULOU, S., *Managing public debt in Europe: an introductory guide*, Bruxelles, ETUI, 2018.
- THÉRET, B., « Sécurité ou protection ? Assurance des risques ou réciprocité des attentes ? », *Revue Française de Socio-Économie*, 2018, vol. 20, n° 1, p. 195-200.
- THOMSON, S., FOUBISTER, T. et MOSSIALOS, E., *Financing health care in the European Union. Challenges and policy responses*, Observatory studies series, n° 17, Copenhagen, World Health Organization on behalf of the European Observatory on Health Systems and Policies, 2009.
- TINIOS, P., *Misperceptions, misstatements, misunderstandings: Technical clarifications on Greek pensions*, Hellenic Observatory, London School of Economics, 2016, disponible sur http://blogs.lse.ac.uk/greeceatlse/2016/01/19/greek_pension_reform_guide/.

- TINIOS, P., *Greek pension reform once again: Explaining its logic and issues*, Hellenic Observatory, London School of Economics, 2016, disponible sur http://blogs.lse.ac.uk/greeceatlse/2016/01/19/greek_pension_reform_guide/.
- TOUSSAINT, N., MERVELLE, M. et THÉMELIN, N., « Le Tax shift : incidences sociales et fiscales pour les employeurs », *Orientations*, 2016, n° 7, p. 16-31.
- TREPTE, P., *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- TREPTE, P., *Public Procurement in the EU: A Practitioner's guide*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2007.
- TRIDIMAS, T. et XANTHOULIS, N., « A Legal Analysis of the Gauweiler Case: Between Monetary Policy and Constitutional Conflict », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 17-39, vol. 23, n° 1, p. 2016.
- TUORI, K. et TUORI, K., *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- TURNER, J.A., « Averting the Old Age Crisis: Policies to Protect the Old and Promote Growth (Book Review) », *Industrial & Labour Relations Review*, 1995, vol. 48, n° 4, p. 862-863.
- UHODA, M., « Le "Pacte budgétaire" européen : quelle influence sur les finances publiques belges ? », *Pyramides*, 2013, p. 87-122.
- VAN CLEYNENBREUGEL, P., *Droit matériel de l'Union européenne : libertés de circulation et marché intérieur*, Bruxelles, Larcier, 2017.
- VAN DE GRONDEN, J.W., « Social Services of General Interest and EU Law », in E. SZYSZCZAK *et al.* (éds.), *Developments in Services of General Interest*, The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2011, p. 123-152.
- VAN DE GRONDEN, J.W., « Free Movement of Services and the Right of Establishment: Does EU Internal Market Law Transform the Provision of SSGI? », in U. NEERGAARD *et al.* (éds.), *Social Services of General interest in the EU*, The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2013, p. 123-160.
- VAN DE GRONDEN, J.W. et SAUTER, W., « Taking the Temperature: EU Competition Law and Health Care », *Legal Issues of Economic Integration*, 2011, vol. 38, n° 3, p. 213-241.
- VAN DEN BRINK, A. et VAN ROSSEM, J.W., « De zaak Pringle en de eurocrisis: juridische paradoxen en constitutionele perspectieven », *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2013, n° 7, p. 255-264.
- VAN DEN BRINK, T. et VAN MEERTEN, H., « EU Executive Rule-Making and the Second Directive on Institutions for Occupational Retirement Provision », *Utrecht Law Review*, 2016, n° 1, p. 75-85.
- VAN DER POEL, M., *De houdbaarheid van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen. Toetsing aan het mededingingsrecht en het vrij verkeer van diensten en vestiging*, Amsterdam, Expertisecentrum Pensioenrecht Vrije Universiteit Amsterdam, 2013.

- VAN EECKHOUTTE, W., « Labour and Social Security Law », in M. KRUIHOF et W. DE BONDT (éds.), *Introduction to Belgian Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2017, p. 353-380.
- VAN EECKHOUTTE, W., *Mémento social*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018.
- VAN LANGENDONCK, J., « Wanner is een verzekering sociaal? », in *Over grenzen: Liber amicorum Herman Cousy*, Antwerpen – Cambridge, Intersentia, 2011, p. 1283-1293.
- VAN MEERTEN, H., « Pensions reform in the European Union: Recent developments after the implementation of the IORP directive », *Pensions: An International Journal*, 2009, vol. 14, n° 4, p. 259-272.
- VAN MEERTEN, H., « The Scope of the EU ‘Pensions’-Directive: Some Background and Solutions for Policymakers », in U. NEERGAARD et al. (éds.), *Social Services of General Interest in the EU*, The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2013, p. 413-431.
- VAN MEERTEN, H. et BORSJÉ, P., « Pension Rights and Entitlement Conversion (“Invaren”): Lessons from a Dutch Perspective with Regard to the Implications of the EU Charter », *European Journal of Social Security*, 2016, vol. 18, n° 1, p. 46-73.
- VAN MEERTEN, H. et SCHMIDT, E., « Compulsory membership of pension schemes and the free movement of services in the EU », *European Journal of Social Security*, 2017, vol. 19, n° 2, p. 118-140.
- VAN MEERTEN, H. et STARINK, B., « Impediments to an internal market for institutions for occupational retirement provision », *European Company Law*, 2010, n° 6, p. 1-10.
- VAN MEERTEN, H. et VAN ZANDEN, J.J., « Pensions and the PEPP: The Necessity of an EU Approach », *European Company Law Journal*, 2018, vol. 15, n° 3, p. 66-72.
- VAN MEERTEN, H. (éd.), *EU Pension Law*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2019, p. 55-76.
- VAN OMMEREN, F., « Challenges for the National Legislator: The Allocation of Limited Rights by the Administration », in P. ADRIAANSE et al. (éds.), *Scarcity and the State I. The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Cambridge, Intersentia, 2016, p. 73-91.
- VAN RAEPENBUSCH, S., « Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d’un juste équilibre entre l’économique et le social », in J.-V. LOUIS et S. RODRIGUES (éds.), *Les Services d’intérêt économique général et l’Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 99-161.
- VAN ROMPUY, H., *Towards a Genuine Economic and Monetary Union. Report drafted in close collaboration with J.M. Barroso, J.-C. Juncker, and M. Draghi*, 5 décembre 2012, disponible sur <https://www.consilium.europa.eu/media/23818/134069.pdf>.
- VANDENBROUCKE, F., « The Case for a European Social Union. From Muddling through to a Sense of Common Purpose », in B. MARIN (éd.), *The Future of Welfare in a Global Europe*, Farnham, Ashgate, 2015, p. 489-520.
- VANDENBROUCKE, F., « Politique sociale et union monétaire : puzzles, paradoxes et perspectives », *Revue belge de sécurité sociale*, 2016, n° 1, p. 7-38.

- VANDENBROUCKE, F., *Structural Convergence vs. Systems Competition: Limits to the Diversity of Labour Market Policies in the EMU*, Fellowship Initiative « Challenges to Integrated Markets ». Discussion Paper 065, European Commission, DG for Economic and Financial Affairs, 2017, disponible sur https://ec.europa.eu/info/publications/economic-and-financial-affairs-publications_en.
- VANDENBROUCKE, F., « Risk Reduction, Risk Sharing and Moral Hazard: A Vaccination Metaphor », *Intereconomics*, 2017, vol. 52, n° 3, p. 154-159.
- VANDENBROUCKE, F., *et al.*, « The European Commission's SURE initiative and euro area unemployment re-insurance », *VoxEU.org*, 6 avril 2020, disponible sur <https://voxeu.org>.
- VANHERCKE, B., « Against the odds. The Open Method of Coordination as a selective amplifier for reforming Belgian pension policies », *European Integration online Papers*, 2009, vol. 13, disponible sur <http://doi.org/10.1695/2009016>.
- VANHERCKE, B., « Has Open Coordination Mattered? Tracing and Evaluating the Process from the Belgian Presidency 2001 to the New State Reform », *Revue belge de sécurité sociale*, 2013, p. 229-270.
- VANHERCKE, B. *et al.* (éds.), *L'Europe en Belgique, la Belgique dans l'Europe : Configuration et appropriation des politiques sociales. Europa in België, België in Europa: Sociaal beleid als tweerichtingsverkeer*, Gent, Academia Press, 2011.
- VANTHEMSCHE, G., *La Sécurité sociale. Les origines du système belge. Le présent face à son passé*, Bruxelles, De Boeck, 1994.
- VAROUFAKIS, Y., *Adults in the Room: My Battle With the European and American Deep Establishment*, New York, NY, Farrar, Straus and Giroux, 2017.
- VERSCHUEREN, H., « Cross-border workers in the European internal market: Trojan horses for member states' labour and social security law? », *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2008, vol. 24, n° 2, p. 167-199.
- VERSCHUEREN, H., « Regulation 883/2004 and Invalidity and Old-Age Pensions », *European Journal of Social Security*, 2009, vol. 11, n° 1-2, p. 143-162.
- VERSCHUEREN, H., « Le droit des pensions d'invalidité et de vieillesse dans le règlement n° 883/2004 », *Revue de droit sanitaire et social*, 2010, n° 1, p. 38-52.
- VERSCHUEREN, H., « De interne markt en de arbeidsrechtelijke normconcurrentie », *Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, 2014, n° 12, p. 550-564.
- VERSCHUEREN, H., « Het recht op sociale zekerheid als een grondrecht. Een overzicht van het internationaal en nationaal juridisch kader », in A. VAN REGENMORTEL *et* H. VERSCHUEREN (éds.), *Grondrechten en sociale zekerheid*, Brugge, Die Keure, 2016, p. 1-36.
- VERSCHUEREN, H., « De sociale bescherming van gedetacheerde werknemers binnen de Europese Unie: strijd tegen sociale dumping of protectionisme? », in D. VANHEULE (éd.), *Ontwikkelingen inzake arbeidsdiscriminatie, detachering van werknemers, kinderontvoering en Dublinverordening*, Brugge, Die Keure, 2017, p. 77-121.

- VERWILGHEN, M. et PALATE, S., « Les fonds de pension : enjeux de droit social », in A. AUTENNE et O. HERMAND (éds.), *Le Droit belge des fonds de pension : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 155-216.
- VILLEY, M., *Le Droit et les droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983.
- VLASSEMBROUCK, F. et SOMMERIJNS, L., « Problemen en vragen in het kader van overheidsopdrachten inzake aanvullende pensioenen », in C. DE KONINCK *et al.* (éds.), *Jaarboek overheidsopdrachten/Chronique des marchés publics 2010-2011*, Bruxelles, EBP, 2011, p. 457-485.
- VOGEL, L., *European Competition Law*, Paris, LawLex-Bruylant, 2015.
- VOGEL, L., *Contrôle des aides d'État*, Paris, LawLex-Bruylant, 2017.
- WATSON, P., *EU Social and Employment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- WEBER, S. et POSNER, E., « Creating a Pan-European Equity Market », in S. WEBER (éd.), *Globalization and the European Political Economy*, New York, Columbia University Press, 2001, p. 140-196.
- WEILER, J.H., « The Community system: The dual character of supranationalism », *Yearbook of European Law*, 1981, p. 257-306.
- WINTERSTEIN, A., « Nailing the jellyfish: social security and competition law », *European Competition Law Review*, 1999, vol. 20, n° 6, p. 324-333.
- WOLLENSCHLÄGER, F., « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *Review of European Administrative Law*, 2015, vol. 8, n° 1, p. 205-256.
- WOLSWINKEL, J., « The Allocation of a Limited Number of Authorisations: Some General Requirements from European Law », *Review of European Administrative Law*, 2009, vol. 2, n° 2, p. 61-104.
- WOLSWINKEL, J., « The Need for Optimal Choice: Exploring a Hierarchy between Allocation Procedures for Limited Authorisations under EU Law », in P. ADRIAANSE *et al.* (éds.), *Scarcity and the State I. The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Cambridge, Intersentia, 2016, p. 187-218.
- WORLD BANK, *Averting the Old Age Crisis: Policies to Protect the Old and Promote Growth*, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- ZAMBARLOUKOU, S., « Greece After the Crisis: Still a south European welfare model? », *European Societies*, 2015, vol. 17, n° 5, p. 653-673.
- ZARTALOUDIS, S., « The Impact of the Fiscal Crisis on Greek and Portuguese Welfare States: Retrenchment before the Catch-up? », *Social Policy & Administration*, 2014, vol. 48, n° 4, p. 430-449.
- ZAVVOS, G.S., « Pension Fund Liberalization and the Future of Retirement Financing in Europe », *Common Market Law Review*, 1994, vol. 31, p. 609-630.
- ZEITLIN, J. et VANHERCKE, B., « Socializing the European Semester: EU social and economic policy co-ordination in crisis and beyond », *Journal of European Public Policy*, 2018, vol. 25, n° 2, p. 149-174.

Documents de natures diverses émanant d'institutions ou autorités publiques, classés par ordre alphabétique d'après la manière dont ils ont été cités dans le corps du texte

CEIOPS, « Initial review of key aspects of the implementation of the IORP Directive », 2008.

Commission implementing decision of 11.7.2018 on the activation of enhanced surveillance for Greece, C(2018) 4495 final.

Commission recommendation of 26.04.2017 on the European Pillar of Social Rights C(2017) 2600 final.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : L'heure de l'Europe : réparer les dommages et préparer l'avenir pour la prochaine génération, COM(2020) 456 final.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen : Suivi de la mise en œuvre du socle européen des droits sociaux, COM(2018) 130 final.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : Mise en place d'un socle européen des droits sociaux COM(2017) 250 final.

Décision (UE) 2018/1215 du Conseil du 16 juillet 2018 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres.

Décision du Conseil du 8 juin 2010 adressée à la Grèce en vue de renforcer et d'approfondir la surveillance budgétaire et mettant la Grèce en demeure de prendre des mesures pour procéder à la réduction du déficit jugée nécessaire pour remédier à la situation de déficit excessif, 2010/320/UE.

Document de travail des services de la Commission du 26 avril 2017 : Tableau de bord social SWD(2017) final.

EIOPA, « 2016 Market development report on occupational pensions and cross-border IORPs », 2017.

EIOPA, « 2017 Market development report on occupational pensions and cross-border IORPs », 2018.

Final Report of the High-Level Group of Experts on Pensions, High-level group of experts on pensions, 2019, disponible sur <https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=38547>.

Greece: Technical Memorandum of Understanding Accompanying the MoU of the ESM programme (June 2016).

- Greek Pension System Fiche*, European Commission – Economic Policy – Ageing Working Group, 2014.
- Les aspects sociaux de la coopération économique européenne*, Genève, Bureau international du travail, 1956.
- Memorandum of Understanding between the European Commission acting on behalf of the European Stability Mechanism and the Hellenic Republic and the Bank of Greece*, août 2015.
- National Strategy Report on Social Protection and Social Inclusion 2008-2010*, Grèce, 2008, disponible sur <https://ec.europa.eu/social>.
- OCDE, « Pensions and the crisis – How should retirement income systems respond to financial and economic pressures », 2009.
- OCDE, « Pension Markets in Focus », 2016.
- Panorama des pensions 2017 : Les indicateurs de l'OCDE et du G20*, OCDE, 2018, disponible sur <http://www.oecd.org/fr/retraites/pensions-publiques>.
- Pension Adequacy Report 2018 – Current and Future Income Adequacy in Old Age in the EU. Volume 2 – Country Profiles*, European Commission, DG for Employment, Social Affairs and Inclusion, 2018, disponible sur <https://publications.europa.eu>.
- Pension Adequacy Report 2018: Current and Future Income Adequacy in Old Age in the EU. Volume 2 – Country Profiles*, European Commission, DG for Employment, Social Affairs and Inclusion, 2018, disponible sur <https://ec.europa.eu/social/>.
- Pension schemes and pension projections in the EU-27 member states 2008-2060. Volume I – Report*, European Economy Occasional papers n° 56, European Commission, DG for Economic and Financial Affairs, 2009, disponible sur http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication16034_en.pdf.
- Private Pensions: OECD classification and glossary. Les pensions privées : classification et glossaire de l'OCDE*, OCDE, 2005, disponible sur <http://www.oecd.org/daf/fin/private-pensions/privatepensionsoecdclassificationandglossary.htm>.
- Rapport 2015 pour la Belgique contenant un bilan approfondi sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques {Com(2015) 85 final}*, Commission européenne, 2015.
- Rapport 2016 pour la Belgique contenant un bilan approfondi sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques (SWD(2016) 71 final)*, Commission européenne, 2016.
- Rapport 2017 pour la Belgique (SWD(2017) 67 final)*, Commission européenne, 2017.
- Rapport 2018 pour la Belgique (SWD(2018) 200 final)*, Commission européenne, 2018.
- Rapport 2019 pour la Belgique (SWD(2019) 1000 final)*, Commission européenne, 2019.

- Rapport bisannuel concernant les régimes de pension sectoriels*, Autorité des services et marchés financiers (FSMA), 2017, disponible sur <https://www.fsma.be/fr/rapport-bisannuel>.
- Recommandation du Conseil concernant le programme national de réforme de la Belgique pour 2020 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la Belgique pour 2020 (COM(2020) 501 final).
- Recommandation du Conseil concernant le programme national de réforme de la Belgique pour 2018 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la Belgique pour 2018 (COM(2018) 401 final).
- Recommandation du Conseil concernant le programme national de réforme de la Belgique pour 2019 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la Belgique pour 2019 (COM(2019) 501 final).
- Recommandation du Conseil du 12 juillet 2011 concernant le programme national de réforme de la Belgique pour 2011 et portant avis du Conseil concernant le programme de stabilité actualisé de la Belgique pour la période 2011-2014 (2011/C 209/01).
- Recommandation du Conseil du 12 juillet 2016 concernant le programme national de réforme de la Belgique pour 2016 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la Belgique pour 2016 (2016/C 299/09).
- Recommandation du Conseil du 14 juillet 2015 concernant le programme national de réforme de la Belgique pour 2015 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la Belgique pour 2015 (2015/C 272/07).
- Recommandation du Conseil du 9 juillet 2013 concernant le programme national de réforme de la Belgique pour 2013 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la Belgique pour la période 2012-2016 (2013/C 217/02).
- Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2018*, American Social Security Administration & International Social Security Association, 2018, disponible sur <https://www.issa.int/> (Consulté le 17 décembre 2018).
- The Economic Adjustment Programme for Greece (May 2010)*, European Economy Occasional papers n° 61, European Commission, DG for Economic and Financial Affairs, 2010.
- The Economic Adjustment Programme for Greece. Fifth review – October 2011*, Occasional Papers 87, European Commission, DG for Economic and Financial Affairs, 2011.
- The Economic Adjustment Programme for Greece. First review – summer 2010*, Occasional Papers 68, European Commission, DG for Economic and Financial Affairs, 2010.
- The Economic Adjustment Programme for Greece. Second review – autumn 2010*, Occasional Papers 72, European Commission, DG for Economic and Financial Affairs, 2010.

- The Economic Adjustment Programme for Greece. Third review – winter 2011*, Occasional Papers 77, European Commission, DG for Economic and Financial Affairs, 2011.
- The Second Economic Adjustment Programme for Greece – First Review – December 2012*, Occasional Papers 123, European Commission, DG for Economic and Financial Affairs, 2012.
- The Second Economic Adjustment Programme for Greece – Fourth Review – April 2014*, Occasional Papers 192, European Commission, DG for Economic and Financial Affairs, 2014.
- The Second Economic Adjustment Programme for Greece (March 2012)*, Occasional Papers 94, European Commission, DG for Economic and Financial Affairs, 2012.
- The Social Scoreboard revisited*, Background analysis 2017.03, European Trade Union Institute, 2017, disponible sur www.etui.org.
- Un contrat social performant et fiable : Propositions de la Commission de réforme des pensions 2020-2040 pour une réforme structurelle des régimes de pension*, 2014, disponible sur <https://socialsecurity.belgium.be/fr/publications/un-contrat-social-performant-et-fiable>.

Table des matières

Préface	7
Remerciements	11
INTRODUCTION GÉNÉRALE	13
§ 1. La question de recherche et l'objet d'étude : de l'influence juridique de certaines branches du droit économique européen sur les systèmes de pension des travailleurs salariés des États membres.....	17
1. La question de recherche	17
2. L'objet d'étude.....	20
§ 2. L'approche adoptée pour traiter de la question de recherche : droit en action, droit et valeurs.....	25
§ 3. Plan de l'ouvrage.....	32
PARTIE LIMINAIRE : IL Y A PENSION ET PENSION	35
§ 1. Sécurité-plancher/droit patrimonial ou droit social : deux modèles-types pour l'organisation des pensions	38
§ 2. Théorie aristotélicienne de la justice et valeurs	41
§ 3. Les deux modèles-types de pension, une différence de valeur en lien avec la conception du travail	47
1. Le modèle contractuel – le travail comme marchandise, la pension de retraite comme salaire différé	47
2. Le modèle statutaire – le travail comme identité professionnelle, la pension de retraite comme continuation du salaire	50
3. Implications respectives des deux modèles pour le calcul et pour l'organisation administrative des pensions	54
(1) Implications quant au mode de calcul du montant de la pension.....	54

(2) Implications quant à l'organisation administrative des régimes de pension.....	56
§ 4. Rapports entre les deux modèles proposés et la distinction classique entre systèmes beveridgiens et systèmes bismarckiens	56
PARTIE 1. DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE, LIBRE PRESTATION DES SERVICES ET SYSTÈMES DE PENSION NATIONAUX	61
CHAPITRE 1. DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE ET ORGANISATION DES SYSTÈMES DE PENSION NATIONAUX	65
Section 1. <i>Les pensions, activités exclusivement sociales ? Les limites du champ d'application du droit européen de la concurrence et leur application au domaine des pensions</i>	<i>66</i>
§ 1. Les multiples sens de la solidarité dans la jurisprudence de la Cour.....	69
1. Les solidarités liées au mode de financement des prestations de protection sociale.....	70
2. Les solidarités portant sur le lien entre le montant des cotisations et le montant des prestations	71
§ 2. La construction jurisprudentielle de la frontière entre les activités économiques et les activités exclusivement sociales	75
1. La jurisprudence fondatrice et ses suites	76
(1) Les premières balises pour l'identification d'une activité exclusivement sociale.....	76
(2) Continuité et précision de la jurisprudence antérieure.....	80
Conclusions intermédiaires relatives au premier moment de la jurisprudence	85
2. En rupture avec la jurisprudence antérieure ?	86
Conclusions intermédiaires : les deux moments de la jurisprudence de la Cour et la réalité du caractère cumulatif des deux critères.....	95
§ 3. Les raisons de l'édification de la solidarité et du contrôle de l'État comme critères d'une activité exclusivement sociale	96
1. Solidarité, contrôle de l'État et autonomie de gestion	97
(1) Solidarité et autonomie de gestion « en fait »	97
(a) La solidarité par répartition.....	99
(b) La solidarité financière.....	100
(c) La solidarité (re)distributive.....	103

Conclusions intermédiaires relatives au critère de la solidarité : la seule solidarité incompatible par nature avec la logique du droit de la concurrence est la solidarité intergénérationnelle	105
(2) Contrôle de l'État et autonomie de gestion « en droit »	107
2. La solidarité, un critère plus décisif pour certains types de prestations sociales que pour d'autres ?	110
§ 4. L'étendue du droit de la concurrence en matière de pension : la distinction décisive entre répartition et capitalisation	112
1. Relativisation du critère du contrôle de l'État pour les pensions financées en répartition, en lien avec l'originalité profonde de la répartition	113
2. Relativisation de la distinction entre pensions légales et pensions complémentaires pour décider de l'applicabilité du droit européen de la concurrence ; classification des régimes de pension selon qu'ils sont soumis ou non au droit de la concurrence	115
§ 5. Les valeurs sous-jacentes à la notion d'activité exclusivement sociale	118
Conclusions de section : champ d'application du droit européen de la concurrence et systèmes de pension	122
Section 2. <i>Implications du droit de la concurrence pour les systèmes de pension</i>	125
§ 1. Ententes entre entreprises et abus de position dominante	127
1. Les dispositifs de pension instaurés par accord collectif et l'interdiction des ententes entre entreprises	128
(1) Un cas exceptionnel de conciliation par exemption : l'interdiction des ententes entre entreprises et les accords collectifs selon la jurisprudence Albany	128
(2) La portée fondamentale, mais restreinte, de la jurisprudence Albany	131
2. Les pensions financées en capitalisation et l'interdiction d'abuser d'une position dominante	132
(1) Introduction : la notion d'abus de position dominante	133
(a) Une position dominante	134
(b) L'abus d'une position dominante	136
(2) Quel abus ? Les arrêts Albany, Pavlov et AG2R	137
(a) Les arrêts Albany, Pavlov et AG2R	138
(i) Les affaires ayant donné lieu aux arrêts Albany, Pavlov et AG2R	138
(ii) Les décisions de la Cour	140

1°	L'abus comme conflit d'intérêts.....	141
2°	L'abus comme incapacité manifeste à satisfaire la demande du marché.....	142
(b)	Les enseignements des arrêts Albany, Pavlov et AG2R.....	145
(i)	Quel abus ? Du choix de contourner les articles 102 et 106, § 1 ^{er} au profit de l'article 106, § 2 TFUE.....	145
(ii)	L'article 106, § 2 TFUE et la question de la solidarité.....	148
(3)	D'autres formes d'abus ?.....	156
(4)	Systématisation de l'enseignement principal de la jurisprudence relative aux abus de position dominante et discussion des valeurs qui la sous-tendent.....	157
Conclusions intermédiaires : l'interdiction des ententes, l'interdiction d'abuser d'une position dominante et l'autonomie des États membres pour l'organisation de leurs systèmes de pension.....		
§ 2.	Les pensions et les aides d'État.....	165
1.	La notion d'aides d'État.....	166
2.	La délimitation du champ d'application du droit des aides d'États dans le domaine social.....	168
(1)	Une aide d'État est une aide apportée à une entreprise.....	168
(2)	Une aide d'État consiste en un avantage octroyé par l'État.....	172
(a)	L'aide comme compensation des coûts liés à des obligations de service public : la jurisprudence Altmark.....	172
(b)	L'aide comme compensation d'un désavantage structurel : la jurisprudence Combis.....	174
3.	Les exceptions à l'interdiction des aides d'État.....	177
(1)	L'application de l'article 106, § 2 aux aides d'État et le cas du <i>NEST</i> britannique.....	177
(2)	Les exceptions propres au droit des aides d'État et les systèmes de pension des États membres.....	184
(a)	Les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels.....	184
(b)	Les aides destinées à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre.....	190
Conclusions intermédiaires : le droit européen des aides d'État et l'autonomie des États membres pour l'organisation de leurs systèmes de pension.....		

CONCLUSIONS DE CHAPITRE : DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE

ET ORGANISATION DES SYSTÈMES DE PENSION NATIONAUX.....195

CHAPITRE 2. LIBRE PRESTATION DES SERVICES ET ORGANISATION DES SYSTÈMES

	DE PENSION NATIONAUX	199
Section 1.	<i>Les pensions légales et la libre prestation des services : quelles relations ?</i>	201
§ 1.	L'étendue de la libre prestation des services	203
1.	Les limites internes : la notion de service	203
2.	(L'absence de) limites externes	206
§ 2.	Régimes de sécurité sociale et libre prestation des services : du système à l'individu.....	209
1.	L'attention portée vers les caractéristiques du régime.....	212
2.	L'attention à la relation nouée par l'individu avec un prestataire étranger au régime.....	215
	Conclusions intermédiaires : rejet de la première hypothèse : les pensions légales sont soumises, en droit, à la libre prestation des services.....	220
§ 3.	Les pensions légales et la libre prestation des services : rencontre improbable dans les faits ?	221
1.	Situation dans laquelle un individu pourrait vouloir invoquer la libre prestation des services à l'encontre d'un régime de pension légal.....	222
2.	Modalités d'organisation d'un régime de pension légal qui rendent plausible la formation du projet, par un individu, de quitter ce régime	226
(1)	Modalités de financement d'un régime de pension et circonscription des montants versés.....	227
(2)	Modes de calcul d'une prestation de pension : contrepartie et transfert	230
(a)	Les notions de contrepartie et de transfert et leurs liens aux deux modèles-types de pension	231
(b)	Application des notions de « contrepartie » et de « transfert » aux modalités de calcul d'une pension.....	235
(i)	La distinction entre régimes à cotisations définies et régimes à prestations définies.....	236
(ii)	Les liens entre le modèle de la contrepartie ou celui du transfert, d'une part, et les régimes à cotisations définies ou à prestations définies, d'autre part	240
	Conclusions intermédiaires : confirmation partielle de la deuxième hypothèse ..	244
1.	Synthèse des résultats obtenus.....	245
2.	Croisement des résultats obtenus.....	246
3.	Nuancement des résultats obtenus.....	248

§ 4.	Réponses possibles, sinon probables de la Cour à la question de la conformité d'un régime de pension légal à la libre prestation des services.....	250
1.	Libre prestation des services et affiliation obligatoire à un régime de pension légal financé en répartition.....	251
2.	Libre prestation des services et régimes de pension légaux financés en capitalisation	256
Conclusions de section : les relations entre la libre prestation des services et les pensions légales		259
Section 2.	<i>Les régimes de pension complémentaires et la libre prestation des services.....</i>	262
§ 1.	Obligation d'affiliation à un régime de pension complémentaire et libre prestation des services.....	263
1.	L'inapplicabilité formelle des solutions du droit de la concurrence à la libre prestation des services.....	263
2.	Esquisse d'une réponse plausible à la critique de la légalité de l'obligation de s'affilier à un régime de pension complémentaire au regard de la libre prestation des services.....	265
(1)	Les arrêts <i>Freskot</i> et <i>Kattner</i>	266
(2)	L'autonomie des États membres, la libre prestation des services et l'application par analogie de l'article 106, § 2 TFUE : <i>bis repetita</i> ?	270
§ 2.	Désignation du gestionnaire d'un régime de pension complémentaire obligatoire et obligation de transparence	273
1.	L'arrêt UNIS et Beaudout et son articulation à la jurisprudence antérieure de la Cour de justice	275
(1)	La décision de la Cour dans l'arrêt UNIS et Beaudout.....	275
(2)	L'arrêt UNIS et Beaudout par rapport aux arrêts <i>Albany</i> , <i>Viking</i> et <i>Laval</i>	279
(a)	De l'arrêt UNIS et Beaudout à l'arrêt <i>Albany</i>	280
(b)	... en passant par les arrêts <i>Viking</i> et <i>Laval</i>	282
(c)	... pour revenir à l'arrêt <i>Albany</i>	284
2.	Histoire et raison d'être de l'obligation de transparence	289
(1)	L'extension progressive du champ d'application de l'obligation de transparence.....	289
(2)	La raison d'être de l'obligation de transparence.....	294

3. Les débiteurs de l'obligation de transparence dans le contexte particulier de l'extension d'un accord collectif : un effet direct horizontal qui ne dit pas son nom.....	298
4. Les exigences concrètes de l'obligation de transparence et leurs implications pour les relations entre les acteurs en présence	304
(1) Exigences de transparence au stade de la négociation entre les partenaires sociaux pour la sélection du gestionnaire — l'ouverture à la concurrence	305
(2) Exigences de transparence au stade de la procédure d'extension de l'accord collectif — le contrôle de l'impartialité de la procédure	311
5. Situations dans lesquelles l'obligation de transparence ne s'applique pas	315
(1) L'absence d'un intérêt transfrontalier certain	315
(2) La jurisprudence Teckal et l'exception « quasi <i>in house</i> ».....	318
(a) La jurisprudence Teckal est-elle applicable dans son principe aux partenaires sociaux ?.....	320
(b) Les caractéristiques du contrôle devant être exercé par les partenaires sociaux sur l'opérateur économique pour tomber sous l'exception « quasi <i>in house</i> »	322
(c) Application de la jurisprudence Teckal à un cas spécifique, le droit belge des pensions complémentaires	325
6. Les implications de l'obligation de transparence pour les rapports entre les partenaires sociaux et les opérateurs économiques, et entre les partenaires sociaux et l'État.....	328
Conclusions de section : pensions complémentaires et libre prestation des services	331
Section 3. <i>La directive concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle</i>	333
§ 1. Historique de la directive IRP : ses objectifs, ses promoteurs	335
1. La première proposition de directive, et les raisons de son échec	335
(1) Les prémices de la première proposition de directive	335
(2) Le contenu de la première proposition de directive	337
(3) Les raisons de l'échec de la première proposition de directive	340
2. La communication de la Commission et son annulation par la Cour de Justice	345
3. Le livre vert de 1997.....	346
4. La directive de 2003	351

5.	Le livre vert de 2010 et le livre blanc de 2012 : vers une révision de la directive.....	356
§ 2.	La directive refonte : son contenu, ses effets potentiels sur les systèmes de pension des États membres	362
1.	Présentation de la directive refonte.....	362
(1)	Champ d'application (articles 2 à 5).....	363
(2)	Statut et exigences opérationnelles (articles 7 à 10).....	366
(3)	Activités et transferts transfrontaliers (articles 11 et 12)	366
(4)	Provisions techniques, marge de solvabilité et règles de placement (articles 13 à 19).....	370
(5)	Gouvernance (articles 20 à 30)	372
(6)	Externalisation des activités des IRP et désignation d'un dépositaire (articles 31 à 35).....	372
(7)	Informations à fournir aux affiliés potentiels, aux affiliés et aux bénéficiaires (articles 36 à 44).....	373
(8)	Surveillance prudentielle des IRP par les autorités compétentes (articles 45 à 59).....	373
2.	Les effets potentiels de la directive sur les systèmes nationaux de pension.....	374
(1)	Première friction potentielle entre la directive et l'autonomie des États membres.....	374
(2)	Seconde friction potentielle entre la directive et l'autonomie des États membres.....	378
	Conclusions de section : la directive IRP et les systèmes de pension nationaux	381
1.	Les enseignements de l'historique de la directive.....	382
2.	Les enseignements de l'analyse du contenu de la directive « refonte »	384
3.	La directive promeut-elle un certain modèle de pension, avec quels résultats ?.....	384
	CONCLUSIONS DE CHAPITRE : LIBRE PRESTATION DES SERVICES ET SYSTÈMES DE PENSION NATIONAUX	387
	CONCLUSIONS GÉNÉRALES DE LA PREMIÈRE PARTIE : DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE, LIBRE PRESTATION DES SERVICES ET SYSTÈMES DE PENSION NATIONAUX.....	391

PARTIE 2. L'INFLUENCE DE LA GOUVERNANCE ÉCONOMIQUE ET BUDGÉTAIRE SUR LES SYSTÈMES DE PENSION DES ÉTATS MEMBRES DE LA ZONE EURO	
INVESTIGATION À PARTIR DE DEUX CAS D'ÉTUDE	393
CHAPITRE 1. FINALITÉS MACROÉCONOMIQUES ET INSTRUMENTS JURIDIQUES DE LA GOUVERNANCE ÉCONOMIQUE ET BUDGÉTAIRE AU SEIN DE LA ZONE EURO	399
Section 1. <i>Les finalités de la gouvernance économique et budgétaire, en lien avec l'architecture macroéconomique de la zone euro</i>	399
§ 1. Les différents leviers d'action macroéconomiques et leur utilisation dans un État souverain ou au sein de la zone euro	401
1. Quand l'ensemble des leviers d'action macroéconomiques sont à la disposition de l'État	402
2. Répartition et disponibilité des leviers d'action macroéconomiques au sein de la zone euro	403
(1) L'instrument monétaire au sein de la zone euro	404
(2) Implications de l'appartenance à la zone euro pour la politique budgétaire des États membres	407
§ 2. La gouvernance économique et budgétaire, entre convergence et flexibilisation	412
Section 2. <i>Les instruments juridiques de la gouvernance économique et budgétaire.....</i>	417
§ 1. Le semestre européen ou la coordination des instruments de coordination	417
1. Les trois instruments coordonnés au sein du semestre européen	418
(1) La discipline budgétaire.....	418
(2) La procédure concernant les déséquilibres macroéconomiques	422
(3) Les grandes orientations des politiques économiques, les lignes directrices pour l'emploi et la stratégie Europe 2020	423
2. Le fonctionnement concret du semestre européen.....	425
(1) Le calendrier du semestre européen	426
(2) La « socialisation » du semestre et la mise en œuvre du socle européen des droits sociaux.....	428
§ 2. Le mécanisme européen de stabilité et les actions de la BCE – l'assistance financière sous condition	433

1.	Des initiatives en porte-à-faux avec les principes originels de la zone euro	433
2.	Le régime juridique du MES et des actions de la BCE.....	435
§ 3.	L'effectivité des instruments de la gouvernance économique et budgétaire	441
1.	L'apport relatif des sanctions financières à l'effectivité de la gouvernance	442
2.	La confusion au sein du semestre, renfort possible de son effectivité.....	443
3.	Le recours aux marchés financiers	445
CONCLUSIONS DE CHAPITRE : FINALITÉS DE LA GOUVERNANCE ET EFFECTIVITÉ DE SES INSTRUMENTS		447
CHAPITRE 2. DEUX CAS D'ÉTUDE : LA BELGIQUE ET LE SEMESTRE EUROPÉEN, LA GRÈCE ET LES MÉCANISMES D'ASSISTANCE FINANCIÈRE		449
Section 1.	<i>Premier cas d'étude : les recommandations spécifiques adressées à la Belgique en matière de pension dans le cadre du semestre européen</i>	<i>449</i>
§ 1.	Les recommandations relatives aux pensions en général : quantité, contenu et finalités.....	450
§ 2.	Les recommandations adressées à la Belgique en matière de pension entre 2011 et 2018.....	452
1.	Premier axe : assurer la « viabilité » des finances publiques en relevant l'âge effectif et en « automatisant » l'évolution de l'âge légal de la retraite.....	454
2.	Second axe : augmenter le taux d'emploi global par le vieillissement actif et la compétitivité de l'économie	460
Section 2.	<i>Deuxième cas d'étude : la réforme du système de pension grec sous les trois plans d'aide financière.....</i>	<i>468</i>
§ 1.	Le contexte des réformes	468
1.	Les trois plans d'aide financière octroyés à la Grèce pendant la crise.....	468
2.	Quelques informations sur l'état du système de pension grec avant la crise	472
§ 2.	Les mesures adoptées en matière de pension sous les trois plans d'aide financière.....	473
1.	Réduction des pensions en cours	474
2.	Les réformes du système de pension.....	478

(1) Présentation schématique du fonctionnement du système de pension grec des travailleurs salariés du secteur privé avant les réformes.....	480
(a) Les conditions d'accès aux pensions principales et auxiliaires.....	481
(b) Le calcul du montant de la pension principale.....	482
(c) Le calcul du montant des pensions auxiliaires	483
(d) L'allocation de solidarité sociale pour les pensionnés EKAS.....	484
(2) Le système de pension grec après les réformes adoptées sous les trois plans d'aide.....	484
(a) Les réformes de la pension principale.....	486
(i) Réforme de l'organisation administrative de la pension principale.....	486
(ii) Réforme des prestations délivrées par la pension principale	486
1° Les conditions d'accès à la nouvelle pension principale.....	487
2° Le mode de calcul du montant de la nouvelle pension contributive.....	489
3° Le mode de calcul de la nouvelle pension nationale	490
(iii) Remplacement de l'EKAS par un revenu minimum garanti....	491
(b) Les réformes des pensions auxiliaires	492
(c) Informations complémentaires sur les réformes du système de pension : le cas des pensions du deuxième et du troisième pilier	494
3. Qualification du système de pension grec réformé et considérations sur ses liens avec l'architecture de l'UEM	495
(1) Prévention de la pauvreté et centralité de la carrière passée, les orientations « contractuelles » du système de pension grec réformé	495
(2) La gestion à long terme du financement du système : l'autre face de la flexibilisation.....	498
 CONCLUSIONS DE CHAPITRE : ENSEIGNEMENTS DES DEUX CAS D'ÉTUDES	502
 CONCLUSIONS DE LA PARTIE 2 : LA GOUVERNANCE ÉCONOMIQUE ET BUDGÉTAIRE ET LES SYSTÈMES DE PENSION – ENSEIGNEMENTS DES DEUX CAS D'ÉTUDE	505
 CONCLUSIONS GÉNÉRALES	509
 Bibliographie	513

Achevé d'imprimer en Belgique
sur les presses d'Imprim Group
Rue Saint-Hadelin, 14 — B-4600 Visé
Janvier 2023