

Droit, économie, valeur

-

Présentation de l'ouvrage Quentin Detienne :

Droit économique européen et systèmes de pension de retraite nationaux : Quelles influences pour quels résultats ?

Bonjour à tous,

Tout d'abord, je voudrais remercier très sincèrement les organisateurs de cette table-ronde, donc les membres du bureau de l'Unité de recherche Cité (Patrick Wautelet, Pierre Delvenne, Gêrôme Arnold et Julie Colemans). Ce n'est pas ici une simple clause de style ou de politesse : le travail de soutien à la recherche et à la diffusion de leurs résultats qu'ils abattent pour l'ensemble des membres de la faculté est réellement extraordinaire ; l'enthousiasme avec lequel ils développent des initiatives pour faire dialoguer et collaborer ces mêmes membres l'est tout autant – l'évènement d'aujourd'hui n'en est que le dernier exemple en date.

Je voudrais aussi remercier évidemment Quentin Detienne pour l'invitation à discuter son ouvrage. Je l'ai accepté avec d'autant plus de plaisir que j'y vois là l'occasion de prolonger un conversation informelle qui s'est construite au fil des ans et qui fut pour moi, à différents moments, une source d'inspiration décisive pour mes recherches propres relatives à la Constitution économique – recherches qui ne sont certes pas exactement les mêmes que celles de Quentin Detienne, mais qui en recourent certains domaines (le droit économique européen notamment) et, surtout, recherches qui convergent me semble-t-il vers une même démarche épistémologique et méthodologique : celle d'ouvrir l'approche juridique à la question du rapport aux valeurs, mais dans une perspective qui se veut toujours fidèle aux préceptes d'un certain juspositivisme – même si Quentin Detienne n'utiliserait lui peut-être pas exactement ces termes.

Ce que je vous propose dès lors, au cours des vingt minutes qui me sont imparties, c'est de revenir d'abord sur certaines des idées-forces défendues dans cet ouvrage et en particulier sur celles qui contiennent un potentiel d'analyse dépassant le seul domaine du droit des pensions – ou même de la sécurité sociale –, avant de m'attarder, dans un second temps, sur l'option épistémologique et méthodologique développée par Quentin Detienne – option qui est exposée dans un passage assez succinct de son introduction, mais qui m'apparaît fondamental : non seulement ce passage représente-t-il la pierre angulaire de tout de l'ouvrage, mais il contient aussi quelque chose comme une théorie du droit en germe, qui ouvre selon moi vers un agenda de recherche à lui tout seul – et cet agenda de recherche me semble pouvoir être mené collectivement.

I. Les idées-forces de l'ouvrage : l'articulation des services publics et droits sociaux avec le droit du marché intérieur et de la concurrence – la primauté normative du marché

Commençons donc par certaines idées-forces de l'ouvrage. Au vu du format de cette table-ronde, je n'entrerai pas dans les détails, subtils, de l'argumentation développée par Quentin Detienne – d'autres spécialistes du droit européen ou des pensions, ici présents, sont bien plus qualifiés que moi pour le faire. Je souhaite en revanche souligner certaines thèses qui traversent le livre et qui revêtent un grand potentiel de mobilisation dans d'autres domaines du champ juridique.

Même s'il ne le prend que par le seul prisme des pensions, l'une des analyses les plus importantes que développe Quentin Detienne est, selon moi, l'articulation qu'il propose entre, d'un côté, les services publics, la négociation collective et les droits sociaux – bref, un droit mû par une idée de solidarité –, et, de l'autre côté, le droit du marché intérieur et de la concurrence – articulation cardinale s'il en est puisqu'elle conditionne pour une grande partie la manière de concevoir juridiquement et d'organiser institutionnellement l'économie, c'est-à-dire les rapports de production, d'échange et de distribution de richesses au sein de nos sociétés. Si l'on doit donner un nom pour saisir cette articulation complexe, c'est celui de la « *primauté normative* » accordée au *marché*, selon la formule avancée par Quentin Detienne.

Pour le dire en deux mots, et de manière un peu schématique, cette « primauté normative accordée au marché » recouvre le fait que, dans le droit de l'Union européenne – tel qu'interprété par la Cour de justice du moins –, les considérations de justice sociale apparaissent sous le schème de l'*exception* – de l'*exception à la règle*, qui est celle du marché. Autrement dit, les services publics, y compris de sécurité sociale, et les droits sociaux des citoyens sont toujours susceptibles de passer sous les fourches caudines des règles de concurrence et des libertés fondamentales de circulation – notamment de la libre prestation des services.

Au regard des premières, donc des règles de concurrence, certaines activités peuvent certes échapper à leur champ d'application, mais c'est le cas *si et seulement si* elles possèdent un caractère « *exclusivement social* ». Or, dans ce « *exclusivement* » gît déjà en creux les frontières jusqu'où s'étend le territoire de toutes les autres activités, celles non exclusivement sociales, donc celles qui tombent dans la catégorie quasi-hégémonique des « *activités économiques* » depuis la jurisprudence *Höfner* – catégorie où règne alors en maître le mécanisme concurrentiel. Finalement, les seuls régimes de sécurité sociale qui semblent bénéficier d'un tel statut d'exception sont ceux imposés par la loi et qui intègrent clairement une logique de solidarité (re)distributive – et encore seulement lorsque ces régimes ne sont pas financés par capitalisation. Les autres régimes, comme par exemple la plupart des régimes de pensions complémentaires, sont dès lors soumis, en principe, aux règles de concurrence. Ils peuvent certes eux aussi se voir octroyer un statut dérogatoire *via* leur qualification ou leur requalification en « *services d'intérêt économique général* » (ou SIEG en abrégé), pour échapper par exemple aux limites qui encadrent les aides d'État. Toutefois, conceptuellement, cela se joue à un autre niveau, non plus d'exclusion du champ d'application du droit de la concurrence, mais de dérogation interne à ce droit de la concurrence. Or, ceci a des conséquences importantes, en particulier au niveau de la mise en place d'un contrôle juridictionnel plus poussé, effectué notamment à partir du sacro-saint principe de proportionnalité – principe qui implique de confier au juge le pouvoir de mettre en balance des logiques hétérogènes, celles de marché ou de solidarité, et de trancher alors la question de leur articulation et de leur hiérarchie.

Par ailleurs, même lorsqu'elles relèvent des activités « exclusivement sociales » et échappent donc au droit de la concurrence, les institutions de services publics, y compris en matière de sécurité sociale, sont potentiellement à la merci du droit du marché intérieur *sensu stricto*. Autrement dit, les régimes de sécurité sociale ont toujours au-dessus de leur tête l'épée de Damoclès des libertés de circulation (et spécialement de la libre prestation des services). Il est vrai que, ici aussi, la Cour tend à reconnaître à ces institutions un certain statut dérogatoire, en les analysant sous l'angle des « raisons impérieuses d'intérêt général » qui justifient de porter atteinte, dans une certaine mesure, aux règles du marché intérieur – mais cette « certaine mesure », là encore, dépend ultimement des représentations et des convictions des juges de la Cour de justice *via* le test de proportionnalité.

On peut certes observer, comme le fait Quentin Detienne, que, pour le moment, la Cour de justice arrive, *via* ces interprétations dérogatoires, à des conclusions qui maintiennent aux États membres une autonomie relativement importante en matière de pensions. Pour autant, le raisonnement qu'elle développe laisse entrevoir le fait que c'est l'institution du marché qui est posée comme « constituant l'environnement de principe dans lequel les activités sont ou doivent être exercées »¹ – et comme norme à l'aune de laquelle évaluer les autres activités ou institutions. C'est cela que Quentin Detienne a qualifié de « primauté normative » du marché. Et c'est là, selon moi, l'un des apports-phares de l'ouvrage, car cette primauté normative du marché, qu'emporte le droit de l'Union, rayonne potentiellement dans l'ensemble, ou presque, des domaines du droit – il n'est pas cantonné à la seule sécurité sociale. Même s'ils touchent aussi au droit social et au droit du travail, les arrêts Viking et Laval ont illustré, presque jusqu'à l'absurde, cette potentialité, puisque dans l'arrêt Viking c'est le principe de dignité humaine lui-même qui est mis en balance avec les libertés de circulation. Du reste, d'autres domaines, touchant à la sécurité nationale ou à l'éducation et à l'enseignement, par exemple, sont susceptibles d'être happés à leur tour dans cette logique de marché.

¹ Q. DETIENNE, *Droit économique européen et systèmes de pension de retraite nationaux*, *op. cit.*, p. 120.

En tout état de cause, c'est en effet différent d'exempter, par principe, certaines activités du champ d'application du marché intérieur – ou du droit de la concurrence – en raison du fait qu'elles ressortissent, selon les législateurs nationaux, d'une logique hétérogène au marché *ou* d'accepter que, par exception, lorsqu'il est confirmé que le marché ne permet pas d'atteindre certains objectifs, l'État peut prévoir des droits exclusifs ou des mesures qui entravent l'accès au marché, pour autant que cela reste dans des proportions acceptables (selon une mise en balance qui dépend ultimement des convictions des juges). Pour citer Quentin Detienne, « [1]a 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 »².

II. Approche épistémologique : droit et valeurs

Le mot est lâché : valeurs. On le sait, la question de la relation entre droit et valeurs est l'une des plus *discutées* – et des plus *disputées* – au sein du monde juridique. Elle est au fondement de la distinction classique entre droit naturel et juspositivisme, tout comme elle entraîne indirectement la problématique de la position, engagée ou « axiologiquement neutre », du chercheur. Même si, sur le plan purement arithmétique, ces considérations ne sont pas les plus développées dans l'ouvrage, c'est pourtant là que la démarche de Quentin Detienne déploie selon moi toute sa puissance. Je ne saurais trop conseiller à chacun de lire, dans l'introduction, la petite dizaine de pages dédiées à l'explicitation de son approche épistémologique et de sa démarche méthodologique – ces pages sont reprises sous la section « droit en action [virgule] droit et valeurs ». On y trouve là des développements de théorie du droit d'une clarté et d'une limpidité vraiment éblouissantes – et je ne dis pas du tout cela par esprit de flagornerie. Je pense réellement que pour succincts qu'ils soient, ils ont une portée majeure. Dans les positions tenues dans cette petite dizaine de pages, j'y vois l'expression potentielle d'une conception du droit et d'une démarche scientifique qui peuvent rassembler divers membres de notre faculté (voire au-delà) – et, potentiellement, j'y vois à vrai dire la base sur laquelle construire un agenda de recherche collectif.

² Q. DETIENNE, *Droit économique européen et systèmes de pension de retraite nationaux*, op. cit., p. 392.

On le sait, le théoricien du droit Lucien François a eu une influence primordiale sur certains chercheurs de notre faculté – et j’en fais partie. Son approche radicalement juspositiviste, développée dans sa microscopie du droit, a permis de dégager les traits caractéristiques du phénomène juridique, en l’expurgeant de la question des valeurs pour se focaliser sur l’axe de la contrainte et du conditionnement qui sont tous deux attachés aux normes juridiques et aux décisions judiciaires. Pour autant, Lucien François ne dénie pas la présence inévitable des valeurs au sein des ordres juridiques : il prend seulement acte de leur relativité et les écarte de son étude en ce qu’elles sont justement relatives, donc insaisissables dans leur hypothétique essence.

Ce que propose Quentin Detienne, mais peut-être me contredira-t-il, c’est de compléter en quelque sorte l’analyse, en revenant à cette question du lien entre droit et valeurs, mais de manière pour ainsi dire oblique : non pas défendre un illusoire droit naturel, ni s’en tenir à la relativité des valeurs pour les exclure de son étude ; mais, au contraire, chercher à déceler dans le discours juridique l’expression de *certaines* valeurs qu’il qualifie d’objectives – quoique d’une objectivité relative car elles restent toujours dépendantes de la société dans laquelle elles se déploient, et sont donc nécessairement prises dans un jeu perpétuel de cristallisation et de contestation – d’où, d’ailleurs, le fait que je parlerais peut-être personnellement plus volontiers de valeurs objectivées que de valeurs objectives. Mais quoiqu’il en soit, Quentin Detienne définit ces valeurs objectives ou objectivées. Il les caractérise, en première approximation, 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” ».

En relisant ce passage au moment de préparer mon intervention, ces mots ont résonné en moi de manière très forte. Dans ma thèse sur la Constitution économique, c’est bien cela que j’avais cherché à exprimer, sans parvenir à le faire aussi clairement que dans l’introduction de l’ouvrage.

J'avais essayé de le faire en revenant à Max Weber, pour qui la neutralité axiologique, c'est-à-dire la mise à distance du savant vis-à-vis de ses jugements de valeur personnels, n'induisait aucunement de rejeter l'étude du *rapport aux valeurs* d'une société donnée – au contraire, c'était là le cœur de son entreprise scientifique, notamment au niveau des liens entre capitalisme et éthique protestante. Et en reprenant un concept issu d'autres disciplines sociales, celui de « *référentiel* », j'ai cherché à mettre au jour cette vision du monde, cette *Weltanschauung*, qui, soutenue par certaines valeurs spécifiques, atteint un certain moment, au sein des acteurs institutionnels, le statut d'orthodoxie, et qui fonde alors indirectement, et certainement aussi en partie inconsciemment, les cadres normatifs et les jurisprudences des juridictions suprêmes en matières économiques.

Je me retrouve donc en très grande partie dans la démarche proposée par Quentin Detienne, qui entre pleinement et ouvertement dans cette entreprise scientifique de dévoilement, toujours renouvelé, des conceptions axiologiques qui deviennent socialement objectivées et que le droit exprime autant qu'il contribue à forger et à imposer. Derrière les analyses juridiques serrées proposées par Quentin Detienne, ce qui est au cœur de son entreprise, c'est bien cette volonté de mettre au jour les valeurs qui sous-tendent un système juridique particulier – ou plus précisément ici un domaine juridique spécifique de l'ordre social, le secteur des pensions. Sa présentation des théories aristotéliennes de la justice (justice commutative et justice distributive) et la comparaison qu'il offre des valeurs différentes qui fondent implicitement les conceptions du travail dans les deux grands modèles des pensions sont à cet égard extrêmement éclairantes. Dans le modèle contractuel, le travail est vu comme une marchandise qui s'échange sur un marché, et la retraite ne peut alors être conçue que comme un salaire différé ; dans le modèle statutaire, le travail n'est pas une marchandise qui s'échange, c'est une activité qui définit, sous l'angle professionnel, l'identité individuelle du citoyen – et la retraite représente alors un salaire continué. Ce sont deux mondes axiologiques qui s'affrontent et qui sont irréductibles – même s'ils peuvent éventuellement donner lieu à compromis.

On comprend alors mieux les enjeux pratiques qui se cachent derrière des controverses juridiques *a priori* fort abstraites. À partir du moment où le droit de l'Union, en tout cas tel qu'il est interprété par la Cour de justice, tend à recoder juridiquement une immense partie des relations sociales dans la grammaire libérale d'activités économiques échangées sur un marché concurrentiel, le modèle *contractuel* des pensions, qui est donc le prolongement de la conception du travail comme marchandise, apparaît en quelque sorte comme le « devenir naturel » des régimes de retraite – et le modèle statutaire ne peut être pensé tout au plus, dans ce cadre, que comme un régime d'exception, peut-être encore toléré aujourd'hui, mais en tout cas toujours susceptible d'être démembré en raison des atteintes potentiellement disproportionnées qu'il porterait aux libertés individuelles de circulation ou au fonctionnement concurrentiel du marché.

III. Démarche méthodologique : le droit en action, l'Union économique et monétaire et la lentille tournée vers l'« infra-droit »

À travers l'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice qu'il propose dans la première partie de l'ouvrage, on voit donc déjà poindre l'influence potentielle, sur l'organisation juridique des systèmes de pension, des « valeurs libérales » selon la formule utilisée par Quentin Detienne – même si, il y insiste, l'autonomie des États membres en la matière est actuellement préservée par les décisions de la Cour de justice (soit dit en passant, c'est d'ailleurs tout à son honneur d'insister sur ce point, puisque ça n'allait pas du tout dans le sens de son hypothèse de recherche de départ).

Mais est-ce à dire pour autant que les régimes de pension qui échappent aux canons du marché concurrentiel sortent toujours indemnes de leur confrontation au droit de l'Union ? Pas nécessairement, car il restait encore un autre versant du droit européen à prendre en compte, et que Quentin Detienne n'a pas esquivé malgré sa complexité : c'est celui de l'UEM, de l'Union économique et monétaire. C'est là que sa démarche juridique devient d'ailleurs encore plus remarquable, en raison du geste méthodologique qu'il opère et qui démontre qu'il penche résolument vers l'étude d'un « droit en action », pour reprendre l'expression qu'il utilise ici encore dans son introduction.

Plus que d'une attention au « droit en action », on pourrait même ici parler d'une entrée dans quelque chose comme l' « infra-droit » – en tout cas dans l'en deçà du droit tel qu'il est habituellement manié dans la sphère académique. En effet, après l'exposition, plus classique mais très claire, de l'architecture complexe de la gouvernance macroéconomique européenne, Quentin Detienne se lance dans deux cas d'étude qui nous font entrer dans un monde juridique bien moins balisé que celui que le juriste a l'habitude de côtoyer. Il s'agit, d'un côté, du nébuleux Semestre européen – et en particulier des recommandations adressées à la Belgique en matière de pension dans le cadre de ce Semestre européen – ; et il s'agit, de l'autre côté, des mécanismes de stabilité financière instaurés après les crises de 2008-2012 – et plus spécifiquement ici des réformes imposées à la Grèce dans le cadre des Protocoles d'accord consentis par les autorités helléniques en échange des fonds budgétaires prêtés par ces mécanismes européens de stabilité financière.

Or, l'analyse de cette sorte de « boîte noire » du droit européen laisse apercevoir une conception de l'organisation des systèmes de pension particulièrement située et qui est bel et bien véhiculée, défendue, voire imposée, par les autres institutions européennes, donc non plus la Cour de justice mais ici la Commission et le Conseil (voire la Banque centrale qui faisait partie elle aussi de la fameuse *Troika*). Cette vision du monde est articulée autour de certains *crédos* spécifiques : « activation » et « productivité » des travailleurs, « compétitivité » des entreprises, « attractivité » de la fiscalité, « flexibilisation » de l'économie, etc. Ce sont là les expressions d'une vision du monde, libérale, du travail conçu comme marchandise, et par extension des retraites conçues comme salaire différé.

Autrement dit, si le droit de la concurrence et du marché intérieur représentait une épée de Damoclès toujours suspendue au-dessus du modèle statutaire et des logiques de solidarité au sein du modèle contractuel, la gouvernance macroéconomique européenne emporte avec elle, par les divers instruments juridiques qu'elle déploie (parfois de manière moins ostentatoire et avec une effectivité variable), un modèle spécifique – celui contractuel et individuel – vers lequel elle cherche à faire tendre alors les systèmes de pension nationaux.

Conclusion – appel à un dialogue interdisciplinaire autour de la notion de « valeur » : un agenda de recherche entre droit et économie.

On voit ainsi, dans l'ouvrage, comment l'analyse juridique peut servir à révéler, à dévoiler, les coordonnées de débats éminemment politiques – et contribuer ce faisant à dénaturiser certaines options axiologiques qui cristallisées dans les concepts, les normes et les institutions du droit.

Cette entreprise était ici un acte pour ainsi dire isolé, réalisé dans le cadre d'un travail individuel de thèse. Mais, bouclant la boucle ouverte dans son introduction, Quentin Detienne conclut son travail par un appel au dialogue interdisciplinaire autour de la notion de travail à partir de la catégorie des valeurs. Je ne sais si cet appel sera entendu au niveau d'autres disciplines des sciences humaines et sociales, mais je veux en tout cas témoigner ici, pour ma part, que j'ai bien entendu son invitation à réinterroger les relations entre droit et valeurs – en particulier dans ce domaine singulier du social où se déploie le travail, c'est-à-dire l'économie. Et j'espère sincèrement qu'à court, moyen et long terme, nous pourrons construire ensemble, et avec d'autres, des projets de recherche qui permettront de se lancer collectivement dans l'aventure.

Je vous remercie pour votre attention.