

Réseau salariat, séminaire de la Bourse du travail, séance n°7, 8 avril 2019

Introduction de Bernard Friot : le séminaire de ce soir est assuré par Gaël Coron, qui enseigne à l'École des Hautes Etudes en Santé publique à Rennes, qui a, en particulier, travaillé sur la jurisprudence de la Cour Européenne de Justice de Luxembourg. Attention, la Cour Européenne de Justice à Luxembourg ne doit pas être confondue avec celle de Strasbourg. La Cour de Strasbourg fait partie du Conseil de l'Europe, celle de Luxembourg fait partie de l'Union européenne et traite de l'établissement des quatre libertés fondamentales : liberté de circulation des marchandises, des personnes, des capitaux et liberté des prestations de service. Comme indiqué dans le document préparatoire, Gaël va montrer comment l'Union européenne a construit l'idéologie des piliers de ressources, les régimes complémentaires de retraites et les mutuelles devant s'inscrire dans le premier ou second pilier, étant entendu que ce dernier relève de la libre concurrence.

Intervention de Gaël Coron

Je travaille davantage sur l'Union européenne que sur le système de protection sociale français. Et je travaille sur l'Union européenne en science politique (à ne pas confondre avec les lieux où elle s'enseigne) : c'est une science sociale qui se rapproche beaucoup de la sociologie si on ôte quelques spécificités. C'est de ce point de vue que je vais parler, sachant que j'ai aussi une formation juridique.

Quand on parle de l'Union européenne, la première des erreurs est de la concevoir comme un Etat (une structure qui a une compétence générale) : l'Union européenne a une compétence spécifique avec deux projets qui se sont succédés :

- Le marché commun (avec l'étape de 1979, très importante)
- La monnaie unique.

Le **droit** est important parce que c'est le **vecteur par lequel l'Union européenne agit concrètement** dans les Etats. En effet, la commission européenne n'a **pas les moyens humains** pour gérer la population qui habite l'Union européenne (le personnel est moins nombreux qu'à la Mairie de Paris), et n'a **pas les moyens financiers** non plus (les grandes années, le budget de l'Union européenne est de l'ordre de 1 % du PIB de l'ensemble des économies de la zone). Par contre, elle agit concrètement grâce à l'admission de deux principes généraux élaborés par la Cour de Justice :

- **L'application directe** du droit européen
- La **primauté** du droit européen sur le droit national

Ainsi, les fonctionnaires nationaux appliquent le droit national et le droit européen. Cela va conditionner la manière de lire les initiatives européennes et ce que l'Union européenne fait.

On peut trouver le pire ou le meilleur dans les discours de l'Union européenne, mais la première question à se poser : **quelle est la valeur juridiquement contraignante** de ces discours ? Est-ce une déclaration d'intention ou quelque chose qui a « force de droit » ? On peut lire beaucoup de choses

dans les travaux en sciences sociales sur les soubassements idéologiques de la novlangue contemporaine que diffuserait l'Union européenne, la vraie question étant celle de la **performativité juridique** des discours tenus. Pour la retraite, quand on regarde ce qui a force de loi, on retrouve les trois piliers, aux origines Suisse.

On va reprendre rapidement ce que sont les trois piliers et surtout s'intéresser à l'utilisation performative par l'Union européenne de ces piliers pour contraindre les pays. Matthieu Leimgruber a travaillé sur le sens qu'a cette division en Suisse, et comment elle a été utilisée comme un outil de **cantonement de la répartition**. A un moment donné, cela circule dans des organisations internationales, notamment à la Banque mondiale qui a fait un rapport en 1994, consacré à la discussion de ce schéma en piliers. L'apport de l'Union européenne n'est pas de modifier cette notion mais de la faire entrer dans un espace **juridiquement contraignant**. Au tournant des années 1990 et 2000, cela va se jouer sur deux terrains :

- D'une part le projet de directive, amené par Sir Leon Brittan, chargé des marchés intérieurs à la **direction générale** (DG15), d'établir un marché intérieur des fonds de pension – et doit donc définir cette notion, qui se comprend bien pour un anglais, un peu pour les néerlandais et peu au-delà : il faut donner des règles juridiques claires.
- Deuxième espace, celui de la **Cour de Justice** de l'Union européenne, arène politique largement sous-estimée. Parmi ceux qui décrivent l'Europe, on a tendance à dire que les politistes s'occupent de ce qui est politique et les juristes de ce qui est juridique. On n'a pas assez l'habitude de travailler sur l'aspect politique du travail de la Cour de Justice.

Il y a un va-et-vient entre ces deux instances et ces deux projets qui ne sont pas exactement les mêmes. Il y a d'un côté la direction générale qui veut faire avancer la directive des fonds de pensions et veut construire un marché intérieur, et de l'autre côté la Cour de Justice à qui on demande de dire où s'arrête et où commence le **droit de la concurrence**. Ces deux projets, s'ils paraissent séparés au départ, vont se retrouver : le lien se fait parce que le service juridique de la commission qui doit plaider devant la Cour se demande comment sont fait les systèmes de retraite dans l'Union européenne et qu'elle va adresser cette demande à la direction générale qui prépare la directive fonds de pension. Cette dernière va diffuser ainsi sa grille de lecture et cette grille, c'est les trois piliers :

- Le premier, **obligatoire**, par **répartition**, géré par **l'Etat**. Historiquement, si l'on prend les fonctionnaires de la direction générale 15 (quand on dit la commission européenne, c'est un fantasme, des directions générales tirent dans des sens différents), la forte dominance des acteurs anglais dans la DG dirigée par Sir Leon Brittan fait qu'ils se sont inspirés de la situation anglo-saxonne. Ce qui est intéressant, le texte de la DG 15 qui est utilisé dit qu'il est difficile de tout faire rentrer dans ces trois piliers. Ce premier pilier fait 91 ou 92 % des systèmes de retraite, ce n'est donc pas une description scientifique robuste, mais cela répond à des problèmes juridiques qui se posent.

- Le deuxième, par **capitalisation, professionnel**, facultatif ou obligatoire
- Le troisième, de **l'épargne individuelle**. Depuis les années 1970, et cela se renforce dans les années 1990, des directives *Assurance* régulent ce troisième pilier.

Il faut bien distinguer les questions de la DG : où est la frontière entre le premier et le deuxième pilier (le troisième c'est simple, on l'identifie bien). On dit que c'est le professionnel, par nature par capitalisation. C'est une **frontière politique** : on sait que le premier pilier, c'est l'Etat dont on reconnaît la place très importante. Dire que c'est le deuxième pilier, cela veut dire que c'est la DG « marché intérieur » ou 15 qui régule et non les Etats. Donc, pour eux, autant poser le plus large possible pour avoir la compétence la plus large possible.

Rappels sur l'organisation de la commission européenne

La commission européenne est structurée en directions générales avec la plupart du temps un commissaire à la tête de la DG, avec parfois un commissaire pour plusieurs DG. Là où l'échelle politique de la commission européenne a tendance à tourner, les DG sont structurantes. Il y a une petite trentaine (environnement, marchés...). Quand j'ai commencé ma thèse, elles étaient désignées par des numéros (la 15 sur le marché intérieur qui va devenir Markt dans les années 2000). Les chefs d'Etat et de gouvernements désignent le président de la Commission. La dernière fois, ils se sont engagé à choisir le président de la Commission dans les rangs du parti arrivé en tête aux élections du Parlement. Cette année, on est pas sûr que ce sera renouvelé. Une fois désigné, le président de la Commission constitue son équipe en négociant avec le Conseil Européen. Il y a un contrôle politique de la Commission Européenne par le Parlement. La crise de la vache folle, la commission européenne a été contrainte à la démission, ce n'est arrivé qu'une fois. En dessous, les directions générales s'inscrivent sur du temps long. Si on étudie sur le temps long la trajectoire des politiques européennes, il y a une grande pérennité dans la manière dont les DG conçoivent leur action (« on ne fait pas de politique on applique les traités »). Il faut une grosse maîtrise des dossiers techniques pour mener cette action technique, le coût d'acquisition est très (très) élevé.

Je reprends, on a deux types d'acteurs avec deux types de questionnements :

➤ **Etape 1 : la directive *Fonds de pension***

La DG15 qui veut définir les fonds de pension pour faire un marché intérieur. Cette histoire commence avec des initiatives dans les années 1990 (la temporalité est longue), ils perdent une première fois en 1994, la directive Fonds de pension est à ce moment-là enterrée. Comme la Commission est empêchée par le Conseil de l'Union européenne, elle essaie de passer par la fenêtre.

Ils relancent un processus de négociation sur la directive, qui aboutit en **2003**. C'est la première étape, le **premier texte contraignant** qui dit qu'il y a un premier et un deuxième pilier. Cela change assez peu de choses (on s'est fait peur en disant que les fonds de pension allaient débarquer en France, ce n'est pas l'enjeu).

Les acteurs sociaux sont mobilisés au niveau européen et ont un peu bloqué, mais ce sont surtout les assureurs qui étaient inquiets. En France, les assureurs sont forts sur l'individuel, ils craignaient d'être privés de leur marché à eux. Ce ne sont pas tellement les mobilisations sociales qui ont ralenti, ce sont surtout les assureurs qui ont freiné, et des choses qui ont perdu de l'importance (les Etats voulaient garder la capacité d'obliger à placer sur les marchés nationaux dans la monnaie nationale i.e. des actions dont le montant est libellé en francs, en pratique des actions françaises. Avec l'Euro, cela perd de l'intérêt). Cela court donc des années 1990 jusqu'en 2003.

➤ Etape 2 : la jurisprudence de la Cour

En parallèle, c'est l'histoire de la Cour de Justice de l'Union Européenne. Cette solution des trois piliers est une réponse empirique à des questions complexes qui sont :

- **quel est le champ d'application d'un certain nombre de textes ?** Par exemple le règlement 1408/71, sur la coordination des régimes de sécurité sociale, permet une portabilité des droits entre les pays. Mais où est-ce que cela s'arrête ? Commence ? Donc, qu'est-ce qu'un régime de sécurité sociale ?
- Deuxième question, qui est aussi assez compliquée : où s'arrête et commence le **principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes** ? Sur ces principes d'égalité de rémunération, l'Union européenne a des apports importants. Il y a des arrêts des années 1980-90 qui disent que la jurisprudence est transposable aux régimes de retraite : la pension de retraite, sur un régime professionnel, est un élément de rémunération. La question ici est : quand un régime est-il professionnel ?
- Une troisième source de jurisprudence est la question de la **concurrence**, sachant que celle-ci repose dans le droit communautaire sur une merveilleuse tautologie : une entreprise est ce qui est soumis au droit de la concurrence, le droit de la concurrence est ce qui s'applique aux entreprises. La question se pose à plusieurs occasions, au cours des années 1990-2000 : est-on en face d'une entreprise soumise au droit de la concurrence ? Est-on dans le champ du droit de la concurrence ?

Une première série de contentieux vient plutôt de France, une deuxième des Pays-Bas.

Le contentieux venant de France

En France, cela se traduit par l'arrêt Garcia (1986) et l'arrêt Pistre-et-Poucet (1993 avec une affaire introduite en 1991). De quoi s'agit-il ?

Pistre et Poucet sont dirigeants de la CDCA (confédération de défense des commerçants et artisans), et sont opposés notamment à des organismes gérant des régimes d'assurances sociales pour les indépendants. Ils conseillent à leurs membres de ne plus cotiser à la Sécurité sociale car en raison des directives assurance, le monopole de la Sécurité sociale est selon eux, terminé. Ils incitent à

cotiser en plaçant l'argent dans un paradis fiscal. Ils introduisent une demande devant la Cour de justice, en montrant que le monopole de la sécurité sociale est contraire au droit de la concurrence.

Première réponse de la Cour : non, une caisse de sécurité sociale n'est pas une entreprise, en vertu de deux éléments :

- En droit de la concurrence, pour que vous soyez **responsable de votre faute**, il faut que vous ayez la **liberté d'agir**, un peu comme en droit pénal. Si vous êtes totalement soumis à une législation, on ne peut pas vous reprocher une faute. Premier élément d'exonération (i.e. du fait qu'on n'applique pas le droit de la concurrence) : les caisses de Sécurité sociale ne font **qu'appliquer la loi** / le droit étatique (notamment en termes de taux de cotisation), ce qui fait opposition à la qualification de faute contre la concurrence (comme un diagnostic sur la santé mentale fait opposition au fait qu'on applique le droit pénal).
- Ce régime manifeste une **solidarité**. Celle-ci est reconnue à partir de trois éléments : le fait qu'il y ait de la **répartition** ; le fait qu'il y ait des droits **gratuits** (pour le service national, l'éducation des enfants...) et le fait qu'il y ait de la solidarité **interrégimes** (des transferts monétaires entre les régimes, notamment la compensation démographique¹).

A partir de ces deux critères (absence d'autonomie de l'acteur et solidarité identifiée), ce régime n'est pas une activité économique, il n'est donc pas soumis à la concurrence et la caisse de sécurité sociale n'est pas une entreprise.

Arrive en 1995 l'arrêt FFSA (Fédérations françaises des sociétés d'assurance). A cette époque, il n'y a pas de retraite complémentaire obligatoire par répartition pour les exploitants agricoles individuels. Vous aviez un régime de base géré par l'ancêtre de la MSA et pour le reste, il y avait un régime **facultatif** par **capitalisation** réservé aux exploitants individuels et pour lesquels les assureurs pouvaient concourir. Le plus important était Groupama (lien très fort avec le milieu agricole) et la future MSA avait promu son propre régime (COREVA).

La question qui se posait : comment appliquer les critères précédents à cette solution ? On a bien une caisse de sécurité sociale (la future MSA), qui ne fait pas pareil que les caisses vues précédemment : elle fixait le taux de cotisation et de prestation. L'argument de non-responsabilité ne marche donc pas dans ce cas. Ce que contestaient les assureurs est un point particulier : la loi fixe la possibilité pour tous les assureurs de concourir, mais le législateur prévoit une exonération de cotisations juste si c'est COREVA qui est choisi. La plainte est téléguidée par Groupama qui obtient la fermeture du régime. Les agriculteurs doivent choisir de transférer vers une assurance, ceux qui ne choisissent pas, par un décret, sont transférés chez Groupama. On aboutit à la condamnation de la

¹ La compensation démographique vieillesse, instituée en 1974 représente un ensemble de transferts financiers entre régimes vieillesse de base ayant pour objectif de remédier aux inégalités provenant des déséquilibres démographiques et des disparités des capacités contributives entre les différents régimes vieillesse. Compte tenu d'un ratio démographique (nombre de retraités de droits propres par actif cotisant) structurellement très supérieur à celui du régime unique, le régime des non-salariés agricoles a toujours été le premier bénéficiaire de ce mécanisme de compensation, devant le régime des salariés agricoles. Le principal contributeur a toujours été le régime général.

future MSA ou plus précisément, c'est le Conseil d'Etat qui demande à la Cour de Justice comment appliquer le droit européen. La Cour réaffirme les éléments de Pistre-et-Poucet : il n'y a pas répartition (capitalisation), pas de compensation démographique, et les droits gratuits sont peu élevés. A cette époque, le premier critère (autonomie vis-à-vis de l'Etat) est l'élément déterminant. Si une caisse de sécurité sociale fixe taux de cotisations et prestations, on est dans l'autonomie et donc potentiellement dans la concurrence.

La MSA n'est pas considérée comme une entreprise pour l'ensemble de l'activité, mais seulement en tant qu'elle gère COREVA.

Le contentieux venant les Pays-Bas

Après l'étape française (assureurs en conflit avec des caisses, ou associations poujadistes en opposition avec les monopoles de sécurité sociale), l'étape néerlandaise.

La Cour est une arène politique. Le service juridique de la commission va renseigner la Cour en disant où s'arrête le droit de la concurrence et où commence l'Etat : donc concrètement, où s'arrêtent le premier et deuxième pilier. La Cour n'emploie pas ces termes mais le contenu est à l'identique du service juridique de la Commission : premier pilier pour dire où la concurrence est exclue et deuxième pilier pour dire où elle est en principe présente : le professionnel / la capitalisation. Mot pour mot, le document de travail de 1991 de la DG-Marché intérieur est utilisé par la Cour pour délimiter la différence entre les deux. Dans le détail de la circulation des idées, ces deux histoires sont concomitantes.

Dans les manuels de droit aujourd'hui, la présentation des systèmes de retraite se fait aujourd'hui avec cette grille de lecture : c'est donc **au-delà de la diffusion d'un référentiel**, c'est intégré comme un acquis communautaire. C'est important parce que dans les années 2000 on parle d'un rééquilibrage de l'Europe qui vient de la **méthode ouverte de coordination**² (très en phase avec les nouveaux modèles de gouvernance). Elle se caractérise par quelque chose de non-contraignant : là où la commission ne pouvait pas prendre des textes juridiquement contraignants, on mettait les gouvernements autour de la table et on incitait à l'échange de bonnes pratiques... Je reste sceptique sur l'influence de cette méthode ouverte de coordination. Le principal vecteur de diffusion des catégories de piliers est le droit européen puisque c'est intégré à la définition d'un système de protection sociale. Quand on prend les manuels de base, il y a un appel à ces arrêts pour définir les points fondamentaux. Alors que la méthode ouverte de coordination, à part une vingtaine de fonctionnaires, personne ne sait ce que c'est (donc la diffusion des idées est restreinte).

Les **néerlandais** arrivent à la fin des années 1990 avec l'arrêt Albany, c'était en fait une entreprise textile qui était obligé de s'assurer à un fonds de pension, certes par **capitalisation** mais **obligatoire**. C'est une situation un peu nouvelle. C'est paritaire, par capitalisation et obligatoire. C'est du

² Il s'agit d'une forme d'élaboration de politiques intergouvernementales qui ne débouche pas sur des mesures législatives contraignantes européennes et qui n'exige pas que les pays de l'UE introduisent de nouvelles lois ou modifient leurs lois.

deuxième pilier. Dans le langage de l'époque, cela correspond à l'article 90-1 (la numérotation a changé). On dit que c'est une entreprise puisqu'il fixe son taux de cotisations et son taux de prestation. Comme on reconnaît qu'il a une utilité sociale puisqu'il mélange les « bons » et les « mauvais » risques, on admet que **l'obligation de s'affilier n'est pas contraire au droit de la concurrence** : c'est une exception au deuxième pilier, avec une obligation de s'affilier. Il y a d'autres étapes, mais c'est celle-ci qui nuance les versions des deux premières, pour correspondre à une situation nationale qui est importante. La Cour est un acteur politique : elle ne va prendre de front l'obligation de s'affilier au fond de pension. Il faut donc garder une place dans sa spécificité.

➤ **Etape 3 : quel positionnement de l'AGIRC et de l'ARRCO ? Du ni / ni au choix du premier pilier**

Troisième étape : quid les régimes français ? Et en réalité de l'AGIRC et de l'ARRCO ?

Ils voient apparaître, depuis les directives *Assurance*, un choix cornélien : soit s'inscrire dans l'espace de la concurrence (et mettre en danger l'obligation de s'affilier), soit s'inscrire dans l'espace de l'obligatoire, avec un rattachement nécessaire de l'Etat. Cela passe par un tas de choix très techniques, qui renvoient à ce questionnement : suis-je du **premier ou du deuxième pilier** ? Dans les compte-rendus présents dans les archives, on observe que la question se pose vraiment en ces termes-là. Est-on plus proche de l'Etat ou du marché ? Les opérateurs économiques de l'AGIRC-ARRCO sont les institutions paritaires qui ont fait le choix de s'inscrire dans les directives assurance pour une partie de leur activité.

A la fin de l'histoire, on va admettre **qu'une partie de leurs activités est extérieure au marché**.

Si vous mettez en place un régime supplémentaire par répartition, si vous êtes dans un régime fédéré par l'AGIRC et l'ARRCO, vous n'êtes plus un acteur économique. Le choix se manifeste en 2000 quand les régimes français vont demander à intégrer le 1408/71, donc en français la coordination des régimes de Sécurité sociale, ce qui veut dire qu'ils sont un régime de Sécurité sociale (pourquoi pas ?), en précisant qu'ils sont, au sens du droit européen, le 2^e étage du premier pilier. Ils sont donc une composante du premier pilier (pour éviter la concurrence).

Cela a une conséquence technique importante : en 1996, une réforme des régimes complémentaires dans laquelle est **abandonnée la part facultative des cotisations AGIRC et ARRCO**. Jusqu'à cette époque, un employeur cotisait à un certain niveau et pouvait faire davantage par la répartition (il y avait une tranche facultative, à la place d'un régime par capitalisation). La répartition prenait alors tout l'espace, puisque même le facultatif pouvait être fait par répartition. L'enjeu de la suppression de cette tranche facultative est de **créer un espace pour la capitalisation**, et d'établir la frontière du premier et du deuxième pilier. Dans le droit européen, vous ne pouvez pas être facultatif et par répartition. Ce n'est pas une construction plaquée par les académiques mais le discours des acteurs. Au début des années 1990, le discours de l'AGIRC-ARRCO est celui du ni / ni (ni premier, ni second), en 2000, par le texte par lequel ils demandent d'entrer dans le 1408/71, ils entrent dans le premier pilier.

Le débat

- Vous avez évoqué un arrêt de 1979 qui était un tournant

C'est une étape essentielle de la construction européenne, mais cela ne touche pas directement la protection sociale. Il a le nom d'une chaîne de superettes en Allemagne qui importe du Cassis de Dijon (liqueur qui titre à 16°), ce qui pose un problème Allemagne car cela fait moins de 30° (un alcool à moins de 30° ne peut pas être vendu, car le consommateur est incité à la consommation).

Par ailleurs, il y a à ce moment en discussion au Conseil des Ministres de la Communauté économique européenne un texte qui doit réguler le marché européen de l'alcool, bloqué depuis 15 ans. Mais les représentants de l'Allemagne à la Cour de Justice disent que s'il n'y a pas de texte qui régule le marché, il n'y a pas de marché (donc impossible d'importer cet alcool).

Le point de vue de la commission, repris par la Cour : quand les Etats ont signé les traités, ils ont admis tacitement que toute marchandise construite conformément à la législation d'un pays pouvait circuler librement : c'est le **principe de reconnaissance mutuelle**. C'est très important : la commission a l'arme pour dire aux Etats que s'ils bloquent les propositions, la Cour de justice permettra de débloquent les situations, et donc que les Etats auront les défauts du marché intérieur sans les bénéfices. Ce sera appliqué aussi sur les prestations de service. Cela va véritablement changer l'influence et l'importance de l'Union européenne. A la Cour, il n'y a pas de négociation politique (mais ils ont le même référentiel intellectuel qui est le normativisme, donc une même vision du droit, et cela va beaucoup plus vite pour prendre une décision).

Les directives sont le fruit d'un compromis dont le sens sera fixé finalement quand la Cour tranchera dans des affaires. Il y a un **dualisme** de l'Union européenne : sa construction politique est très faible, sa construction juridique est très forte. Streeck, sociologue allemand, dit que l'Union européenne est l'exemple d'une **intégration négative**. Soit on met une puissance publique qui chapeaute les Etats (cf. Allemagne quand elle devient un état fédéral) : c'est une intégration positive qui associe construction et régulation du marché ; soit on a le principe de reconnaissance mutuelle, alors, il n'y a pas besoin d'une puissance publique : c'est l'intégration négative. C'est une harmonisation car le producteur met en concurrence les espaces de régulation, par exemple les normes sociales et environnementales. Fritz Scharpf fait la synthèse entre l'importance du droit et l'importance du marché : la véritable force de l'Union européenne est d'avoir **renforcer la valeur juridique des normes de concurrence** : elle n'en crée pas de nouvelles. Cependant, dans le droit français, le droit social n'est pas inférieur au droit de la concurrence, mais puisque le droit de la concurrence est dans le droit européen, et que le droit européen est supérieur au droit national, alors le droit de la concurrence devient supérieur au droit social : il y a un décalage de puissance juridique. Ce sont donc trois choses importantes pour comprendre les enjeux de l'Europe.

Bernard : l'effet de la reconnaissance mutuelle, c'est la renonciation à poser des règles fédérales au bénéfice de « dès lors que les règles sont admises dans un Etat il faut les admettre partout », ce qui est transposé à la circulation des personnes (travailleurs détachés). Si un travailleur est régi par les

règles d'un pays, où qu'il soit en Europe, ces règles sont légitimes (on peut donc trouver en France des travailleurs régis par le droit bulgare). Cela suscite d'infinis conflits. Il y a des aménagements : notamment le fait de respecter le droit minimum du pays d'accueil. C'est très destructeur du droit social en Europe : on voit arriver des travailleurs de pays dont le droit social est faible.

Gaël : je vous soumetts une invitation à chercher l'information. On s'imagine souvent le plombier polonais, mais en réalité, ce sont plutôt des entreprises qui ont transféré leur siège social (plutôt au Luxembourg qu'en Pologne), et qui peuvent alors appliquer le droit du travail de ce nouveau pays, sans avoir besoin de changer les salariés.

Bernard : cela ira plus loin : les contrats de travail peuvent être libellés dans le droit choisi par les contractants. Rien n'interdit à un employeur de vous proposer un contrat en droit bulgare.

- *Le Cassis de Dijon, est-ce comme cela qu'on a perdu le chocolat ? En France, le chocolat devait avoir uniquement du beurre de cacao, alors qu'on voyait des plaquettes avec la mention chocolat qui ne répondait pas à ces normes.*

Après 1979, ce que cela a changé, mis sous la pression de Cassis de Dijon, les Etats ont eu tendance à accepter plus facilement les directives (ils avaient moins le choix). Il y a, pour le coup, à partir de ce moment-là. On aboutit en 1986 à l'acte unique européen qui voulait terminer en 1992 le marché unique.

1979 met en place l'épée de Damoclès de la reconnaissance par la Cour. A partir de 1986 puis de 1992, on voit des législations où la commission amène une définition européenne des marchés par une voie politique. Je ne connais pas l'histoire du chocolat mais je peux reprendre quelques principes généraux, à nuancer suivant les champs.

Une **grosse erreur est de penser que l'Europe oblige à faire**. L'Europe est une opportunité pour certains acteurs et tous ne parviennent pas à s'en saisir et tous ne savent pas où ils vont. Il n'y a pas un plan global avec l'Europe, Nicolas Jabko donne dans son ouvrage *l'Europe par le marché*, un exemple instructif sur le marché de l'énergie. Les premiers à demander le marché de l'énergie, ce sont les grands corps d'ingénieurs français car la France a des excédents de GW énormes (on veut inonder l'Allemagne avec notre énergie pas chère). La commission fait une alliance politique avec ces ingénieurs. Donc il ne faut pas prendre au sérieux l'histoire de l'Europe contre nous. C'est le cas aussi sur les mutuelles qui ont le discours suivant lequel l'Europe leur a imposé les directives assurances et donc le marché et la concentration. Aujourd'hui les mutuelles ou les assureurs complémentaires santé sont tenus par le droit européen de respecter des règles prudentielles (pour assurer tant de personnes, vous devez prouver que vous avez les reins solides et donc prouver que vous avez des ressources financières). Ces exigences financières issues des directives ont conduit à un **mouvement de concentration** toujours plus important dans ce champ des assureurs santé (mutuelles comprises). Quand on prend le discours des assureurs santé dont font partie les mutuelles, c'est l'Europe qui leur a imposé la course au gigantisme. Mais en fait il y a eu une décision des mutuelles pour rentrer dans les directives Assurance. Peut-être plus une décision des grosses que les petites mutuelles. La

commission ne peut souvent faire que si elle a réussi à passer des alliances avec des acteurs à l'intérieur (comme les ingénieurs d'EDF) et au-delà des Etats (comme les mutuelles). Le gouvernement français, pour la directive fonds de pension, a défendu ses assureurs (ce qui a ralenti la mise en place du marché des fonds de pension), donc **ce n'est pas non plus marché contre Etat**. Il n'y a pas intérêt général vs intérêt particuliers, c'est une vision naïve à écarter pour comprendre ce qu'il se passe.

- *Au regard du droit de l'Union Européenne, je pense que si l'on mettait vraiment en place une caisse de sécurité sociale pour tout le monde, qui définit le taux de cotisations et les prestations, indépendamment de l'Etat, ce ne serait pas possible. Il y a à la fois + d'Etat et + de marché. L'étatisation de la sécurité sociale en 1996 c'est pour déposséder les salariés de la gestion de la sécurité sociale.*

Je peux rebondir sur 1996, c'est un élément important, vous faites référence à la mise en place des lois de financement de sécurité sociale. Ce que dit expressément Juppé, c'est qu'on fait cela (l'ONDAM, la réforme de la sécurité sociale) pour être qualifié pour l'Euro : en 1993, on a Maastricht (avec les critères des 60 % de dette et 3 % de déficit), on fait semblant de croire que c'est la dette de la Sécurité sociale qui alimente les dettes, c'est objectivement lié avec la construction de la monnaie unique, au moins dans le discours de légitimation : comme l'Etat est le principal responsable devant l'Union européenne de la tenue des finances publiques, il doit avoir la main sur ce qui est dépensé (notamment dans le champ de l'assurance maladie).

En 1997, le Traité d'Amsterdam en ajoute une couche. Les critères de Maastricht étaient des critères de *qualification*, en 1997, on dit que qu'il faut en permanence tenir ces deux objectifs. Il y a donc bien un lien avec la monnaie unique. En 2005, quand on réforme le pacte de stabilité, le discours keynésien était de dire que les critères étaient des critères stupides qui ne prennent pas en compte l'investissement, on le réforme pour le rendre *intelligent* (cela a un faible impact pour la France, mais fort dans les pays de l'Est) : si les dépenses concernées alimentent la mise en place de régime de **deuxième pilier obligatoire par capitalisation, ce n'est pas compté comme dépense publique**. Le deuxième pilier entre en lien avec la dimension politique monétaire et tenue des comptes publics. Pour arriver plus facilement dans les clouds, on peut sortir les dépenses du premier pilier pour le mettre dans le deuxième pilier... qui est un « investissement dans le long terme »...

- *Comment le principe de subsidiarité réagit-il avec le principe de reconnaissance mutuelle ? Quand on a un bon système de sécurité sociale, il devrait s'imposer... D'autre part, vous montrez que la cour de justice est politique... quid de la séparation des pouvoirs ? Quel rôle alors au Parlement Européen.*

Sur la subsidiarité, elle est mise par les Etats-membre comme un frein, mais là ce n'est pas contradictoire (il ne faut pas toucher au premier pilier, la Cour réaffirme que les Etats sont maîtres chez eux côté premier pilier). C'est un principe opérateur en matière de compétence étatique et européenne. Un problème doit être résolu à l'échelle de gouvernement le plus adapté à la situation. Cela va jouer dans la bataille juridico-politique entre les acteurs, qui l'évoque pour empêcher une

intrusion de l'Union européenne. Mais ça peut être utilisé aussi pour éviter toute amélioration des normes sociales.

Sur la séparation des pouvoirs, on peut répondre de deux manières :

Comme je le disais tout à l'heure, selon Weiler, l'Europe juridique fonctionne bien : la Cour a réussi à poser sa compétence.

Ce qui est plus étonnant, c'est le **paradoxe de l'acceptation** : pourquoi les juges nationaux ont accepté d'appliquer le droit européen plutôt que national ? Pourquoi ce changement d'allégeance ? Parce que ce n'est pas si contradictoire. Marie-Joëlle Redor³ montre que depuis le début de la IIIe République, les juristes essaient d'encadrer l'errance des pouvoirs élus, ce qu'ils ont trouvé dans la jurisprudence du conseil d'Etat très longtemps. A partir des années 1950-1960, une certaine vision du droit devient dominante dans les faits, le normativisme : le droit ressemble à une pyramide, c'est la hiérarchie des normes, je mets la constitution, puis les lois, les règlements, les arrêtés... Chaque étage doit être totalement conforme à ce qui est au-dessus. Les arrêtés doivent respecter Constitution et lois... Cela a longtemps été rejeté par la tradition juridique (le préambule de la Constitution par exemple n'avait pas de valeur juridique, jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel, en 1971 le décide).

Au même moment se met en place l'effectivité du droit européen par la Cour de Justice européenne. Cela s'inscrit dans cette tradition intellectuelle de **trouver un encadrement aux errances du suffrage populaire**. Cela explique, selon des sociologues, que les juges et juristes aient vu dans le droit européen une manière d'encadrer les pouvoirs élus. Le droit européen a une valeur juridique supérieure au droit national (c'est la constitutionnalisation du droit de la concurrence, vous ne pouvez plus défaire ce qui est fait au niveau européen). La concomitance entre effectivité du droit constitutionnel et européen, ce n'est pas contradictoire mais assez convergent. Cela suppose un état des rapports entre pouvoir élu et pouvoir juridique.

- *Vous dites qu'on trouve le meilleur et le pire dans les textes juridiques de l'Union européenne, et qu'il fallait faire la différence entre ce qui a valeur contraignante et valeur de parole. Quand on regarde les grandes orientations économiques et politiques (recommandations adressées à chaque pays chaque année), « le système de protection sociale produit de bons résultats, les inégalités sont inférieures »... Donc reconnaissent que cela marche bien mais qu'il faut le produire.*

Ce qu'il faut voir dans les textes c'est que ce n'est pas un acteur unique qui a un discours, c'est un compromis politique entre ce que dit la Commission et ce que disent les acteurs nationaux qui co-écrivent le texte. Le poids de l'Etat fait aussi qu'on prend des pincettes... ou pas... Je me méfie de l'utilisation de ces textes qui disent tout et leur contraire. On peut se choquer que 15 gouvernements

³ Redor Marie-Joëlle. «C'est la faute à Rousseau...». Les juristes contre les parlementaires sous la IIIe République. In: Politix, vol. 8, n°32, Quatrième trimestre 1995. Le pouvoir des légistes, sous la direction de Annie Collovald et Bastien François. pp. 89-96.

aient un discours néolibéral au niveau de l'Union européenne, mais si ces gouvernements sont libéraux... Si les gouvernements pensent que le marché est une bonne chose, ils diront que le marché est une bonne chose. C'est l'effet Rotary Club. Si vous réunissez 20 maires de droite à une séance du Rotary et qu'ils disent que la privatisation des services publics, c'est super, vous n'avez pas démontré que le Rotary a décidé la privatisation des services publics. Au final, ce sont les mairies en tant qu'institutions que décident. On **refile le fardeau à l'Europe**.

- *On a dit que le pilier 1 représentait 92 % des retraites versées en Europe (il y a 20 ans), combien représentent le 2 et le 3, et comment ça évolue ?*

Dans les notes de bas de page, dans un document de travail des années 1990, ils disaient que l'AGIRC-ARRCO, même si c'est du 2^e pilier, c'est du premier pilier.

Bernard : l'enjeu est moins le **poids relatif de chacun des piliers que la signification du premier pilier**. Si le premier pilier devient du revenu différé alors que c'était du salaire continué, le poids statistique est identique mais la signification change... du coup le maintien des complémentaires dans le premier pilier n'est pas forcément une bonne nouvelle. Ceux qui créent ces critères sont absolument incapables de penser hors Etat vs marché, ce qui est une **violence considérable aux constructions sociales** des différents pays.

- *Quand on dit qu'au niveau de l'Union européenne on essaie de tempérer l'expression de la volonté populaire / du suffrage universel*

Marie-Joëlle Redor le montre sur les juristes de la III^e République. Le fait par lequel les juges nationaux acceptent le droit européen ne correspond pas au contenu du droit, mais à quelque chose qui préexiste : **trouver par l'instance judiciaire un contre-poids au politique**. La jurisprudence du Conseil constitutionnel fait que les présupposés en matière économique sont les mêmes que ceux de l'Europe. Mais il est plus simple de reprendre la main sur le conseil Constitutionnel que sur l'Europe... Ce qui est marquant c'est l'impensé du normativisme dans les pensées critiques. On trouve peu d'éléments sur : « pourquoi cette pensée devient hégémonique à l'intérieur du droit » ? Il existe un contrepoint à la pyramide, on peut regarder la sociologie du droit de Weber : l'ordre public social : dans le normativisme, les normes sont hiérarchisées du fait de leur place, le principe d'ordre public social est qu'on applique non pas la norme supérieure de la pyramide mais la norme la plus favorable au salarié. On trouve peu d'éléments de réflexion. Supiot écrivait des choses comme ça dans les années 1990, mais on trouve globalement peu de réflexions sur le droit.