

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

C E N T R E D E D R O I T D E S O B L I G A T I O N S

**La proposition de directive du 11 octobre 2000 sur les
institutions de retraite professionnelle**

par
Jean-Marc BINON

Doc. 2001/3

à paraître dans la revue EUREDIA 2000/4

La proposition de directive du 11 octobre 2000 sur les institutions de retraite professionnelle

*« Cent fois sur le métier, remettez votre ouvrage.
Polissez-le sans cesse et le repolissez.
Ajoutez quelquefois et souvent effacez »
(Boileau, Art poétique)*

Jean-Marc Binon

Référénaire au Tribunal de première instance des Communautés européennes*
Maître de conférences invité à l'Université Catholique de Louvain

Introduction

1. Au lendemain de l'annulation par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 mars 1997¹, de la communication de la Commission relative à un marché intérieur pour les fonds de retraite², nombreux furent ceux à penser que le coup de grâce avait été donné aux travaux européens en ce domaine. L'arrêt de la Cour marquait la fin d'un feuilleton à rebondissements, amorcé avec la présentation par la Commission au Conseil, en octobre 1991, d'une proposition de directive concernant la liberté de gestion et d'investissement des fonds collectés par les institutions de retraite³. L'objectif de cette proposition était double : permettre à toute institution de retraite professionnelle établie en Europe de confier la gestion des actifs représentatifs de ses engagements à l'opérateur financier de son choix (établissement de crédit, OPCVM, entreprise d'investissement, entreprise d'assurance), pourvu que ce dernier fût dûment agréé dans un Etat membre ; libéraliser, moyennant un minimum d'encadrement prudentiel, les règles de placement des fonds collectifs de retraite.

Cette proposition de directive n'a cependant jamais abouti. Au Conseil, les débats achoppèrent sur la question de la congruence monétaire - le degré de correspondance entre la monnaie des engagements de retraite (passif) et la monnaie des placements (actif) -, plusieurs Etats membres exigeant que le taux de 60% proposé par la Commission, et soutenu par d'autres Etats membres, soit porté à 80%. Faute d'accord satisfaisant au Conseil, la Commission décida, en décembre 1994, de retirer sa proposition et de la remplacer simultanément par une communication prétendument dénuée d'effet obligatoire, reprenant le contenu et le dispositif de la proposition avortée. Cette maladroite opération de maquillage n'échappa pas aux autorités françaises, qui sollicitèrent son annulation auprès de la Cour. Dans son arrêt du 20 mars 1997, cette dernière jugea que la Commission n'est pas compétente pour adopter un acte qui, comme la communication en cause, impose aux Etats membres des obligations non prévues aux dispositions du traité relatives à la libre prestation de services, à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux, et annula en conséquence cette communication.

* Les opinions exprimées dans cet article n'engagent que leur auteur, et non l'institution dont il relève.

¹ Arrêt de la Cour du 20 mars 1997, France/Commission, C-57/95, Rec. p. I-1627.

² Communication 94/C 360/08, *Journal officiel des Communautés européennes* (ci-après « JO ») C 360,

p. 7.

³ JO C 312, p. 3.

2. Le temps d'arrêt marqué par la Commission fut de courte durée. Désireuse de battre le fer tant qu'il était chaud et d'apporter sa contribution à la réforme des systèmes de pension dictée par les évolutions démographiques (longévité croissante et natalité en régression)⁴, celle-ci lança quelques mois plus tard, le 10 juin 1997, une vaste consultation au départ d'un livre vert sur les retraites complémentaires dans le marché unique⁵, visant à recueillir les commentaires des milieux intéressés sur les actions jugées souhaitables en vue de l'avènement d'un marché intérieur des retraites professionnelles. Ce document de consultation, qui brossait les différents aspects du dossier (démographiques, économiques, financiers, budgétaires, prudentiels, sociaux, fiscaux, transfrontières), donna lieu à une centaine de réactions, provenant essentiellement des Etats membres, du Parlement européen, du Comité économique et social, du secteur financier, des milieux syndicaux et patronaux et du monde universitaire⁶, et dont la synthèse fit apparaître une large convergence de vues sur la nécessité d'un cadre réglementaire européen articulé autour de trois axes majeurs : le rapprochement des règles nationales de contrôle prudentiel des institutions de retraite professionnelle, la levée des obstacles à la mobilité professionnelle et la coordination des régimes fiscaux nationaux en la matière⁷. La proposition de directive présentée le 11 octobre 2000 par la Commission⁸, et analysée dans la présente contribution, tend à rencontrer le premier objectif⁹, considéré, dans le plan d'action pour les services financiers adoptée par le Conseil européen de Cologne en juin 1999¹⁰, comme une condition indispensable à l'achèvement du marché unique des opérations financières.

3. La suppression des entraves, liées aux régimes de retraite professionnelle, à la libre circulation des travailleurs dans la Communauté n'est pas visée par cette proposition de directive. 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 Communauté¹¹ contient une série de mesures à cet égard. Elle consacre le principe de l'égalité de traitement, en ce qui concerne le maintien des droits à pension en cas de changement de régime de retraite complémentaire, entre les

⁴ Pour plus de détails sur ces évolutions démographiques, voir notamment J. Marshall et S. Butterworth, « Pensions reform in the EU : the unexploded time bomb in the single market », *Common Market Law Review*, 2000, p. 739.

⁵ Document COM (1997) 283. Pour un résumé de ce livre vert, voir notamment « Première analyse du Livre Vert », *Le courrier social européen*, juillet 1997, pp. 10 à 14 ; S. Arnot, « Commission Green Paper : Supplementary pensions in the single market », *ibid.*, pp. 8-9.

⁶ Les commentaires sur le livre vert ont été résumés dans un document de travail (CAB/62/98) disponible sur le site Internet de la Commission (<http://europa.eu.int/comm/dg15>).

⁷ Communication de la Commission du 10 mai 1999 intitulé « 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.

⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les activités des institutions de retraite professionnelle [COM (2000) 507].

⁹ Dans leurs observations sur le livre vert, un grand nombre d'observateurs, issus notamment des milieux financiers, ont fait valoir qu'une directive de coordination était l'instrument juridique le plus approprié pour parvenir à cet objectif. Tant le Comité économique et social (avis CES 1403/97 du 10 décembre 1997) que le Parlement européen (résolutions A4-0400/98 du 3 décembre 1998 et A5-0053/2000 du 13 avril 2000) se sont prononcés en ce sens. D'autres observateurs ont mis en avant les effets bénéfiques que devrait avoir l'euro à cet égard, en soulignant néanmoins les limites de cette solution (différence entre pays « in » et « out », problèmes de clarté juridique...). Certains en ont appelé à une application plus rigoureuse des libertés du traité afin d'éliminer les restrictions nationales qui entravent de manière injustifiée l'intégration des marchés de la retraite professionnelle.

¹⁰ Ce plan d'action est contenu dans la communication de la Commission intitulée « Mise en oeuvre du cadre d'action pour les services financiers » [COM (1999) 232]. Celle-ci identifie une série de mesures jugées nécessaires pour achever le marché intérieur des services financiers. Le Conseil européen réuni à Lisbonne les 23 et 24 mars 2000 a appelé à mettre en oeuvre ces mesures d'ici à 2005.

¹¹ JO L 209, p. 46.

travailleurs qui quittent un Etat membre pour un autre et ceux qui restent dans le même Etat membre (article 4). En d'autres termes, un travailleur qui change d'employeur et d'Etat membre doit être assuré que les droits qu'il a acquis à l'égard du régime de retraite professionnelle qu'il quitte seront conservés dans des conditions équivalentes (« à un niveau comparable ») à celles qui s'appliquent au travailleur qui cesse d'être affilié à ce régime mais qui demeure dans le même Etat membre (principe de non-discrimination entre les « migrants nationaux » et les « migrants internationaux »). La directive impose aussi aux Etats membres de supprimer les obstacles aux versements transfrontières de prestations de pension complémentaire (retraite/survie), nettes de toute taxe et de tout frais de transaction éventuellement applicables (article 5)¹². Elle exige également des Etats membres qu'ils suppriment les entraves à l'affiliation transfrontière d'un travailleur temporairement détaché sur leur territoire¹³ au régime de pension complémentaire auquel il adhérerait jusque là (article 6, paragraphe 1)¹⁴. Elle ajoute que, lorsqu'un travailleur temporairement détaché demeure affilié à son régime de pension complémentaire « d'origine », ni lui ni son employeur ne peuvent être tenus de cotiser à un autre régime dans l'Etat du détachement (article 6, paragraphe 2)¹⁵. Les Etats membres doivent adapter leur législation à cette directive pour le 25 juillet 2001¹⁶.

Etape essentielle dans la suppression des entraves à la libre circulation des travailleurs posées par les réglementations nationales relatives aux régimes de pension complémentaire, la directive du 29 juin 1998 ne résout cependant pas tous les problèmes. De nombreux obstacles doivent encore être levés pour permettre aux travailleurs de se déplacer d'un Etat membre à l'autre de la Communauté pour y exercer leur activité professionnelle en étant assurés, comme c'est le cas en matière de sécurité sociale par l'effet du règlement 1408/71, de bénéficier de prestations de pension complémentaire conformes à la durée effective de leur carrière. Les difficultés essentielles tiennent aux disparités nationales en matière de conditions d'affiliation (notamment des périodes de stage ou d'attente) et d'acquisition de droits à

¹² Est visée la situation d'une personne qui se retire à l'âge de la retraite dans un Etat membre autre que celui dans lequel est établie l'institution chargée de lui verser des prestations de retraite professionnelle.

¹³ La notion de travailleur temporairement détaché doit être comprise dans le sens visé par le titre II du 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 (*JO L 149*, p. 2 ; ci-après le « règlement 1408/71 »). Ce règlement a été modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1223/98 (*JO L 168* du 13 juin 1998, p. 1 ; ci-après le « règlement 1223/98 »). Est considéré comme un travailleur temporairement détaché, au sens de cette réglementation, le travailleur occupé sur le territoire d'un Etat membre par une entreprise dont il relève normalement et détaché sur le territoire d'un autre Etat membre par cette entreprise afin d'y effectuer pour son compte un travail dont la durée prévisible n'excède pas douze mois, à condition qu'il ne soit pas envoyé en remplacement d'un autre travailleur parvenu au terme de la période de son détachement. Moyennant accord des autorités compétentes de l'Etat membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché, la durée susvisée peut être prorogée de douze mois maximum en raison de circonstances imprévisibles nécessitant une prolongation du délai d'achèvement du travail en cause [article 14, paragraphe 1, sous a), du règlement 1408/71].

¹⁴ On notera toutefois que la proposition de directive présentée par la Commission comportait une disposition (article 7) imposant aux Etats membres de réserver aux cotisations versées par ou au nom d'un travailleur temporairement détaché sur leur territoire à un régime de pension complémentaire établi sur le territoire d'un autre Etat membre le même traitement fiscal que celui applicable aux cotisations versées à un régime de pension complémentaire comparable, établi sur leur propre territoire. Cette disposition, qui constituait un pas important vers le décloisonnement fiscal des marchés de la pension complémentaire, a cependant fait l'objet d'une vive opposition de la part de plusieurs Etats membres, si bien que la Commission a jugé préférable de la retirer afin de préserver l'essentiel de sa proposition de directive.

¹⁵ L'on songe notamment au cas d'un travailleur temporairement détaché dans un Etat membre caractérisé par un système de retraite professionnelle à affiliation obligatoire pour les travailleurs et les employeurs établis sur son territoire (cf., par exemple, le système des fonds de pension sectoriels aux Pays-Bas).

¹⁶ Ils peuvent toutefois prévoir que les dispositions de l'article 6, relatives à l'affiliation transfrontière des travailleurs temporairement détachés, ne s'appliqueront qu'aux détachements qui commencent le ou après cette date (article 8).

pension complémentaire¹⁷, ainsi qu'aux entraves à la transférabilité transfrontière de tels droits (pénalités retenues sur les valeurs de transfert, absence de normes actuarielles communes aux Etats membres, fréquents cas de double imposition). Consciente de l'extrême sensibilité de ces questions, la Commission n'envisage pas d'action législative dans l'immédiat, préférant donner pour l'heure la priorité à la réflexion, à l'échange d'informations sur la situation en vigueur dans les différents Etats membres et à la concertation avec toutes les parties concernées. En 1999, elle a ainsi mis en place un Forum des pensions, dont la création avait été suggérée par un groupe d'experts de haut niveau sur la libre circulation des personnes (groupe présidé par Mme S. Veil). Cette enceinte, qui rassemble des représentants des gouvernements, des partenaires sociaux et des fonds de retraite, se réunit deux fois par an pour examiner les obstacles à la mobilité professionnelle liés aux régimes de pension complémentaire, assister la Commission dans la solution des problèmes existants et assurer le suivi de la législation communautaire applicable en la matière.

4. La problématique fiscale - particulièrement la question de l'égalité de traitement entre les cotisations versées à un régime de pension complémentaire local et celles qui sont payées à un régime établi dans un autre Etat membre, et les cas de double ou de non imposition¹⁸ - n'est pas non plus traitée dans la proposition de directive du 11 octobre 2000. Dans l'exposé des motifs [point 1.2., sous d), p. 7], la Commission invoque notamment des raisons de base juridique. Dans une communication du 17 octobre 2000 au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social intitulée « L'évolution à venir de la protection sociale dans une perspective à long terme : des pensions sûres et viables », elle envisage une initiative sur le régime fiscal des pensions complémentaires transfrontières pour le début de l'année 2001. Il ressort d'indications récentes que cette initiative pourrait prendre la forme d'une communication, qui déboucherait ultérieurement sur une proposition législative.

I. Les quatre piliers de la proposition de directive : efficacité, sécurité, égalité, liberté

5. Reprenant à son compte les objectifs, visés par la proposition de directive d'octobre 1991, de liberté de gestion et de placement des actifs, la proposition de directive examinée entend permettre aux institutions de retraite professionnelle d'améliorer le rendement financier de leurs actifs et, donc, l'efficacité des régimes gérés, des rendements plus élevés devant en principe se traduire par des prestations finales plus avantageuses ou par des cotisations plus basses. Les Etats membres qui choisiraient d'encourager le développement de régimes de pension complémentaire pour faire face aux défis démographiques et budgétaires posés par le vieillissement de la population pourraient ainsi tabler sur une optimisation des performances financières des institutions de retraite professionnelle. La Commission espère par ailleurs que la réduction du poids financier des pensions complémentaires liée à une meilleure efficacité des portefeuilles d'investissement se solde par des effets bénéfiques pour l'emploi dans l'Union.

¹⁷ La période nécessaire à une telle acquisition peut atteindre 10 ans dans certains Etats membres (Allemagne, notamment).

¹⁸ Ainsi, à l'heure actuelle, par l'effet des disparités nationales dans le traitement fiscal des régimes de pension complémentaire, un travailleur peut, en fonction des Etats membres concernés, être à la fois taxé sur les cotisations par l'Etat membre dans lequel il exerce son activité professionnelle (ou, du moins, n'y bénéficier d'aucun avantage fiscal en relation avec le versement de ces cotisations) et imposé sur les prestations finales par l'Etat membre dans lequel il réside à l'âge de la retraite. Dans d'autres cas de figure, il peut, au contraire, être exonéré d'impôts sur les cotisations (voire bénéficier d'un avantage fiscal sur celles-ci) et sur les prestations finales. Voir, pour plus de détails sur cette question, J. Marshall et S. Butterworth, *op. cit.*, pp. 759-760.

En libéralisant les règles de placement des institutions de retraite professionnelle, elle entend également inciter celles-ci, si elles le jugent approprié en fonction de la nature de leurs engagements, à investir dans des valeurs peu liquides, comme les actions - y compris celles émises par les petites et moyennes entreprises - et les titres non cotés, et à contribuer au développement des marchés de capital-risque (les marchés fournissant des fonds propres aux entreprises dans les premières phases de leur développement)¹⁹. La libéralisation des investissements des fonds de retraite est ainsi conçue comme une mesure qui permette de consolider le rôle des institutions de retraite professionnelle dans le financement de l'économie de l'Union, particulièrement des secteurs à haut potentiel de développement (infrastructures²⁰, télécommunications, biotechnologie, soins de santé, services financiers, énergie).

Conjuguée à l'avènement de l'euro et à la suppression, dans une large mesure, des risques de change, elle devrait aussi - du moins est-ce le souhait exprimé par la Commission - déboucher sur une intégration plus poussée des marchés de capitaux et sur un financement croisé des économies nationales au bénéfice de la croissance et de l'emploi dans l'Union.

En stimulant la concurrence entre gestionnaires et dépositaires d'actifs, la libéralisation des activités de gestion financière devrait, pour sa part, conduire à une diminution des frais de gestion et des coûts de transaction et, partant, accroître d'autant plus l'efficacité des placements.

6. La proposition de directive a le mérite - et là résident sans doute ses principales chances de succès - de ne pas se limiter à la libéralisation des règles d'investissement. Tirant les leçons des critiques adressées à la proposition de directive d'octobre 1991, à laquelle il avait été reproché, à juste titre, de mettre exclusivement l'accent sur le placement des actifs, la Commission, poussée dans cette voie par la grande majorité des commentaires relatifs au livre vert, accorde une importance prioritaire à la sécurité des bénéficiaires (affiliés et ayants droit) des régimes de retraite professionnelle.

Partant du principe que les cotisations versées à une institution de retraite professionnelle constituent une forme de salaire différé et que les droits acquis par le versement de ces contributions conditionnent le niveau de vie, voire de subsistance, des personnes concernées, elle affirme que « protéger ces droits s'inscrit [...] au coeur même d'une mission plus générale de renforcement du modèle social européen » [exposé des motifs, point 1.2., sous e), p. 8]. La proposition de directive entend dès lors imposer aux institutions de retraite professionnelle le respect d'une série de principes prudentiels fondamentaux et de règles relatives à leurs engagements, afin de faire en sorte que celles-ci soient, en toutes circonstances, en mesure de payer les prestations dues.

7. La présente proposition de directive innove également par rapport à la première initiative de la Commission en la matière, en ce qu'elle intègre le souci de garantir un traitement égal, dans les matières qu'elle réglemente, entre les différentes catégories d'intervenants sur les marchés de la retraite professionnelle, plus précisément entre les compagnies d'assurance vie, largement présentes sur ce marché à travers l'offre de contrats d'assurance vie de groupe et déjà soumises à une réglementation prudentielle et financière coordonnée à l'échelle européenne²¹, et les autres organismes de retraite professionnelle.

¹⁹ A cet égard, la proposition de directive doit être lue en relation avec les travaux européens en cours pour favoriser le développement des marchés paneuropéens de capital-risque. Voir, notamment, le document intitulé « Le capital-risque : une clé pour la création d'emplois dans l'Union » [SEC 98 (552)], dont les orientations ont été accueillies favorablement par le Conseil européen de Cardiff des 15 et 16 juin 1998.

²⁰ La Commission songe particulièrement au financement des projets de réseaux transeuropéens, visant à améliorer la mobilité à l'intérieur de l'Union.

²¹ Directives 79/267/CEE du 5 mars 1979 (« première directive vie » ; JO L 63, p. 1), 90/619/CEE du 8 novembre 1990 (« deuxième directive vie » ; JO L 330, p. 50) et 92/96/CEE du 10 novembre 1992 (« troisième

8. Enfin, en coordonnant, dans la mesure nécessaire à la reconnaissance mutuelle des régimes de contrôle nationaux, les règles prudentielles et financières applicables aux institutions de retraite professionnelle établies dans l'Union, la Commission entend favoriser l'exercice par celles-ci d'activités transfrontières sur la base de l'agrément de leur pays d'origine (systèmes de l'agrément unique et du *home country control*) et encourager de la sorte le développement de régimes paneuropéens de retraite professionnelle. Elle chiffre à environ 40 millions d'euros par an le coût engendré, pour une entreprise implantée dans différents Etats membres, par la mise en place de régimes de retraite professionnelle distincts par Etat membre et fait valoir que la possibilité, pour une telle entreprise, de disposer d'une institution de retraite paneuropéenne à laquelle pourraient s'affilier tous ses travailleurs occupés en Europe, se traduirait par d'importantes économies d'échelle, sous la forme d'une meilleure efficacité de la politique d'investissement grâce au regroupement des actifs, d'une simplification de la gestion administrative et d'une unicité des procédures de contrôle [exposé des motifs, point 1.1., sous b), p. 5].

9. En revanche, la Commission n'entend pas empiéter sur la compétence des Etats membres en ce qui concerne l'organisation générale des systèmes de retraite, notamment le rôle et l'importance que ceux-ci entendent réserver, en fonction de leurs spécificités (politiques, socio-économiques, culturelles...), respectivement, au régime de base de la sécurité sociale (le « premier pilier »), aux régimes de retraite professionnelle (le « deuxième pilier ») et aux régimes de prévoyance individuelle (le « troisième pilier »). Il n'entre pas non plus dans les objectifs de la proposition de directive d'interférer dans le choix, incombant aux Etats membres et/ou aux partenaires économiques et sociaux, relatif aux mécanismes de financement (fonds de pension d'entreprise, fonds de pension sectoriel, assurance groupe, provisionnement comptable de l'employeur...) et aux modalités précises de fonctionnement des régimes de retraite professionnelle [financement en répartition ou en capitalisation ; financement des prestations par des allocations patronales et/ou par des cotisations des travailleurs ; système de cotisations définies (ou charges fixes) ou de prestations définies (ou but à atteindre) ; versement des prestations sous forme de rentes ou de capital...]. On verra cependant que la Commission prévoit parfois des règles différenciées en fonction des types de régimes.

II. Un champ d'application large et flexible

1. L'« institution de retraite professionnelle » : notion et sens caché

10. La proposition de directive a pour objet de fixer les règles relatives à l'accès aux activités des institutions de retraite professionnelle et à leur exercice (article 1^{er}).

Les institutions de retraite professionnelle, auxquelles s'applique le dispositif projeté (article 2, premier alinéa), s'entendent comme tout « établissement opérant selon le principe du financement par capitalisation et établi séparément de toute entreprise ou groupement d'affiliation dans le seul but de servir des prestations de retraite liées à une activité professionnelle, sur la base d'un accord ou d'un contrat individuel ou collectif entre l'employeur et le(s) salarié(s) ou leurs représentants respectifs ou entre l'institution et des travailleurs, indépendants ou salariés » [article 6, sous a)].

directive vie » ; JO L 360, p. 1). Ces différentes directives font actuellement l'objet d'un travail de refonte, visant à clarifier la lecture d'une réglementation devenue difficilement compréhensible au fil de ses nombreuses modifications [voir la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'assurance directe sur la vie (refonte), présentée par la Commission le 28 juin 2000 (JO C 365 E, p. 1)].

Les prestations de retraite sont définies comme celles « versées sous la forme d'une rente à vie ou temporaire ou d'une somme forfaitaire, attribuées en cas de décès, d'invalidité, de cessation d'emploi ou au moment où est atteint un âge déterminé, ou encore des paiements ou des services de soutien accordés en cas de maladie, d'indigence ou de décès lorsqu'ils viennent en complément desdites prestations » [article 6, sous d)].

11. Les termes retenus pour circonscrire le champ d'application de la proposition de directive traduisent la volonté de la Commission d'embrasser au mieux la grande variété des intervenants sur les différents marchés nationaux de la retraite professionnelle et de garantir autant que possible l'égalité de traitement entre opérateurs en ce domaine. L'on apprend ainsi à la lecture de l'exposé des motifs (point 2, p. 12) que le concept d'institution de retraite professionnelle a été préféré à celui de fonds de pension, ce dernier n'étant pas commun à tous les Etats membres et ne permettant donc pas, à l'inverse du premier, d'appréhender le large éventail d'institutions opérant, dans l'Union, dans le secteur des retraites professionnelles.

En substance, sont concernées par le texte toutes les institutions opérant en capitalisation, de manière séparée par rapport à l'entreprise ou au groupement professionnel « support »²², en vue de servir, à des travailleurs salariés ou indépendants ou à leurs ayants droit, des prestations liées à l'exercice d'une activité professionnelle et complétant les prestations versées par les régimes obligatoires de sécurité sociale, en cas de départ à la retraite, de décès, de maladie, d'invalidité, d'indigence ou de cessation d'emploi (caisses de retraite, fonds de pension d'entreprise, régimes de pension sectoriels²³).

12. Il ressort de l'exposé des motifs [point 1.3., sous c), p. 9] que l'indication, contenue à l'article 6, sous a), selon laquelle le seul but d'une institution de retraite est le service de prestations de retraite, vise à préciser que les actifs détenus par une telle institution ne peuvent être utilisés à d'autres fins que le versement de prestations à l'échéance prévue. En d'autres termes, la Commission considère que les droits acquis ne doivent pas pouvoir être mobilisés avant l'âge de la retraite, faute de quoi l'on se trouve en présence non d'un produit de retraite, mais d'un produit d'épargne.

L'on comprend le souci de la Commission de chercher à protéger l'affilié contre lui-même et d'éviter que celui-ci dilapide en cours d'activité professionnelle des sommes en principe destinées à lui permettre

²² Et cela, indépendamment du fait que l'institution soit ou non considérée comme une entité juridique (voir considérant n° 5).

²³ Sur la compatibilité des régimes de pension sectoriels à affiliation obligatoire avec les règles européennes de la concurrence, voir les arrêts de la Cour du 21 septembre 1999, Albany, C-67/96, Rec. p. I-5751, Brentjens, C-115/97 à C-117/97, Rec. p. I-6025, et Drijvende Bokken, C-219/97, Rec. p. I-6121. En substance, la Cour a considéré que de tels régimes sont compatibles avec les articles 81 et 82 CE (anciennement, les articles 85 et 86 du traité CE), eu égard au degré élevé de solidarité qui les caractérise (indépendance des cotisations par rapport au risque, obligation d'accepter tous les travailleurs sans examen médical préalable, possibilité pour le travailleur victime d'une incapacité de travail de continuer la constitution de sa pension complémentaire en étant dispensé du versement de cotisations) et qui permet de considérer qu'ils assument une « mission d'intérêt économique général » justifiant des restrictions à la concurrence. Cette jurisprudence a été récemment confirmée par les arrêts de la Cour du 12 septembre 2000, Pavlov e.a., C-180/98 à C-184/98, non encore publié au Recueil, et du 21 septembre 2000, van der Woude, C-222/98, non encore publié au Recueil. Pour un commentaire de cette jurisprudence, voir, notamment, L. Idot, « Droit social et droit de la concurrence : confrontation ou cohabitation ? », *Europe*, novembre 1999, pp. 4 et s. ; X. Prétot, « La CJCE et les fonds de pension néerlandais », *Droit social*, janvier 2000, pp. 106 et s. ; L. Gyselen, *Common Market Law Review*, 2000, pp. 425 à 448 ; J. Marshall et S. Butterworth, *op. cit.*, pp. 756-757 ; J.P. Lhernould, « Le monopole des organismes de protection sociale (encore) à l'épreuve du droit communautaire de la concurrence », *J.C.P.*, 2000, éd. G, II, 10325, et « Nouvelles dérives libérales de la CJCE en matière de retraite complémentaire - CJCE 12 septembre 2000 », *Droit social*, décembre 2000, pp. 1114 à 1117.

de faire face à une diminution de ses ressources financières au terme de la période active de son existence. Il est toutefois permis de se demander si l'exposé des motifs de la proposition de directive est bien la place indiquée pour une telle prise de position, qui touche à un débat de politique sociale mettant aux prises un objectif de protection sociale et le principe de libre disposition de la rémunération²⁴, et qui est de nature à influencer sur le contenu de législations nationales reconnaissant à l'affilié la faculté de procéder au rachat anticipé de ses droits à pension complémentaire (par exemple à l'occasion d'un changement d'employeur ou en cas de départ à la pré-retraite), de demander une avance sur ces droits, de les mettre en gage ou de les céder en cours d'activité professionnelle. Il serait à tout le moins souhaitable, compte tenu de la sensibilité de cette question dans les différents Etats membres, et pour des motifs de transparence et de sécurité juridique, que la Commission affiche clairement ses ambitions en donnant à sa position défendue dans les préambules de la proposition de directive un écho, dans le corps du texte, plus explicite que l'allusion voilée contenue dans la définition de l'institution de retraite professionnelle retenue pour délimiter le champ d'application du texte.

2. Des exclusions à géométrie variable

A. Les organismes de sécurité sociale

13. La future directive ne s'appliquera pas aux institutions qui gèrent des régimes de sécurité sociale couverts par le règlement 1408/71, ou repris dans l'annexe II de celui-ci, et par le règlement n° 574/72 fixant les modalités d'application du règlement 1408/71²⁵ [article 2, deuxième alinéa, sous a)].

La Commission prend néanmoins soin d'ajouter que les institutions de retraite professionnelle qui, dans certains Etats membres, gèrent aussi des régimes de retraite obligatoires liés à un emploi et considérés comme des régimes de sécurité sociale au sens des règlements susvisés relèvent de l'application du texte pour ce qui concerne leurs activités relatives à des régimes non obligatoires de retraite professionnelle (article 3). Il va de soi que, pour que la directive puisse trouver à s'appliquer à de telles activités, encore faut-il que celles-ci répondent aux critères de définition fixés à l'article 2, premier tiret, notamment qu'elles gèrent ces activités selon le principe de financement par capitalisation.

B. Les entreprises d'assurance vie

14. La Commission prévoit également d'exclure du champ de la directive les entreprises d'assurance vie [article 2, deuxième alinéa, sous b)]. Cette solution ne surprend pas, dans la mesure où celles-ci bénéficient depuis plusieurs années d'un cadre prudentiel et financier coordonné à l'échelle européenne (voir ci-dessus point 7), leur permettant théoriquement d'exercer leurs activités, y compris celles relatives à l'assurance groupe, en liberté d'établissement ou en libre prestation de services à travers l'Union sous le couvert de l'agrément de leur Etat d'origine et en étant soumise, pour l'essentiel, aux règles de contrôle de cet Etat.

²⁴ Voir, à cet égard, l'abondante jurisprudence de la Cour assimilant les avantages de retraite professionnelle à de la rémunération. Pour un examen détaillé de cette jurisprudence, voir, notamment, notre étude « L'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale : la 'valse-hésitation' du droit communautaire », *Cahiers de droit européen*, 1997, pp. 635-721.

²⁵ JO L 74 du 27 mars 1972, p. 1, tel que modifié en dernier lieu par le règlement 1223/98.

Soucieuse de réduire les risques d'inégalité de traitement entre les assureurs groupe et les autres institutions de retraite professionnelle, visées par la directive proposée, la Commission réserve cependant aux Etats membres la possibilité d'extraire partiellement les activités d'assurance groupe du champ des directives européennes d'assurance vie, aujourd'hui transposées en droit interne, et de les soumettre au dispositif en préparation pour les institutions de retraite professionnelle (article 4).

15. Il reviendra à la Commission de tirer, au regard de l'objectif poursuivi, les enseignements de ses consultations avec les Etats membres et les milieux professionnels en ce qui concerne la pertinence d'une telle option et l'opportunité de confier son exercice aux autorités réglementaires plutôt qu'aux opérateurs concernés. Les enjeux de ce choix méritent toutefois d'être clairement précisés.

Des indications figurant à l'article 4 du texte proposé, il découle que l'application facultative de la future directive « institutions de retraite professionnelle » aux activités d'assurance groupe concernerait exclusivement les règles relatives à l'information des affiliés, des bénéficiaires et des autorités de contrôle, aux pouvoirs d'intervention de celles-ci, à la constitution, au calcul et au financement des provisions techniques, au placement des actifs représentatifs de ces provisions et à la liberté de gestion et de dépôt de ces actifs.

S'agissant des obligations d'information, il est indéniable que les règles contenues dans la proposition de directive sont mieux adaptées aux activités de retraite professionnelle que celles fixées par les directives d'assurance vie, lesquelles n'ont à l'évidence pas été pensées en fonction de la structure triangulaire qui caractérise l'assurance groupe [assureur - preneur (employeur) - assurés (affiliés) et bénéficiaires]. Ainsi, sur la base de ces dernières directives, l'assureur n'est tenu à aucun devoir d'information à l'égard des affiliés et des bénéficiaires.

En matière de provisions techniques, la proposition de directive a, ainsi qu'on le verra, préféré, à l'instar des directives d'assurance vie, une coordination souple laissant une marge de manoeuvre suffisamment large aux Etats membres lors des opérations de transposition, à une harmonisation du contenu matériel des règles de calcul et de financement. Il est donc difficile d'identifier, à ce stade, les distorsions de concurrence que les assureurs groupe pourraient subir sur ce plan par rapport aux autres institutions de retraite professionnelle en demeurant régis par les dispositions de droit national inspirées de leurs directives sectorielles²⁶.

Les règles d'investissement posées par la proposition de directive apparaissent plus souples, à certains égards, que celles contenues dans les directives d'assurance vie. Ainsi, l'autorisation de placements non congruents est fixée à 20% dans les directives d'assurance vie. Elle est de 30% dans la proposition de directive [article 18, paragraphe 6, sous b)]. En outre, la proposition de directive ne prévoit aucune limite spécifique au placement des provisions techniques dans des actions, obligations ou autres titres assimilables, qui ne sont pas négociés sur un marché réglementé. Dans les directives d'assurance vie, de tels placements sont limités à 10% du montant total des provisions techniques.

S'agissant de la liberté de gestion et de dépôt des actifs, il est rare que les assureurs groupe entendent confier la gestion de leurs placements ou la conservation de leurs actifs à d'autres opérateurs financiers²⁷, de sorte que, sur ce point, l'option paraît revêtir une portée plutôt théorique.

²⁶ On relèvera tout au plus que la proposition de directive prévoit, ce que ne font pas les directives d'assurance vie, la possibilité pour les Etats membres d'autoriser, à de strictes conditions, des dérogations temporaires à l'obligation de financement intégral des provisions techniques (article 16, paragraphe 2).

²⁷ Sous réserve de l'hypothèse où la compagnie d'assurance vie appartient à un conglomérat financier.

16. Les règles relatives à la marge de solvabilité et au fonds de garantie (les fonds propres réglementaires) ne sont, pour leur part, pas concernées par l'option définie à l'article 4 de la proposition de directive. En d'autres termes, quel que soit le sort final de cette option, les compagnies d'assurance pratiquant l'assurance groupe demeureront, en tout état de cause, tenues de disposer en permanence du fonds de garantie minimum prévu par les directives assurance vie²⁸ et de constituer une marge de solvabilité égale à 4% des provisions mathématiques (1% pour les assurances vie liées à un fonds d'investissement et pour lesquelles l'assureur n'assume pas de risques de placement) et augmentée à concurrence de 0,3% des capitaux sous risque en cas de couverture d'un risque de mortalité²⁹.

17. L'on constate en définitive que l'exercice de l'option, telle qu'elle est actuellement définie à l'article 4 de la proposition de directive, aboutirait à l'application aux activités d'assurance groupe non d'un régime unique, mais d'un dispositif hybride composé de règles héritées de différents textes européens. La Commission et, le cas échéant, les Etats membres devront en être conscients au moment de prendre une position définitive sur cette option.

Par ailleurs, la proposition de directive subordonne l'exercice de l'option à la condition que les avoirs et les engagements correspondants des entreprises d'assurance pratiquant l'assurance groupe soient gérés par une entité juridique distincte (article 4). L'on peut s'interroger sur la pertinence d'une telle mesure. Outre que celle-ci s'inscrit clairement à contre-courant du mouvement de « déspecialisation » imprimé par la Commission lors de la mise en place du marché unique de l'assurance (cf., notamment, la suppression de la spécialisation en assurance protection juridique et en assurance crédit), il faut se demander si une solution fondée sur l'exigence d'une gestion distincte, analogue à celle prescrite par les directives d'assurance vie aux entreprises dites « multibranches »³⁰, ne permettrait pas de garantir, de façon aussi fiable et moins contraignante, que l'assujettissement de l'entreprise d'assurance vie à un double dispositif de contrôle ne nuise pas à l'efficacité de la surveillance de ses activités d'assurance groupe et que l'application à ces activités des dispositions de la directive « institutions de retraite professionnelle » ne se propage pas aux autres activités de cette entreprise d'assurance.

18. Il faut encore savoir que, à côté de leurs activités d'assurance groupe, les compagnies d'assurance vie interviennent sur le marché des retraites professionnelles à travers des services de gestion financière de fonds collectifs de retraite. De telles opérations, qui peuvent être assorties d'une garantie d'assurance portant soit sur la conservation du capital, soit sur le service d'un intérêt minimum, font partie du champ d'application des directives d'assurance vie (article 2 de la directive 92/96/CEE). Doivent-elles être regardées comme des activités relatives à la fourniture de retraites professionnelles au sens de l'article 4 de la proposition de directive et, en conséquence, être considérées comme concernées par l'option prévue par cette disposition ? Il serait souhaitable que ce point soit éclairci dans le texte final de la directive.

C. Les autres institutions financières

²⁸ Ce fonds est actuellement de 800 000 écus (article 20 de la directive 79/267/CEE). La Commission entend toutefois porter ce montant à 3 millions d'euros (proposition de directive du 30 octobre 2000 portant modification des exigences de marge de solvabilité des entreprises d'assurance vie).

²⁹ Article 19, sous e), de la directive 79/267/CEE.

³⁰ C'est-à-dire celles qui pratiquent à la fois des activités d'assurance vie et des activités d'assurance non-vie, et relèvent en conséquence, pour partie, de l'application des directives d'assurance vie et, pour partie, de celle des directives d'assurance non-vie.

19. Les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), les établissements de crédit et les entreprises de services d'investissement disposent déjà d'un cadre prudentiel coordonné au niveau européen, leur permettant en principe de profiter des opportunités du marché unique³¹. Pour cette raison, ils sont tenus en dehors du champ d'application de la proposition de directive [article 2, deuxième alinéa, sous b)]. Il s'ensuit que les services proposés par ces institutions financières en matière de retraite professionnelle, en particulier leurs activités de gestion et de conservation des actifs des institutions de retraite professionnelle, obéissent aux règles posées par leurs directives sectorielles.

D. Les exclusions particulières

20. Les institutions de retraite professionnelle fonctionnant par répartition (les cotisations prélevées au cours d'un exercice donné servent directement au paiement des prestations échues) ne sont pas visées par la proposition de directive [article 2, deuxième alinéa, sous c)]. Ainsi que la Commission le souligne dans l'exposé des motifs (point 2, p. 11), de telles institutions ne sont, en raison même de leur mode de fonctionnement, pas concernées par les dispositions relatives aux libertés d'investissement, de gestion et de dépôt. En outre, en cas de décalage entre cotisations et prestations, la sécurité de leurs engagements est garantie, par l'Etat membre ou les organismes compétents, à travers le prélèvement de cotisations supplémentaires ou l'apport de recettes fiscales. Les consultations menées par la Commission ont par ailleurs fait ressortir que ces institutions, dans leur forme actuelle, ne souhaitent pas développer d'activités transfrontières de retraite professionnelle.

21. Dans certains Etats membres (Allemagne, notamment), les entreprises qui prennent des engagements de retraite à l'égard de leurs travailleurs salariés ne sont pas tenues de confier la gestion de ces engagements à une institution externe. Elles peuvent constituer des provisions bilantaires destinées à couvrir ceux-ci (système dit des « *book reserves* »)³². Les entreprises qui procèdent de la sorte ne sont pas considérées comme des institutions de retraite professionnelle au sens de la proposition de directive et sont donc exclues de son champ d'application [article 2, deuxième alinéa, sous e)]. Dans l'exposé des motifs (point 2, p. 11), la Commission explique que le système du provisionnement comptable confère à ces entreprises une pleine liberté dans le placement des actifs représentatifs de leurs engagements de retraite, de sorte qu'il n'apparaît pas nécessaire de leur garantir l'application des libertés d'investissement et de gestion par le biais d'une directive. Par ailleurs, la sécurité prudentielle est en général assurée par un fonds de garantie ou par la souscription d'une assurance contre le risque d'insolvabilité. Les consultations menées par la Commission n'ont en outre pas fait ressortir un intérêt de ces entreprises pour la fourniture de services de retraite transfrontières.

22. L'obligation de souscrire une assurance contre le risque d'insolvabilité, ainsi que des différences significatives de fonctionnement par rapport aux institutions de retraite professionnelle visées par la proposition de directive, expliquent en grande partie l'exclusion du champ de cette proposition des

³¹ S'agissant des OPCVM, voir la directive 85/611 (JO L 375 du 31 décembre 1985, p. 3). S'agissant des établissements de crédit, voir la directive 2000/12/CE (JO L 126 du 26 mai 2000, p. 1) ; cette directive est une refonte, assortie d'aménagements techniques, des directives adoptées entre 1973 et 1992 en vue de la mise en place du marché intérieur bancaire. S'agissant des entreprises de services d'investissement, voir la directive 93/22/CEE (JO L 141 du 11 juin 1993, p. 27).

³² On soulignera à cet égard que le provisionnement interne des engagements de retraite professionnelle est, en revanche, formellement interdit dans certains Etats membres (Belgique, notamment), où les employeurs doivent impérativement déléguer la gestion de tels engagements à une entité juridique distincte (fonds de pension, assureur groupe).

institutions allemandes dénommées « Unterstützungskassen » (fonds de soutien) et des institutions ayant un mode de fonctionnement similaire [article 2, deuxième alinéa, sous d)].

23. La proposition de directive (article 5, paragraphe 2) autorise également les Etats membres à dispenser les institutions dont les prestations de retraite professionnelle ont un caractère statutaire et sont garanties par une autorité publique de l'application des règles relatives aux conditions de fonctionnement (article 9), aux comptes annuels et au rapport de gestion (article 10), aux informations à fournir aux affiliés et aux bénéficiaires (article 11), à la publicité des principes de placement (article 12), aux informations à communiquer aux autorités compétentes et aux pouvoirs d'intervention de celles-ci (articles 13 et 14), aux provisions techniques et à leur financement (articles 15 et 16) et aux fonds propres réglementaires (article 17).

E. La clause « de minimis »

24. Enfin, la proposition de directive (article 5, paragraphe 1) permet aux Etats membres d'écarter, en tout ou partie, l'application du dispositif envisagé aux institutions de retraite professionnelle comptant moins de 100 affiliés et bénéficiaires. Une telle disposition, que la Commission qualifie de « clause *de minimis* » (exposé des motifs, point 2, p. 12) et justifie à la fois par un prétendu désintérêt de ces institutions pour les activités transfrontières et par un souci d'allègement de la charge de contrôle des autorités nationales, nous paraît malvenue.

La clause « *de minimis* » est une construction empruntée au droit de la concurrence, où elle vise à alléger la charge administrative de la Commission en légitimant sur la base de critères généraux des mesures (ententes, aides d'Etat) en principe interdites par le traité, qui, en raison de leur incidence mineure, n'apparaissent pas de nature à perturber la saine concurrence à l'intérieur du marché intérieur. L'enjeu est, ici, tout autre. Il s'agit, notamment, de garantir la sécurité prudentielle des activités des institutions de retraite professionnelle et, à travers celle-ci, la protection des bénéficiaires de ces activités. Et l'on voit mal, à cet égard, ce qui peut justifier de tenir les « petites » institutions de retraite professionnelle à l'écart du dispositif de surveillance organisé par la proposition de directive. Il serait en tout cas regrettable que des Etats membres tirent parti de l'option actuellement prévue à l'article 5, paragraphe 1, pour exclure ces institutions du champ d'application de leur réglementation prudentielle relative aux activités de retraite professionnelle. Le travailleur affilié à une institution de retraite professionnelle de taille modeste mériterait-il moins de considération que celui qui adhère à une institution de grande envergure ?

III. La coordination des exigences prudentielles

25. Fidèle à la technique retenue pour la mise en place du marché intérieur dans les autres secteurs financiers (OPCVM, établissements de crédit, assurances, entreprises de services d'investissement), la proposition de directive fixe une série de principes prudentiels fondamentaux conférant une certaine marge de manoeuvre aux Etats membres lors de la transposition en droit interne. Le but est de garantir à travers l'Union un niveau suffisant de protection des affiliés et des bénéficiaires de prestations de retraite, susceptible d'être complété en fonction des spécificités propres de chaque contexte national. Ce socle prudentiel coordonné est en outre censé constituer la base de la reconnaissance mutuelle des institutions de retraite professionnelle et des systèmes de contrôle en vigueur dans les différents Etats membres, condition *sine qua non* au développement des activités transfrontières en ce domaine.

La coordination prévue par la Commission porte sur huit exigences fondamentales, que les Etats membres pourront assortir de mesures supplémentaires visant à renforcer la protection des intérêts des affiliés et des bénéficiaires (article 9, paragraphe 2).

1. Un objet social limité aux activités de retraite professionnelle

26. L'institution de retraite professionnelle sera tenue de limiter ses activités aux opérations relatives aux prestations de retraite professionnelle et aux activités qui en découlent directement, notamment celles relevant de sa politique de placement (article 7). Une telle exigence, que l'on trouve également dans les directives d'assurance, vise à interdire à une institution de retraite professionnelle la pratique d'autres activités commerciales et à éviter ainsi que les risques inhérents à la pratique de telles activités mettent en péril la bonne fin des opérations de retraite professionnelle et affectent les intérêts des bénéficiaires de ces opérations.

2. La séparation juridique entre l'institution de retraite professionnelle et l'entreprise d'affiliation

27. La proposition de directive impose une séparation juridique entre l'entreprise d'affiliation (c'est-à-dire l'entreprise ou l'organisme qui verse les cotisations) et l'institution de retraite professionnelle, afin qu'en cas de faillite de la première, les actifs de la seconde soient sauvegardés dans l'intérêt des affiliés et des bénéficiaires (article 8). A travers cette exigence, la Commission a voulu éviter la répétition de scandales tels que celui du groupe britannique Maxwell, où les caisses de retraite professionnelle avaient été mises à contribution pour tenter d'éponger les dettes du groupe.

Cette séparation juridique n'exclut cependant pas que l'organe d'administration de l'institution de retraite professionnelle soit composé de représentants de l'employeur et des travailleurs de l'entreprise concernée (exposé des motifs, point 2, p. 13).

3. L'obligation d'immatriculation

28. Toute institution de retraite professionnelle devra être immatriculée (agrée) par l'autorité nationale compétente de l'Etat membre dans lequel elle est située (Etat membre d'origine) [article 9, paragraphe 1, sous a)]. Conformément à une jurisprudence constante de la Cour³³, le soin de désigner cette autorité relève de la responsabilité de l'Etat membre concerné.

L'agrément délivré par les autorités administratives de l'Etat d'origine devra permettre à l'institution concernée de fournir ses services à des entreprises et à des travailleurs établis dans n'importe quel Etat membre (voir ci-après partie V).

4. Des exigences de qualification professionnelle

³³ Voir, notamment, arrêt de la Cour du 25 mai 1982, Commission/Pays-Bas, 96/81, Rec. p. 1791, point 12.

29. L'institution de retraite professionnelle devra être gérée par des personnes honorables et possédant les qualifications et l'expérience professionnelles voulues ou employer des conseillers disposant de celles-ci [article 9, paragraphe 1, sous b)]. Il s'agit là d'un principe de bonne administration, posé par l'ensemble des directives sectorielles applicables aux prestataires de services financiers.

5. La constitution et le financement de provisions techniques

30. L'institution de retraite professionnelle devra inscrire au passif de son bilan les montants correspondant aux engagements qui résultent de son portefeuille de contrats existants (article 15, paragraphe 1). Ces engagements représentent en effet une créance à son égard de l'entreprise ou de l'organisme support et des travailleurs affiliés.

Les institutions de retraite professionnelle assumant un risque bio-métrique³⁴, par exemple à travers la fourniture de prestations en cas de décès ou d'invalidité ou la garantie du service d'une rente viagère, ou offrant une garantie portant soit sur le rendement des placements (garantie financière de taux d'intérêt ou de rendement minimal), soit sur le niveau des prestations finales, seront tenues de constituer des provisions techniques « suffisantes pour l'éventail complet [du régime] » (article 15, paragraphe 2).

Le calcul de ces provisions devra se faire en principe chaque année (tous les trois ans si l'institution fournit à l'autorité compétente un certificat attestant des ajustements réalisés dans l'intervalle). Il devra être effectué et certifié par des actuaires agréés, sur la base de méthodes actuarielles reconnues. Le taux d'intérêt retenu pour ce calcul devra être choisi avec prudence, conformément aux règles nationales, et le montant des provisions techniques devra à la fois refléter la valeur actuarielle des droits à la retraite professionnelle accumulés par les affiliés et être suffisant pour couvrir le paiement des prestations déjà échues. Des exigences additionnelles pourront être prévues par les Etats membres [articles 9, paragraphe 1, sous d), et 15, paragraphes 3 à 5].

Les provisions techniques devront en principe être intégralement représentées, à tout moment, par des actifs appropriés (article 16, paragraphe 1). Les Etats membres pourront toutefois autoriser les institutions de retraite professionnelle agréées par leurs autorités administratives à déroger à cette règle de financement intégral pour une période limitée, moyennant la production d'un plan destiné à assurer le retour à une couverture totale des provisions techniques³⁵ (article 16, paragraphe 2).

6. Des exigences de fonds propres réglementaires

31. Les institutions de retraite professionnelle assumant un risque bio-métrique ou garantissant le rendement des placements ou un niveau donné de prestations seront obligées de détenir en permanence, en plus des provisions techniques constituées, des fonds propres supplémentaires, libres de tout engagement prévisible. Ce patrimoine libre constituera un capital de sécurité destiné à compenser les écarts entre les dépenses ou bénéfices escomptés et réels (article 17, paragraphe 1).

³⁴ C'est-à-dire un risque lié à la vie humaine, comme le risque de décès, d'invalidité ou de longévité [article 6, sous h)].

³⁵ Le considérant 23 ajoute que cette dérogation temporaire à l'obligation de financement intégral des réserves s'entend sans préjudice des exigences découlant de la directive 80/987 du Conseil, du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (JO L 283 du 28 octobre 1980, p. 3).

A l'instar de la solution retenue dans certaines réglementations nationales (Allemagne et Espagne, notamment), il est prévu, afin de garantir l'égalité des conditions de concurrence entre opérateurs proposant des services de même nature, de calquer les règles de calcul de ces fonds propres supplémentaires sur celles applicables aux entreprises d'assurance vie en vertu de la directive 79/267/CEE (article 17, paragraphe 2). En substance, l'institution de retraite professionnelle devra constituer une marge de solvabilité équivalant à 4% des provisions techniques en cas de couverture d'un risque de longévité (service de rentes viagères) ou de garantie de rendement financier ou de prestations. En cas de couverture d'un risque de mortalité (fourniture de prestations en cas de décès prématuré de l'affilié), cette marge de solvabilité devra être augmentée d'un montant correspondant à 0,3% des capitaux sous risque.

La proposition de directive ne précise pas si le renvoi général aux règles fixées par la directive 79/267/CEE pour le calcul des fonds propres supplémentaires impliquera que les institutions de retraite professionnelle assumant un risque bio-métrique ou fournissant une garantie de rendement ou de prestations dispose, en toutes circonstances, du fonds de garantie minimum prescrit par ces règles (article 20 de la directive susvisée). On doute fort qu'il entre dans les intentions des autorités européennes d'exiger de toute institution de retraite professionnelle assumant de tels risques ou offrant de telles garanties qu'elle détienne constamment, quelle que soit sa taille (nombre d'affiliés), un fonds de garantie de 800 000 écus (montant qui est voué à être porté à 3 000 000 euros). Cette question mérite en tout cas d'être clarifiée dans le texte final.

7. Une bonne organisation administrative et comptable et des procédures de contrôle interne appropriées

32. Les autorités nationales compétentes devront exiger des institutions de retraite professionnelle qu'elles adoptent et appliquent des « règles bien conçues » concernant le fonctionnement des régimes [article 9, paragraphe 1, sous c)], et qu'elles disposent d'une bonne organisation administrative et comptable, ainsi que de procédures de contrôle interne adéquates (article 14, paragraphe 1).

8. Des devoirs d'informations à l'égard des affiliés, des bénéficiaires et des autorités de contrôle

33. L'institution de retraite professionnelle sera tenue à une série de devoirs d'informations tant envers les affiliés et les bénéficiaires qu'envers les autorités de contrôle.

Elle devra élaborer des comptes annuels et un rapport de gestion cohérents et certifiés en bonne et due forme par une personne agréée et responsable de la vérification des comptes. Ces documents comptables devront donner une image fidèle de ses avoirs, de ses engagements et de sa situation financière (article 10). Ils constitueront une source d'information essentielle pour les affiliés et les bénéficiaires, qui pourront en demander copie [article 11, paragraphe 2, sous a)], ainsi que pour les autorités de contrôle. Ils permettront notamment à ces dernières de contrôler la solidité financière de l'institution et de vérifier si celle-ci peut faire face à ses obligations contractuelles.

34. Les affiliés devront être « suffisamment informés » sur les modalités du régime de retraite, notamment sur les droits et obligations contractuels des parties³⁶, sur les risques financiers, techniques et autres inhérents au contrat, et sur la répartition de ces risques entre les parties [article 9, paragraphe 1, sous f)]. Sur demande, ils pourront obtenir, en même temps que les comptes annuels et le rapport de gestion, une « information conséquente et détaillée » sur le niveau de prestations le cas échéant garanti, le financement effectif des droits à la retraite accumulés, le niveau des prestations en cas de cessation d'emploi et - lorsqu'ils supportent le risque de placement - l'éventail des possibilités de placement et le portefeuille de placements existant, avec une description des risques et des coûts relatifs à ces placements (article 11, paragraphe 3).

35. Les affiliés et les bénéficiaires devront recevoir, dans un délai raisonnable, toute information pertinente concernant d'éventuelles modifications des dispositions du régime de retraite [article 11, paragraphe 2, sous b)]. Sur demande, ils pourront aussi obtenir communication de l'énoncé des principes fondant la politique de placement de l'institution (article 12, paragraphe 2).

L'institution devra communiquer à « chaque bénéficiaire » une information adéquate sur les prestations qui lui sont dues et sur les modalités de paiement possibles de celles-ci (article 11, paragraphe 4).

Les autorités de contrôle devront, pour leur part, être informées de la politique de placement de l'institution de retraite professionnelle tous les trois ans, ainsi qu'à chaque changement majeur de cette politique (article 12, paragraphe 1). Elles pourront exiger de l'institution, des membres de son conseil d'administration, de ses directeurs et des personnes chargées de son contrôle, qu'ils lui fournissent toute information et tout document relatif à son activité. Elles seront habilitées à contrôler les contrats régissant les relations entre l'institution et d'autres entreprises, déléguant certaines fonctions (comme la gestion des placements, les services informatiques ou la comptabilité), ayant une influence sur la situation financière de l'institution ou revêtant une grande importance pour l'efficacité de la surveillance. Elles seront en droit d'obtenir régulièrement, outre les comptes annuels et le rapport de gestion, tous les documents nécessaires à l'exercice de la surveillance financière, notamment des rapports internes intermédiaires, des évaluations actuarielles, des études sur la concordance entre l'actif et le passif, des indications établissant la cohérence avec les principes appliqués en matière de placement ou établissant le versement régulier des cotisations, ou un rapport du contrôleur légal des comptes (article 13).

36. Afin de garantir l'efficacité du rôle des autorités de contrôle, la Commission leur réserve divers pouvoirs d'intervention. Outre les droits à l'information et les prérogatives de contrôle énoncés à l'article 13, ces autorités pourront procéder à des vérifications sur place dans les locaux de l'institution de retraite professionnelle et, le cas échéant, auprès des organismes extérieurs auxquels auraient été transférées certaines fonctions [article 13, sous d)], et prendre les mesures adéquates et nécessaires pour éviter ou supprimer toute irrégularité qui porterait atteinte aux intérêts des affiliés et des bénéficiaires (article 14, paragraphe 2, premier alinéa).

³⁶ On soulignera, à cet égard, la sévérité croissante de la jurisprudence en ce qui concerne l'information des personnes affiliées à une couverture collective de retraite et de prévoyance sociale. Ainsi, récemment, la Cour de cassation française a jugé que, lorsqu'un assuré prétend n'avoir pas eu connaissance des conditions générales et particulières d'un contrat groupe, il appartient au juge de rechercher si ces conditions lui ont été effectivement communiquées au moment de son adhésion au contrat ou si leur contenu figurait dans la notice qui devait lui être remise. S'il s'avère que tel n'a pas été le cas, le juge ne peut se fonder sur ces conditions, particulièrement sur les clauses d'exclusion de garantie contenues dans celles-ci, pour écarter une demande de couverture de l'intéressé (Cass., 1^{ère} chambre civile, 4 juillet 2000, Fort c/Franfinance et AXA Courtage ; voir, à ce sujet, *l'Argus* du 4 août 2000, p. 22).

En cas de manquement de l'institution de retraite professionnelle à ses obligations prudentielles, elles pourront priver celle-ci, totalement ou partiellement, de la disposition de ses actifs, voire interdire ou restreindre ses activités (article 14, paragraphe 2, deuxième alinéa, et paragraphe 4).

Les décisions prises par une autorité de contrôle à l'égard d'une institution de retraite professionnelle devront pouvoir faire l'objet d'un recours judiciaire (article 14, paragraphe 6).

IV. La libéralisation des règles d'investissement

1. Une approche qualitative fondée sur le principe du placement prudent...

37. La Commission n'en fait pas mystère, l'approche qualitative, privilégiant des principes souples de gestion des placements (sécurité, qualité, liquidité, rendement, diversification) plutôt que des exigences quantitatives uniformes, apparaît à ses yeux comme la voie la plus indiquée pour permettre aux institutions de retraite professionnelle de tirer le meilleur profit du marché européen des capitaux en fonction de la nature et de la durée de leurs engagements, pour atténuer la charge liée au financement des régimes de retraite professionnelle et pour favoriser la contribution de ces institutions au développement des initiatives privées et à la croissance économique en Europe³⁷.

Afin de maintenir les engagements de retraite professionnelle à l'abri de politiques d'investissement trop hasardeuses et de s'assurer la confiance des Etats membres familiarisés de longue date avec l'approche quantitative, la Commission assortit cependant son approche qualitative de quelques garde-fous (voir ci-après point 2).

38. La clé de voûte de l'approche retenue tient en un principe fondamental : celui du placement prudent (*prudent man rule*) (article 18, paragraphe 1). Ce principe, d'origine anglo-saxonne, implique que les personnes responsables des activités de placement se comportent en professionnels prudents dans leurs prises de décisions, tout en gardant à l'esprit la nécessité d'obtenir un rendement adéquat sur les investissements. Il doit permettre aux gestionnaires de faire coïncider au mieux le placement des actifs à la nature et à la durée des engagements [gestion actif/passif (GAP)]. En fin de compte, il s'agit de concilier les exigences de sécurité, de qualité, de liquidité et de rentabilité du portefeuille d'actifs dans son ensemble [article 18, paragraphe 2, sous a), et paragraphe 3, sous a)]³⁸.

39. Le principe du placement prudent requiert, pour l'essentiel, que les actifs soient correctement diversifiés, en termes d'émetteurs, de types de valeurs mobilières, de pays ou de zones géographiques, de monnaies et de secteurs économiques, afin d'éviter les concentrations de risques dans le portefeuille de l'institution de retraite professionnelle [article 18, paragraphe 2, sous b), et paragraphe 3, sous b)].

³⁷ D'après les calculs de la Commission, le rendement réel annuel moyen des placements des institutions de retraite professionnelle a été, entre 1984 et 1998, d'environ 6% dans les Etats membres (Danemark, Allemagne et Belgique, notamment) caractérisés par l'existence de règles quantitatives strictes et de plus de 10% dans ceux (Pays-Bas, Irlande et Royaume-Uni, notamment) où la réglementation laisse une plus grande marge de manoeuvre aux gestionnaires financiers [exposé des motifs, point 1.1., sous b), p. 4]. Voir, pour plus de détails, J. Marshall et S. Butterworth, *op. cit.*, pp. 752-753.

³⁸ Pour plus de détails sur ce principe et sur les techniques modernes de gestion actif/passif qu'il incarne, voir la communication de la Commission du 10 mai 1999, *précitée*, pp. 20-21.

40. Il repose sur un transfert de responsabilité des autorités de contrôle aux professionnels en charge de la politique de placements. Ainsi, les Etats membres ne pourront plus subordonner les décisions de placement prises par une institution ou un gestionnaire à une approbation préalable ou à une notification systématique (article 18, paragraphe 5).

41. Le principe du placement prudent signifie également la suppression des obligations légales ou réglementaires d'investir dans des catégories d'actifs déterminés (par exemple, en valeurs émises ou garanties par les pouvoirs publics et en titres assimilés) à concurrence d'un pourcentage minimum (article 18, paragraphe 4). De telles restrictions sont en effet jugées trop attentatoires à la liberté de placement.

42. La proposition de directive entend par ailleurs encourager trois types de placements, eu égard à la durée normale des engagements souscrits par les institutions de retraite professionnelle et au fait que celles-ci sont en principe exposées à des risques de liquidité assez faibles : les actions, les titres libellés dans une monnaie non congruente et le capital-risque (article 18, paragraphe 6, deuxième alinéa).

Ainsi, les institutions de retraite professionnelle devront pouvoir placer jusqu'à 70% de leurs actifs dans des actions et valeurs mobilières assimilées, et dans des obligations d'entreprises.

Elles devront pouvoir détenir des actifs libellés en monnaies non congruentes à concurrence d'au moins 30%³⁹ de leurs provisions techniques. L'avènement de l'Union économique et monétaire devrait à cet égard considérablement atténuer la sensibilité de la question de la congruence, qui contribua à l'échec des discussions sur la proposition de directive d'octobre 1991.

Le placement des actifs sur les marchés de capital-risque est par ailleurs encouragé. Sur ce point, la Commission préfère inciter plutôt qu'imposer, estimant qu'il revient à chaque institution de retraite professionnelle de décider, en fonction de la nature et de la durée de ses engagements, ainsi que de sa propre conception de la sécurité prudentielle, de l'opportunité d'investir dans ce type de capital. La volatilité actuelle des marchés de capital-risque amène à saluer le choix opéré par la Commission pour une approche non contraignante en la matière. En échange de cette liberté, la Commission espère voir les institutions de retraite professionnelle accroître leurs investissements dans les secteurs à haut potentiel de développement⁴⁰.

2. ...et encadrée par quelques règles strictes

43. La proposition de directive prévoit d'encadrer le principe du placement prudent par quelques règles strictes. Ainsi, il sera interdit aux institutions de retraite professionnelle de placer plus de 5% de leurs actifs dans des instruments émis par l'entreprise d'affiliation [article 18, paragraphe 2, sous c), et paragraphe 3, sous c)]. Cette limitation stricte de l'auto-investissement est justifiée, comme l'exigence de séparation juridique entre l'institution de retraite professionnelle et l'entreprise d'affiliation, par le

³⁹ On notera qu'il s'agit là d'une légère concession de la Commission par rapport à la proposition de directive d'octobre 1991, laquelle prévoyait un taux de non congruence à 40%.

⁴⁰ Voir, pour une analyse détaillée de ces aspects, J. Marshall et S. Butterworth, *op. cit.*, pp. 751-752. On observera par ailleurs que la proposition de directive ne contient aucune orientation en ce qui concerne les investissements dits « sociaux » ou « éthiques », à savoir les placements en instruments émis par des entreprises ou organismes caractérisés par une politique d'action soucieuse du respect de valeurs environnementales ou éthiques ou d'objectifs d'ordre social ou sociétal.

souci d'éviter que la faillite de cette dernière puisse avoir le double effet de priver les travailleurs de leur emploi et de compromettre leurs droits aux prestations de retraite professionnelle.

Compte tenu de la diversité des modalités de surveillance en Europe, la proposition de directive entend par ailleurs laisser aux Etats membres la possibilité de soumettre les institutions de retraite professionnelle établies sur leur territoire à des règles de placement « plus détaillées », pour autant que celles-ci ne portent pas atteinte aux règles découlant du principe du placement prudent (article 18, paragraphe 6, premier alinéa). Les Etats membres pourront également imposer, sur une base individuelle, des règles d'investissement plus strictes qui apparaîtraient justifiées par des raisons prudentielles, eu égard aux engagements contractés par l'institution de retraite professionnelle concernée (article 18, paragraphe 7).

V. L'ouverture des marchés de la retraite professionnelle

44. A l'instar de l'approche retenue pour la mise en place du marché intérieur dans les autres secteurs de services financiers, la coordination des règles prudentielles et financières prévue par la proposition de directive est censée constituer la base du principe de reconnaissance mutuelle des institutions de retraite professionnelle et des dispositifs et autorités de contrôle existants dans les différents Etats membres. Une fois la directive adoptée, tout intervenant dans le domaine des retraites professionnelles sera théoriquement en mesure de proposer ses services sur les différents marchés européens, en régime de liberté d'établissement (c'est-à-dire à travers des agences ou succursales établies en dehors de son Etat d'origine) ou de libre prestation de services (c'est-à-dire directement à partir de son Etat d'origine, sans appui local dans l'Etat d'activités), sous le couvert de l'agrément délivré par les autorités de contrôle de son Etat d'origine et en étant soumis aux règles de contrôle prudentiel et financier instituées dans cet Etat (principes de l'agrément unique et du *home country control*).

L'intégration des marchés poursuivie par la Commission en la matière vise, d'une part, les services de gestion et de conservation des actifs des institutions de retraite professionnelle et, d'autre part, les services fournis par ces institutions (les prestations de retraite professionnelle proprement dites).

1. La libéralisation des activités de gestion et de conservation des actifs

45. Reprenant l'un des objectifs de la proposition de directive d'octobre 1991, la Commission entend interdire aux Etats membres toute restriction à la liberté des institutions de retraite professionnelle de recourir à des gestionnaires financiers dûment agréés (entreprises d'assurance vie, entreprises d'investissement, établissements bancaires, OPCVM), établis dans un autre Etat membre (article 19, paragraphe 1)⁴¹.

Il faut rappeler, à cet égard, que, en application de leurs directives sectorielles, ces différentes catégories de gestionnaires financiers sont en principe déjà habilitées à exercer leurs activités sur les différents marchés européens sur la base de l'agrément de leur Etat d'origine et dans le respect des dispositions prudentielles et financières prévues par le droit de cet Etat⁴². La proposition de directive vise donc à

⁴¹ Sont ainsi directement visées les dispositions nationales qui imposent aux institutions de retraite professionnelle établies sur le territoire relevant de leur juridiction de recourir à un gestionnaire financier établi sur ce même territoire.

⁴² Ainsi, par exemple, sont notamment éligibles au régime de la licence unique et du *home country control* organisé par les directives d'assurance vie, les « opérations de gestion de fonds collectifs de retraite,

faire en sorte que, à la libre prestation de services « active » (vue sous l'angle de l'opérateur financier), corresponde dorénavant la libre prestation de services « passive », en vertu de laquelle toute institution de retraite professionnelle doit pouvoir confier, dans l'Union, le placement de ses actifs représentatifs au gestionnaire financier agréé de son choix. L'idée est, d'une part, de permettre aux institutions de retraite professionnelle d'améliorer l'efficacité de leur politique de placement en faisant appel aux services ou aux conseils de spécialistes n'étant pas nécessairement établis sur leur territoire et, d'autre part, d'aboutir à une diminution des frais de gestion à travers une concurrence accrue par le décloisonnement des marchés nationaux.

46. Ces mêmes objectifs sous-tendent la volonté de la Commission d'éliminer les mesures nationales entravant la liberté des institutions de retraite professionnelle de confier la conservation de leurs actifs à des dépositaires dûment agréés (entreprises d'investissement, établissements de crédit, OPVCM), établis dans un autre Etat membre (article 19, paragraphe 2).

2. La libéralisation des activités de retraite professionnelle

47. Le second volet de l'intégration européenne visée par la proposition de directive, à savoir la libéralisation des activités de retraite professionnelle, est nettement plus ambitieux. Il s'agit de permettre aux employeurs et aux travailleurs établis sur le territoire d'un Etat membre de recourir aux services d'une institution de retraite professionnelle agréée dans un autre Etat membre (article 20, paragraphe 1), en d'autres termes, d'étendre à l'ensemble des entreprises et des travailleurs la faculté d'affiliation transfrontière prévue pour l'heure, par la directive du 29 juin 1998, au profit d'un nombre limité de travailleurs, à savoir les travailleurs temporairement détachés d'un Etat membre à un autre. Vue sous l'angle de l'institution de retraite professionnelle, l'action de la Commission vise à organiser le droit pour une institution agréée sur le territoire d'un Etat membre de fournir ses services à des entreprises ou à des travailleurs établis sur le territoire d'autres Etats membres (article 20, paragraphe 2).

En filigrane de ces dispositions se profile la possibilité pour une entreprise multinationale de confier à une seule institution de retraite professionnelle (un fonds de pension paneuropéen) la gestion des régimes (perception des cotisations, politique de placement, versement des prestations) relatifs aux travailleurs dont elle dispose à travers l'Europe⁴³.

48. Le dispositif envisagé à cette fin par la Commission repose d'abord et avant tout sur les principes de l'agrément unique et du *home country control*, rendus possibles par la coordination minimale à laquelle procède la directive en projet. Il s'appuie ensuite sur un système de notification et de coopération entre autorités de contrôle concernées.

L'institution de retraite professionnelle appelée à exercer des activités dans un ou plusieurs Etats membres autre(s) que celui dans lequel elle est établie devra notifier son intention à l'autorité de contrôle

c'est-à-dire les opérations consistant, pour l'entreprise [d'assurance] concernée, à gérer les placements et notamment les actifs représentatifs des réserves des organismes qui fournissent des prestations en cas de décès, en cas de vie ou en cas de cessation ou de réduction d'activités », ainsi que ces mêmes opérations, « lorsqu'elles sont assorties d'une garantie d'assurance portant soit sur la conservation du capital, soit sur les services d'un intérêt minimal » (article 2 de la directive 92/96/CEE ; voir ci-dessus point 18).

⁴³ On notera, à cet égard, qu'aucune disposition de la proposition de directive ne semble faire obstacle à ce qu'une entreprise disposant de sièges d'activités dans différents Etats membres décide d'établir l'institution de retraite professionnelle vouée à gérer les régimes relatifs à ces différents sièges, dans un Etat membre dans lequel elle n'a pas de siège d'activités.

de son Etat d'origine et lui adresser une série d'informations relatives à la localisation de l'entreprise et des travailleurs visés par ses activités transfrontières, à l'identité de l'entreprise support et aux modalités du régime qu'elle envisage de gérer dans l'Etat membre « d'accueil » (article 20, paragraphes 2 et 3). Ses conditions de fonctionnement devront recevoir l'approbation préalable de l'autorité de contrôle de son Etat d'origine (article 9, paragraphe 3). A moins d'un doute raisonnable sur les structures administratives, la situation financière, l'honorabilité, la compétence ou l'expérience professionnelle des dirigeants de l'institution, cette autorité devra communiquer ces informations dans les trois mois à l'autorité de contrôle de l'Etat membre d'accueil, laquelle disposera alors de deux mois pour faire connaître les dispositions de droit social et de droit du travail qui régissent la gestion des régimes de retraite professionnelle sur son territoire (article 20, paragraphes 4 et 5). Dès réception de ces dernières indications, l'institution pourra commencer à gérer le régime dans l'Etat membre d'accueil conformément aux dispositions pertinentes de droit social et de droit du travail de ce dernier (article 20, paragraphe 6). Elle sera soumise à une « surveillance constante » de l'autorité de contrôle de l'Etat d'accueil visant à assurer le respect des exigences posées par ces dispositions (article 14, paragraphe 5). Cette dernière sera tenue de notifier à l'autorité de contrôle de l'Etat d'origine tout changement dans les caractéristiques du régime (article 20, paragraphe 7).

Les provisions techniques relatives aux activités transfrontières de retraite professionnelle devront être intégralement financées à tout moment (article 16, paragraphe 3). Des dérogations temporaires à cette obligation ne pourront donc pas être admises.

49. L'organisation du régime prudentiel et financier des activités transfrontières de retraite professionnelle constitue indéniablement un élément de progrès et permettra de combler une lacune devenue criante dans le marché intérieur des services financiers. Les institutions de retraite professionnelle sont en effet la seule catégorie d'opérateurs financiers à ne pas disposer d'un cadre réglementaire de droit européen leur permettant de tirer profit des libertés fondamentales consacrées par le traité. L'oeuvre est cependant loin d'être achevée.

A défaut de coordination européenne en ces matières, la proposition de directive a opté pour une règle de conflit de lois privilégiant l'application des dispositions de droit social et de droit du travail de l'Etat membre d'accueil, soit, selon les termes de l'article 6, sous k), celles de « l'Etat membre dans lequel l'entreprise d'affiliation ou l'affilié ou les affiliés considéré(s) sont situés ». Une telle règle garantira aux travailleurs affiliés à une institution de retraite professionnelle située dans un Etat membre autre que le leur l'application des dispositions de leur droit national en ce qui concerne, notamment, le statut des allocations patronales et des cotisations personnelles au regard des règles relatives à la rémunération des travailleurs, les conditions et les modalités d'affiliation, la participation des travailleurs à l'instauration, à la gestion, à la modification et à l'abrogation du régime, les conditions d'acquisition des droits à retraite professionnelle, le statut des prestations acquises en cas de départ du régime et l'application du principe d'égalité de traitement des travailleurs masculins et féminins. Elle contraindra, en revanche, l'institution de retraite professionnelle appelée à exercer des activités transfrontières dans différents Etats membres à « saucissonner » le régime de droit social de ses activités en autant de volets nationaux que d'Etats dans lesquels elle compte des travailleurs affiliés. La profonde disparité des droits nationaux en ce domaine constituera, à n'en pas douter, un handicap sérieux au développement des activités transfrontières de retraite professionnelle et à l'émergence d'institutions de retraite professionnelle paneuropéennes.

50. L'autre chantier en cours est d'ordre fiscal. Aussi longtemps que les Etats membres ne se seront pas accordés sur un principe de « cohérence fiscale européenne », reposant sur un traitement fiscal homogène des cotisations, des prestations de retraite professionnelle et du produit de la gestion financière des actifs représentatifs, et réservant un sort identique aux cotisations versées à une institution de retraite professionnelle locale et à celles versées à une institution de retraite professionnelle

établie dans un autre Etat membre⁴⁴, l'élan qu'entend donner la Commission aux régimes transfrontières de retraite professionnelle restera sans lendemain.

L'appel du pied adressé aux Etats membres est clairement perceptible dans l'exposé des motifs de la proposition de directive, lorsque la Commission affirme : « Pour devenir réalité, les activités transfrontières nécessiteront également un certain degré de coordination fiscale entre Etats membres. Les entreprises et les travailleurs devraient en particulier pouvoir bénéficier d'un allègement pour les cotisations qui sont versées à une [institution de retraite professionnelle] établie dans un autre Etat membre. En d'autres termes, les cotisations versées à des [institutions de retraite professionnelle] domestiques ou à des [institutions de retraite professionnelle] établies dans d'autres Etats membres devraient être traitées de façon neutre » [point 1.2., sous d), p. 7]. L'initiative annoncée par la Commission en matière de fiscalité des régimes de pension complémentaire (voir ci-dessus point 4), et l'accueil réservé par les Etats membres à cette initiative, seront, dans un tel contexte, d'une importance capitale pour le développement du marché intérieur de la retraite professionnelle.

Conclusions

51. La voie choisie par la Commission, dans sa proposition de directive du 11 octobre 2000, pour mettre en place le marché intérieur des retraites professionnelles présente d'indéniables mérites, largement supérieurs à ceux de son initiative avortée de 1991, laquelle fit les frais d'une vision trop exclusivement axée sur la libéralisation des placements des fonds de retraite et faisant la part trop belle aux intérêts des Etats membres habitués de longue date à une approche qualitative en la matière.

En optant cette fois pour une coordination des règles gouvernant l'actif et le passif des institutions de retraite professionnelle, et en réajustant le point d'équilibre entre sécurité prudentielle et liberté d'investissement, d'une part, et entre approches quantitative et qualitative, d'autre part, la Commission a su tirer les leçons du passé. Cette réaction salutaire, conjuguée à la prise de conscience croissante de l'impérieuse nécessité d'une réforme des régimes de pensions légale et complémentaire en Europe, devrait susciter un climat propice à l'adoption de son initiative législative, prévue pour le courant de l'année 2002. La prise en compte de l'égalité des conditions de concurrence entre opérateurs de retraite professionnelle et l'imposition de mesures d'informations détaillées à l'adresse des affiliés et des bénéficiaires - une première dans la réglementation européenne applicable en la matière... - devraient contribuer à assurer au texte un accueil favorable auprès des différents milieux professionnels

⁴⁴ A ce jour, de nombreuses législations nationales réservent le bénéfice d'avantages fiscaux (déductibilité ou réduction d'impôt) aux versements faits à des institutions de retraite professionnelle ou à des compagnies d'assurance vie établies sur le territoire relevant de leur juridiction. On rappellera, à cet égard, que, dans ses arrêts du 28 janvier 1992, *Bachmann* (C-204/90, Rec. p. I-249), et *Commission/Belgique* (C-300/90, Rec. p. I-305), la Cour a jugé compatibles avec le traité CE les dispositions de droit belge subordonnant le bénéfice d'avantages fiscaux dans le domaine de l'assurance vie et maladie à la condition que les primes soient versées à un assureur établi en Belgique. En substance, elle a estimé que, en l'espèce, une telle restriction était justifiée par des motifs d'intérêt général liés à la nécessité de sauvegarder la cohérence fiscale du régime en cause, caractérisée par un lien entre l'avantage accordé sur les primes et la taxation des prestations finales. La Cour a en effet considéré que, en l'état actuel du droit communautaire, cette cohérence fiscale risquait d'être compromise en présence d'une relation d'assurance transfrontière, l'Etat membre ayant accordé l'avantage fiscal n'étant pas assuré de pouvoir taxer les prestations correspondantes versées à l'échéance. On soulignera que, en mars 2000, la Cour a été saisie par une juridiction finlandaise d'une demande de question préjudicielle fort similaire à celle relative à l'affaire *Bachmann*, et consistant à savoir si la restriction du droit de déduire du revenu imposable les cotisations d'assurance retraite dues à l'étranger, prévue par la loi finlandaise relative à l'impôt sur le revenu, est contraire à l'article 59 du traité CE (devenu article 49 CE) ou aux articles 6, 60, 73 B, 73 D et 92 du traité CE (devenus articles 12, 50, 56, 58 et 87 CE) (affaire C-136/00, *Danner*, JO C 176 du 24 juin 2000, p. 10).

intéressés, même si les solutions concrètes proposées restent à parfaire sur certains points. En outre, la question de la congruence, qui avait envenimé les débats sur la proposition de directive d'octobre 1991, devrait perdre en intensité avec l'avènement de l'Union économique et monétaire, augmentant ainsi les chances de succès de l'action de la Commission.

52. L'on ne peut toutefois s'empêcher de regretter que des raisons de base juridique, certes parfaitement fondées, aient empêché la Commission de présenter une solution d'ensemble, englobant les aspects non seulement techniques et financiers, mais aussi sociaux et fiscaux du marché intérieur des retraites professionnelles. L'expérience du secteur voisin de l'assurance groupe montre en effet que les matières fiscales et sociales n'ont, jusqu'ici, pas profité de l'effet d'aspiration qu'était censé créer le rapprochement des réglementations techniques et financières en la matière.