

**Libre circulation des travailleurs dans l'Union
Européenne et tutelle des droits individuels de retraite
complémentaire: un chantier inachevé**

Henri Mekongo

► **To cite this version:**

Henri Mekongo. Libre circulation des travailleurs dans l'Union Européenne et tutelle des droits individuels de retraite complémentaire: un chantier inachevé. 2013. hal-00788370

HAL Id: hal-00788370

<https://hal-univ-bourgogne.archives-ouvertes.fr/hal-00788370>

Submitted on 14 Feb 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

WORKING PAPER

- **Titre/Title:** Libre circulation des travailleurs dans l'Union Européenne et tutelle des droits individuels de retraite complémentaire: un chantier inachevé/ *Free movement of workers in the European Union and supervision of supplementary retirement pension individual rights: unfinished.*
- **Discipline :** droit social européen
- **Langue de rédaction :** Français
- **Mots-clés :** liberté de circulation, retraites complémentaires, droits individuels, mobilité, tutelle.
- **Keywords:** *Freedom of movement, supplementary pensions, individual rights, mobility, guardianship.*
- **Résumé:** la liberté de circulation des travailleurs dans l'UE implique une régulation adéquate des risques encourus par les travailleurs à l'occasion de l'exercice de cette liberté. Parmi ces risques, il y a la possibilité, pour les travailleurs communautaires, de perdre ou du moins de se retrouver dans l'impossibilité de donner à leurs droits individuels de retraite complémentaire un caractère unitaire et continu dès lors qu'ils décident de s'établir dans un autre Etat membre. Quelles sont les solutions législatives déjà proposées par le législateur communautaire et celles attendues encore par les travailleurs communautaires pour être à l'abri de ces écueils? Fournir une ébauche de réponse à cette interrogation constitue la préoccupation essentielle de ce travail.
Abstract: *freedom of movement of workers within the EU implies adequate regulation of risks incurred by workers on the occasion of the exercise of this freedom. Among these risks, there is the possibility for*

community workers to lose or at least find themselves unable to give their supplementary retirement pension individual rights an unitary and continuous character when they decide to settle in another member State. What are the legislative solutions already proposed by the Community legislature and even those expected by community workers to be protected from these dangers? Provide a draft answer to this question is the main concern of this work.

- **Auteur** : Henri Mekongo, docteur en législation sociale européenne, membre associé du Centre de Recherches et d'études en Droit et Science politique(Credespo), Université de Bourgogne. Contact : mekongoit@yahoo.fr.

LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS DANS L'UNION EUROPÉENNE ET TUTELLE DES DROITS INDIVIDUELS DE RETRAITE COMPLÉMENTAIRE : UN CHANTIER INACHEVÉ.

Plan. Introduction I. Liberté de circulation et sécurité sociale II. La circulation des droits individuels de retraite complémentaire dans le marché unique III. Circulation des droits de retraite complémentaire et dimension fiscale IV. Amélioration du transfert des droits à pension complémentaire : des intérêts antagonistes.

INTRODUCTION

En matière de tutelle de l'épargne dans les formes de prévoyance complémentaire, l'action du législateur communautaire s'est développée dans deux directions : d'un côté il s'est agi de prédisposer une discipline de vigilance prudentielle, devant encadrer l'activité d'investissement des ressources de la prévoyance complémentaire, et de l'autre il a été question pour le législateur communautaire de dicter une discipline de prévoyance complémentaire fonctionnelle à la libre circulation des travailleurs dans l'Union Européenne, c'est-à-dire qui soit en mesure d'éliminer les obstacles à la libre circulation des travailleurs, conformément aux prescriptions de l'article 48 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne-TFUE- (ex-art 42 du Traité instituant la Communauté européenne - TCE). C'est ce dernier aspect qui méritera notre attention dans ce travail et où il convient de signaler, d'emblée, que l'intervention du législateur communautaire dans le secteur de la prévoyance complémentaire (en particulier les fonds de retraite) est plutôt récente alors que dans le secteur des régimes publics de sécurité sociale son action date des années cinquante¹.

¹ Le règlement n. 3/1958, la première discipline communautaire de la "sécurité sociale des travailleurs migrants", prévoyait entre autres, le cumul des périodes d'assurance pour l'acquisition du droit aux prestations, le transfert de ces prestations; déterminait le régime légal applicable à ces périodes d'assurance, le reconnaissant en principe dans la

I- LIBERTÉ DE CIRCULATION ET SÉCURITÉ SOCIALE

Selon les dispositions de l'article 26 du TFUE (ex-art 14 TCE), le marché interne implique un espace sans frontières internes, dans lequel sont garanties les libertés de circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux. Les articles 45, 49, 56 et 63 du TFUE spécifient ultérieurement ces libertés : sont ainsi interdites les discriminations fondées sur la nationalité, le traitement inégal et autres restrictions aux libertés garanties par le Traité. Aux fins de tutelle de ces libertés, et en particulier la libre circulation des travailleurs, le TFUE prescrit au Parlement européen et au Conseil de l'Union Européenne, à l'article 48, d'adopter en matière de sécurité sociale les mesures nécessaires pour l'instauration de la liberté de circulation des travailleurs. La *ratio* d'une telle disposition est à rechercher dans la circonstance que si les travailleurs, en vertu de l'exercice du droit à la libre circulation, devaient être privés des droits sociaux en matière de prévoyance garantis par la loi d'un État membre², ou devaient se trouver dans une situation juridiquement moins favorable en matière de sécurité sociale³, ceux-ci seraient dissuadés d'exercer le droit à la libre circulation⁴.

Le respect de la prescription de l'article 48 TFUE doit consentir d'atteindre au moins deux objectifs : la réalisation de la libre circulation des travailleurs dans le but d'instaurer un marché unique du travail et la tutelle des droits individuels des personnes, et en particulier la garantie de la continuité et de l'unité des droits individuels de retraite individuelle, à l'occasion du déplacement du travailleur dans le territoire de l'Union Européenne.

lex loci laboris; et enfin instituait une coopération sur le plan administratif entre les institutions nationales compétentes. Pour la genèse de la discipline communautaire en matière de sécurité sociale, v. G. ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milan, 1998, p. 297 e s.

² CJCE, 9 déc. 1993, Lepore e Scamuffa c. Office national des pensions, affaires réunies C-45/92 et C-46/92, Rec. 1993, p. I-6497 ;

³ CJCE, 9 juin 1964, *Nonnenmacher*, affaire 92/63, Rec. 1964, p. 557.

⁴ CJCE, 31 oct. 2002, Barreira Perez, C-347/00, point 41, in <http://curia.eu.int>.

Sur la base des prescriptions de l'art. 48(ex-art 42 TCE), le législateur communautaire a adopté une discipline de coordination dans le domaine des régimes obligatoires ou légaux de sécurité sociale ayant pour but de supprimer les obstacles à la mobilité transfrontalière des travailleurs. Il s'agit de la discipline contenue dans les règlements n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29/04/2004 portant coordination des systèmes de sécurité sociale et du règlement d'application (CE) n°987/2009 en vigueur dans les Etats membres de l'Union européenne à partir du 1^{er} mai 2010⁵. Les principes fondamentaux de la coordination contenus dans cette discipline ont trait à la parité de traitement entre les travailleurs migrants et nationaux, au cumul ou totalisation de tous les périodes utiles aux fins soit de l'*an* que du *quantum* de la tutelle de la prévoyance sociale du citoyen, à la possibilité d'exportation des prestations dans le territoire des États membres, à l'assujettissement à la législation de sécurité sociale d'un seul des États membres, de façon à éviter soit des vides que des duplications dans la couverture de prévoyance sociale du citoyen⁶. Le but de ces principes n'est pas de remplacer la législation de l'État membre mais de coordonner les différents systèmes nationaux de protection sociale afin qu'une personne qui souhaite bénéficier de son droit à la libre circulation ne soit pas pénalisée par rapport à une personne ayant toujours résidé et travaillé dans le même pays⁷. Il reste cependant que ces règles de coordination, aux sens de l'article 1, lettre j) du règlement n. 1408/71(qui reste en

⁵ Depuis 1971, cette discipline de coordination des systèmes de sécurité reposait sur les règlements n°1408/71 et n°574/72. Depuis lors, ils ont fait l'objet de nombreuses modifications pour s'adapter aux évolutions des législations nationales d'une part, et pour intégrer les avancées résultant des arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes d'autre part. Ces modifications ont contribué à la complexité de la discipline européenne de coordination et abouti à l'élaboration des nouveaux règlements n°883/2004 et n°987/2009.

⁶ Pour une analyse de ces principes, nous renvoyons à: P. RODIÈRE, *Traité de droit social de l'Union Européenne*, L.G.D.J, Paris, 2008, 649-655; S. GIUBBONI – G.ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologne, 2007, p. 143 et s ; CORNELISSEN R., *Les quatre principes de la coordination*, Europe sociale, n.3, 1992, p.12

⁷ V. DISTLER K. – ESSERS G., *Guide pour le travailleur mobile européen*, Confédération européenne des Syndicats, 2011, p. 16.

vigueur pour certains aspects), ne s'appliquent pas aux régimes de prévoyance complémentaire⁸, hormis le cas de leur application à ces régimes complémentaires remplaçant les régimes légaux ou bien dans le cas d'une déclaration d'un État membre de vouloir les appliquer⁹.

II – LA CIRCULATION DES DROITS DE RETRAITE COMPLÉMENTAIRE DANS LE MARCHÉ UNIQUE.

Les droits de retraite complémentaire d'un travailleur devraient conserver tout au long de sa carrière un caractère d'unité et de continuité, même en présence de rapports de travail effectués dans différents pays. Au niveau interne des États membres, pour parvenir à cette fin, la transférabilité des droits à pension complémentaire est l'instrument le plus souvent contemplé par diverses dispositions légales et conventionnelles¹⁰. Au niveau communautaire les mesures destinées à améliorer la sauvegarde des droits à pension intégrative sont encore loin de prémunir le travailleur communautaire contre le risque de confiscation de ses droits en matière de retraite professionnelle à l'occasion de son déplacement dans un autre État membre.

Revenant à l'art. 48 du Traité CE, celui-ci prescrit au Parlement européen et au Conseil de l'Union Européenne l'adoption de dispositions dans le domaine de la sécurité sociale, destinées à éliminer tout obstacle à la libre

⁸ Même le nouveau règlement n. 883/2004 n'a apporté aucune innovation sur ce thème de l'applicabilité de la discipline de coordination aux régimes complémentaires. Le sixième considérant se limite à signaler cette problématique non résolue du droit communautaire de la sécurité sociale.

⁹ Un État membre peut appliquer les dispositions du règlement n. 1408/71 aux régimes complémentaires quand il s'agit de "dispositions contractuelles qui servent à l'application d'une obligation d'assurance provenant de lois ou règlements [...] ou qui créent un régime dont la gestion est assurée par la même institution qui administre les régimes institués par des lois ou règlements", v. art. 1, lett. j) et ii) du règlement n. 1408/71. Dans ce sens, les régimes conventionnels Français ARRCO (Association pour le régime de retraite complémentaire des salariés) et AGIRC (Association générale des institutions de retraite des cadres), compte tenu de leurs spécificités, ont été inclus dans la coordination par volonté du gouvernement français, JO C 215 du 28 juil. 1999, p. 1.

¹⁰ En France, v. Accord des partenaires sociaux sur la modernisation du marché du travail conclu le 11 janvier 2008, ASH 2008, n°254, p. 13 ; en Italie l'art 14, alinéa 6 du décret législatif n. 252 de 2005 prévoit un véritable droit du travailleur à la portabilité de ses droits de retraite complémentaire indépendamment de ses problèmes personnels et professionnels.

circulation effective des travailleurs. Ces obstacles peuvent avoir trait à l'éventualité pour un travailleur de voir confisquer les cotisations versées à un organisme de retraite complémentaire suite à son transfert dans un autre État membre ou encore de ne pouvoir jouir des prestations dans son pays de résidence bien qu'ayant complété les années de cotisation dans un autre Etat membre. Il est clair qu'il s'agit d'aspects qui, s'ils ne sont pas adéquatement règlementés, comportent des conséquences négatives sur l'épargne de retraite du travailleur communautaire et peuvent donc constituer par ricochet un frein à l'exercice du droit à la libre circulation reconnu par le TFUE.

En vertu de la discipline contenue dans le règlement n°883/2004¹¹, les régimes légaux de sécurité sociale jouissent, au niveau communautaire, de règles de coordination qui protègent les droits de prévoyance sociale des travailleurs migrants dans le marché unique. Quant aux régimes de prévoyance complémentaire, un pareil système de coordination, de l'avis des institutions de la communauté¹², ne semble pas être le moyen approprié pour atteindre l'objectif d'une position de retraite complémentaire communautaire. Les raisons de cette orientation sont à rechercher dans la réalité multiforme des régimes de retraite complémentaire dans les États membres, laquelle impose une régulation appropriée d'un phénomène spécifique et complexe qui a aussi une incidence sur d'autres secteurs de l'expérience juridique de l'organisation communautaire (droit des assurances, droit du marché financier, pour ne citer que les exemples les plus importants)¹³. Prenant acte de cette diversité et aux fins de la poursuite de l'objectif de la garantie d'une position de prévoyance complémentaire communautaire, une directive

¹¹ JOCE L n. 200, 07.06.2004. Modifié par le règlement CE n. 988 du 16.09.2009 (JOUE L n.284, 30.10.2009) et par le règlement n.465/2012, JOUE L 149, 08.06.2012).

¹² V. COMMISSION EUROPENNE, *Les pensions complémentaires dans le marché unique*, livre vert, 1997, COM(97) 283, p. 17; considérant n. 4 de la directive 98/49/CE du 29.06.1998 relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs subordonnés et autonomes qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté.

¹³ Sont de cet avis P. RODIÈRE, *Traité de droit social de l'Union Européenne*, cit, p. 637 ; S. GIUBBONI – G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, cit., p. 190; mais dans le sens qu'il s'agit d'une orientation discutable, v. G. ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell'Unione Europea*, cit., p. 312.

dans le domaine des régimes de pension complémentaire a été considérée l'instrument plus adapté pour la tutelle des droits à pension intégrative des travailleurs qui se déplacent au sein de l'Union Européenne¹⁴. Le législateur européen a donc adopté la directive 98/49/CE du 29.06.1998 *relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs subordonnés et des travailleurs autonomes qui se déplacent au sein de la Communauté*¹⁵. Elle s'applique indépendamment du fait que le régime de pension complémentaire soit basé sur la capitalisation (*funding*), sur le principe de la répartition (*pay as you go*) ou sur les réserves comptables. En outre, la directive ne s'applique pas seulement aux régimes de pension d'ancienneté, mais aussi à ceux des pensions d'invalidité et de réversibilité (en faveur des survivants). Elle affronte trois ordres de problèmes : la parité de traitement dans le maintien des droits à pension (art. 4), les paiements transfrontaliers (art. 5), les cotisations aux régimes de retraite complémentaire versés par et pour compte des travailleurs détachés (art. 6).

II.1 La parité de traitement dans le maintien des droits à pension

C'est le principe régulateur adopté par la directive. Selon ce principe, les droits à pension acquis par les inscrits à un régime de retraite complémentaire mais qui ne sont plus alimentés par d'autres cotisations à cause du déplacement du titulaire de ces droits d'un État membre à un autre (les « droits dormants ») devraient être conservés dans la même mesure réservée aux inscrits qui ne versent plus de cotisations mais qui restent dans le premier État membre¹⁶. Au moment de l'évaluation de la

¹⁴ Cette préférence pour l'instrument "directive" se retrouve dans le *Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement Européen, au Comité économique et social, et au Comité des Régions sur la mise en œuvre de la directive 98/49/CE relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs subordonnés et des travailleurs autonomes qui se déplacent au sein de la Communauté Européenne*, Bruxelles, 26.01.2006, COM(2006) 22 Final., p. 3.

¹⁵ J.O.U.E. L 209/46 du 25.07.1998.

¹⁶ Sur ce point, v. S. GIUBBONI – G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, cit, p. 190 – 191, lesquels, toutefois, relèvent la faiblesse et l'inadéquation de l'instrument pour assurer une réelle liberté de circulation des positions de retraite complémentaire dans le marché commun.

mise en œuvre de la directive, certains États membres ont soutenu qu'il n'était pas nécessaire d'adopter des mesures spécifiques pour respecter l'article 4 sur la parité de traitement dans le maintien des droits à pension. Le motif invoqué plus souvent par les gouvernements de ces États membres pour justifier pareille affirmation est que le cadre législatif existant ou les accords collectifs qui règlementent la tutelle des droits acquis ne font pas de distinction entre les travailleurs qui restent dans un État membre et ceux qui se déplacent dans un autre État membre¹⁷. D'autres États membres par contre ont élaboré une réglementation spécifique dans le but de garantir que ces mêmes principes de sauvegarde des droits à pension s'appliquent de la même façon si le titulaire des droits se déplace dans un autre État membre. Ce type de prescription spécifique se trouve dans la législation des pays suivants : France, Allemagne, Grèce, Irlande, Lettonie, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume Uni et Norvège. Dans ces États, deux techniques législatives différentes ont été employées : tandis que la France, l'Irlande et le Royaume Uni ont décidé d'introduire une interdiction de normes non conformes aux dispositions de la directive, les autres États membres ont préféré adopter une discipline positive devant garantir la parité de traitement¹⁸. L'impact de la directive sur l'aspect de la parité de traitement semble donc être limité, étant donné que les États membres ont signalé que, sur ce point, la non discrimination était déjà garantie dans leurs législations.

II.2 Les paiements transfrontaliers

Le thème des paiements transfrontaliers dont il est question à l'art. 5 de la directive 98/49/CE renvoie à celui de la possibilité d'exportation des prestations de prévoyance. La directive engage les États membres à assurer que leurs régimes de pension paient aux inscrits, ainsi qu'à leurs

¹⁷ V. sur ce point, *Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social, et au Comité des Régions sur la mise en œuvre de la Directive 98/49/CE*, cit, p. 5.

¹⁸ V. *Rapport de la Commission sur la mise œuvre de la directive 98/49/CE*, cit, 5.

ayants droit au titre de ces régimes, toutes les prestations dues en vertu de ces régimes, au net des impôts et des commissions de transaction éventuellement applicables. Le législateur communautaire invite, en d'autres termes, les États membres à l'application du principe de révocation des clauses de résidence qui réalise la « coordination » à travers une dérogation au principe de territorialité des législations nationales¹⁹. En vertu de ce principe (fixé par l'article 7 du règlement n. 883/2004/CE), toutes les prestations monétaires périodiques, déjà acquises ou en voie d'acquisition comme les pensions ou les rentes (mais à certaines conditions, même les prestations de maladie, maternité, de chômage), dues en vertu de la législation d'un État membre, ne peuvent être réduites, modifiées, suspendues, confisquées ou révoquées pour le seul fait que le bénéficiaire ou les membres de sa famille aient ou transfèrent leur résidence dans un autre pays membre, différent de celui dans lequel ils ont travaillé (et/ou cotisé) et se trouve l'organisme débiteur ; là où cela est, vice versa, prévu par une loi nationale, celle-ci cède le pas à la norme communautaire, et la clause de résidence est considérée comme non écrite. Divers États membres (Finlande, France, Grèce, Irlande, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Portugal, Slovénie et Royaume Uni) et la Norvège ont mis en œuvre une prescription spécifique dans leur législation selon laquelle le versement des prestations susmentionnées doit être effectué aux ayants droits qui se sont déplacés dans un autre État membre. Les pays qui n'ont pas adopté de mesures spécifiques ont déclaré que leurs dispositions législatives ou leurs accords collectifs étaient déjà conformes aux prescriptions de l'article 5 de la directive 98/49/CE²⁰.

Pour ce qui a trait spécifiquement aux prestations de retraite complémentaire, l'expatriation d'une personne créditrice apparaît ne pas

¹⁹ V. M. CINELLI, *Stato sociale e ordinamento comunitario: principi generali*, in M. BESSONE – F. CARINCI, *La previdenza complementare*, IV, in *Diritto del lavoro*. Commentario diretto da F. Carinci, Utet, Turin, 2004, , p. 49; G. ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell'Unione Europea*, cit., 334-335.

²⁰ V. *Rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la directive 98/49/CE*, cit, 6.

être, de prime abord, un obstacle de nature à empêcher à l'organisme de prévoyance complémentaire de fournir la prestation résultante du contrat conclu avec l'adhérent. Mais la prise en compte des différences dans les législations fiscales des États membres peut être un frein pour les mouvements de capitaux, liberté garantie par le TFUE à l'article 63 (ex-art 56 TCE). Le chantier de la cohésion fiscale se révèle donc un des défis plus importants dans le processus de construction d'une position de retraite complémentaire communautaire et pour l'avènement d'un marché unique des retraites complémentaires²¹.

II.3 Détachement du travailleur et cotisation aux organismes de prévoyance complémentaire.

La discipline dictée par la directive 98/49/CE en matière de détachement du travailleur semble plus incisive. D'emblée le douzième considérant de la directive s'occupe spécifiquement de la condition des travailleurs en détachement, considérant comme faisant partie de cette catégorie ces travailleurs d'une entreprise autorisée dans un État membre et qui sont déplacés temporairement dans un autre État membre pour y effectuer une prestation de services: ces travailleurs devraient avoir la possibilité de continuer à verser les cotisations aux organismes de prévoyance complémentaire où ils sont inscrits malgré leur détachement dans un autre État membre de la Communauté. Cette orientation du douzième considérant est confirmée par l'article 6 de la directive 98/49/CE qui dispose la continuation de la cotisation auprès de l'organisme de prévoyance complémentaire dont le travailleur détaché est adhérent et qui a son siège dans un autre État membre de la Communauté (alinéa 1). Toujours dans le but de protéger la position de prévoyance complémentaire du travailleur détaché (et faciliter aussi la liberté de circulation des travailleurs), le travailleur et – éventuellement – son

²¹ Pour un examen de la problématique fiscale, nous renvoyons au paragraphe suivant (§III).

employeur²² sont exonérés de toute autre obligation de verser des cotisations à un régime de retraite complémentaire dans l'État membre de détachement lorsque, en application de la prévision de l'alinéa 1 de l'article 6, ces cotisations continuent à être versées dans un régime de prévoyance complémentaire dans l'État membre d'origine. Il s'agit, à bien regarder, d'une application de l'interdiction de double cotisation, avec l'avantage que ni le travailleur ni son employeur devront supporter d'autres charges financières sous forme de cotisations supplémentaires, en dehors de celles initiales, à l'occasion du détachement. Par rapport à l'application de l'article 6 dans les États membres, certains d'entre eux ont déclaré de ne pas retenir nécessaire l'adoption de mesures spécifiques permettant de continuer le versement des cotisations pendant le détachement, puisque, selon ces États, pendant le détachement les contrats et les accords collectifs relatifs aux régimes de pension intégrative de l'État membre d'origine continuent à être appliqués²³. D'autres États membres (France, Grèce, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Portugal, Suède, Royaume Uni et Norvège) ont adopté des mesures spécifiques pour garantir la continuité des paiements des cotisations pendant le détachement²⁴. Enfin, tandis qu'en Grèce le droit de continuer les versements des cotisations pendant le détachement doit être revendiqué dans un délai de trente jours à partir de la réception de l'avis de notification du détachement par le travailleur, dans les autres États cités plus haut, il n'y a pas de limites spécifiques pour l'exercice dudit droit. Et encore, les législations du Luxembourg et de la Suède prévoient non seulement la possibilité, mais aussi l'obligation de continuer les versements pendant la période de détachement²⁵.

²² On fait allusion à tous les cas où, en fonction des dispositions légales et des accords collectifs, la cotisation de l'employeur concourt, en plus de celle du travailleur lui-même, à alimenter le compte de retraite complémentaire du travailleur.

²³ V. Rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la directive 98/49/CE, cit, 7.

²⁴ V. Rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la directive 98/49/CE, cit, 7.

²⁵ V. Rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la directive 98/49/CE, cit, 7.

III – CIRCULATION DES DROITS DE RETRAITE COMPLÉMENTAIRE ET DIMENSION FISCALE

Le thème de la taxation de la prévoyance complémentaire constitue encore un des principaux obstacles vers le processus de circulation des droits de prévoyance complémentaire dans le marché unique. Les questions fiscales liées à la prévoyance complémentaire peuvent être un frein à la réalisation de la liberté de circulation des travailleurs établie par le TFUE pour au moins deux motifs : d'abord les différences entre les systèmes fiscaux en vigueur dans les États membres sur le plan des régimes de pension peuvent générer des phénomènes de double imposition susceptibles de représenter un frein à la liberté de circulation transfrontalière des travailleurs, et ensuite certains États membres adoptent un traitement discriminatoire sous le profil fiscal envers certains organismes de pension ayant le siège dans un autre État membre. Dans ce dernier cas de figure, la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) a eu l'occasion de donner un éclairage dans l'affaire Bachmann²⁶. Dans cette sentence, la CJCE a affirmé que la législation belge, laquelle subordonnait la déductibilité des cotisations de pension et d'assurance sur la vie à la condition que celles-ci soient versées à un organisme ayant siège en Belgique ou aux établissements belges d'entreprises étrangères était, en principe, contraire aux articles 48 et 59 du TCE ²⁷(voir maintenant les articles 54 et 66 du TFUE), sauf éventuelles justifications dérogatoires²⁸. Cette condition risque en effet de jouer en

²⁶CJCE, 28 janv. 1992, Bachmann C-204/90, Rec. P.I-249 ; Dr. Fisc. 1992, n. 29, comm. 1503, note de E. Kornprobst.

²⁷ « Les articles 48 et 59 du Traité CEE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que la législation fiscale d'un Etat membre prévoit que les cotisations d'assurance contre la maladie et l'invalidité ou contre la vieillesse et le décès ne sont déductibles du revenu imposable d'un travailleur que si elles sont versées à une entreprise d'assurances établie sur le territoire de cet Etat membre » , CJCE, 28 janv. 1992, Bachmann, C-204/90, p. I-249, concl. J. Mischo.

²⁸ « Cette restriction n'est pas justifiée par l'efficacité des contrôles fiscaux, car les autorités fiscales concernées pourraient exiger du contribuable la preuve des versements et refuser la déduction en cas de défaut de preuve. Mais la restriction est justifiée par la nécessité de garantir la cohérence du régime fiscal, qui repose sur un lien entre la déductibilité des cotisations et l'imposition des sommes dues par les assureurs», v. P. DEROUIN - P. MARTIN, Droit communautaire et fiscalité, LexisNexis Litec, Paris, 2008, p. 162.

particulier au détriment de travailleurs ressortissants d'autres États membres ayant exercé une activité professionnelle dans un premier État membre et qui, occupant par la suite un emploi dans un second État membre, conservent les contrats d'assurance souscrits auprès d'assureurs établis dans le premier État membre. Par rapport à la nécessité de protéger l'épargne de la prévoyance, il est évident que ces situations peuvent comporter des conséquences néfastes sur le montant des droits de pension complémentaire : dans le cas de la double imposition, on assisterait sûrement à une soustraction majeure de ressources financières qui à son tour aurait des répercussions sur le montant final de la prestation de pension complémentaire. D'où l'intérêt croissant du législateur communautaire sur la matière de la fiscalité dans la prévoyance complémentaire comme obstacle à la libre circulation des travailleurs dans le marché interne et à la réalisation d'un marché unique des pensions complémentaires²⁹.

Les systèmes de taxation de la prévoyance complémentaire utilisés par les États membres prévoient les formules de taxation suivantes : EET (Exemption des cotisations de l'imposition, Exemption des rendements financiers des investissements et Taxation des prestations fournies), ETE (Exemption des cotisations, Taxation des rendements financiers, Exemption des prestations), TEE où sont taxées seulement les cotisations et ETT, où sont taxés soit les rendements des investissements financiers que les prestations³⁰. La majorité des États membres (onze)³¹ utilise le

²⁹ La Commission européenne soulignait déjà en 1996 la nécessité de repositionner la politique fiscale dans le contexte des défis majeurs auxquels l'Union européenne doit se confronter, voir *Rapport du 22.10.1996 de la Commission sur l'évolution des systèmes fiscaux dans l'UE*, COM(96) 546 final; cinq ans après, v. COMMISSION EUROPEENNE, Communication au Conseil, au Parlement Européen et au Comité Economique et social: *L'élimination des obstacles fiscaux aux paiements transfrontaliers des pensions d'entreprise ou professionnels*, Bruxelles, 19.04.2001, COM(2001) 214 final.

³⁰ Dans la fiscalité internationale, les spécialistes des régimes d'imposition des systèmes de prévoyance, dans le but de mettre en évidence les modalités de taxation des pensions, analysent le traitement fiscal considérant les trois moments principaux d'un plan de retraite: la cotisation, l'éventuel rendement financier des investissements et les prestations de retraite fournies. Sur ce point, v. I. CHERUBINI, *La previdenza complementare nei principali Stati dell'Unione Europea: aspetti di disciplina fiscale*, Rivista di Previdenza pubblica e privata, Milan, n.3, 2001, p. 170; voir aussi, E.

système appelé « EET », trois États membres (Danemark, Italie, Suède) utilise le système « ETT », tandis deux autres États membres (Allemagne et Luxembourg) appliquent le système « TEE ». Les différences entre les régimes fiscaux peuvent conduire à des distorsions sur le plan de l'imposition. À titre d'exemple, si un travailleur effectue sa carrière professionnelle dans un État membre qui adopte le système TEE et, après la retraite, établit sa résidence dans un autre État membre qui applique plutôt le système EET, son épargne sera l'objet d'une double imposition tandis que si ce travailleur effectue le parcours inverse, on aura une double exemption. La double imposition ou la double exemption, dans ce cas, sont exemples révélateurs de l'importance du profil fiscal pour la mobilité transfrontalière du travail et des prestations liées à la retraite, en particulier pour la tutelle du montant final de la prestation de prévoyance complémentaire, si on tient compte de la double soustraction de ressources qui se vérifie dans le cas de la double imposition.

Puisque la majorité des États membres adopte le système EET, la solution pourrait être celle de l'étendre aux autres États membres. D'ailleurs, c'est la voie indiquée par la Commission européenne, laquelle manifeste une nette préférence pour ce schéma³² et ceci aussi pour d'autres motifs : grâce au renvoi du paiement de l'impôt sur les cotisations versées, le système EET encourage le développement de formes de prévoyance complémentaire et contribue à faire face au problème du vieillissement démographique de la population en réduisant les recettes fiscales actuelles au profit de majeures recettes fiscales dans le futur, lorsque l'indice de dépendance démographique sera moins favorable.

Par ailleurs, bien que souhaitant une plus ample diffusion du système EET, le législateur communautaire ne manque pas d'indiquer d'autres solutions

FORNERO, *L'economia dei fondi pensione. Potenzialità e limiti della previdenza privata in Italia*, Il Mulino, Bologne, 1999, p. 80 et s.

³¹ Belgique, Allemagne,, Grèce, Espagne, France, Irlande, Pays-Bas, Autriche, Portugal, Finlande, Royaume Uni.

³² Voir Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen et au Comité Economique et Social: *L'élimination des obstacles fiscaux aux paiements transfrontaliers de pensions d'entreprise ou professionnelles*, cit, p. 20.

à explorer, parmi lesquelles : en premier lieu, l'adoption de mesures pratiques destinées à faciliter la cohabitation de systèmes différents à travers solutions mises en œuvre au niveau unilatéral ou bilatéral. Dans cet ordre d'idées, les États membres pourraient prévoir des mécanismes comme le suivant : une pension obtenue dans un État A et payée à un résident dans l'État B peut être taxée dans l'État B à condition que ce dernier applique les exemptions prévues dans l'État A dont bénéficierait le citoyen titulaire de la pension s'il y résidait encore. En d'autres termes, un travailleur d'un État qui applique le système TEE et qui au moment de prendre sa retraite s'établit dans un État appliquant le système EET ne serait pas taxé, puisque sa retraite aurait été non imposable dans son État de provenance³³ ; en second lieu, l'échange d'informations sur les prestations fournies par les organismes de pension aux résidents d'un autre État membre. Cet échange permettrait aux États membres de vérifier le respect des obligations fiscales de la part des propres citoyens résidents et faciliterait le recouvrement des taxes à ces États membres qui exercent des droits de taxation à la source. Le cadre d'une assistance mutuelle des autorités des États membres dans le domaine des impôts existe avec la directive sur l'échange d'information du 19.12.1977³⁴; en troisième lieu, la création d'organismes de pension paneuropéens³⁵ . C'est une proposition qui vise à permettre aux employés des sociétés multinationales de réaliser leur plan de retraite avec le même fonds de retraite indépendamment du pays dans lequel ceux-ci travaillent. Le principe fondamental de cette proposition est que les États membres pourraient conserver leur système de taxation des régimes de retraite

³³ Voir, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen et au Comité Economique et Social: *L'élimination des obstacles fiscaux aux paiements transfrontaliers de pensions d'entreprise ou professionnelles*, cit, 20-21.

³⁴ Directive 77/799/CEE du Conseil du 19.12.1997 relative à la réciproque assistance entre les autorités compétentes des Etats membres dans le secteur des impôts directs et indirects (J.O. L. 336 du 27.12.1977).

³⁵ Voir "An European Institution for Occupational Retirement Provision – EIORP – A single license to enable Multi-nationals to pool their pension liabilities and assets on a tax neutral basis", European Federation for Retirement Provision, juillet 2000.

complémentaire pour leurs propres citoyens résidents³⁶. Pratiquement, l'organisme de retraite paneuropéen ayant son siège dans un des États membres aurait des sections dans les autres États membres, chacune d'elles étant conforme aux conditions et normes fiscales et de la sécurité sociale de l'État où l'adhérent travaille. Une personne, employée auprès d'une multinationale, mais qui doit continuer son activité professionnelle dans un autre État membre, continuerait à verser ses cotisations au même organisme de pension paneuropéen, mais à une section différente (celle de l'État membre où cette personne travaille). Le transfert d'une section à une autre des droits acquis ne serait pas nécessaire : après la retraite, le travailleur recevrait les prestations de chacune section nationale, en fonction des droits acquis dans le cadre des normes nationales applicables à cette section.

IV- AMÉLIORATION DU TRANSFERT DES DROITS À LA PENSION COMPLÉMENTAIRE : DES INTÉRÊTS ANTAGONISTES

La Commission Européenne – prenant conscience que la directive 98/49/CE était seulement un premier pas (la directive elle-même l'affirme au quatrième considérant) et qu'il existe encore beaucoup d'obstacles qui empêchent la mobilité des droits à la pension complémentaire³⁷ - a présenté le 20.10.2005 et le 09.10.2007 deux propositions de directives³⁸ pour améliorer le transfert des droits à la pension complémentaire. Le premier essai d'amélioration du cadre législatif de la mobilité des droits à la pension complémentaire se concrétise donc dans la proposition de directive du 20.10.2005³⁹. Ce texte contient un certain nombre de solutions au déficit de tutelle dont souffre la directive n.98/49 du

³⁶ Voir sur ce point, l'Avis du Comité Economique et Social au sujet de la Communication de la Commission sur l'élimination des obstacles fiscaux aux paiements transfrontalier de pensions d'entreprise ou professionnelles, 2002/C 36/12, in JOCE, C 36 du 08.02.2002.

³⁷ Voir Rapport sur la mise en œuvre de la directive 98/49/CE, op. cit., 11.

³⁸ Voir *Propositions de directives du Parlement Européen et du Conseil relative à l'amélioration du transfert des droits à la pension complémentaire*, COM(2005) 507 final et COM(2007) 603 final.

³⁹ V. Proposition de directive du Parlement Européen et du Conseil relative à l'amélioration du transfert des droits à la pension complémentaire, COM(2005) 507 final.

29.06.1998⁴⁰ : il prévoit la revalorisation des « droits dormants » et surtout la possibilité de « porter » ces droits dans un nouveau fonds de pension en cas de mobilité professionnelle interne ou dans un autre État membre. Elle s'occupe aussi des « périodes de stage » nécessaires avant l'acquisition des droits (« vesting periods ») et des conditions d'âge minimum d'adhésion les fixant respectivement à deux et vingt-un ans. La deuxième tentative d'amélioration du cadre législatif du droit de la mobilité des pensions professionnelles débouche sur l'adoption de la proposition du 09.10.2007⁴¹. Cette proposition de directive est synonyme de régression par rapport aux bonnes intentions contenues dans la proposition de 2005. Elle est le fruit de diverses concessions faites aux acteurs économiques ayant des intérêts dans la gestion de l'épargne retraite de la prévoyance complémentaire⁴². Parmi ces acteurs on peut citer d'abord les entreprises d'assurance qui ne voient pas d'un bon œil la transférabilité des « droits dormants », compte tenu de leur caractère lucratif. Dans ce processus d'accaparement des juteux bénéfices générés par l'épargne retraite, on retrouve aussi les États membres qui ne veulent pas renoncer aux recettes fiscales prélevées sur les placements de ces fonds. Le cadre ne saurait être complet sans citer les employeurs qui redoutent l'éventualité que des charges supplémentaires puissent peser sur leurs bilans. En somme, une foire d'empoigne où le travailleur communautaire reste le parent pauvre. Le résultat obtenu par le législateur européen, après avoir satisfait aux égoïsmes sus-évoqués, est une proposition de directive au rabais, vidée de son noyau essentiel de tutelles pour l'épargne retraite professionnelle. En clair, toute idée de portabilité des droits est abandonnée, l'âge minimum d'adhésion est porté de 21 à 25 ans, la « période de stage » passe de 2 à 3 ans.

⁴⁰ V. H. Lourdelle, Le développement des régimes de pensions complémentaires européens, R.D. Sant. Soc. 2008, p.32.

⁴¹ V. Proposition de directive du Parlement Européen et du Conseil relative à l'amélioration du transfert des droits à la pension complémentaire, COM(2007) 603 final.

⁴² Cf. H. Lourdelle, cit., 32-33.

Après plus de cinq ans de l'adoption de cette dernière proposition de directive, elle ne s'est toujours pas traduite en une directive. La portabilité des droits à pension complémentaire à l'occasion du déplacement du travailleur dans la communauté reste donc problématique et le travailleur continue d'être dans l'impossibilité de « porter » avec lui les cotisations versées à un autre fonds de pension lors de son déplacement dans un autre État membre. En 2012 la Commission européenne a annoncé son intention de relancer ces chantiers⁴³, conformément aux prescriptions du TFUE aux articles 9 (prise en compte des exigences liées à la garantie d'une protection sociale adéquate dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques) et 153 (soutenir et compléter l'action des États membres dans le domaine de la protection sociale). Dans cette perspective, on ne peut que souhaiter une implication plus décisive des organisations représentatives des intérêts des travailleurs communautaires dans ce processus législatif, avec l'objectif de parvenir à une consécration de la transférabilité des « droits dormants » des régimes de retraites professionnelles dans l'Union européenne.

⁴³ V. COMMISSION EUROPÉENNE, Livre Blanc, Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables, Bruxelles 16.02.2012, COM(2012) 55 Final.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- ARRIGO G., *Il diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milan, 1998;
- CINELLI M., *Stato sociale e ordinamento comunitario: principi generali*, in M. BESSONE M. – CARINCI F., *La previdenza complementare*, IV, in *Diritto del lavoro. Commentario diretto da F. Carinci*, Utet, Turin, 2004;
- CHERUBINI I., *La previdenza complementare nei principali Stati dell'Unione Europea: aspetti di disciplina fiscale*, *Rivista di Previdenza pubblica e privata*, Milan, n.3, 2001, p. 170;
- COMMISSION EUROPÉENNE, Livre Blanc, Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables, Bruxelles 16.02.2012, COM(2012) 55 Final ;
- COMMISSION EUROPÉENNE, Communication au Conseil, au Parlement Européen et au Comité Economique et social: L'élimination des obstacles fiscaux aux paiements transfrontaliers des pensions d'entreprise ou professionnels, Bruxelles, 19.04.2001, COM(2001) 214 final ;
- COMMISSION EUROPÉENNE, Les pensions complémentaires dans le marché unique, livre vert, 1997, COM(97) 283;
- COMMISSION EUROPÉENNE, Proposition de directive du Parlement Européen et du Conseil relative à l'amélioration du transfert des droits à la pension complémentaire, COM(2005) 507 final ;
- COMMISSION EUROPÉENNE, Proposition de directive du Parlement Européen et du Conseil relative à l'amélioration du transfert des droits à la pension complémentaire, COM(2007) 603 final ;
- COMMISSION EUROPÉENNE, Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement Européen, au Comité économique et social, et au Comité des Régions sur la mise en œuvre de la directive 98/49/CE relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs subordonnés et des travailleurs autonomes qui se déplacent au sein de la Communauté Européenne, Bruxelles, 26.01.2006, COM(2006) 22 Final;
- CORNELISSEN R., Les quatre principes de la coordination, *Europe sociale*, n.3, 1992, p.12 ;
- DEROUIN P. - MARTIN P., *Droit communautaire et fiscalité*, LexisNexis Litec, Paris, 2008, p. 162 ;

- DISTLER K. – ESSERS G., Guide pour le travailleur mobile européen, Confédération européenne des Syndicats, 2011, p. 16.

- EUROPEAN FEDERATION FOR RETIREMENT PROVISION, An European Institution for Occupational Retirement Provision – EIORP – A single license to enable Multi-nationals to pool their pension liabilities and assets on a tax neutral basis”, juillet 2000.

- FORNERO E., *L'economia dei fondi pensione. Potenzialità e limiti della previdenza privata in Italia*, Il Mulino, Bologne, 1999, p. 80 et s;

- GIUBBONI S. - ORLANDINI G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologne, 2007, p. 143 et s.;

- LOURDELLE H., Le développement des régimes de pensions complémentaires européens, R.D. Sant. Soc. 2008, p.32 ;

- RODIÈRE P., *Traité de droit social de l'Union Européenne*, L.G.D.J, Paris, 2008, 649-655.