

# Libre circulation et transfert des droits de sécurité sociale

Droits de pension et règles de coordination de la CE sur la  
législation applicable en fonction de l'évolution des  
mouvements migratoires et du marché du travail

**Ann Numhauser-Henning**

**Professeur de Droit Civil à la Faculté de Droit, Université de  
Lund, Suède. Chef du Programme de Recherche Norma  
(Développement normatif dans la dimension sociale)**



# Index

1.	Introduction .....	191
2.	Mobilité et Migration .....	195
3.	Régimes des pensions et sécurité sociale/emploi durable .....	197
3.1	Considérations d'ordre général .....	197
3.2	Régimes de pensions, emploi viable et travailleurs plus âgés .....	202
3.3	Régimes de pensions, emploi viable et travailleurs femmes .....	205
3.4	Régimes de pensions, cohésion sociale viable et protection de base .....	209
4.	Règles de coordination de la CE sur la législation applicable et la mobilité .....	210
4.1	Considérations d'ordre général .....	210
4.2	Le travailleur migrant traditionnel .....	214
4.3	Le travailleur migrant flexible .....	216
4.4	Le migrant transfrontières journalier/travailleur frontalier .....	218
4.5	Le travailleur migrant cadre pan-européen .....	219
5.	Conclusions .....	221
	Bibliographie .....	228
	Notes .....	231



# Libre circulation et transfert des droits de sécurité sociale

Droits de pension et règles de coordination de la CE sur la législation applicable en fonction de l'évolution des mouvements migratoires et du marché du travail

Ann Numhauser-Henning

## 1. Introduction

L'objectif spécifique du présent document est d'examiner les règles du Règlement (CEE) No. 1408/71 sur l'application des régimes de sécurité sociale – tout particulièrement les régimes de pensions – pour les personnes employées, les travailleurs indépendants et les membres de leurs familles se déplaçant au sein de la Communauté et quelle est la relation de ces règles par rapport aux besoins du marché du travail et à la structure des mouvements migratoires courants. J'examinerai également les régimes de pensions nationaux et toute réforme apportée aux dits régimes en fonction de l'évolution du marché du travail et d'un emploi durable. Toutefois, il ne s'agit pas ici d'un 'Rapport européen' dans le vrai sens du terme, vu qu'il ne se base pas sur un jeu de rapports nationaux. Il s'agit plutôt d'une approche 'empirique'. Les Rapports Nationaux – prévus pour septembre 2002 – fourniront sous peu des renseignements détaillés sur les régimes de pensions nationaux dans les différents Etats membres dans le cadre du 'Processus des Pensions' adopté par le Conseil en décembre 2001 et avalisé lors du sommet de Laeken en décembre 2001. Les règles de coordination seront abordées lors de la mise à jour du Règlement No. 1408/71 dans le but d'arriver à un nouveau règlement dès la fin 2003.<sup>1</sup>

Au début, le Règlement No. 1408/71 a été introduit en tant que mesure nécessaire afin de garantir la libre circulation des travailleurs, une des quatre 'libertés' au cœur même de la Communauté et du marché unique. Depuis, on a assisté à bien des changements en ce qui concerne les marchés du travail et de l'intégration européenne.<sup>2</sup> L'Union européenne (UE) a élargi ses ambitions – non seulement sur le plan économique mais également sur le plan de l'intégration sociale, laquelle est maintenant au cœur même de la politique européenne afin de lutter contre la pauvreté et la marginalisation sociale et promouvoir la cohésion économique et sociale.

Mon point de départ est que le marché du travail et le système de sécurité sociale sont deux systèmes interactifs, le marché du travail étant le système dominant. La fonction de base de la sécurité sociale est de combler le vide au niveau de l'entretien inhérent à l'ordre du marché du travail. Le marché du travail moderne ne peut pas fonctionner en tant qu'ordre social pour la distribution des ressources sans un système de distribution supplémentaire qui garanti un entretien raisonnable des

personnes qui – soit pour de longues périodes de temps soit pour de courtes périodes de temps – ne peuvent gagner leur vie sur le marché du travail. Donc, il existe une relation d'interdépendance entre les deux systèmes. Toute modification du système primaire affectera la sécurité sociale d'une façon ou d'une autre. Toutefois, l'influence peut également aller dans l'autre sens. La façon dont la sécurité sociale est structurée affecte à la fois le marché du travail et la famille. C'est donc une bonne raison pour examiner les régimes de pensions et les règles de coordination qui concernent lesdits régimes. Le marché du travail est une structure dynamique qui a subi des transformations et des changements fondamentaux au cours des deux dernières décades. La sécurité sociale est contrainte de réagir à ces changements qui découlent de la structure du marché du travail dominant et, toute réticence à s'adapter risque d'affecter les développements européens de manière défavorable, aussi bien au niveau des Etats membres qu'au niveau de l'Union.

Au cours des décades qui ont suivi la Deuxième Guerre Mondiale, le marché du travail s'est caractérisé par les conditions suivantes. Le système de distribution primaire, soit le travail et les salaires, comprenait – en gros – l'ensemble de la population dans les groupes d'âge actif. Il n'y avait pas d'exclusion de certains groupes, que ce soit à long terme ou à titre permanent. Les gens, du moins les hommes, étaient dans des emplois lucratifs pendant la plus grande partie de leur vie. Ils sont entrés dans la vie active après avoir quitté l'école et ils ont continué à travailler jusqu'à un âge où il n'était plus raisonnable d'exiger qu'ils continuent à travailler. Le reste de leur vie était plutôt court. L'emploi type consistait en un emploi à plein temps pendant une période indéfinie de temps. La carrière type était une carrière dans la même profession ou métier sans interruption pour s'adonner à d'autres activités. L'entité d'entretien de base était la famille. La famille consistant en un soutien de famille mâle et son épouse qui avait cessé de travailler hors de chez elle après le mariage. Le salaire, plus les prestations sociales basées sur les revenus antérieurs, fournissait un niveau de revenu satisfaisant pour tout ménage 'normal'.

Désormais tout ceci a changé. Ces changements sont dus aux changements survenus dans les systèmes fondamentaux, les deux changements dans le secteur de la production, la nouvelle économie, la société fondée sur le savoir, la mondialisation et une concurrence plus serrée, ainsi que les changements survenus au niveau de la structure familiale et de la démographie.

La sécurité sociale ne peut plus se baser sur l'hypothèse qu'il y a 'plein emploi' mais doit apprendre à faire face à l'inaptitude au travail et au risque de marginalisation. La marginalisation continue des personnes âgées et l'évolution démographique vers une baisse de la natalité et une espérance de vie plus longue ont transformé les régimes de pensions de vieillesse – dont beaucoup ne sont plus viables. Le procédé décrit comme étant la 'flexibilisation' de la vie active force la sécurité sociale à s'adapter aux nouvelles formes d'emploi, y compris le travail indépendant, et à des carrières actives<sup>3</sup> bien plus hétérogènes. Suite à une participation accrue des femmes sur le marché du travail et aux nouvelles structures familiales, la sécurité sociale ne peut plus se baser sur un soutien de famille mâle et un emploi 'mâle'. Il y a désormais de nouveaux types de ménages dont le salaire et les prestations versées par la sécurité sociale ne suffisent pas pour atteindre un niveau de vie adéquat – telles les femmes âgées sans conjoint ne bénéficiant pas d'une pension proportionnelle aux revenus. Avec Sarfati et Bonoli nous pouvons dire que 'Les institutions de protection sociale dont nous avons hérité étaient effectives dans le contexte socio-économique d'avant la guerre mais

semblent bien moins adéquates pour faire face aux problèmes et aux défis d'aujourd'hui'.<sup>4</sup>

Au début décembre 1996, la Déclaration de l'Emploi du Conseil européen de Dublin a souligné la nécessité de créer des régimes de sécurité sociale plus favorables à l'emploi en mettant au point des régimes de protection sociale capables de s'adapter aux nouvelles formes de travail et conférant une protection appropriée aux personnes y participant.

Lors du Conseil européen de Lisbonne en mars 2000, la promotion d'une société fondée sur le savoir a été acceptée comme étant une condition clé de la concurrence et de la croissance au sein d'une économie mondiale. L'Union s'est engagée à atteindre 'le nouvel objectif stratégique pour la décennie à venir : devenir l'économie du savoir la plus compétitive et la plus dynamique du monde, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale'. On peut décrire la stratégie comme étant la stratégie destinée à aider l'Europe à retrouver des conditions de plein emploi ; de manière similaire à la politique précisée à Dublin, elle considère que les objectifs économiques, de l'emploi et sociaux sont interdépendants et se renforçant l'un l'autre. Plus tard, à Stockholm au printemps 2001, cette stratégie a été concrétisée et complétée d'une dimension environnementale en vue d'un *développement soutenu* total au sein de l'Union.<sup>5</sup> Au sommet de Barcelone en mars 2002, les progrès de la stratégie de Lisbonne réalisés au cours des deux premières années ont été examinés et évalués.

En ce qui concerne l'emploi, l'objectif de Lisbonne fixé pour l'Union est d'atteindre un taux d'emploi de 70% dès 2010. Des objectifs spéciaux avaient été fixés en ce qui concerne les femmes – un taux d'activité de 60% dès 2010 – et pour les travailleurs plus âgés – un taux d'activité de 50% dès 2010. Ceci implique des efforts spéciaux afin d'encourager les travailleurs plus âgés à rester actifs. Selon le rapport de la Commission 'Accroissement de la participation de la population active et promotion du vieillissement actif', l'objectif global doit être de 's'assurer que les générations actives présentes et futures restent actives au fur et à mesure qu'elles vieillissent ; d'attirer une grande partie de ceux qui sont actuellement inactifs mais capables de travailler, tout particulièrement les femmes, sur le marché du travail sur une base durable ; et, de maintenir la participation des travailleurs plus âgés d'aujourd'hui ; ceux de plus de 50 ans étant les plus susceptibles de prendre une retraite anticipée'. Les Etats membres sont encouragés à adopter une approche cycle de vie dynamique et de faire en sorte que le travail soit rentable, entre autres en réduisant tout encouragement à la retraite anticipée et en introduisant des formules de retraite souples et progressives afin de permettre aux travailleurs plus âgés de rester sur le marché du travail.<sup>6</sup> Cette stratégie d'un *emploi durable* implique également des mesures pour le développement continu des compétences et des qualifications, c.-à-d l'employabilité.

La stratégie comporte également l'élimination de la pauvreté. La perception des tendances en matière de pauvreté et d'exclusion sociale varie en fonction des Etats membres. On est concerné par la proportion toujours élevée – estimée à environ 18% en février 2002<sup>7</sup> – de personnes à faible revenu susceptibles de tomber dans la pauvreté ; un 'Processus d'Intégration Sociale' avec des Plans d'Action Nationaux visant à la publication d'un rapport conjoint sur l'Exclusion Sociale selon la méthode de coordination ouverte (déjà utilisée dans le domaine de la politique économique et de l'emploi) a été lancé. Les systèmes de sécurité sociale

sont, bien sûr, cruciaux lorsqu'il s'agit d'une *cohésion sociale soutenue*. Afin de garantir l'adéquation des systèmes de pensions, tel que déjà indiqué ci-dessus, la méthode de coordination ouverte a également été élargie afin de couvrir les stratégies de réforme dans les Etats membres dans le but d'atteindre de manière soutenue les objectifs sociaux et financiers, conformément aux objectifs adoptés à Laeken.<sup>8</sup> Plus tard, lors du sommet de Barcelone, le Conseil (Emploi et Politique Sociale) a précisé que l'objectif était de 'protéger la capacité des systèmes à atteindre leurs objectifs sociaux, tout en garantissant la viabilité financière et en adaptant leur capacité à satisfaire aux nouveaux besoins de la société '. Dans ce contexte nous pouvons parler de *systèmes de pensions soutenus* à long terme.

De plus, lors du sommet de Barcelone en mars 2002, le Conseil européen s'est déclaré satisfait du Plan d'Action de la Commission pour les Compétences et la Mobilité.<sup>9</sup> Le Plan d'Action souligne la *fonction clé pour le développement économique et social européen de l'augmentation de la mobilité géographique et professionnelle* au sein de l'UE. Le plan se base sur le rapport de la Task Force de haut niveau sur les Compétences et la Mobilité du 14 décembre 2001.<sup>10</sup> La Task Force a basé son travail sur les trois grands principes suivants : Premièrement, la libre circulation dans le marché unique européen est un objectif fondamental de l'Union européenne et les obstacles qui la concernent doivent être éliminés. Deuxièmement, le développement d'une société fondée sur le savoir est un facteur déterminant fondamental pour assurer la compétitivité et la croissance dans l'économie mondiale et, en conséquence, les politiques destinées à stimuler les niveaux des compétences en Europe doivent être renforcées. Troisièmement, la réalisation à la fois de la libre circulation et de la construction d'une société fondée sur le savoir sont des conditions clés pour la réalisation de l'objectif du plein emploi en Europe, fixé par le Conseil européen de Lisbonne au printemps 2000'. En ce qui concerne la mobilité géographique, la Task Force a demandé à la Commission et aux Etats membres d'accélérer la modernisation du cadre de réglementation qui régit la transférabilité des pensions et des droits de sécurité sociale.

L'objectif du Plan d'Action est de s'attaquer aux trois défis principaux suivants : mobilité de l'emploi insuffisante, bas niveaux de mobilité géographique et un accès insuffisant aux informations sur la mobilité. En ce qui concerne la mobilité géographique, il est tout spécialement fait mention du maintien effectif des droits de sécurité sociale pour les travailleurs qui vont vivre dans d'autres Etats membres, l'accès au droit de résidence et d'emploi dans d'autres Etats membres, la création d'une carte d'assurance-maladie européenne et la création de droits de pension transférables supplémentaires ainsi que des efforts redoublés en vue de créer un marché unique au niveau des services transfrontières et d'éliminer les obstacles à toute liberté d'établissement.

En d'autres termes, un développement soutenu, une cohésion sociale soutenue et des systèmes de sécurité sociale soutenus et des régimes de pensions soutenus doivent être considérés comme étant l'objectif principal de l'Union et de ses diverses stratégies, la mobilité et l'intégration étant les éléments de base dans la réalisation dudit développement. Dans ce contexte, l'élargissement futur de l'Union doit être considéré comme étant le défi ultime, et ses répercussions sur la structure de l'emploi et de la mobilité au sein d'une Europe élargie (et donc pour ce qui est de l'approche normative) sont par conséquent difficiles à estimer. Le Plan d'Action de la Commission déclare : 'Au vu de l'élargissement, les pays candidats devraient être invités à adopter au maximum les objectifs du plan d'action. Compte non tenu du

fait que la mobilité de la population active des pays candidats vers l'UE après l'adhésion sera soumise à un système souple de périodes transitoires, les nouveaux Etats membres devront prendre part au défi qui vise à promouvoir une population active mieux qualifiée et plus adaptable'.

## 2. Mobilité et Migration

Actuellement la situation de la mobilité en Europe se présente comme suit, selon le rapport de la Commission 'Emploi dans l'Europe de 2001'. Le flux d'immigration total dans l'UE en 1998-99 représentait un peu plus de 2 millions de personnes, ce qui correspond à 0,8% de la population d'âge actif totale. Moins de la moitié (soit 41,3%) de ce flux d'immigration provenait des pays de l'UE, alors que 58,7% provenait de pays hors de l'UE.<sup>11</sup> L'importance relative de la *mobilité inter-UE* quant à la part de l'immigration totale varie d'un Etat membre à l'autre. Les proportions les plus élevées étant en Irlande (83%, les immigrants représentant jusqu'à 1,6% de la population d'âge actif), en Grèce (77,1%, mais les immigrants ne représentant que 0,2% de la population d'âge actif) et au Luxembourg (72,1%, les immigrants représentant jusqu'à 4,5% de la population d'âge actif). La migration inter-UE est extrêmement faible en France (6,1%, les immigrants représentant 0,3% de la population d'âge actif) ; elle est également faible en Italie (22,1%, les immigrants représentant 0,4% de la population d'âge actif), Portugal (31,6%, immigrants 0,2% de la population d'âge actif) et Autriche (35%, immigrants 1,4% de la population d'âge actif).<sup>12</sup> Les données suggèrent une légère augmentation de la mobilité transfrontières au sein de l'UE au cours des cinq dernières années dans la plupart des Etats membres à l'exception de l'Allemagne. Vu l'étendue du ralentissement de l'immigration vers l'Allemagne en provenance des autres pays de l'UE, le niveau agrégé pour l'ensemble de l'UE semble être complètement statique. Les chiffres pour l'Allemagne semblent être dus à la croissance relativement peu élevée de l'emploi dans ce pays alors que l'augmentation dans les autres pays est due aux changements d'ordre social et démographique et au processus d'intégration européenne ainsi qu'à la restructuration des marchés du travail.<sup>13</sup> En Europe, la mobilité est considérée comme étant bien moins élevée qu'aux Etats-Unis, bien que dans ce dernier elle soit en déclin du fait du vieillissement de la population. La migration d'entrée (de l'extérieur de l'UE) est également moins importante en Europe qu'aux Etats-Unis, bien que l'immigration soit supposée devenir de plus en plus importante afin de compenser la réduction prévue de la population d'âge actif.

Alors que la mobilité géographique entre les Etats membres de l'UE est relativement faible, la mobilité géographique entre régions et la fréquence des trajets quotidiens sont élevées et deviennent de plus en plus importantes. *La mobilité régionale* des travailleurs nécessitant un changement de domicile est la plus élevée en Autriche, en France, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni (la moins élevée étant en Espagne, en Grèce et en Belgique). 0,4% (soit environ 600,000 personnes) de la population active totale dans l'UE a travaillé dans un pays autre que le pays de résidence principale mais seulement environ la moitié d'entre elles ont fait la navette vers un autre Etat membre.<sup>14</sup> La fréquence des *travailleurs frontaliers* est la plus élevée en Autriche, en Belgique, en France et au Luxembourg, où elle a dépassé 1% des employés.<sup>15</sup>

Ce sont particulièrement les *jeunes* et les personnes *hautement qualifiées* de l'UE qui deviennent de plus en plus mobile.<sup>16</sup> La *mobilité des étudiants* a fortement augmenté au cours des deux dernières années mais n'e dépasse toujours pas 2% de l'ensemble des étudiants de l'enseignement supérieur de l'UE.<sup>17</sup> Les jeunes travailleurs étaient également les plus susceptibles de combiner travail et études, et leur part dans le travail à temps partiel a fortement augmenté au cours de la période allant de 1995 à 2000. Ceci est tout spécialement vrai pour les Pays-Bas et le Danemark.<sup>18</sup>

L'emploi traditionnel existe toujours mais plus comme avant. Désormais, on ne peut plus s'attendre à un emploi à vie.<sup>19</sup> Bien sûr, il y a toujours – et en fait il s'agit de la majorité – des travailleurs qui ont un emploi permanent à plein temps. Certains sont toujours employés/ont travaillé toute leur vie dans la même profession/même secteur (et peut être avec le même employeur) qui était celle/celui du début de leur carrière. Ces personnes sont plutôt rares – la restructuration, etc., a déjà marginalisé la plupart des travailleurs âgés de ce type d'emploi.<sup>20</sup> L'avenir n'envisage pas des emplois à vie même pour les travailleurs de base. Les systèmes doivent envisager une mobilité professionnelle et de développement des compétences à vie!

*La mobilité professionnelle* est tributaire de la durée d'occupation d'un emploi. Bien qu'en général stable en 2000 comparé à 1995, la proportion de ceux qui sont restés dans leur emploi pendant moins de deux ans a légèrement augmenté (26,5% comparé à 23,3%) suite à une importante création d'emplois nouveaux au cours de cette période de temps et une augmentation de la mobilité de l'emploi.<sup>21</sup> Le passage d'un emploi à un autre est en augmentation parmi les employés hautement qualifiés, légèrement plus élevé pour les femmes que pour les hommes.<sup>22</sup> La possibilité de se retrouver sans emploi est bien plus élevée dans le secteur industriel que dans le secteur tertiaire et les personnes hautement qualifiées sont celles qui sont le moins susceptibles de se retrouver sans emploi dans l'UE.<sup>23</sup> La mobilité professionnelle est souvent une condition préalable à la mobilité géographique.

La mobilité des individus, le développement des ressources humaines, la création d'emplois et la mobilité de l'emploi au sein des régions et vers des régions qui accusent un certain retard doivent également être considérés comme étant des questions interdépendantes et complémentaires. Les efforts en faveur de la mobilité géographique doivent être combinés avec les mesures adoptées pour la mobilité professionnelle afin de permettre aux travailleurs de passer simultanément d'un secteur à l'autre et d'une région à l'autre. On devra également s'évertuer à promouvoir une croissance et un développement soutenus dans les régions moins avantagées. Donc, conclut la Commission, 'le fait d'encourager la mobilité géographique n'est pas en contradiction avec la nécessité de créer de nouvelles possibilités d'emploi et l'amélioration de la qualité de vie, tout particulièrement dans les régions moins favorisées. Ceci sera d'autant plus décisif dans le contexte d'une UE élargie'.<sup>24</sup>

Dans son document 'Nouvelle stratégie pour la mise en œuvre de nouveaux marchés du travail européens dès 2005', la Commission a résumé les développements comme suit : 'La nature de la mobilité a énormément changé dans l'UE au cours des dernières années. Les caractéristiques principales de la mobilité au sein de l'UE sont : la mobilité a tendance à avoir lieu entre centres urbains.... [et au sein de] secteurs haute technologie à forte croissance ; les travailleurs mobiles sont jeunes... et sont hautement qualifiés ; il y a une tendance croissante vers trois

types de migrations : migration temporaire..., navette transfrontières... et gestion pan-européenne des ressources humaines par les multinationales'.<sup>25</sup>

Les données empiriques ci-dessus sont censées offrir une analyse en s'inspirant des catégories suivantes ; *le travailleur migrant traditionnel* se rendant dans l'Etat du travail, laissant sa famille dans son pays d'origine puis retournant dans ce dernier (Sec. 4.2) ; *le travailleur migrant adaptable*, hautement qualifié ou dans une position beaucoup plus précaire (Sec. 4.3) ; *le migrant transfrontières journalier/travailleur frontalier*, soit dans un emploi traditionnel ou flexible soit les deux (Sec. 4.4) ; et *le travailleur migrant cadre pan-européen* et les situations telles l'affection, etc. (4.5).

Le fait de promouvoir ces types d'emploi différents peut parfois prêter à controverse. La plupart d'entre eux ont des points forts et des points faibles. Toutefois, de manière générale, ils sont tous considérés comme étant plus ou moins cruciaux pour un emploi durable. Donc, je pense qu'il est justifié d'examiner les règles de coordination du Règlement No. 1408/71 pour chacun de ces groupes. Du fait qu'ils existent, on peut dire que les problèmes méritent des solutions adéquates et, parfois, les règles devraient être ébauchées de façon à promouvoir un développement soutenu sous ces formes.

### 3. Régimes des pensions et sécurité sociale/emploi durable

#### 3.1 Considérations d'ordre général

Lors de toute présentation historique des régimes de sécurité sociale dans le contexte européen, quatre modèles différents émergeront. Bismarck a été le premier à introduire un régime de sécurité sociale 'moderne' en Allemagne au cours des années 1880. Le modèle de sécurité sociale de Bismarck est le tout premier applicable aux travailleurs (et à certains groupes de professionnels indépendants). Les membres de la famille sont assurés par le biais de droits dérivés. Les prestations sont liées au revenu et le régime est financé par des cotisations. Ensuite il y a le modèle Beveridge, mis au point au RU pendant la Deuxième Guerre mondiale. Universel de par son application, ses prestations sont fixes et principalement financées par les recettes fiscales de l'Etat. Les revenus plus élevés doivent être financés par le secteur privé. A ces deux modèles on pourra ajouter un modèle nordique et un modèle méridional. Le modèle nordique est universel (basé sur le lieu de résidence) et de caractère individuel et les recettes fiscales sont importantes pour son financement. Le modèle méridional est traditionnellement appliqué dans les pays catholiques où la famille et l'église sont d'importants dispenseurs de sécurité sociale. Les régimes de sécurité sociale publics sont introduits afin de compléter les salaires des travailleurs et les prestations sont donc liées au revenu. Les membres de la famille sont inclus par le biais de droits dérivés. Dans le monde d'aujourd'hui il n'y a pas de modèles précis mais de nombreuses combinaisons différentes des modèles mis au point dans le passé et ébauchés ci-dessus. Lorsqu'il y avait une protection de base universelle, la protection liée au revenu a augmenté au fil des années. Dans le cas d'une protection liée au revenu pour les travailleurs, une protection de base et universelle a été mise au point, etc.

En dépit des différents modèles, les régimes de pensions européens ont en général certaines caractéristiques communes et ils doivent faire face à certains défis communs. Ils ont été résumés par le feu professeur Anna Christensen de la manière suivante : 'les régimes de pensions sont basés sur les conditions écono-

miques et démographiques qui existaient au cours des décades qui ont suivi la Deuxième Guerre mondiale, lorsque la plupart des régimes ont adopté leur forme actuelle. L'âge ouvrant droit à pension a été fixé proche de la durée de vie moyenne. L'hypothèse normative fondamentale était que les individus devraient continuer à travailler aussi longtemps qu'ils en étaient capables. La durée de vie du retraité était courte comparée à la durée de vie active. Il s'agissait également de la période où tout le monde considérait comme normal que les salaires et le niveau de vie en général continueraient à augmenter pour chaque génération et que toute nouvelle génération serait au moins aussi nombreuse que la précédente. Ces conditions ont changé d'une manière plutôt dramatique. Le changement le plus important est peut être l'augmentation de l'espérance de vie moyenne, qui est maintenant proche de 80 ans en Europe. Ce changement démographique n'a pas résulté en un changement de l'âge ouvrant droit à pension, lequel est le même que celui des années 50. L'autre changement important est le faible taux de natalité. Le résultat est qu'un nombre en diminution constante de personnes actives doit supporter un nombre en augmentation constante de personnes non actives. A la longue cette situation n'est pas soutenable. Le travail et la vie active sont le centre idéologique et économique de nos sociétés, mais, par la même occasion, la période active est réduite en une période entre deux âges de plus en plus courte au cours de laquelle les individus doivent travailler si dur au point de ne pas avoir suffisamment de temps à consacrer à leurs enfants. Cette période de travail intense est suivie d'une longue période au cours de laquelle les individus ne sont pas censés travailler mais de vivre de leur pension de retraite. Cette situation est en fait absurde. Mais, en même temps, la cessation définitive du travail à l'âge de 60 ans avec une bonne pension de retraite est désormais un « droit social », probablement le droit le plus sacré des droits sociaux existants. Tous les gouvernements qui ont essayé de modifier les régimes de pensions existants sont conscients de la pression sur les pouvoirs publics quant à tout changement dans ce sens.<sup>26</sup>

Les développements au niveau du marché du travail ont également conduit à une exclusion accrue des personnes âgées des emplois rémunérés réguliers. Les employeurs considèrent l'âge comme étant un facteur négatif et les régimes du droit du travail sont généralement liés les uns aux autres de sorte que la sécurité de l'emploi cesse (du moins) lorsque l'employé atteint l'âge de la retraite. Le droit à la pension de retraite à un certain âge a également résulté en une obligation à quitter son emploi à cet âge en dépit de mécanismes de sécurité de l'emploi généralement bien au point. Et, le système de sécurité sociale a réagi – non seulement la retraite mais également la retraite anticipée pour des raisons liées au marché du travail sont désormais reconnues et acceptées dans la société européenne.

Les changements d'ordre démographique – suite à une augmentation de l'espérance de vie moyenne et à la diminution du taux de natalité – représentent donc, à ce titre, un important défi pour la viabilité des régimes de pensions. Ces développements sont également étroitement liés aux problèmes du marché du travail et, en ce qui concerne l'emploi durable, la non marginalisation des travailleurs âgés et peut être aussi l'intégration des individus ayant atteint l'âge de la retraite sont d'une importance cruciale. Tel que l'a précisé Anna Christensen, 'la solution au problème de financement des régimes de pensions, y compris la pré-retraite, ne relève pas de la compétence de la sécurité sociale mais de celle du marché du travail'.<sup>27</sup> Néanmoins, la conception des régimes de pensions est également cruciale dans ce contexte.

La relation entre le développement soutenu et les régimes de pensions est au cœur même de la stratégie de Lisbonne et bien plus encore en ce qui concerne le 'Processus des Pensions' qui utilise la méthode de coordination ouverte, tel que déjà précisé à la Section 1 ci-dessus. Dans les Principes Directeurs de la Politique Economique Générale de 2001, il a été convenu que la prochaine décennie offrira l'occasion de faire face aux défis mentionnés ci-dessus en augmentant les taux d'emploi, en réduisant la dette publique et en adaptant les systèmes de protection sociale, y compris les régimes de pensions. Selon le rapport conjoint sur les objectifs et les méthodes de travail dans le domaine des pensions soumis au sommet de Laeken, le Processus des Pensions implique un accord général sur des objectifs communs, traduisant ces objectifs en des stratégies de politique nationale et, dans le contexte d'un processus d'apprentissage, suivi périodique des progrès réalisés sur la base d'indicateurs définis et convenus en commun. Le processus est basé sur un jeu d'objectifs communs généraux reconnus. Ces objectifs comprennent le bien fondé des pensions quant à leurs objectifs sociaux ; en s'assurant que les personnes âgées ne tombent pas dans la pauvreté et bénéficient d'un niveau de vie convenable ; en offrant des mécanismes de pensions qui permettent aux personnes âgées de maintenir, selon un degré raisonnable, leur niveau de vie après le départ en retraite ; et en favorisant la solidarité au sein et entre générations. Ils comprennent également la viabilité financière des régimes de pensions ; en offrant des incitants efficaces pour la participation des travailleurs plus âgés au marché du travail ; en réduisant les possibilités de pré-retraite ; en facilitant l'option de retraite progressive et en évitant de pénaliser les activités de post-retraite. Un objectif commun final est celui de la modernisation des régimes de pensions en réponse aux besoins nouveaux ; en assurant la compatibilité avec les exigences en matière de flexibilité et de sécurité sur le marché du travail sans pour autant pénaliser la mobilité, l'emploi non standard et le travail indépendant ; en respectant le principe du traitement égal des hommes et des femmes ; et en rendant les régimes de pensions plus transparents et plus adaptables aux changements de circonstances en général.

Les développements sociaux et au niveau du marché du travail se retrouvent dans la couverture des régimes de pensions au fur et à mesure de leur développement. Dès le début, la fonction supplémentaire des régimes de pensions de l'État quant à l'emploi rémunéré s'est avérée évidente. Dans la société agricole et le début de la société industrielle, la norme était que l'on devait travailler aussi longtemps qu'on avait la force physique nécessaire de le faire. Il n'était pas question de cesser de travailler à un certain âge. La plupart des gens ne vivaient pas assez longtemps pour bénéficier d'une pension et lorsqu'on institua les pensions, celles-ci ne suffisaient pas pour vivre. Les premiers régimes de pensions officiels introduits entre la fin du 19<sup>ème</sup> siècle et le début du 20<sup>ème</sup> siècle, étaient tous des régimes de pensions invalidité-vieillesse.<sup>28</sup> Les pensions de ce type ne constituaient pas une alternative à la continuité du travail. Elles constituaient un soutien de base et un complément au travail partiel, au soutien des familles, etc. et l'élément de justice sociale y jouait un rôle. Toutefois, au cours de la période d'après guerre, l'idée normative des pensions de base changea dans ce sens que le retraité devrait maintenir le niveau de vie atteint au cours de sa vie active.<sup>29</sup>

Toutefois, il n'est pas évident que ce soit à l'État de garantir que le gros de la classe moyenne sera en mesure de maintenir son ancien niveau de vie pour le restant de sa vie. Certains pays européens, par exemple le Royaume-Uni et

l'Irlande, ont choisi de limiter la responsabilité de l'État quant à une pension de base. Dans les pays avec régimes de pensions proportionnelles aux revenus obligatoires, il y a presque toujours un 'revenu plafond'. Pour les groupes dont les revenus ne sont pas 'couverts' par des régimes de pensions officiels, d'autres systèmes ont vu le jour afin de garantir une meilleure compensation. Ces systèmes supplémentaires sont souvent basés sur des conventions collectives ou des régimes spécifiques à une entreprise, lesquels sont souvent calculés sur la base d'une retraite de fin de carrière. S'il n'existe pas de tels régimes, la grande majorité des classes plus aisées se tourneront vers les régimes de retraites complémentaires afin de garantir une pension qui leur permettra de bénéficier d'un niveau de vie inchangé après le départ en retraite. Souvent, l'État exerce également une forte influence sur ces secteurs non officiels – de par la législation fiscale et en supervisant et en s'assurant que les pensions offertes par l'industrie des pensions sont sans risques et conformes aux valeurs sociales reconnues. Donc, en fin de compte, les régimes de pensions comprennent toutes les différentes couches du salariat stratifié – mais ceci est réalisé par le biais de ce que l'on appelle fréquemment le 'principe tripolaire'<sup>30</sup>, c.-à-d des régimes complémentaires privés, professionnels officiels.

Dans le présent rapport, je vais me concentrer sur le premier pilier – soit les régimes de pensions officiels. Toutefois, il ne fait pas de doute que le deuxième et troisième pilier deviennent de plus en plus importants en ce qui concerne les espérances à long terme et également – probablement – le comportement courant d'un grand nombre de groupes sur le marché de l'emploi européen. Ceci est d'autant plus vrai pour les travailleurs dans un 'emploi qualitatif', c.-à-d les travailleurs hautement qualifiés dans les secteurs les plus dynamiques des marchés du travail.<sup>31</sup> D'importantes initiatives au niveau européen quant à la coordination et l'harmonisation des régimes de pensions concernent précisément les régimes privés et professionnels.<sup>32</sup>

Les développements traités à ce stade se retrouvent également dans la conception des régimes de pensions officiels. Depuis la période d'après guerre, l'idée normative de base des régimes de pensions officiels était que les retraités étaient en droit de maintenir le niveau de vie atteint lors de leur vie active. Donc, les régimes étaient établis en tant que régimes de prestations déterminées. Et, vu que l'on tenait à ce que ces régimes entrent immédiatement en vigueur, ils furent établis en tant que régimes de retraite non provisionnés. Dans un régime de retraite non provisionné, les pensions sont payées par cotisations de la population active au fur et à mesure. Un régime de prestations déterminées signifie que les prestations sont pré-déterminées, normalement en tant que pourcentage des revenus antérieurs. Un tel régime de pensions proportionnelles aux revenus fait normalement intervenir un élément de 'gain'. Les droits de pensions sont acquis par le biais d'un certain nombre d'années de travail – souvent fixes – pour un certain niveau de revenu. Les prestations peuvent être basées sur la moyenne du salaire au cours de ces années, une moyenne des meilleures années ou sur le salaire de fin de carrière. Plus il y a d'années, plus on se rapproche d'une pension basée sur les gains de toute une carrière, totalement basé sur le principe du gain. Toutefois, un régime de retraite non provisionné peut également être du type à cotisations déterminées ; c.-à-d ce qui est préfixé ce sont les cotisations et non les prestations.<sup>33</sup> De même, les régimes de pensions ne sont pas nécessairement des régimes de retraite non provisionnés. Également, au cours des dernières années, l'importance des régimes pré-financés

n'a cessé d'augmenter pour ce qui est des pensions officielles.<sup>34</sup> Dans ce cas, les cotisations sont mises de côté et sont payées plus tard lorsque l'individu prend sa retraite. De tels régimes ne donnent pas lieu à la solidarité entre générations laquelle est inhérente aux régimes de retraite non provisionnés ;<sup>35</sup> ils insistent plutôt sur les droits de propriété de la sécurité sociale.<sup>36</sup>

J'aimerais également aborder la question de l'application des régimes de pensions nationaux. Les régimes de sécurité sociale nationaux – et donc les régimes de pensions – sont par tradition uniquement applicables aux personnes qui 'appartiennent' au régime dès le début. Vu que la suprématie nationale est la base même du législateur national, il est tout à fait naturel que la nationalité soit depuis longtemps un élément pertinent de cette appartenance. Toutefois, au fil des années, la résidence et le travail – au sein du territoire de l'état en question – sont devenus de plus en plus importants en tant que critère d'appartenance<sup>37</sup> pertinent. La portée du critère de résidence et de travail, respectivement, diffère entre les divers modèles de sécurité sociale d'un état européen à l'autre, tel que décrit ci-dessus. De plus, dans le présent contexte, la nationalité en tant que critère d'appartenance approprié est limitée par le principe fondamental de l'intégration européenne tel que décrit à l'Article 12 CE. La discrimination – que ce soit directement ou indirectement – sous pour raison de nationalité est interdite au sein de l'UE.<sup>38</sup>

La fonction de certains critères d'appartenance est d'exclure ceux qui n'appartiennent pas au régime national. Il y a toujours eu un certain intérêt à exclure les pauvres et les nécessiteurs 'qui se situent en dehors' de notre propre 'cercle de solidarité'.<sup>39</sup> En dépit des objectifs généraux d'intégration, le principe communautaire de libre circulation s'applique toujours principalement aux travailleurs, bien que l'on ait assisté à des développements récents concernant les retraités, les étudiants et également les citoyens de l'Union en général.<sup>40</sup> En ce qui concerne le groupe de base – c.-à-d les travailleurs – le 'principe de la territorialité' ancré dans les régimes de sécurité sociale nationaux, en fonction du soutien social offert au sein du territoire national uniquement, n'est plus accepté.<sup>41</sup> Il y a des règles aussi bien pour l'exportation des droits sociaux que pour l'agrégation des périodes de gains.<sup>42</sup> Même au sein des régimes de sécurité sociale nationaux il existe des composants « d'exportabilité », par exemple en ce qui concerne les pensions « accumulées » (c.-à-d basées sur le travail). Par contre, au niveau national, la résidence est toujours le critère d'appartenance pertinent en ce qui concerne les prestations basées sur des structures de redistribution bien plus précises plutôt que sur le travail et/ou les cotisations – ce que j'appellerai ici les prestations de solidarité.<sup>43</sup>

Dans leur projet de coordination du marché du travail et des politiques de protection sociale, Sarfati et Bonoli identifient les quatre zones potentiellement problématiques suivantes d'interaction entre les développements du marché du travail et les régimes de protection sociale : la promotion de l'emploi et la viabilité à long terme de la protection sociale ; le maintien de la sécurité pour les plus défavorisés ; la protection convenable des travailleurs atypiques ; et les stratégies<sup>44</sup> de 'travail qualitatif' viables. De pair avec les auteurs, et en rappelant ce qui a été mentionné ci-dessus comme étant les défis majeurs de la viabilité de la sécurité sociale et de l'emploi, je vais discuter des régimes de pensions officiels nationaux sous les titres suivants : *régimes de pensions, emploi viable et travailleurs plus âgés* (3.2) ; *régimes de pensions viables, emploi viable et travailleurs femmes* (3.3) ; et, *régimes de pensions, cohésion sociale et protection de base viables* (3.4). Pour ce

qui est de la question importante – non seulement pour Sarfati et Bonoli, mais également pour moi et les développements du marché du travail en général – de la protection sociale des travailleurs polyvalents, j’ai choisi de traiter cette question dans le contexte des titres déjà exposés. Le travail atypique ou polyvalent devient de plus en plus courant tout particulièrement dans le cas des travailleurs plus âgés et des femmes et ceci est également pertinent dans le cas de la cohésion sociale.

### 3.2 Régimes de pensions, emploi viable et travailleurs plus âgés

Les régimes de pensions proportionnelles aux salaires sont souvent basés sur un modèle similaire à celui des régimes de pensions de retraite professionnelles d’origine. Ils sont basés sur des principes bien définis précisant la façon dont devrait se présenter la vie active, c.-à-d. l’emploi à vie. La vie active devrait comprendre un certain nombre d’années actives et se terminer à un âge de retraite fixe. En ce qui concerne les régimes professionnels, le droit de pension pourrait être lié au fait que l’employé est resté actif jusqu’à l’âge de la retraite. Depuis que les droits de pensions sont devenus des droits acquis, de telles conditions ne sont plus permises. Mais, il pourrait y avoir de longues périodes de qualification avant que tout droit de pension n’entre en vigueur. Même dans certains régimes officiels il y a de longues périodes de qualification pour avoir droit à une pension de retraite proportionnelle au salaire. Il est vrai qu’une fois qu’il y a droit à la pension, un nombre moins important d’années que le nombre idéal peut également créer de tels droits ; mais uniquement en proportion de ce qui est considéré comme étant une vie active complète.

La plupart des États membres comptent traditionnellement sur ces régimes officiels de pensions proportionnelles aux salaires. Dans certains pays, par exemple le RU, l’Irlande, les Pays-Bas, le Danemark et la Finlande, le régime de pension officiel de base est un régime public fixe, dans certains cas complété par un régime public proportionnel au salaire et dans d’autres cas par des régimes professionnels proportionnels au salaire plus ou moins officiels.<sup>45</sup>

Les développements démographiques indiquent qu’à l’avenir il y aura de moins en moins de personnes actives pour subvenir aux besoins d’un nombre toujours croissant de retraités. De plus, une comparaison des structures de l’emploi en Europe avec des marchés concurrents, tels les États-Unis ou le Japon, indique que le nombre d’emplois est considérablement moins élevé en Europe. Tout développement viable exige qu’à l’avenir les personnes plus âgées travaillent considérablement plus longtemps, ce qui *signifie que l’on devra maintenir les travailleurs plus âgés actifs jusqu’à au moins 65 ans et même de les encourager à continuer après leur départ en retraite*. Il s’agit ici d’un problème de base aussi bien pour des régimes de pensions viables que pour un emploi viable. De plus, *un plus grand nombre d’emplois pour les personnes âgées signifie une augmentation du nombre de contrats de travail adaptés, un plus grand nombre d’emplois à temps partiel, un plus grand nombre de travailleurs indépendants, un plus grand nombre d’emplois de courte durée et, également, des carrières plus hétérogènes*. Ceci est également ce qui caractérise le processus connu sous le nom de ‘flexibilisation de la vie active’. Bien que cela ne soit pas nécessairement vrai pour tous les travailleurs, on constate de manière générale une tendance normative et idéologique nette vers un marché de l’emploi plus polyvalent. Les carrières sont désormais plus hétérogènes et plus variées. Des carrières plus hétérogènes avec des

changements d'employeurs et des types de contrats de travail différents signifieront probablement qu'un nombre important de travailleurs ne pourront plus compter sur une augmentation continue de leur salaire au fur et à mesure qu'ils vieillissent. On pourra ne pas aimer ce processus de flexibilisation mais, *la sécurité sociale doit accepter qu'il existe et qu'il affecte de nombreux groupes sur le marché du travail*. L'emploi polyvalent et les carrières hétérogènes ne peuvent plus être considérées comme étant atypiques.

Le processus de flexibilisation de la vie active est à l'origine de deux questions normatives différentes en ce qui concerne les régimes de pensions. L'une est de savoir si ce processus résultera dans le fait que certains groupes ne recevront aucune pension ou recevront une pension insuffisante, le vieux problème de la pauvreté des personnes âgées (se reporter à la Sec. 3.4 ci-après). La question principale est toute autre. Comment peut-on justifier comme acceptable que les régimes de pensions proportionnelles au salaire favorisent toujours le type de carrière traditionnel ?

Pour plusieurs régimes de pensions traditionnels, ces développements laissent entendre que l'âge ouvrant droit à la pension doit être augmenté ainsi que le nombre des années de salaire nécessaires pour avoir droit à la pleine pension. Une meilleure solution serait de supprimer l'âge fixe ouvrant droit à la pension ainsi que le nombre fixe d'années de qualification pour les régimes de pension proportionnelle au salaire et de calculer le montant de la pension sur la base de la moyenne des salaires reçus en cours de carrière. Pour que le travail (polyvalent) après le départ en retraite soit possible et attrayant, le droit à la pension ne devrait pas, de préférence, dépendre du retrait de la vie active. De tels régimes s'adapteraient mieux à une vie active généralement plus souple. Les régimes de pensions avec de longues périodes de qualification et un âge ouvrant droit à la pension peu élevé défavorisent les personnes qui ont des interruptions de rémunération au cours de leur vie active. Ils défavorisent également les personnes qui doivent continuer à travailler après l'âge normal de la retraite. Les régimes de fin de carrière défavorisent ceux dont les meilleurs salaires sont en début de carrière et également les groupes dont les salaires restent pratiquement les mêmes tout au long de leur vie active. De plus, dès qu'un plus grand nombre de personnes doit accepter des changements susceptibles de conduire à des salaires moins élevés alors qu'ils continuent à travailler, la pension officielle risque de ne pas garantir un niveau de vie équivalent à celui de la période ayant immédiatement précédé le départ en retraite. Ceux qui ont la chance de terminer leur carrière avec un salaire élevé peuvent se protéger à l'aide d'une assurance privée supplémentaire. *Les régimes de pensions devraient donc s'en tenir au principe de neutralité vis à vis de contrats de travail différents et de carrières différentes*. Ceci signifie revenir au principe de base selon lequel la pension devrait correspondre à la valeur du travail. Ce principe devrait être respecté quel que soit le travail effectué, où et comment.

Anna Christensen a exprimé ce point de vue comme suit : 'L'évaluation normative des régimes de pensions ne doit pas être réduite à la question de savoir comment distribuer les ressources disponibles dans une situation donnée. Il s'agit également de créer des principes à même d'affecter le problème de base, à savoir la division absurde du travail au cours d'une vie. Un régime mutualiste défini n'a pas de tels aspects dynamiques. ... Pour résumer, il y a de forts arguments normatifs en faveur des régimes de retraite non provisionnés du type à cotisations déterminées. ... Un régime à cotisations déterminées basé sur les gains d'une vie

active et sans limite d'âge est un système dynamique qui interagit avec le marché du travail de manière à désolidariser les trois phases de la vie pour résulter en une distribution plus équitable du travail au cours d'une vie active. C'est également un système beaucoup plus souple du point de vue individuel. Il permet – du moins en principe – de choisir entre un départ en retraite relativement tôt avec une pension moins élevée et un départ en retraite à un âge plus avancé et une pension plus élevée. Bien sûr, à quel point il sera possible de faire ce choix dépend du développement au sein du marché du travail. Le problème de base est la division irrégulière du travail au cours d'une vie active et ce problème peut uniquement être résolu au sein du marché du travail.' Selon Anna Christensen, 'il semble qu'il y ait un mouvement progressif qui tend à s'éloigner du principe de la prestation déterminée pour se diriger vers les principes de cotisations déterminées et des gains d'une vie active'.<sup>46</sup>

Une partie du processus de flexibilisation consiste en une augmentation du nombre de travailleurs indépendants.<sup>47</sup> Dans les pays nordiques, les travailleurs indépendants sont couverts par le régime principal de pension proportionnelle au salaire selon les mêmes conditions que celles des salariés, sauf qu'ils doivent verser eux-mêmes la totalité des cotisations. Tel n'est pas le cas dans la plupart des pays, bien que certains groupes professionnels aient été intégrés dans des régimes de sécurité sociale officiels à un stade avancé. Il semblerait qu'il y ait maintenant une tendance générale à inclure également les travailleurs indépendants dans le régime officiel. Ceci s'applique tout particulièrement à la partie de la sécurité sociale qui couvre une perte de gain relativement prolongée – ceci étant le cas avec les régimes de pensions. Toutefois, les prestations auxquelles les travailleurs indépendants ont droit sont souvent fixes et non proportionnelles au salaire. Cette tendance au sein de la législation sur la sécurité sociale doit être considérée comme étant la réponse directe au problème des pensions au niveau du nombre toujours croissant de travailleurs indépendants dans le secteur des services.

Toutefois, bien que fondamentalement proportionnels au salaire, les régimes de pensions doivent également inclure les droits de pension pour toute autre utilisation du temps socialement constructive, par exemple les années passées dans l'éducation secondaire. Dans la 'Société du savoir' cette question ne cessera de nous préoccuper, avec une éducation continue, une acquisition continue du savoir et l'employabilité en tant que concepts de base. Donc, bien que le travail soit le critère naturel d'appartenance à un régime de pension proportionnelle au salaire, d'autres critères d'appartenance sont susceptibles d'apparaître.<sup>48</sup>

La sécurité de l'emploi ainsi que les régimes de sécurité sociale proportionnels au salaire visent à garantir une situation une fois établis. La sécurité de l'emploi est une garantie d'emploi continu par l'employeur actuel. Ainsi, la sécurité de l'emploi a tendance à promouvoir une vie active de longue durée avec le même employeur. Le processus de flexibilisation de la vie active a souvent été abordé comme étant une question pertinente à la dérégulation de la sécurité de l'emploi. La caractéristique de la législation de la sécurité de l'emploi est ce qui a été protégé, c'est à dire l'emploi à plein temps 'traditionnel' pour une durée indéfinie. Par contre, l'emploi flexible – ou atypique – est caractérisé par sa nature plutôt précaire. On peut s'interroger sur le bien-fondé de cette façon de décrire le droit du travail et les défis qu'il posera sur un marché du travail futur.<sup>49</sup> Toutefois, à l'heure actuelle, la sécurité de l'emploi reflète adéquatement la relation de complémentarité qui existe entre l'emploi traditionnel et les régimes de pensions traditionnels. Généralement,

le droit du travail qui protège l'emploi ouvert à l'aide de mécanismes de sécurité de l'emploi comporte souvent une obligation de quitter dès que l'on atteint l'âge de la retraite/droit à la pension. La protection du travailleur est alors remplacée par le maintien du niveau de vie qui était celui du travailleur au moment du départ en retraite à l'aide d'une pension proportionnelle au salaire.

Deux Directives européennes sur l'emploi 'atypique' ont été récemment adoptées, les deux découlant d'accords passés entre les parties sur le marché du travail européen.<sup>50</sup> On peut dire que la Directive du Conseil 97/81/CE sur le travail à temps partiel encourage le travail à temps partiel dans le but de promouvoir les modalités de travail flexible. Par contre, on peut dire que la Directive du Conseil 99/70/CE sur le travail à terme fixe est plus ambivalente. L'emploi à terme fixe est également accepté comme étant un contrat de travail légitime mais, il y a des règles qui permettent d'éviter tout abus du travail temporaire, par exemple une succession de contrats à terme fixe. Toutefois, la tendance principale des deux Directives est que les travailleurs dans un emploi 'atypique' bénéficient des mêmes avantages et opportunités que les employés permanents, le même taux de salaire horaire, les mêmes possibilités de formation professionnelle – et les mêmes droits de pension professionnelle en fonction de la quantité de travail effectué. Un autre développement en matière de droit communautaire est l'adoption de la Directive du Conseil 2000/78 qui met au point un cadre général pour le traitement dans l'emploi et la profession. Cette directive est basée sur l'Article 13 de la CE et contient une clause sur le traitement égal des personnes âgées, dans ce sens qu'il ne doit pas y avoir de discrimination directe ou indirecte pour des raisons d'âge en ce qui concerne l'emploi. Toutefois, l'Article 6 reconnaît qu'il existe un certain nombre de justifications pour les différences de traitement, tout particulièrement pour des raisons d'âge. Les régimes de pensions professionnelles peuvent dépendre de l'âge, pour autant que ceci ne résulte en une discrimination en raison du sexe de la personne concernée.

Aucune des deux Directives mentionnées ne s'applique aux problèmes de sécurité sociale en soi. Toutefois, les questions de droit du travail et de sécurité sociale sont interdépendantes. La mise au point d'un droit de pension – tel que déjà mentionné – a été accompagnée par une obligation de départ en retraite. En ce qui concerne le travail après le départ en retraite et les nouveaux régimes de pension officiels sans âge de départ en retraite fixe, les 'limites' de la sécurité du travail deviennent intéressantes. Les nouvelles règles Communautaires sur le traitement égal des travailleurs atypiques et des personnes âgées mettent à l'épreuve, de manière nouvelle, les règles d'ancienneté de service traditionnelles et les règles sur le départ volontaire automatique.<sup>51</sup>

### 3.3 Régimes de pensions, emploi viable et travailleurs femmes

Toutes les sociétés préindustrielles étaient basées sur l'existence d'une division du travail entre les sexes, ce qui confirme leur relation de complémentarité de dépendance mutuelle. L'industrialisme et l'économie de marché ont bouleversé cette division du travail sociale et déterminée par le sexe. Toutefois, après la première période de transition – plutôt chaotique – la structure normative s'est stabilisée en un compromis entre l'ancienne société ségréguée et la nouvelle société industrielle. La famille, en tant qu'unité de production, disparaît pour être remplacée par une nouvelle famille qui consistait en une unité prévoyance-consommation. Il

incombait à l'époux de subvenir aux besoins de la famille, alors que l'épouse était chargée des travaux de ménage. Lorsque les femmes mariées travaillaient, leurs salaires étaient inférieurs à celui des hommes et ceci était considéré comme étant tout à fait légitime. Les salaires étaient fixés non seulement conformément au travail effectué mais également en fonction des exigences spécifiques nécessaires pour subvenir aux besoins de la famille. Pendant longtemps, nous avons eu une société basée non pas sur l'égalité mais sur une relation de complémentarité entre les sexes.<sup>52</sup> La sécurité sociale était basée sur ces conditions. 'La famille et non l'individu devint l'unité de prévoyance de base. La part de sécurité sociale destinée à compenser la perte de gain était structurée autour de la famille et la relation de complémentarité entre les époux. « Des prestations familiales supplémentaires » étaient versées pour les épouses et les enfants. Si une femme mariée avait un emploi séparé accompagné d'un salaire, ceci était considéré comme étant un supplément non nécessaire pour le maintien de la famille. Donc, il n'était pas nécessaire de prévoir une compensation pour ce revenu s'il venait à cesser.'<sup>53</sup> Les femmes mariées étaient exclues ou pouvaient choisir de rester en dehors de certaines parties du système de sécurité sociale mais elles avaient d'autres avantages auxquels les hommes n'avaient pas droit, par exemple les pensions de veuve<sup>54</sup> et un âge de retraite moins élevé.

Toutefois, de nouvelles pratiques sont apparues dans la société et de plus en plus de gens vivent de façons différentes du mode de vie envisagé par le système traditionnel. Le travail rémunéré des femmes est d'une plus grande signification, aussi bien dans le cadre de l'économie dans son ensemble que dans le cadre familial. Désormais, la famille est de plus en plus déstabilisée. De nos jours, un nombre toujours croissant de personnes vivent en dehors de l'unité de prévoyance qui constitue la famille pendant des périodes de temps de plus en plus longues et donc dépendent de leur propre salaire. De plus en plus de mariages finissent en divorces et de plus en plus de familles ne sont plus fondées sur le mariage mais sur d'autres formes de cohabitation. *Vu que de plus en plus de femmes travaillent – même après leur mariage – la famille à deux salaires devient la famille 'normale'.* *Les régimes de sécurité sociale ne peuvent plus ignorer les femmes. Pas plus que les régimes de sécurité sociale basés sur la 'cellule familiale' ne sont adaptés de manière satisfaisante à de nouvelles structures familiales plus flexibles. De plus, les régimes qui favorisent les 'emplois typiques' sont particulièrement défavorables pour les femmes. Ce sont surtout les femmes qui ont des emplois 'atypiques'.* Les emplois traditionnels sont en fait les emplois traditionnels des hommes. Les règles – y compris les régimes de pensions basés sur le principe de l'ancienneté et un emploi régulier et homogène à plein temps – basées sur les carrières traditionnelles apparaissent sous un nouvel angle normatif comme étant une discrimination de l'autre sexe.

Tel que précisé à la Section 3.2 ci-dessus, il a un développement qui concerne les régimes de pensions, qui va d'une pension basée sur la carrière type à une pension basée sur le salaire de toute une carrière. Généralement, tous les arguments en faveur de l'utilisation d'une rémunération permanente moyenne en tant que base pour les pensions sont particulièrement constructifs en ce qui concerne les pensions pour les femmes. Toutefois, vu que les femmes – du fait que la division du travail est toujours prédominante – ont moins d'années et moins d'heures rémunérées et que leurs salaires sont inférieurs à ceux des hommes, ce principe conduira à ce que les femmes recevront une pension inférieure à celle des hommes. Il est pratiquement impossible

de résoudre ce problème dans le cadre de la sécurité sociale. Au fur et à mesure que la participation des femmes sur le marché du travail augmente, les pensions suivront cette tendance. Toutefois, elles seront plus avantagées que si elles étaient soumises à un régime basé sur la carrière type d'un homme.<sup>55</sup>

Toute incorporation des carrières des femmes dans des régimes de pensions exige l'inclusion d'un plus grand nombre d'éléments distributifs, tel que cela est le cas dans l'Économie du savoir. Plusieurs régimes de pensions proportionnelles aux salaires comportent des règles spéciales sur les droits de pensions couvrant les années consacrées à la garde des enfants. Même si les règles ne sont directement liées au sexe, ce sont surtout les femmes qui en bénéficient. Ces règles ne sont pas en passe de disparaître, au contraire elles ont été renforcées.<sup>56</sup>

On peut donc dire que la réforme des régimes de sécurité sociale – et donc des régimes de pensions – en faveur des femmes a été encouragée par les développements survenus au sein du droit du travail. Le principe de parité salariale dans le Traité de Rome d'origine n'avait pas vraiment pour but de créer l'égalité entre les sexes dans son sens général. La vie active et la sécurité sociale dans les États membres d'origine étaient basées sur la famille et la division complémentaire du travail entre les sexes. Le principe de la parité salariale n'avait pas pour but de supprimer cet ordre des choses. Il avait un but bien plus limité, à savoir éviter toute concurrence déloyale avec les bas salaires versés aux femmes. Toutefois, suite au jugement de la Cour européenne de justice dans la fameuse affaire *Defrenne II*,<sup>57</sup> le principe de parité salariale dans le Traité est devenu directement applicable aux employeurs privés et le principe de parité salariale dans le Traité de la CE a commencé à évoluer en un principe plus général de l'égalité entre les sexes qui comprend la totalité de la vie active et – de plus en plus – également la sécurité sociale.

Les directives existantes s'appliquent principalement à la vie active et couvrent la discrimination directe et indirecte. La Directive du Conseil 79/7/EEC sur la mise en œuvre progressive du principe de traitement égal pour les hommes et les femmes en matière de sécurité sociale a été introduite en 1979 et devait être mise en œuvre six ans après cette date.<sup>58</sup> A cette époque, les systèmes de sécurité sociale contenaient encore des règlements qui étaient directement discriminatoires pour les femmes mariées. Ces règlements ont été annulés. Toutefois, selon la Directive, les États membres sont autorisés à exclure les règles relatives au sexe à l'âge de la retraite, avec les droits d'éducation des enfants au sein des systèmes de pensions, avec les pensions de veuves et les prestations supplémentaires en tant que droits dérivés. Ces 'privilèges de la femme' dans le cadre de la sécurité sociale disparaissent progressivement. Lorsque les règles sur l'âge de la retraite des femmes (à un âge moins avancé) furent introduites, très peu de femmes avaient droit à une pension proportionnelle au salaire. Les droits à une pension proportionnelle au salaire pour les femmes deviendront plus coûteux suite à l'augmentation du nombre de femmes ayant un emploi rémunéré. De plus, les femmes vivent plus longtemps que les hommes. Il en résulte que pratiquement tous les pays introduisent maintenant un âge ouvrant droit à la pension commun pour les hommes et les femmes, et cet âge est toujours fixé à celui qui s'appliquait auparavant aux hommes.

Lorsqu'il s'agit d'utiliser le potentiel qui réside dans le concept de discrimination indirecte pour raisons de sexe, la Cour européenne de justice a été très prudente en ce qui concerne les systèmes de sécurité sociale, bien que l'Article 4 de la Directive sur la Sécurité Sociale interdise la discrimination que ce soit directement ou indirectement.

L'affaire Rinner-Kühn<sup>59</sup> concernait les prestations-maladie en espèces sous forme 'd'allocation-maladie' de la part de l'employeur. Tout comme le régime officiel à l'époque, le droit à l'allocation-maladie ne s'appliquait pas aux travailleurs à temps partiel de courte durée. Selon l'Article 119 du Traité de Rome (maintenant l'Article 141 CE), l'avantage prévu par la loi faisait partie du salaire et, vu que les travailleurs à temps partiel de courte durée étaient principalement des femmes, il y avait une preuve *prima facie* de discrimination indirecte. L'Allemagne devait prouver que les règles respectaient un objectif social et qu'elles étaient adéquates et nécessaires pour atteindre cet objectif, évaluation qui devait être effectuée par les tribunaux nationaux selon le jugement. Il y a eu d'autres cas à l'encontre de la Directive de sécurité sociale même, par exemple les affaires *Ruzius-Wilbrink*,<sup>60</sup> *Teuling*<sup>61</sup> et *Molenbroeck*,<sup>62</sup> toutes concernant les régimes de pensions des Pays-Bas. Dans l'affaire *Ruzius-Wilbrink*, la Cour européenne de justice semble critiquer le traitement différentiel des employés à temps partiel dont il était question dans cette affaire. Par contre, dans l'affaire *Teuling*, la Cour européenne de justice semble avoir approuvé un régime de pension d'invalidité avec prestations réduites pour les non dispensateurs de services bien que ceci fut surtout au détriment des femmes, vu que le système cherchait à garantir un revenu de subsistance minimum pour les ayants-droits qui ont un conjoint ou des enfants à charge, de par un supplément de la prestation de sécurité sociale qui compense les fardeaux qu'ils doivent supporter comparé aux célibataires.

La conclusion jurisprudentielle de la Cour européenne de justice est que les prestations de soutien de famille neutres dans les régimes de sécurité sociale officiels, en dépit d'effets adverses sur les femmes, ne sont généralement pas considérées comme allant à l'encontre du principe de traitement égal. Toutefois, dans les autres 'piliers' des régimes de pensions, le principe du traitement égal – et tout spécialement la notion de discrimination indirecte – s'est plus ou moins débarrassé du traitement différentiel vis à vis des femmes. Il y a la Directive du Conseil 86/378/EEC sur le traitement égal des hommes et des femmes dans les régimes de sécurité sociale du travail,<sup>63</sup> amendée par la Directive du Conseil 96/97/EC.<sup>64</sup> En principe, les Articles 5 et 6 interdisent la discrimination directe et indirecte pour raisons de sexe dans les régimes du travail et des sociétés. Toutefois, l'Article 9 permet aux États membres de reporter la réforme de l'âge de la retraite différentiel et des règles des pensions de veuves dans les régimes du travail/sociétés s'ils sont assimilés à un système officiel. Un âge de mise à la retraite moins élevé pour les femmes est donc autorisé selon la directive sur la sécurité sociale de la CE et même selon la directive spéciale sur les retraites professionnelles. Toutefois, la Cour de Justice est arrivée à la conclusion que les retraites professionnelles doivent être considérées comme étant une rémunération et qu'un âge de mise à la retraite moins élevé pour les femmes constitue donc une violation du principe de la parité salariale du Traité de Rome!<sup>65</sup>

Le concept de discrimination sexuelle indirecte a également été utilisé pour le traitement différentiel en ce qui concerne l'emploi à temps partiel et même les régimes de sécurité de l'emploi, qui ont ouvert la voie à un principe de traitement égal pour l'emploi atypique en soi.<sup>66</sup>

Des Directives récentes introduisent directement le principe de traitement égal pour l'emploi flexible (voir la Sec. 3.2 ci-dessus). Toutefois, ces Directives ne s'appliquent pas, en soi, à la sécurité sociale. Néanmoins, les développements normatifs dans ces domaines sont susceptibles, à la longue, d'influencer les régimes

de sécurité sociale officiels en ce qui concerne l'approche normative vis à vis des carrières actives flexibles.

### 3.4 Régimes de pensions, cohésion sociale viable et protection de base

Un grand nombre de systèmes de sécurité sociale ont des régimes de pensions de base qui ont pour but de garantir des conditions de vie convenables pour tout le monde. On peut dire qu'une telle approche se situe au cœur même du modèle nordique. Le modèle de Beverage avec ses prestations fixes et le régime officiel du RU peuvent également être considérés comme étant des régimes de base. Il y a une condition contributive mais aucune relation entre les cotisations et les prestations fixes versées une fois que l'on fait partie du système. Les Pays-Bas et l'Irlande ont également des régimes de pensions de base. Le modèle méridional compte traditionnellement sur les pensions proportionnelles au salaire. Toutefois, il existe également des *pensions minimales*. Celles-ci sont versées aux personnes qui se situent en dehors du régime de cotisations général et sont généralement liées aux ressources.

Le maintien d'un emploi rémunéré et/ou de la relation de famille par rapport à un travailleur comme étant la seule base du droit à la protection sociale est de plus en plus anachronique. La marginalisation de groupes de plus en plus importants de l'emploi rémunéré de pair avec la nécessité de disposer davantage de droits individuels à la sécurité sociale *exigent des niveaux de base garantis au sein des systèmes de sécurité sociale et donc des régimes de pensions officiels renforcés. Ces développements – de pair avec le processus de flexibilisation – constituent un argument pour l'adoption d'une structure à quatre 'piliers' ou mieux encore d'une structure à 'quatre volets' de régimes de pensions : un niveau de garantie interne du régime officiel de pension proportionnelle au salaire qui représente les deux premiers volets et qui est ensuite complété par des régimes de retraite complémentaire et de retraite professionnelle.*

Le travail effectué n'est pas nécessairement le critère pertinent pour faire partie du volet interne d'un tel système. Celui-ci doit faire appel à des critères complémentaires. Il y a toujours eu des raisons pour s'écarter du principe d'équivalence entre la valeur du travail effectué et le montant de la pension. Presque tous les régimes de pensions accordent des droits de pension pour les périodes de maladie et de chômage. Dans la plupart des régimes, les cotisations et/ou le montant de la pension sont calculés de façon telle qu'il y a une certaine redistribution des salariés à revenu élevé aux salariés à faible revenu. Les arguments normatifs pour de telles dérogations au principe d'équivalence sont devenus bien plus irréfutables de par le processus de flexibilisation. Tel que déjà indiqué, la société du savoir, et le simple fait que tous les adultes – hommes et femmes – sont actifs sur le marché du travail mais pas nécessairement sur un même pied d'égalité, exige également l'acquisition de droits de pension pour d'autres activités, telles les périodes d'éducation et les années passées à la garde des enfants. Si la flexibilisation permet d'envisager des carrières 'précaires', il y a également un besoin grandissant 'type' au sein du système en vue de garantir un niveau de vie minimum pour tous. Comme le dit Schulte : 'la responsabilité de l'État concerne tout particulièrement les personnes défavorisées par l'état-providence traditionnel préparant à la vie active, c.-à-d les personnes qui ne sont pas employées à plein temps, principalement les femmes ; les primo-demandeurs d'emploi qui n'ont pas accès au marché du travail ; les chômeurs chroniques ; les personnes

handicapées ; les minorités (ethniques et raciales) menacées par la discrimination ; et les groupes marginaux'.<sup>67</sup>

De préférence, les régimes de pensions de la sécurité sociale devraient être conçus de façon à permettre un droit à la pension flexible et successif selon une échelle continue qui ne nécessite ni le passage à une pension proportionnelle au salaire ni de satisfaire aux exigences pour besoins spéciaux donnant droit à une pension de base/minimale. La nécessité de prévoir une sécurité sociale pour les individus qui ont des carrières plus hétérogènes que ceux qui sont couverts par des régimes de sécurité sociale traditionnels fait appel à des solutions plus schématiques qui ne sont pas vraiment basées sur des évaluations des besoins cas par cas. Toutefois, ce que nous constatons semble être un développement vers des régimes davantage 'basés sur les besoins' qui n'entrent pas dans le cadre des régimes de pensions réguliers.<sup>68</sup> Il y a une augmentation des soit disant prestations non contributives ou hybrides spéciales, réglementées par l'Article 10a du Règlement 1408/71 et également des prestations d'aide sociale qui se situent totalement en dehors de la portée du Règlement. Une conclusion importante d'une étude comparative sur les réformes des pensions a été que ' tenter de séparer l'aide sociale de l'assurance sociale est une question bien plus importante pour les réformes des pensions que de choisir tout simplement entre les régimes non provisionnés et les régimes à financement privé'.<sup>69</sup> Cette non concordance croissante entre la structure institutionnaliste de la protection sociale et les changements de l'environnement a été considérée comme étant bien plus grave dans les états-providence corporatistes du modèle de Bismarck. Ici les implications d'affectation et de distribution de la non concordance se sont combinées pour créer un vrai fossé entre les individus et ménages adéquatement protégés d'une part et le nombre toujours croissant de 'marginaux' non protégés ou insuffisamment protégés d'autre part.<sup>70</sup>

Quelle que soit leur forme, la fonction fondamentale des régimes de besoins essentiels est de garantir des conditions de vie adéquates et raisonnablement égales pour tout le monde. De tels régimes sont une expression du principe normatif de justice sociale (ou de juste distribution) et leur existence est une condition préalable absolue pour une cohésion et une légitimité sociale viables, dans la perspective d'une intégration aussi bien nationale qu'euro péenne. Toutefois, il s'agit ici d'une approche normative qui n'est pas immédiatement compatible avec l'approche des droits acquis par rapport aux droits de pension acquis et aux objectifs de l'intégration européenne à ce jour, objectifs qui se concentrent sur la libre circulation des travailleurs. Elle aborde la question du critère d'appartenance pertinent et met en évidence le principe de territorialité, lequel est traditionnellement inhérent aux régimes de sécurité sociale nationaux. Une autre façon de l'exprimer serait de dire que les principes du Règlement No. 1408/71 font l'objet d'une pression considérable.

## 4. Règles de coordination de la CE sur la législation applicable et la mobilité

### 4.1 Considérations d'ordre général

Lors de l'introduction du Règlement (CEE) No. 1408/71, tous (six) les États membres disposaient de régimes de sécurité sociale qui, en principe, couvraient la population active et qui étaient basés sur des cotisations et comprenaient les

familles assurées par le biais de droits dérivés – en d’autres termes, ces régimes étaient basés sur le modèle de Bismarck et/ou sur le modèle méridional.<sup>71</sup> Depuis, la conception des régimes de sécurité sociale devant être coordonnés est bien plus diversifiée vu que le nombre d’États membres a augmenté et que les conditions sociales ont changé. Ceci est en partie – seulement en partie – devenu évident suite aux changements successifs apportés au Règlement.

Le Règlement fait partie intégrante de l’objectif fondamental des Communautés européennes d’alors, maintenant l’UE, et de la création du marché interne. Tout règlement d’un État membre qui constituait un obstacle à la libre circulation des travailleurs a été aboli. Il n’est plus nécessaire d’obtenir un permis de travail ou autre sur le marché du travail et à cette fin, on a introduit le Règlement (CEE) No. 1612/68 du 15 octobre 1968 sur la libre circulation des travailleurs au sein de la Communauté. Mais la conception des régimes de sécurité sociale fut également considérée comme étant un obstacle à la libre circulation.<sup>72</sup> *La base constitutionnelle de la coordination des régimes de sécurité sociale des différents États membres et donc du Règlement 1408/71, se trouve dans les Articles sur la libre circulation des travailleurs* et plus spécifiquement l’Article 42 (ancien Article 51) de la CE, article qui requiert l’unanimité.<sup>73</sup> Sur ce fond, la Cour européenne de justice, lors de ses décisions, a appliqué le Règlement sur la base de cas individuels et une approche dissuasive visant à promouvoir la libre circulation des travailleurs.<sup>74</sup>

Le Règlement n’a pas pour objectif d’harmoniser les régimes de sécurité sociale au sein du marché interne mais uniquement de les coordonner. Donc, à ce titre, il ne contient aucune règle de fond minimale sur le champ d’application et/ou une énonciation sur les régimes de sécurité sociale. Néanmoins, les règles de coordination sur la législation applicable – bien que principalement basée sur l’intérêt instrumental de l’intégration/mobilité – ont également une *base normative per se*. La *lex loci laboris* (loi du lieu de travail) est le principe fondamental du Règlement (Article 13(2)). On peut également dire que cet article s’harmonise avec les valeurs normatives fondamentales des premiers régimes de sécurité sociale à être coordonnés (surtout basés sur le travail et les cotisations) et avec la condition bien plus théorique de la sécurité sociale en tant que complément au travail rémunéré sur le marché du travail. Ce qui est beaucoup plus difficile à maîtriser, compte tenu des tous derniers développements, c’est le fait que, conformément aux systèmes initiaux devant être coordonnés, les familles sont protégées par le biais de droits dérivés.

Toutefois, tel que déjà indiqué, le principe de la *lex loci laboris* est généralement également compatible avec le *but pratique* fondamental et primaire du Règlement qui est de garantir/promouvoir la libre circulation des travailleurs. On peut également le placer dans le contexte du dumping social. On a toujours craint que la création du marché interne résulterait en une ‘course vers le bas’. Donc, le but fondamental d’une amélioration générale des niveaux de vie a été mis au point lors des Traités de Maastricht et d’Amsterdam.<sup>75</sup> L’estimation normative que la concurrence en matière de travail (travailleurs) devra en principe avoir lieu selon les termes applicables au marché où un travail est effectué a également, par la suite, été exprimée dans la Directive du Conseil 96/97/CE sur l’affectation des travailleurs.<sup>76</sup> En termes généraux, le principe de la *lex loci laboris* semble également être compatible avec ce contexte.

La fonction de base du Règlement est de briser les anciens cercles de solidarité des régimes de sécurité sociale nationaux afin de promouvoir l’intégration. A cette fin, le principe du traitement égal est un autre principe fondamental du

Règlement.<sup>77</sup> Il délégalise la nationalité en tant que critère d'appartenance aux régimes de sécurité sociale. De même, suite à l'application du concept de discrimination indirecte, les critères de résidence d'appartenance sont également susceptibles de violer le Règlement.<sup>78</sup> Un autre principe fondamental du Règlement, le principe d'agrégation, consiste à éliminer les règles nationales qui exigent des périodes d'admissibilité de résidence et/ou de travail sur le territoire qui tombe sous des régimes de prestations sociales différents.<sup>79</sup> Le principe d'exportation concerne la partie du principe de territorialité qui précise que le fait de quitter le territoire (ou ne pas y résider en premier lieu, comme par exemple dans le cas des migrants journaliers) vous exempte du droit aux prestations sociales (Article 10). De pair avec le principe *pro-rata-temporis*, il permet de prendre avec soi les droits sociaux acquis lorsqu'on se déplace au sein de l'UE. On peut donc dire que les quatre principes prévoient l'élimination des critères d'appartenance traditionnels afin d'améliorer l'intégration. – Finalement, la règle de l'état unique (Article 13(1)) et l'idée d'un seul état compétent sont fondamentales pour le Règlement et son fonctionnement.<sup>80</sup> A ce stade, il suffit de dire que l'application du Règlement et de ses règles de base est rendue plus rigide et moins dynamique.

Toutefois, les aspects d'intégration du Règlement, sont affectés par l'applicabilité restreinte des règles. Tel que déjà précisé, à l'origine la libre circulation avait été limitée à la main-d'œuvre, aux services, aux capitaux et aux biens (c.-à-d les quatre libertés).<sup>81</sup> En 1981 le Règlement a été élargi afin d'incorporer les travailleurs indépendants,<sup>82</sup> puis à nouveau en 1998 afin de couvrir les régimes spéciaux des fonctionnaires<sup>83</sup> et finalement en 1999 il incorpore les étudiants.<sup>84</sup> Toutefois, la portée de l'application du Règlement ne couvre pas tous les citoyens de l'UE.<sup>85</sup> Selon l'Article 2, à l'heure actuelle le Règlement s'applique aux 'travailleurs employés ou indépendants qui sont ou ont été soumis à la législation d'un ou plusieurs États membres et qui sont ressortissants d'un des États membres ou qui sont apatrides ou réfugiés résidant sur le territoire d'un des États membres, ainsi que les membres de leurs familles et leurs survivants'.<sup>86</sup> Il n'est pas exigé d'avoir fait usage du droit de libre circulation, c'est-à-dire avoir travaillé dans un autre État membre, pour pouvoir bénéficier de la couverture du Règlement, mais il est nécessaire d'avoir traversé une frontière. Pas plus qu'il n'est exigé d'être travailleur ; il suffit d'avoir été couvert par la législation d'un État membre. Le concept d'employé est basé sur le Droit Communautaire et couvre également les personnes dans un emploi flexible.<sup>87</sup> Les prestations sociales couvertes sont définies à l'Article 4 et comprennent, entre autres, les prestations de vieillesse. On trouvera les règles spéciales sur les pensions au Chapitre 3 du Règlement (voir également les sections qui suivent).

Depuis Maastricht, le Traité de l'Union européenne précise que l'un des objectifs est de 'renforcer la protection des droits et intérêts des ressortissants de ses États membres en introduisant une citoyenneté de l'Union'. L'introduction de la citoyenneté de l'Union aux termes des Articles 17 et 18 CE confère à chaque citoyen de l'Union un droit primaire et individuel de circuler et de résider librement sur le territoire des États membres. Toutefois, ce droit est toujours sujet à des contraintes considérables en ce qui concerne les citoyens non actifs et leurs familles. Le droit des citoyens de l'Union de circuler et résider librement est actuellement soumis à une masse complexe de lois qui comprennent pas moins de deux Règlements et neuf Directives, outre le droit jurisprudentiel de la Cour européenne de justice.<sup>88</sup>

A ce jour, les aspirations d'intégration de l'UE cessent au niveau des citoyens de l'UE. A l'heure actuelle, les dispositions ne s'appliquent pas aux ressortissants de pays tiers.<sup>89</sup> Pour l'instant, elles comptent surtout sur les accords bilatéraux ou multilatéraux avec leurs pays d'origine.<sup>90</sup> Selon le sommet de Tampere en 1999, un des objectifs de l'Union est de garantir un traitement comparable pour les ressortissants de l'UE et des ressortissants de pays tiers qui résident légalement sur le territoire de ses États membres.<sup>91</sup> De plus, selon les conclusions de la Présidence de la réunion de Laeken, il existe maintenant l'accord politique nécessaire pour rendre la coordination des systèmes de sécurité sociale accessible aux ressortissants de pays tiers et, dans un proche avenir, on peut s'attendre à des progrès dans ce domaine vu qu'il a été demandé au Conseil d'adopter les dispositions nécessaires dès que possible.<sup>92</sup> La Commission a maintenant soumis sa proposition pour une nouvelle réglementation élargissant la portée du Règlement 1408/71 aux ressortissants de pays tiers qui résident légalement dans un État membre et qui se rendent (légalement) dans un autre État membre.<sup>93</sup> La proposition est basée sur l'Article 63(4) CE et ses objectifs ont pour but de faciliter l'intégration des ressortissants de pays tiers en leur octroyant des droits et des obligations comparables à ceux des citoyens de l'UE et en encourageant la mobilité des travailleurs, y compris les non ressortissants de l'UE.<sup>94</sup> On pense qu'elle est importante à la fois pour garantir le respect des droits fondamentaux des ressortissants de pays tiers et pour supprimer tout obstacle à la mobilité des travailleurs et à la participation au marché du travail. Comme tel, le nouveau Règlement ne confèrera pas un droit à entrer, rester ou résider dans un État membre ou d'accéder à son marché du travail. Toutefois, la Commission a formulé un projet de directive sur les 'Conditions d'entrée et de résidence des ressortissants de pays tiers dans le but de s'adonner à des activités économiques dans un emploi rémunéré ou en tant que travailleurs indépendants' dans un autre État membre.<sup>95</sup>

La base constitutionnelle pour l'harmonisation de la sécurité sociale a fortement changé après Amsterdam. Compte tenu du principe de subsidiarité, il est désormais expressément possible – selon les Articles 136-145 – d'harmoniser la sécurité sociale à l'aide d'un minimum de directives.

On peut dire qu'il y a un consensus général dans ce sens que les règles du Règlement devraient être réformées, mais c'est à ce stade que le consensus cesse. Déjà, lors du sommet d'Edinburgh en 1992, le Conseil avait donné à la Commission l'autorisation de simplifier les règles de la coordination.<sup>96</sup> Lors du débat général, il y a eu un grand nombre de propositions. On peut identifier trois approches différentes : réforme fragmentée, un régime européen pour les migrants et un système de coordination unifié simplifié. La proposition développée par la Commission européenne simplifiant le Règlement 1408/1 (voir ci-après) est l'exemple le plus proéminent de la réforme fragmentée. La version d'un régime européen a été soumise par Pieters et Van Steenkiste dans le 'Treizième État'.<sup>97</sup> Le point crucial consiste à créer un système d'assurance sociale européenne spécialement conçue pour la protection des migrants. Toutefois, la question est de savoir s'il y a un fondement juridique pour la création d'un tel système.<sup>98</sup> La troisième option serait de maintenir le fond actuel de la loi de coordination mais de trouver un 'moyen de l'exprimer plus compréhensible et plus élégant'.<sup>99</sup> Le but serait de définir la coordination en termes de principes généraux. D'après Sakslin il n'y a pas de choix véritable entre la première et la troisième approche dans ce sens qu'à moins qu'il y ait un niveau suffisant de généralité susceptible d'être introduite

dans toute réforme, le Règlement doit être constamment modifié à l'aide d'amendements d'ordre mineur.<sup>100</sup> Il y a également des propositions selon lesquelles il devrait y avoir un régime de *pro-rata* pour toutes les prestations<sup>101</sup> et une tendance vers la *lex loci domicilii*,<sup>102</sup> ainsi qu'une recommandation que la *lex loci laboris* et la *lex loci domicilii* devraient toutes deux être respectées en parallèle.<sup>103</sup> De plus, Pieters a suggéré que la législation applicable aux prestations compensant toute perte de revenu et aux prestations compensant les coûts devrait être régie par des principes différents.<sup>104</sup>

Depuis des années maintenant, il existe une proposition de la Commission visant à simplifier le Règlement.<sup>105</sup> La proposition est uniquement de un tiers de la taille du Règlement 1408/71. Cette proposition est basée sur les Articles 42, 18 et 308 CE et a une portée considérablement plus étendue quant aux personnes couvertes que le Règlement actuel. 'Personne' est le concept pertinent (et non employé, membre de la famille, etc.). Donc, la proposition couvre le développement allant des travailleurs aux citoyens de l'UE au sein du droit communautaire et également les ressortissants des pays tiers qui résident légalement dans un État membre. La proposition touche à des questions politiques hautement sensibles.<sup>106</sup> L'aide sociale se situe toujours en dehors de la portée du Règlement.

Pendant longtemps la proposition de la Commission a semblé être 'engluée' dans le procédé. Après Amsterdam toute décision doit non seulement être unanime, le Parlement a également le pouvoir de co-décision. Toutefois, par la suite, la réforme est de nouveau dans la bonne voie. Lors du sommet de Laeken en décembre 2001, les paramètres de modernisation du Règlement 1408/71 ont été présentés et une proposition de modification du Règlement est due vers la fin 2003.<sup>107</sup> Il y a 12 paramètres qui ont été définis comme étant les options de base pour l'adoption par le Conseil en fonction desquels le Règlement doit être modernisé: il y a sept paramètres généraux et cinq spécifiques aux diverses catégories de prestations. Le document contient certaines différences comparé à la proposition de 1998 de la Commission. La portée personnelle plus générale est maintenue et la retraite anticipée est incluse, bien que dans le cadre d'une liste exhaustive. La période de la recherche d'un emploi dans un autre État membre est fixée à 'au moins trois mois'. – Toutefois, selon Schulte et Jorens, 'Une harmonisation des systèmes de sécurité sociale nationaux n'est pas à l'ordre du jour dans un proche avenir. Par contre, on vise à une plus grande convergence dans le domaine de la protection sociale par la soi-disant « méthode de coordination ouverte » qui a été adoptée avec succès dans le domaine de la politique économique et, plus récemment, dans la politique de l'emploi et qui a maintenant également été adoptée dans le domaine de l'exclusion sociale et des pensions de vieillesse et puis, en 2002, elle s'appliquera également aux soins de santé'.<sup>108</sup>

Finalement, la Charte de l'UE sur les droits fondamentaux 2000 aborde les questions de la sécurité sociale et de l'aide sociale dans son Article 34, précisant que l'Union reconnaît et respecte le droit à la sécurité sociale et à l'aide sociale conformément aux règles établies par le droit communautaire et les droits et pratiques nationales.

#### 4.2 Le travailleur migrant traditionnel

L'employé migrant traditionnel est le *Gastarbeiter* type, travailleur industriel homme qui vient travailler sur un marché du travail plus favorable dans un autre

État membre que celui de son état d'origine. Après avoir travaillé dans ledit état pendant une période de temps considérable (peut être même jusqu'à l'âge de la retraite), il retourne très souvent dans son pays d'origine. Il s'agit ici de l'individu pour lequel les règles du Règlement sont réellement d'application. Donc, comment les règles fonctionnent-elles ?

Selon l'Article 13(2)(a) et 13(2)(b), la législation de l'État du lieu de travail est d'application, c.-à-d le principe de la *lex loci laboris*. En ce qui concerne les droits à pension proportionnelle au salaire (normalement à cotisation), ceci signifie que le travailleur migrant traditionnel obtient sa pension sur la base d'un traitement égal à celui des travailleurs nationaux du marché du travail pertinent. Les pensions proportionnelles au salaire sont normalement, dans ce cas, les droits à pension en question, la raison fondamentale de la migration étant précisément la recherche de salaires plus élevés.

A la fin du travail rémunéré actif, la question est de savoir comment 'prendre la pension chez soi'. Vu que l'on traite de droits de pension 'acquis', ceux-ci sont exportables – également selon les règles nationales – en tant que droits accumulés 'acquis'. Normalement, on ne perd rien lorsqu'on retourne dans son pays. Conformément à la plupart des régimes de pensions officiels, rien n'indique que l'on devrait être assuré au moment de la matérialisation du risque (au moment de la retraite) et, les pensions seront versées dès que l'on atteint l'âge de la retraite. Très souvent, il n'est même pas nécessaire d'appliquer les règles de coordination. Toutefois, l'Article 45 contient des règles sur l'agrégation des périodes de qualification (périodes minimales de cotisation/gains) susceptibles d'être requises aux termes des systèmes nationaux pour l'acquisition des droits de pension. L'Article 46 traite de l'attribution des prestations. Chaque pays procède à ses propres calculs. Premièrement, il y a la question du montant des droits de pension aux termes de la législation nationale uniquement, compte non tenu de l'Article 45. A titre de comparaison, on devra effectuer un calcul aux termes de l'Article 46(2). S'il n'y a aucun droit à pension aux termes de la législation nationale, l'Article 46(2) est directement applicable.<sup>109</sup> En ce qui concerne les régimes de pensions proportionnelles aux revenus, la différence entre les deux options n'est normalement pas très grande. Toutefois, de longues périodes de qualification aux termes du régime national sont susceptibles de favoriser la deuxième option.<sup>110</sup> Si la personne concernée n'a pas travaillé en tant que *Gastarbeiter* toute sa vie, ses droits de pension devront être calculés conformément aux Articles 45 et 46.

Tel, que précisé ci-dessus, la caractéristique de ces cas est que les droits à pension dépassent les niveaux minimums, du moins dans l'état d'origine. La question spéciale des régimes de pensions de base et des autres garanties d'un niveau de vie minimum sera donc traitée dans la Sec. 4.3 ci-après.

Il y a également la question de la famille et, en ce qui concerne la retraite, la position spécifique de l'épouse. Nous devons considérer deux scénarios principaux : la famille a soit émigré avec le travailleur soit elle est restée dans le pays d'origine. Dans les deux cas, le travailleur a droit à des prestations de soutien supplémentaires ou l'épouse à tous droits dérivés. L'épouse pourra également avoir droit à une pension de base personnelle, avec le problème spécifique susceptible de survenir aux termes du critère d'appartenance pertinent (voir la Sec. 4.3 ci-après). Ensuite, il y a la possibilité que l'épouse ait eu son propre emploi. Ses droits en tant que travailleur – probablement un emploi flexible – sont traités dans la section qui suit.<sup>111</sup>

Notre travailleur migrant traditionnel transfère donc chez lui la pension et le niveau de vie plus élevés du pays du travail.<sup>112</sup> Du point de vue foncièrement normatif, ceci semble approprié – il a travaillé et cotisé à ce niveau toute sa vie. Il mérite le niveau de vie auquel il a maintenant droit – la pension représente des droits accumulés/acquis à caractère de propriété. De manière typique, on peut dire qu'un tel ordre des choses est à même de promouvoir la libre circulation des travailleurs, renforçant ainsi le marché intérieur et l'intégration européenne. A par l'envie des concitoyens dans le pays de résidence après le départ en retraite, ceci devrait également encourager d'autres personnes à utiliser leur droit de libre circulation.

Il en va de même pour certaines prestations 'supplémentaires' devant être versées par l'État du lieu de travail, par exemples les prestations-maladie en nature (Articles 28 et 28a du Règlement) et les allocations familiales (Article 77(2) du Règlement), en dépit du fait que ces prestations sont fréquemment des prestations de solidarité nécessitant la résidence aux termes du régime national. Ces prestations peuvent être considérées comme étant le paiement d'une aide à un non résident de la part de l'État du lieu de travail à des personnes résidant dans un autre État membre. Ceci, bien sûr, encourage également la mobilité. D'un point de vue bien plus normatif, ceci semble, toutefois, être bien moins convaincant.<sup>113</sup>

#### 4.3 Le travailleur migrant flexible

Donc, les carrières actives actuelles sont typiquement plus hétérogènes que les carrières traditionnelles en ce qui concerne le nombre des employés et les types d'emploi. Elles sont également susceptibles de représenter un mélange d'emploi permanent, d'emploi indépendant et des périodes d'éducation ou de chômage. Un emploi parallèle et/ou d'autres activités éducationnelles/économiques deviennent également plus fréquentes.

De telles carrières actives hétérogènes sont peut être la réalité non seulement pour les travailleurs précaires mais également pour les 'travailleurs du savoir' *hautement qualifiés*. En fait, il est connu que les travailleurs hautement qualifiés sont en excès dans certains modes flexibles d'emploi. Ils sont connus comme étant les nouveaux migrants. Il est vrai qu'un grand nombre de ces travailleurs sont transférés par leurs propres sociétés/employeurs. Donc, leur situation sera traitée dans la Section 4.5 ci-après. Toutefois, il y a également une forte migration individuelle – en augmentation constante – au sein de ces groupes. Une telle migration peut être provoquée par le motif classique de meilleures conditions de travail mais également par des motifs non économiques tels une consolidation de la carrière et un développement personnel. De manière générale, ces cas mettent en cause la pension proportionnelle au salaire dans n'importe quel régime de pensions (et les piliers non officiels du système de pension sont aussi importants si ce n'est plus importants que les régimes officiels!).

Le principe de la *lex loci laboris* semble, au premier abord, également bien s'adapter à ces cas. Cependant, plusieurs travailleurs de ces groupes pourraient être bien plus tentés de rechercher une migration temporaire si cela ne faisait pas intervenir un changement de régime de sécurité sociale. La possibilité d'opter pour le régime de sécurité sociale de l'État d'origine pourrait être une option dans le cas des migrations temporaires. Une autre possibilité serait de considérer ceci comme étant un cas de navette, le travailleur migrant temporaire étant considéré comme étant employé dans deux (ou plus) États membres et toujours résident dans l'état

du lieu de travail d'origine (comparer ci-après avec la Sec. 4.4).<sup>114</sup>

Toutefois, les formes de travail flexible sont fréquemment supposées être liées à des conditions de travail plus *précaires* dans des emplois inférieurs et mal payés. Dans ce cas, on devra d'abord noter que des formes de travail plus aléatoires constituent un obstacle à la mobilité même. S'il semble y avoir relativement peu d'intérêt à la migration intra-européenne en général, celle-ci est d'un intérêt bien moindre lorsque la position est temporaire et aléatoire. De tels cas sont en dehors de la portée du Règlement. Toutefois, même s'il est probable – tout particulièrement dans le cadre du futur élargissement de l'UE – que la migration pour la 'raison traditionnelle' de meilleures conditions aura également lieu à l'avenir, on ne peut pas s'attendre à des carrières à vie et, les formes de travail flexible sont celles qui seront le plus susceptibles d'être offertes. Tel que déjà indiqué (voir ci-dessus à la section 3), la conception des régimes de pensions officiels est cruciale pour ces nouvelles carrières actives. On avait également supposé qu'il serait nécessaire d'avoir une participation des intéressés dans les régimes de pension officiels à des fins d'éducation, d'aide aux membres de la famille, etc. les personnes de ce groupe sont également plus susceptibles de dépendre de régimes de pensions de base et d'autres prestations de niveau de vie minimum lorsqu'elles atteignent un âge avancé. – Les travailleuses méritent ici une mention spéciale. Bien sûr, parmi les nouveaux migrants hautement qualifiés que nous avons déjà mentionnés, il y a également des femmes. En général, cependant, les femmes sont sur-représentées parmi les travailleurs temporaires et autres travailleurs flexibles dans des emplois plus précaires.

Dans ce cas, le principe de la *lex loci laboris* a ses faiblesses. Le travail n'est plus l'unique critère pertinent d'appartenance. Par exemple, le principe de la territorialité inhérente aux régimes de sécurité sociale nationaux exige la résidence en tant que critère d'appartenance supplémentaire ou en option.<sup>115</sup>

Toutefois, ce qui est d'un intérêt spécial quant aux travailleurs flexibles, c'est leur dépendance plus fréquente sur les régimes de pensions de base et même sur une aide sociale supplémentaire. Dans ce cas, la résidence en tant que critère d'appartenance pertinent devient essentielle. Les prestations ne sont plus basées sur des droits acquis mais sur la justice sociale et un niveau de vie adéquat pour tous. Il s'agit donc de prestations de solidarité. Pour autant que le travailleur flexible reste dans l'état de résidence après l'âge de la retraite, il bénéficiera, bien sûr, des régimes qui existent dans ce pays. L'Article 50 du Règlement prévoit le droit à un supplément dans le cas où les prestations totales payables aux termes de la législation de divers États membres n'atteignent pas le minimum spécifié par la législation de l'État de résidence – de plus, les pensions proportionnelles aux salaires et les pensions basées sur la résidence peuvent éventuellement être exportées au *pro rata*. Toutefois, depuis 1992 il y a des dispositions spéciales sur les prestations hybrides à l'Article 10a du Règlement qui les exemptent du principe d'exportabilité. Ces prestations non contributives basées sur la résidence seront notifiées à la Commission et sont listées à l'Annexe IIa du Règlement.<sup>116</sup>

Toutefois, au vu des circonstances actuelles, la liberté de circulation de tels retraités 'non autonomes' est un tant soit peu réduite. Selon la Directive du Conseil 90/365/CEE sur le droit de résidence des salariés et des travailleurs indépendants qui ont cessé leurs activités<sup>117</sup> professionnelles, il existe en principe un droit de circuler librement et de résider dans l'un quelconque des États de l'Union, pour autant que l'on ait un certificat médical et que l'on dispose de ressources suffisantes. On peut contester ces restrictions et le droit général des citoyens de

l'Union tel que stipulé à l'Article 18 CE peut être invoqué.<sup>118</sup> Toutefois, tel que le droit communautaire se présente aujourd'hui, le 'vieux pauvre' doit toujours dépendre d'une double prestation familiale ; sa liberté de se rendre hors de son État de travail ou de son état d'origine dépend du type de système de sécurité sociale de l'État hôte – à savoir si la protection de base est prévue dans le cadre du Règlement ou en dehors (ou pas du tout).<sup>119</sup> – On peut dire que ces groupes spécifiques d'individus ne sont pas susceptibles de migrer après leur départ en retraite. Mais, une fois de plus, pourquoi ne devraient-ils pas le faire ? Une deuxième génération plus mobile pourrait également rendre une telle mobilité de plus en plus adaptée à la population âgée. Si nous souhaitons vraiment avoir une Europe intégrée pour tous ses citoyens, ceci devrait être une option et, si l'intégration réussit, elle pourrait bien devenir une exigence.<sup>120</sup>

Quant à savoir si les retraités migrants sont invités/incités à prendre un emploi – probablement du type flexible – pourrait en grande partie dépendre des règles contenues dans les régimes de pensions correspondants.

Les étudiants migrants posent un problème spécial au sein du scénario de l'emploi flexible. Selon le Règlement, l'état d'origine reste l'état compétent en ce qui concerne un étudiant qui étudie dans un autre État membre. Toutefois, si l'étudiant prend un emploi dans l'État hôte, le principe de la *lex loci laboris* est immédiatement applicable et l'État du travail devient l'état compétent. S'il s'agit d'un emploi partiel ou de courte durée, cette règle semble plutôt inadéquate. Peut-être devrait-on appliquer une règle basée sur 'l'activité la plus importante' (étudiant ou travailleur), ou du moins sur 'l'activité importante'<sup>121</sup> ou l'activité au-dessus d'un certain seuil.<sup>122</sup> D'autre part, pourquoi ne devraient-ils pas recevoir des prestations en fonction de leur travail ? Peut-être que dans ces cas on devrait abandonner la règle de l'état unique ! Cependant, un grand nombre de régimes n'incluent pas les travailleurs temporaires ou à court terme.<sup>123</sup> La réglementation actuelle sur la législation applicable dans de telles situations risque de laisser les étudiants sans protection (véritable) aussi bien dans l'État de travail que dans l'État d'origine.

#### 4.4 Le migrant transfrontières journalier/travailleur frontalier

Tel que déjà précisé à la Sec. 2 ci-dessus, la navette transfrontières est un type de migration en augmentation au sein de l'UE. Toutefois, comme on peut s'y attendre, l'origine géographique des transfrontaliers est très irrégulière. 83% viennent uniquement de quatre pays : France, Allemagne, Belgique et Italie.<sup>124</sup>

Selon l'Article 13(2)(a), la législation de l'État de travail s'applique également lorsque l'employé réside dans un autre État membre. L'Article 13(2)(b) contient la règle correspondante en ce qui concerne l'employé indépendant. On pourrait considérer les Articles 14(2)(b)(i) et 14a(2) comme étant une règle *lex loci domicilii* secondaire et complémentaire du principe de la *lex loci laboris* dans les cas d'une personne normalement employée ou indépendante sur le territoire de deux ou plus États membres.<sup>125</sup> Il est connu qu'en pratique<sup>126</sup> ceci cause pas mal de confusion et de problèmes et, la question est de savoir si on peut le considérer comme étant efficace en ce qui concerne l'objectif instrumental de la mobilité.

Dans la proposition de la Commission relative à l'amendement du Règlement, les règles spéciales sur les frontaliers ont été omises. Toutefois, en ce qui concerne les personnes travaillant dans deux États membres, la législation de l'État membre de résidence est uniquement applicable si la personne a une *activité importante* dans

ledit état. La règle proposée serait de renforcer davantage le principe de la *lex loci laboris*.

Pennings a suggéré de fixer un seuil pour l'application de règles tels les Articles 14(2)(b)(i) et 14c(a) déterminant la législation applicable à 10 heures par semaine (ou suffisamment longtemps pour bénéficier d'une assurance aux termes du système national).<sup>127</sup> Il considère également une règle selon laquelle toute personne déjà couverte par un régime de sécurité sociale peut choisir de continuer à être couverte par ledit régime pour autant que le nouvel emploi dans un autre État membre ne dépasse pas 10 heures par semaine.

Une telle règle pourrait servir de transition entre les situations relatives à un emploi peu important dans un autre état que celui originairement compétent et les situations objet de l'Article 13(2)(f). Il ne fait pas de doute que la situation des frontaliers et des carrières actives non continues (et également, par exemple, les règles nationales sur les périodes de non-emploi donnant droit à pension précisant le critère d'appartenance supplémentaire) attire l'attention sur l'Article 13(2)(f) du Règlement.<sup>128</sup> Toute personne à laquelle la législation de l'ancien état compétent cesse d'être applicable (selon la législation nationale), sans que la législation d'un autre État membre devienne applicable, sera soumise à la législation de l'état de résidence (conformément aux dispositions de cette seule législation).

Toutefois, il s'agit peut être ici de se prévaloir de la discussion relative à la renonciation de la règle de l'état unique et d'accepter la logique normative de base de différents régimes mutualistes, en appliquant à la fois la *lex loci laboris* et le principe de la *lex loci domicilii* au sein de leurs domaines d'application respectifs.<sup>129</sup> Les travailleurs frontaliers – qu'ils soient économiquement actifs dans un seul État membre, dans deux états ou dans plusieurs – sont précisément le groupe qui doit faire l'objet de telles considérations.

#### 4.5 Le travailleur migrant cadre pan-européen

Le détachement des employés permanents et des employés indépendants est de plus en plus important sur les marchés du travail internationaux. Van Zeben et Donders le présentent comme suit : 'En fait, le terme migration n'est plus vraiment approprié (les chiffres de la migration 'ont cessé de diminuer depuis des années). Aujourd'hui, nous avons ce que l'on appelle la mobilité internationale à court terme et, dans ses propres limites, le détachement devient de plus en plus important.'<sup>130</sup>

L'Article 14 du Règlement contient les règles sur le *détachement*. Tout individu *normalement* détaché auprès d'une entreprise ou employé indépendant dans un des États membres et qui est envoyé/entreprend un travail dans un autre État membre continuera à être soumis à la législation du premier État membre, pour autant que la durée envisagée dudit travail ne dépasse pas 12 mois (et qu'il n'a pas été envoyé pour remplacer une autre personne ayant terminé sa période de détachement).<sup>131</sup> Il y a possibilité de prolonger la règle de 12 mois supplémentaires si les États concernés y consentent. De plus, l'Article 17, qui contient la possibilité d'un accord entre deux États membres en vue d'une exemption aux règles générales, est très souvent utilisé pour prolonger la période acceptée dans les cas de détachement.<sup>132</sup>

Dans la proposition de la Commission visant à simplifier le Règlement, le détachement est régi par l'Article 9. Le texte précise que 'tout individu exerçant une activité en tant qu'employé sur le territoire d'un État membre et qui se rend sur le

territoire d'un autre État membre pour exercer une activité pour le compte de son employeur qui emploie habituellement du personnel sur le territoire du premier État membre continuera à être soumis à la législation dudit État, pour autant que la durée envisagée dudit travail ne dépasse pas 12 mois et qu'il n'est pas détaché pour remplacer une autre personne ayant terminé sa période de détachement'. La différence par rapport aux règles d'aujourd'hui ne semble pas être importante, à part le fait que la règle (facultative) sur la prolongation fait défaut.<sup>133</sup> Par contre, en ce qui concerne les travailleurs indépendants, la règle proposée exige que les activités normalement exercées dans le pays d'origine soient les 'mêmes' que celles exercées lors du détachement.<sup>134</sup> Dans les paramètres subséquemment adoptés pour la modernisation du Règlement, la proposition de la Commission est considérée comme étant 'un bon point de départ' pour toute discussion sur les règles futures.

On peut considérer le détachement comme étant un cas spécial de la gestion pan-européenne, laissant entendre qu'une société détache ses travailleurs dans un autre État membre ou qu'un travailleur indépendant utilise sa liberté de fournir des services en vue d'exercer des activités dans un autre État membre que celui où l'entreprise est enregistrée. Toutefois, *la gestion pan-européenne* peut également signifier qu'un employeur fait exécuter à ses employés les activités appropriées dans des États membres autres que l'État d'origine. Les employés qui travaillent dans un État membre mais pour une société dont les activités couvrent deux États membres ou plus sont couverts par la législation du pays où la société a son siège, et pas nécessairement à l'endroit où le travail est effectué (Article 14(3)).<sup>135</sup> Lorsque les employeurs sont différents – bien que faisant peut être partie d'une 'famille' de sociétés connexes – nous sommes en présence d'un cas de 'carrière transitoire', comme celles examinées dans la sec. 4.3 ci-dessus. L'application des règles du Règlement à ce type de mobilité à court terme met en évidence l'importance d'un contenu net et non ambigu de concepts tels '*normalement* employé sur le territoire de deux États membres ou plus' à l'Article 14(2) et 'résidence'.

Dans le cas d'un détachement et d'activités de société chevauchant les frontières, le Règlement contient une exception au principe général du règlement de coordination – *lex loci laboris* – précisant que la législation de l'État de travail/état d'enregistrement de la société d'origine est applicable. On pourrait le considérer comme étant le 'principe de la *lex laboris* II'.<sup>136</sup> En ce qui concerne les travailleurs de sociétés pan-européennes, ce principe remplace tout simplement celui de la *lex loci laboris*. En ce qui concerne le détachement, le principe de la *lex laboris* II est une exemption à règle de la *lex loci laboris*, acceptée uniquement dans des limites restrictives.

Ces restrictions reflètent l'attitude suspecte vis à vis du détachement comme étant 'typiquement' lié au dumping social. La question du dumping social est en partie abordée par la Directive du Conseil 96/71/CE sur le détachement, exigeant que, en ce qui concerne les conditions de travail, le principe de la *loci laboris* devra prévaloir.<sup>137</sup> Toutefois en ce qui concerne les coûts de la sécurité sociale, on peut dire que le 'dumping social' est accepté dans les limites des règles restrictives du Règlement. Ceci peut être porté au crédit de l'objectif instrumental visant à améliorer la mobilité/intégration même lorsqu'il y a un prix à payer et, ce pourrait être le moyen le plus rapide d'une 'intégration réelle' en termes de conditions sociales harmonisées sur l'ensemble de l'Europe.

Le détachement d'employés indépendants du RU et de l'Irlande, par exemple, a souvent été considéré en termes de dumping et fait l'objet d'une préoccupation

considérable.<sup>138</sup> Toutefois, il avait été précisé à l'origine qu'il était plutôt simpliste de considérer l'embauchage – et dans plusieurs cas le détachement – d'employés comme étant une action purement précaire. La mise à disposition prompt de main-d'œuvre peut également être une activité tout à fait légitime, en tant que 'qualité du travail'. De tels cas sont en fait parallèles au cas de la gestion pan-européenne et, tout assouplissement des restrictions du Règlement sur le détachement est susceptible de favoriser le marché européen interne.<sup>139</sup> Il se peut que ce soit dans l'intérêt d'un employé qui entreprend de travailler dans un pays dont la sécurité sociale est *inférieure* comparé à celle de l'État de travail d'origine d'être en mesure de conserver des liens avec l'ancien régime de sécurité sociale – et d'être détaché. En ce qui concerne le détachement d'un employé indépendant, c'est ici un cas bien plus marginal qui se situe entre le dumping social et la liberté de fournir un service.<sup>140</sup>

Pour résumer : dans le cas du détachement ainsi que dans le cas des sociétés transfrontières, le principe de la *lex laboris* II doit être considéré comme étant fonctionnel en ce qui concerne la liberté de circulation des travailleurs/liberté de fournir un service. Toute obligation visant à modifier la condition de la sécurité sociale pour une période plus ou moins limitée découragerait les gens à migrer et affecterait ainsi la mobilité de la main-d'œuvre. Ceci fournit également un argument pour que l'État de travail d'origine reste l'État compétent pour tous les autres cas de mobilité internationale de courte durée – tout particulièrement au sein d'une 'famille de sociétés', mais, dans cette perspective, on devra également tenir compte de la société en réseau (Network Society) de Castells.<sup>141</sup> (Dans ces cas, le détachement d'employés semble être la stratégie pertinente, au vu des règles actuelles.) Toutefois, on peut critiquer les règles de détachement pour ne pas être suffisamment souples et pour ne pas répondre aux besoins des sociétés internationales transfrontières et de leur personnel<sup>142</sup> Dans ces cas, les individus ne migrent plus dans le but de rechercher de meilleures conditions dans le sens traditionnel – les activités internationales intégrées étant la force motrice. Un droit illimité de détachement des employés est peut être une meilleure chose lorsque l'intégration vient tout naturellement. Dans la plupart des États membres, le droit du travail national comporte les restrictions nécessaires vis à vis des agences de travail temporaire et de l'embauche de la main-d'œuvre.<sup>143</sup> 'Après tout, c'est la nécessité de mobilité qui est responsable de l'augmentation du nombre de détachements. L'administration est un obstacle à ce type de mobilité et affecte la libre circulation'.<sup>144</sup> Toutefois, je ne vais pas récuser le fait que la question du dumping social est toujours pertinente, tout particulièrement dans le contexte d'un élargissement de l'Union. Toutefois, il est bon de rappeler ici la critique de Schulte sur le point de vue général du dumping social.<sup>145</sup>

## 5. Conclusions

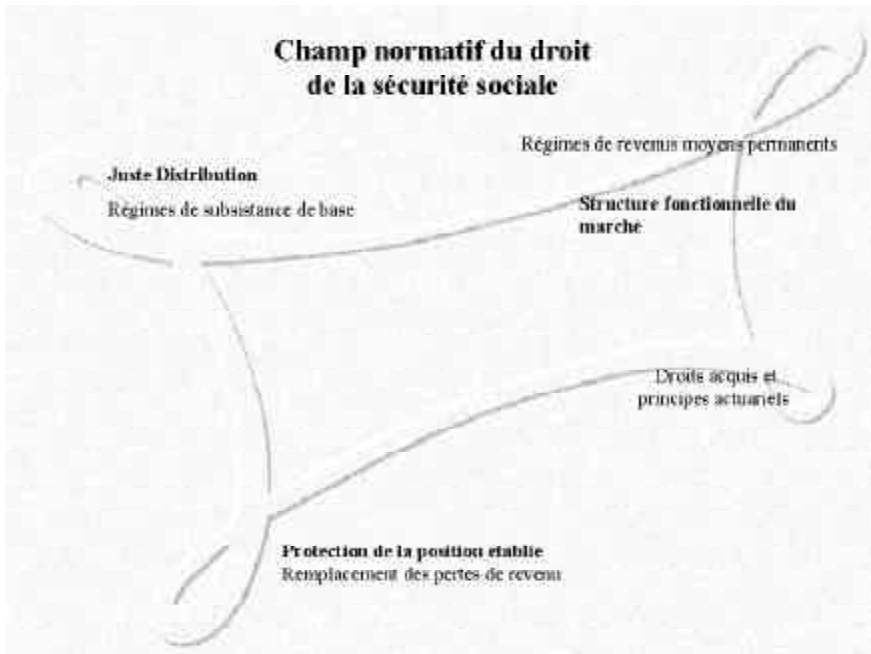
Dans le présent rapport, j'ai choisi d'examiner de près la couverture, la conception et les critères d'appartenance incorporés aux régimes de pensions officiels ainsi que le bien fondé des règles sur la législation applicable du Règlement (CEE) No. 1408/71 au vu des changements actuels sur le marché du travail et au sein de la société en général.

Un important point de départ est que la sécurité sociale officielle est un 'système' complémentaire aux marchés du travail, ce dernier étant le système dominant pour la (re)-production et la distribution.

Tous les systèmes de pensions officiels en Europe sont affectés par certains défis, tels l'augmentation de l'espérance de vie, de faibles taux de natalité et une attitude normative (dans le droit du travail et la sécurité sociale) qui font de la pension un droit social ainsi qu'une obligation à un certain âge. Sur les marchés du travail nous avons des développements technologiques et la 'Société du savoir', les marchés mondialisés, la flexibilisation de l'emploi et l'exclusion spontanée et institutionnelle des personnes âgées. Ces développements font pression sur la sécurité sociale officielle. Des pensions viables et des emplois stables exigent la non-marginalisation des personnes âgées, l'intégration des travailleurs après le départ en retraite, l'intégration des femmes, des régimes ouverts aux carrières actives flexibles et un non-emploi constructif sur le plan social et des conditions de vie de base garanties justifiées sur le plan social pour tous.

En ce qui concerne la couverture et la conception des régimes de pensions officiels, on peut dire que les développements impliquent un changement vers des régimes basés sur de plus longues périodes de rémunération ou une rémunération moyenne continue avec un départ en retraite avancé ou pas d'âge de départ en retraite fixe (Sec. 3.2). L'intégration des femmes exige des droits individualisés accessibles et à des prestations socialement acquises par exemple les années passées à la garde des enfants (Sec. 3.3). L'emploi flexible, l'intégration des personnes âgées et des femmes dans des emplois rémunérés et – en conséquence – des régimes de pensions moins uniformes, soulignent la nécessité de niveaux de base garantis 'internes' dans les régimes de pensions officiels et/ou des droits à un niveau de vie de base pour tous dans la société (3.4).

Telle que représentée dans le domaine normatif du droit de la sécurité sociale, la situation pourra être décrite comme suit.<sup>146</sup> Tel que démontré dans un certain nombre d'études,<sup>147</sup> on peut dire que les solutions juridiques dans le domaine de la dimension sociale oscillent entre trois conceptions normatives de base – ou pôles – dans un domaine normatif. On peut considérer ces conceptions comme étant la conception qui protège la position établie, la conception fonctionnelle du marché et la conception de juste distribution ou de justice sociale. Au sein des régimes de pensions/sécurité sociale, la conception qui protège la position établie a un important exposant dans le principe de remplacement du revenu visant à garantir un niveau de vie fixe après le départ en retraite. La conception fonctionnelle du marché a un exposant dans les règles sur la façon de définir les prestations basées sur des principes plus actuariels. Les prestations basées sur le besoin ou impliquant une redistribution des ressources principalement basée sur la solidarité représente la conception d'une juste distribution. Il est évident que les changements actuels/nécessaires des régimes de pensions officiels, passant des prestations déterminées aux régimes à cotisations déterminées et aux prestations basées sur de plus longues périodes de qualification ou des rémunérations moyennes continues, font que l'on trouvera les solutions au niveau du pôle fonctionnel du marché<sup>148</sup> plutôt qu'au niveau de la protection de la position établie. On pourrait même dire que l'emploi flexible et sa conséquence au niveau des régimes officiels de sécurité sociale suppose que les positions ne sont plus tellement établies. D'autre part, le développement de solutions complémentaires sous forme de sécurité sociale de base – que ce soit en tant que régimes de pensions officiels internes ou en tant que pensions hybrides ou en tant qu'aide sociale – représente un mouvement vers la conception de juste distribution. Le résultat global peut être décrit comme étant un équilibre social et politique légitime entre ces conceptions normatives contradictoires.<sup>149</sup>



Dans tout régime de sécurité sociale *national* il y a un principe de territorialité inhérent. Quant aux critères d'appartenance, l'UE et l'intégration européenne font pression sur ce principe de territorialité inhérent. De ce fait, la nationalité n'est plus un critère d'appartenance autorisé. Par contre, les prestations de sécurité sociale sont généralement basées sur l'emploi ou la résidence (ou les deux – l'emploi venant en premier et la résidence en tant que critère d'appartenance supplémentaire auxiliaire). On peut dire que de tels critères reflètent l'importante base normative des prestations en question, définissant ainsi le 'cercle de solidarité' pertinent.

Le Règlement 1408/71 contient des règles sur la coordination afin de garantir la liberté de circulation – et il n'y a aucune intention d'harmoniser les régimes de sécurité sociale en tant que tels. Le Règlement offre ainsi des règles sur la législation applicable, tout particulièrement lorsque les travailleurs se déplacent au sein de l'UE. Le principe de la *lex loci laboris* est, à cet effet, un principe fondamental. Fondamentalement, il semble être un instrument efficace en ce qui concerne les objectifs de la mobilité et de l'intégration ; il s'harmonise également avec la politique normative de la Communauté pour ce qui est du 'dumping social'. Dans une large mesure, le principe est également adéquat en ce qui concerne les droits sociaux en grande partie basés sur l'emploi et un complément au travail rémunéré sur les marchés du travail.

De même, parmi les aspirations intégratives du Règlement, nous citerons le fait qu'il fragmente les anciens cercles de solidarité des régimes de sécurité sociale nationaux et le principe de territorialité inhérent. A cet effet, nous mentionnerons les principes fondamentaux du traitement égal, l'agrégation de la qualification et

les périodes d'assurance, l'exportabilité et le *pro-rata temporis* sur les droits acquis. Il y a également la règle de l'état unique.

Le Règlement contient des règles complexes sur différentes situations, comprenant à la fois la règle de l'état unique et les dérogations par rapport au principe de la *lex loci laboris*.

Le travailleur migrant traditionnel (Sec. 4.2) 'ramène chez lui' la pension/niveau de vie plus élevé de l'État du travail lorsque – à la fin de sa vie active et d'une carrière active 'traditionnelle' – il retourne dans son état d'origine. On peut également dire qu'un tel ordre des choses permet de promouvoir la libre circulation des travailleurs et donc d'améliorer le marché interne et l'intégration européenne. Le Règlement permet également de procéder à des allocations d'assistance en nature pour certains non résidents de la part de l'État de travail quant aux prestations-maladie, etc.

En ce qui concerne les travailleurs polyvalents (Sec. 4.3) la situation est beaucoup plus complexe. Pour les 'travailleurs du savoir' hautement qualifiés, le principe de la *lex loci laboris* semble également bien fonctionner. Toutefois, plusieurs travailleurs de ces groupes seraient tentés de franchir l'étape de la migration temporaire s'il n'y avait pas changement du régime de sécurité sociale. Dans le cas d'une telle migration temporaire on pourrait peut être choisir le régime de sécurité sociale de l'état d'origine mais également de la considérer comme un trajet quotidien. Dans une certaine mesure, de telles préférences pourraient également être satisfaites aux termes des règles de détachement. Toutefois, les formes de travail flexibles sont souvent supposées être liées à des conditions de travail plus précaires dans des emplois de qualité inférieure. La (re)conception des régimes de pensions officiels est cruciale dans le cas de ces nouvelles carrières actives. Les personnes de ces groupes sont également plus susceptibles de devenir dépendantes de régimes de pensions de base et d'autres prestations de niveau de vie minimum. Dans ce cas, le principe de la *lex loci laboris* est imparfait. Ceci est reconnu dans les règles du Règlement sur les prestations hybrides et également au niveau des prestations qui se situent hors de sa portée. Cette situation met en évidence les problèmes d'exportabilité de différents droits de pension ainsi que le droit de protection de base en général. De plus, les carrières actives flexibles et les droits de pension basés sur des activités non rémunérées sont au premier plan de l'Article 13(2)(f) et de son application future. Toutefois, à la limite, la mobilité et l'intégration effective iront vers la portée du principe de libre circulation exprimé en tant que droit de résidence.

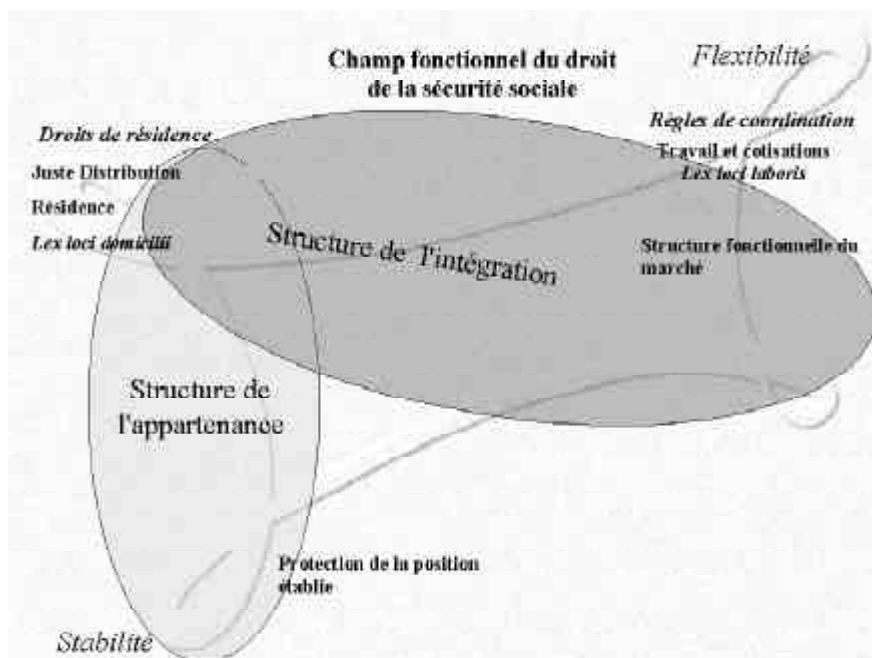
En ce qui concerne le frontalier (Sec. 4.4), les règles de l'Article 14 du Règlement peuvent être considérées comme ajoutant la *lex loci domicilii* en tant que règle secondaire au principe de la *lex loci laboris* dans le cas où le frontalier travaille dans les deux états. Ceci ne semble pas toujours normativement adéquat ou instrumentalement efficace en ce qui concerne la mobilité. La Commission a suggéré que la règle secondaire sur la *lex loci domicilii* devrait uniquement être d'application si la personne a une activité importante dans ledit état. On peut dire qu'une telle règle renforce le principe de la *lex loci laboris*. Il est possible de choisir de rester soumis au régime de sécurité sociale applicable à l'origine pour autant que les activités dans un autre état ne soient pas importantes. Toutefois, dans le cas d'un travail à caractère provisoire dans un état membre autre que l'état de résidence, les règles semblent être adéquates. Ces règles semblent même être utiles dans le cas d'une affectation temporaire de courte durée dans d'autres États

membres sans que le travailleur 'migrant' ait à faire la navette sur une base régulière. Toutefois, à la longue, le cas des frontaliers est celui qui doit faire l'objet de considérations pour abandonner la règle de l'état unique et appliquer la *lex loci laboris* et la *lex loci domicilii*.

Le travailleur migrant cadre pan-européen (Sec. 4.5) suit l'employeur ou la société de l'état d'origine – ce que j'ai décidé d'appeler le principe de la *lex laboris* II. En ce qui concerne les travailleurs de sociétés pan-européennes, ce principe remplace tout simplement le principe de la *lex loci laboris*. Pour ce qui est du cas spécial du *détachement*, le principe de la *lex laboris* II est une dérogation à la règle *lex loci laboris*, uniquement acceptée aux termes de restrictions. Les restrictions reflètent l'attitude suspecte mentionnée ci-dessus vis à vis du détachement, celui-ci étant considéré comme étant 'typiquement' lié au dumping social. La question du dumping social est en partie abordée par la Directive sur le Détachement, laquelle exige qu'en ce qui concerne les conditions de travail, le principe de la *lex loci laboris* ait la préséance. Toutefois, en ce qui concerne les coûts de la sécurité sociale, on peut dire que le dumping social est acceptable aux termes des règles restrictives du Règlement. Et pourtant, les règles sur le détachement peuvent être critiquées pour ne pas être suffisamment flexibles et pour ne pas répondre aux besoins des sociétés internationales transfrontières et de leurs employés. Un droit illimité de détacher les employés pourrait être une meilleure solution lorsque 'l'intégration' vient naturellement. Les exigences du marché du travail sont l'aspect dominant et dynamique d'une économie et d'un emploi viables. Les travailleurs frontaliers temporaires et la gestion pan-européenne sont cruciaux pour le développement du marché du travail et l'intégration européenne.<sup>150</sup> Les règles de coordination sur la législation applicable y sont-elles vraiment adaptées ?

La description des règles sur la législation applicable du Règlement est basée sur l'hypothèse que tout régime de sécurité sociale *national* comporte un principe inhérent de territorialité et sur la clause de l'intégration européenne en tant qu'objectif instrumental du Règlement lui-même. L'UE, suite à l'intégration européenne et à la réalité de la migration selon une perspective mondiale, a depuis longtemps banni la nationalité en tant que critère d'appartenance pertinent. Au lieu de cela, les prestations de sécurité sociale sont basées sur le travail ou la résidence. On peut dire que de tels critères reflètent l'importante base normative des prestations en question, définissant ainsi le 'cercle de solidarité' pertinent selon la fonction de chaque prestation. Nous pourrions considérer ceci comme étant la *forme d'appartenance* du droit de la sécurité sociale et – dans le domaine normatif de la sécurité sociale – le situer au-dessus du pôle de la position établie et de la juste distribution. La forme d'appartenance comprend la volonté profonde, mais également l'obligation, du 'groupe établi'<sup>151</sup> de partager avec (mais uniquement avec) les individus qui sont déjà, d'une certaine façon, associés aux prestations de la société. Cette notion traditionnelle ne comprend pas naturellement l'intégration des étrangers, pas plus qu'elle ne comprend le traitement égal de tout individu.

Il est de l'objectif des politiques d'intégration européenne, et donc de l'objectif du Règlement, de discontinuer cette conception traditionnelle d'appartenance et de définir une portée plus générale. Nous pouvons parler de l'élargissement des cercles normatifs, d'inclusion et d'intégration – de changement. J'ai choisi d'utiliser la *forme d'intégration* en tant qu'illustration, laquelle couvre non seulement la forme fonctionnelle du marché mais également la forme de justice sociale/juste distribution.



Pour ce qui est des règles sur la législation applicable, je les placerais, en général, derrière la forme fonctionnelle du marché. Il est tout à fait naturel qu'un régime légal qui conteste les concepts traditionnels et les positions établies ait tendance à se diriger vers la forme flexible du pôle fonctionnel du marché. Vu que l'objectif déterminant est l'intégration, la 'stabilité' de cette forme normative est en principe incompatible avec la conception de la protection de la position établie. On peut dire que le principe de la *lex loci laboris* représente une attitude fonctionnelle du marché, ainsi que toute règle relative à des droits de pension basés sur le travail et des cotisations en tant que droits acquis.<sup>152</sup> Toutefois, tel que déjà indiqué ci-dessus, les développements actuels au sein des marchés du travail et des régimes de sécurité sociale tendent à accorder plus de place à la conception de juste distribution. Ceci est nécessaire afin de créer la 'légitimité'. Dans ce cas, les règles de la législation applicable du Règlement ne sont pas nécessairement efficaces et adéquates. Il y a une portée limitée – susceptible d'augmenter avec le temps – pour la résidence et la *lex loci domicilii* en tant que critère d'appartenance pertinent dans le Règlement. La *Lex loci laboris* en tant que règle de l'état unique rend la résidence prohibitive en tant que critère d'appartenance.<sup>153</sup> L'acceptation des prestations hybrides non exportables ainsi que l'Article 13(2)(f) et la jurisprudence qui l'accompagne ouvre la porte à de nouveaux développements. De plus, des prestations sociales cruciales – par exemple l'aide sociale – représentant la conception de juste distribution, ne tombent pas sous la portée du Règlement. Ce qui est requis dans ce cas ce n'est pas principalement un amendement des règles qui *garantissent* la liberté de circulation (le Règlement) *mais un élargissement de la portée du principe même de libre circulation*. Ce qui est requis est un changement

des règles sur le droit de résidence sur le territoire de l'Union. Un tel changement pourrait s'appliquer uniquement aux citoyens de l'UE U ou pourrait inclure des ressortissants de pays tiers et prendre une toute autre signification au vu du processus d'élargissement.<sup>154</sup>

Les circonstances examinées ci-dessus exigent une analyse du concept d'intégration européenne. Bien sûr, ce n'est pas ici l'endroit pour entreprendre une telle analyse dans le sens propre du terme mais on pourra offrir certaines indications sur toutes discussions futures.

Le travail – et donc le principe de la *lex loci laboris* – est certainement un élément crucial au processus de *création* du marché interne. Mais, ceci est-il toujours d'application ? Pour ce qui est de la cohésion sociale et de la vraie intégration européenne, d'autres valeurs normatives de solidarité/critère d'appartenance sont peut être plus importantes. Les étudiants, les 'migrants' temporaires de courte durée, les frontaliers et les travailleurs 'migrants' pan-européens – du moins – ne recherchent pas nécessairement l'intégration dans le sens traditionnel du terme.<sup>155</sup> Mais peut-être selon un nouveau ?

Au cours des années 90, la mondialisation et les aspects 'transnationaux' de la migration ont pris de plus en plus d'importance dans les études sur la migration.<sup>156</sup> Traditionnellement, la migration était un déplacement dans un seul sens – une exemption occasionnelle (et temporaire) par rapport à une situation normale de résidence habituelle et d'appartenance à long terme. Récemment, la migration et la transnationalité, ont tendance à devenir la 'normalité'. Il semble naturel de faire intervenir les concepts d'assimilation (concept statique d'intégration à sens unique) et de multiculturalisme (un concept dynamique ouvert pour les cultures/sociétés vraiment intégrées) dans des discussions comparatives du concept de migration.<sup>157</sup> Au fur et à mesure que l'appartenance nationale prend moins d'importance, la citoyenneté de l'UE devient la catégorie la plus adéquate.

Il ne fait aucun doute que nous devons toujours promouvoir la migration individuelle. Mais lorsqu'on jette un coup d'œil sur des entreprises, des travailleurs et des citoyens de l'UE 'vraiment intégrés', ne semblent-ils pas requérir des solutions bien plus ambitieuses ? Une règle sur la *lex loci domicilii* ainsi que sur le principe de la *lex laboris* pourrait faire partie des dites solutions. L'abandon de la règle de l'état unique et l'acceptation d'un mélange de prestations de travail et de solidarité, appliquant la *lex loci laboris* et la *lex loci domicilii* dans des domaines différents de l'application pourrait en constituer une autre. Repenser la base normative des prestations sociales semble, à la longue, être une exigence du processus d'intégration européenne. Après tout, les droits politiques et sociaux découlant de la citoyenneté de l'UE ne sont pas basés sur le travail. 'L'intégration' signifie que l'aide sociale ne peut pas se situer en dehors de la portée du droit communautaire.<sup>158</sup> D'autre part, lors de la consolidation des droits de résidence, l'existence d'allocation d'assistance pour non-résidents par d'anciens États de travail risque d'être instrumentalement effective.

Bien sûr, l'élargissement est accompagné de problèmes spéciaux. La cohésion sociale, vision bien plus lointaine et même pas l'objectif instrumental d'amélioration de la circulation des travailleurs n'est ambiguë – bien plus, on la craint. Peut être, pour ceux qui seront toutefois autorisés à circuler, d'autres valeurs normatives visant à les inclure dans des prestations sociales plutôt que l'objectif de mobilité instrumental viendront au premier plan, tels le traitement égal

et la logique normative du régime de prestations sociales pertinent. Dès que les formes d'appartenance auront changé et celles devant être intégrées 'établies', une ère se sera écoulée. Aussi naturel que cela puisse paraître au cours d'une première phase de se concentrer sur les formes fonctionnelles du marché en vue de promouvoir la mobilité, il est également naturel de continuer à favoriser un concept plus intégratif de juste distribution et de solidarité,<sup>159</sup> et finalement de favoriser la stabilité<sup>160</sup> sous la forme de régimes de sécurité sociale de 'qualité' harmonisés sur l'ensemble de l'Union.

## Bibliographie

- Atkinson, John, Stratégies de main-d'œuvre pour les organismes flexibles, dans : *Gestion du personnel*, août 1984, Londres 1984.
- Augusztynovics, Maria, Systèmes de pensions et Réformes – Grande-Bretagne, Hongrie, Italie, Pologne et Suède, dans : *Journal Européen de la sécurité sociale 1999*, vol 1/4 pp. 351–382.
- Basch, L., Glick Schiller, N. et Szanton Blanc, C., *Nations sans frontières : Projets transnationaux, Situations postcoloniales difficiles et États-nations déterritorialisés*, Gordon & Breach, Bâle 1994.
- Becker, Ulrich, Traitement égal – impact direct de l'Article 12(ex 6) du Traité de l'UE sur l'égalité transfrontières de tous les aspects pertinents sur la couverture, le droit et l'octroi des prestations, dans : *Sécurité sociale en Europe, Conférence Le Traité de l'UE et Règlement 1408/71*, 17 au 18 juin 1999, Vienne 1999.
- Ben-Israel, Ruth, Sécurité sociale en 2000: Possibilités et problèmes, Rapport Général, Poste III ; ISLLSS XIVème Congrès Mondial, Séoul 1994.
- Bercusson, Brian, Types de travaux contemporains/variantes et dimensions potentielles de mobilité : impact sur la coordination de la Communauté, dans : *Libre circulation des travailleurs indépendants au sein de l'Union européenne et coordination des systèmes de sécurité sociale nationaux*, Athènes, 21–23 septembre 2000, Athènes 2000 pp. 63–93.
- Bonoli, Giuliano, *Politiques de la Réforme des Pensions : Institutions et changement de politique en Europe Occidentale*, Cambridge University Press, Cambridge 2000.
- Carlier, Jean-Yves, Article 39(ex 48) et Article 12(ex 6) du Traité de l'UE, dans : *La Sécurité sociale en Europe, Conférence 'Le Traité de l'UE et Règlement 1408/71'*, 17 au 18 juin 1999, à Vienne, Vienne 1999.
- Castells, Manuel, *L'Age de l'information, économie, société et culture, Volume I: L'Ascension de la société de réseau (Network Society)*, Blackwell Publishers Ltd, UK 1996.
- Castles, S. and Miller, M.J., *L'âge de la migration : Mouvement international de la population dans le monde moderne*, 2ème édition, The Guilford Press, New York 1998.
- Christensen, Anna, Normative Grundmuster in Sozialrecht, dans : Tomandl (ed.), *Wie schlank kann soziale Sicherheit sein ? Wiener Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht*, Vienne 1997.
- Christensen, Anna, Formes normatives et domaine normatif : Vue post-libérale sur le droit, dans : Wilhelmsson et Hurri (eds.), *De la dissonance au sens. Espérances de l'état-providence, Privatisation et droit privé*, Ashgate 1999 pp. 83-98.
- Christensen, Anna, Protection de la position établie: Forme normative de base, dans : *Etudes de droit scandinave 2000*, Stockholm 2000, pp. 285-324.
- Christensen, Anna, et Malmstedt, Mattias, Lex Loci Laboris par opposition à la Lex Loci Domicilii. Enquête sur les fondations normatives du droit de la sécurité sociale en Europe, *Journal européen de la sécurité sociale 2000*, vol 2/1 pp. 69-111.
- Christensen, Anna, Aspects structurels de la législation anti-discrimination et procédés de changement normatif, dans : *Perspectives juridiques sur le traitement égal et la non-discrimination*, Kluwer Law International, La Haye 2001.

- Christensen Anna, *Changement du marché du travail et réforme des pensions en Europe*, 2002 (en cours d'impression).
- Concialdi, Pierre, Démographie, marché du travail et compétitivité, dans : Hughes, Gerard et Stewart, Jim (eds.), *Pensions dans l'Union Européenne ; Adaptation au changement économique et sociale*, Kluwer Academic Publishers, La Haye 2000.
- Cornelissen, R., Principe de la territorialité et règlements communautaires sur la sécurité sociale (Règlements 1408/71 et 574/72), dans : *Examen du droit communautaire*, Vol. 33, No. 3, 1996 pp. 439-471.
- Eichenhofer, Eberhard, Comment simplifier la coordination de la sécurité sociale, dans : *Journal européen de la sécurité sociale 2000*, vol 2/3 p. 231-240.
- Eliasson, Nils, *Protection des droits de pension acquis, Enquête comparative des régimes de pensions professionnelles et officiels*, (diss.), Juristförlaget i Lund, Norma 4, Lund 2001.
- Engblom, Samuel, Traitement égal des employés et des travailleurs indépendants, dans : Numhauser-Henning (ed.), *Perspectives juridiques sur le traitement égal et la non-discrimination*, Kluwer Law International, La Haye 2001.
- Fillon, Jean-Claude, Influence de l'Article 17(ex 8), Article 18(ex 8a) et Article 12 (ex 6) du Traité de l'UE sur la coordination des régimes de sécurité sociale, dans : *Sécurité sociale en Europe, Conférence 'Traité de l'UE et Règlement 1408/71'*, 17 au 18 juin 1999, à Vienne, Vienne 1999.
- Greve, B., Economie de la migration, dans : Eichenhofer (ed.), *Sécurité sociale des migrants dans l'Union européenne de demain*, Osnabruck, IMIS-Schriften 4, 1997.
- Hughes, Gerard et Stewart, Jim (eds.), *Pensions dans l'Union européenne ; Adaptation au changement économique et social*, Kluwer Academic Publishers, La Haye 2000.
- Jorens, Yves et Schulte, Berndt, Mise en application du Règlement 1408/71 dans les États membres de l'Union européenne, dans : *Journal européen de la sécurité sociale*, 2001, Publication 3, pp. 237-256.
- Numhauser-Henning, Ann, Arbetets flexibilisering, dans : *Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman*, utgivna av Arbetsrättsliga föreningen, Iustus förlag, Uppsala 1993, pp. 255-296.
- Numhauser-Henning, Ann, Premiepension för hela slanten. Det chilenska exemplet, dans : *Juridisk Tidskrift* 1997-98 No. 4 pp. 1266-1292, Stockholm 1998.
- Numhauser-Henning, Ann, Rätt att gå vid 67?, dans : Numhauser-Henning (red.), *Normativa perspektiv, Festskrift till Anna Christensen*, Juristförlaget i Lund, Lund 2000.
- Numhauser-Henning, Ann, Qualification flexible- une clé du droit du travail ?, dans : *Journal International du droit du travail comparatif et des relations du travail* 2001 Volume 17.
- Numhauser-Henning, Ann (ed.), *Perspectives juridiques sur le traitement égal et la non-discrimination*, Kluwer Law International, La Haye 2001.
- Marino, Marco, Protection sociale et intégration européenne, dans : Procédé en cours, dans : *Journal de la sécurité sociale*, 1999, Publication 3 pp. 283-294.
- Malmstedt, Mattias, De l'employé au citoyen de l'UE - Développement du traitement égal en tant que moyen au traitement égal en tant qu'objectif ?, dans : Numhauser-Henning (ed.), *Perspectives juridiques sur le traitement égal et la non-discrimination*, Kluwer Law International, La Haye 2001.
- Malmstedt, Mattias, *Tillhörighet och sociala förmåner, Från 1600-talets Lois de peuplement till Förordning 1408/71*, Juristförlaget i Lund, Norma 5, Lund 2002.
- Ojeda Avilés, Antonio, Comment les dispositions actuelles du Règlement (CEE) 1408/71 pourrait être simplifiées, dans : *25 années de règlements (CEE) 1408/71 sur la sécurité sociale des travailleurs migrants*, Stockholm 1997.
- Pennings, Frans, Proposition de la Commission pour la simplification du Règlement 1408/71, dans : *Journal européen de la sécurité sociale 2000*, vol 3/1 p. 45-60.
- Pennings, Frans, Règlement 1408/71 et possibilité de manipuler les faits, dans : Numhauser-Henning (ed.), *Normativa perspektiv, Festskrift till Anna Christensen*, Juristförlaget i Lund, Lund 2000, p. 321-345.

- Pennings, Frans, Place de l'égalité de protection pour raison de nationalité dans le droit de l'UE, commentaires sur l'article de Mattias Malmstedt, dans : Numhauser-Henning (ed.), *Perspectives juridiques sur le traitement égal et la non-discrimination*, Kluwer Law International, La Haye 2001.
- Pieter van der Mei, Anne, Liberté de circulation et aide financière pour les étudiants : Réflexions sur Grzelczyk et Fahmi et Esmoris-CerdeiroPinedo Amoris, *Journal européen de la sécurité sociale* 2001, vol 3/3 p. 181-208.
- Pieters, Danny et van Steenkiste, S., *Le treizième état, vers un régime d'assurance sociale communautaire européen pour les migrants intra-communautaires*, Louvain, Acco 1993.
- Pieters, Danny, Vers une simplification radicale de la coordination de la sécurité sociale, dans : Schoukens (ed.), *Perspectives de la coordination de la sécurité sociale*, Louvain 1997.
- Pieters, Danny (ed.), *Changement des formes de travail et de la sécurité sociale*, Annuaire EISS 1999, Kluwer, La Haye 2000.
- Pieters, Danny, Vue générale des variantes de solutions pour surmonter les problèmes de coordination, dans : *La libre circulation des travailleurs indépendants au sein de l'Union européenne et la coordination des systèmes de sécurité sociale nationaux*, Athènes, 21-23 septembre 2000, Athènes 2000 pp. 127-163 (2000b).
- Römmar, Mia, Redondant par suite de manque de compétence ? Les employés suédois dans la société du savoir, dans : *Journal International du droit du travail comparatif et des relations du travail* 2001 Volume 17.
- Sakslin, Maija, Les principes des conventions nordiques sur la protection sociale peuvent-ils contribuer à la modernisation et simplification du Règlement (CEE) No. 1708/771 ?, dans : *25 ans de Règlement (CEE) 1408/71 sur la sécurité sociale des travailleurs migrants*, Stockholm 1997.
- Sakslin, Maija, Coordination de la sécurité sociale - Adaptation au changement, dans : *Journal européen de la sécurité sociale* 2000, vol 2/2 p. 169-188.
- Sarfati, Hedva et Bonoli, Giuliano, *Coordination des politiques du marché du travail et de la protection sociale*, ISSA Résultats de la recherche introductive No. 1, document destiné à la conférence de l'ISSA Stockholm 2001.
- Sarfati, Hedva et Bonoli, Giuliano (eds.), *Marché du travail et réformes de la protection sociale dans la perspective internationale, voies parallèles ou convergentes ?*, Ashgate, Aldershot 2002.
- Schoukens, Paul, Comparaison du droit de la sécurité sociale pour les travailleurs indépendants dans les États membres de l'Union européenne, dans : Pieters (ed.), *Changement des formes de travail et de la sécurité sociale*, Kluwer, La Haye 2000 pp 63-98.
- Schulte, Berndt, L'État-providence et l'intégration européenne, *Journal européen de la sécurité sociale* 1999, vol 1/1 pp. 7-62.
- Schulte, Berndt et Jorens, Yves, *Rapport européen 2001*, Observatoire européen sur la sécurité sociale des travailleurs migrants, version provisoire, Anvers 2001.
- Schömann, Klaus, Rogowski, Ralf et Kruppe, Thomas, *Efficacité du marché du travail dans l'Union européenne, protection de l'emploi et contrats à durée déterminée*, Routledge, Londres 1998.
- van den Berg, Axel, Furåker, Bengt et Johansson, Leif (eds.), *Régimes du marché du travail et formes de flexibilité, Comparaison Suède-Canada*, Arkiv Förlag, Lund 1997.
- van Oorschot, Wim et Boos, Cees, Politique des pensions hollandaises et vieillissement de la population, *Journal européen de la sécurité sociale* 1999, vol 1/3 pp. 295-312.
- van Zeven, Maarten et Donders, Peter, Coordination des développements de la sécurité sociale dans les zones de détachement, dans : *Journal européen de la sécurité sociale* 2001, vol 3/2 pp. 107-116.
- Vanpoucke, Bart, *Mobilité transfrontières dans la zone HNFK (Belgique-France), Bref aperçu de la situation courante*, document destiné à la conférence internationale sur la sécurité sociale des frontaliers en Europe, Aix-la-Chapelle, novembre 22-23 2001.

- Vertovec, S, Conception et recherches sur le transnationalisme, *Etudes ethniques et raciales* 22(2): 447-462, 1999.
- Vonk, Gijsbert, Migration, la sécurité sociale et la loi : certains dilemmes européens, dans : *Journal européen de la sécurité sociale* 2001, vol 3/4 pp. 315-332.
- Whiteford, Elaine, *Adaptation au changement : Régimes professionnels de pensions, femmes et travailleurs migrants*, Kluwer, La Haye 1996.

## Notes

- 1 Se reporter aux conclusions de la Présidence du Conseil européen de Barcelone, les 15 et 16 mars 2002, p. 33 et aux conclusions de la Présidence de la réunion du Conseil européen de Laeken, les 14 et 15 décembre, et aux conclusions du Conseil (Politique sociale et de l'emploi) sur la proposition relative à un Règlement sur la coordination des systèmes de sécurité sociale : Paramètres pour la modernisation du Règlement (CEE) No. 1408/71.
- 2 Ceci peut également s'appliquer au Règlement ; voir la Sec. 4 ci-après.
- 3 Le discours sur la flexibilité du droit du travail précise souvent la segmentation du marché du travail et la division des travailleurs en groupes de travailleurs de base et travailleurs marginalisés. La discussion s'est fréquemment concentrée sur la tension qui existe entre l'emploi traditionnel et la sécurité de l'emploi d'une part et les prétendument *Nouvelles formes de travail* ou *Travail atypique* d'autre part. Il n'y a pas de consensus absolu en ce qui concerne ces concepts, toutefois, on peut dire que les Nouvelles formes de travail ou Travail atypique sous-entendent toutes les dispositions concernant le travail qui se situe en dehors de l'emploi *traditionnel*, c.-à-d le travail à plein temps en tant qu'employé embauché aux termes d'un contrat d'une durée indéfinie chez l'employeur. Un premier modèle – et peut être celui qui est toujours le mieux connu – de la nouvelle façon d'organiser le travail est le modèle d'Atkinson de 'L'entreprise Flexible' (Atkinson 1984). Les développements du marché du travail et la nécessité accrue pour une flexibilité d'affectation ont généralement été perçus comme faisant partie d'une tendance vers une augmentation de la main-d'œuvre périphérique et décentralisée. Ceci signifie une augmentation du travail à temps partiel, du travail d'une durée déterminée, du travail d'agence temporaire et de tout autre emploi non stable – désignés plus loin sous le nom de 'travail flexible'. Bien que généralement considérées comme étant 'précaires', ces nouvelles formes d'emploi ne sont pas nécessairement destinées aux travailleurs 'marginalisés' – elles peuvent également représenter un 'travail de qualité' dans la société du savoir. Par exemple, se reporter plus loin à van den Berg et autres et Schömann et autres mais également à Numhauser-Henning 2001 et Rönmar 2001.
- 4 Sarfati et Bonoli 2002.
- 5 Se reporter également à la communication de la Commission sur 'Une Europe viable pour un meilleur monde : Une stratégie de l'Union européenne pour un développement viable', COM(2001)264 final. Pour ce qui est du concept 'viable', celui-ci est généralement tel que défini par la Commission de Brundtland en 1987: 'Le développement viable est le développement qui satisfait aux besoins du présent sans pour autant compromettre l'aptitude des générations futures à satisfaire à leurs propres besoins'.
- 6 COM(2002) 9 final.
- 7 Se reporter au tableau indicateur de la politique sociale de la Commission pour le sommet de Barcelone.
- 8 Se reporter au rapport du Comité de la Protection sociale et du Comité de la Politique économique sur la 'Qualité et la viabilité des pensions – Rapport conjoint sur les objectifs et les méthodes de travail dans le domaine des pensions'.
- 9 Se reporter aux conclusions de la Présidence p. 33. Pour le plan d'action, voir COM(2002) 72.
- 10 La Task Force a été établie en juin 2001 suite à la communication de la Commission

- sur les nouveaux marchés du travail européens puis avalisée par le Conseil européen de Stockholm du printemps, COM(2001) 116.
- 11 Tableau 5, p. 42. En fait, le composant principal du mouvement de population au sein de l'UE de 1995 à 2000 a été une migration positive nette, soit une augmentation de 0,2% par an de la population de l'Union ; voir le graphe 68, p. 42.
  - 12 Tableau 5, p. 42.
  - 13 Ibidem. p. 43.
  - 14 Au cours des dix dernières années 38% des citoyens de l'UE ont changé de résidence. 21% se sont rendus dans une autre région du même État membre – seuls 4,4% se sont rendus dans un autre État membre. Les niveaux de mobilité entre États membres sont toujours en dessous des niveaux plus élevés des années 50 et 60. Toutefois, le trajet quotidien continue à augmenter. Voir le Rapport de la Task Force de haut niveau p. 12.
  - 15 Emploi dans l'Europe de 2001, Tableau 15 p. 51. – Dans le cas de la Belgique en 1999, il y a eu 19.062 frontaliers d'origine française et 6.200 en provenance des Pays-Bas. De même, dans le cas du Luxembourg, les Français étaient le groupe le plus important (41.500), suivi des belges (22.100) puis des allemands (14.800). Pour ce qui est des Pays-Bas, les frontaliers venaient de Belgique et d'Allemagne selon une proportion pratiquement égale (16.740 et 16.534, respectivement). De même, l'Allemagne a un nombre élevé de frontaliers, la plupart en provenance de la France, de l'Autriche, des Pays-Bas et de la Belgique. Pour ce qui est de ces chiffres, se reporter au Plan d'action des Compétences et de la Mobilité, Annexe II, Annexe Statistique p. 31.
  - 16 L'Emploi dans l'Europe de 2001 p. 50.
  - 17 Ibidem.
  - 18 Ibidem. p. 40 f.
  - 19 Comparer, par exemple, le rapport de la Task Force de haut niveau : 'Au cours de la dernière décade, l'emploi unique à vie est devenu l'exception plutôt que la norme' (p.7).
  - 20 Vanpoucke nous donne un exemple de la frontière franco-belge où le nombre de travailleurs manuels belges 'classiques' se rendant en France est passé de 16.000 dans les années 70 à environ 5.000. Toutefois, différentes modernisations/reconversions et aboutissements des stratégies industrielles ont également conduit à une augmentation spectaculaire du nombre de travailleurs manuels français occupant un emploi en Belgique depuis la fin des années 80. En même temps, il y a un groupe en augmentation modeste de frontaliers professionnels se rendant de Belgique vers la France. Vanpoucke 2001.
  - 21 Rapport sur l'emploi dans l'Europe de 2001, Tableau 24 p. 72. Les Européens ont tendance à ne pas changer d'emploi fréquemment : en 2000, en moyenne, seuls 16,4% avaient été avec leur employeur pendant moins de 1 an (comparé à 30% aux USA) ; se reporter au Plan d'action des Compétences et de la Mobilité, Annexe II, Annexe Statistique, p. 22.
  - 22 Rapport sur l'emploi dans l'Europe de 2001, Tableau 12 p. 50.
  - 23 Ibidem. pp. 45 f.
  - 24 Plan d'action des Compétences et de la Mobilité p. 10.
  - 25 [http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/news/2001/mar/54\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2001/mar/54_en.html) 2001-05-08.
  - 26 Citation tirée du document de Christensen pour le XVI Congrès Mondial de l'ISLLSS, Jérusalem 2000. Voir également Christensen 2002 plus loin. La présente section de mon rapport se fonde largement sur cet article de Christensen, lequel fournit une description complète et une analyse générale du changement survenu sur le marché du travail et sur la réforme des pensions en Europe. Pour toute présentation détaillée sur les réformes des pensions, voir également Whiteford 1996, Pieters 2000 et Hughes et Stewart 2000. Bonoli 2000 examine les implications de différentes institutions politiques dans l'élaboration des réformes des régimes de pensions, tout particulièrement en Grande-Bretagne, en Suisse et en France. Pour ce qui est du problème spécial des droits de pensions acquis par rapport à la réforme des régimes de pension, voir Eliasson 2001.
  - 27 Christensen 2002. Concialdi est arrivé à la conclusion que le défi majeur faisant face

- à l'économie européenne à l'avenir est le potentiel à absorber le travail plutôt qu'une légère augmentation du nombre de personnes actives ; Concialdi 2000.
- 28 Lors de l'introduction du système de Bismarck en Allemagne à la fin du 19<sup>ème</sup> siècle, l'âge de la retraite avait été fixé à 70 ans. Peu de travailleurs atteignaient cet âge. Parmi les pensions payées en 1913, moins de 10% étaient des pensions de vieillesse. De plus, le niveau de la pension de vieillesse était peu élevé. En 1891, la pension moyenne s'élevait à tout juste 18% des salaires moyens. Les pensions de vieillesse introduites dans les autres pays européens au début du 20<sup>ème</sup> siècle adoptèrent la même structure ; voir Christensen 2002.
  - 29 L'idée de base de l'importante réforme des pensions dont la préparation a débuté avec la phase d'expansion allemande – et mise en œuvre en 1957 – était de modifier la pension sous forme de subvention existante en une pension qui garanti un certain niveau de vie, Christensen 2002. – Comparer avec l'objectif commun quant à 'l'objectif social adéquat' des régimes de pensions à la base du Processus de pensions décrit ci-dessus.
  - 30 Voir, par exemple, Schulte 1999 p. 21. Ben Israel, de son côté, utilise la métaphore du 'système à trois niveaux' ; voir Ben Israel 1994. Toutefois, pas tous les pays ont adopté ces systèmes 'multiples' ; voir, par exemple, Augusztnovics 1999 pp. 355 f, qui critique cette façon de catégoriser également de différentes manières.
  - 31 Plusieurs États membres, dont l'Allemagne, ont commencé à réduire l'importance des régimes de sécurité sociale officiels (et le Règlement No. 1408/71) en les remplaçant par des régimes complémentaires – professionnels ou privés – qui se situent en dehors de la juridiction du système de coordination du Règlement ; voir Schulte et Jorens 2001 p. 14. Pour ce qui est du développement des régimes de pensions professionnels, voir également Whiteford 1994 et Eliasson 2001.
  - 32 Se reporter à la Directive du Conseil 98/49/EC sur les mesures de protection des droits de pensions complémentaires des employés et des travailleurs indépendants qui se déplacent au sein de la Communauté, Communication de la Commission 'Vers un marché unique des pensions complémentaires, résultats d'un document de travail sur les pensions complémentaires dans le marché unique', COM(1999) 134 final, la proposition pour une Directive sur les activités des institutions pour l'octroi des retraites professionnelles, COM(2000) 507 final et Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité Economique et social sur l'élimination des obstacles fiscaux affectant l'octroi des pensions professionnelles au-delà des frontières, JO 2001 C165/4.
  - 33 Toutefois, il ne s'agit pas ici d'une cassure entre les régimes à prestations déterminées et les régimes à cotisations déterminées. Un grand nombre de régimes contiennent des éléments des deux modèles, par exemple les clauses d'indexation dans les régimes à prestations déterminées.
  - 34 Voir, par exemple, Numhauser-Henning 1998. Dans le nouveau régime de pensions officiel suédois, par exemple, il y a une partie pré-financée.
  - 35 Voir, par exemple, Christensen 2002 et Numhauser-Henning 1998.
  - 36 Voir plus loin Eliasson 2001.
  - 37 La résidence remplace désormais la nationalité dans un monde de plus en plus 'mobile'/ intégré. Toutefois, la nationalité est toujours un élément crucial quant aux droits de résidence et au droit en matière d'emploi sur le territoire d'une nation! Le travail en tant que critère a son explication dans le caractère de la sécurité sociale en tant que complément de l'emploi rémunéré, le marché de l'emploi étant le système dominant et le caractère des régimes de sécurité sociale de plus en plus proportionnels au salaire.
  - 38 Toutefois, la citoyenneté de l'Union est encore une nouveauté et le critère d'appartenance le plus pertinent vis à vis de l'UE et du droit communautaire. L'exclusion des ressortissants de pays tiers du droit communautaire, y compris le Règlement No. 1408/71 est toujours un problème sans solution, voir la Sec. 4 ci-après.
  - 39 Voir Malmstedt 2002 ci-après. La question de la discrimination est également développée dans Christensen 2001 et Christensen et Malmstedt 2001. Comparer également le jugement de *Gaygusuz* où le tribunal décide que tout traitement inégal

- en matière de sécurité sociale pour raison de nationalité est susceptible de constituer une violation de l'Article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, à moins que ce ne soit justifié par des raisons valables, *Gaygusuz v. Autriche* (16 septembre 1996, ECtHR, 39/1995/545/631).
- 40 Voir, par exemple, le jugement du cas de la Cour européenne de justice C-85/96 *Martinez Sala* [1998] ECR I-2691, le mémorandum explicatif de la proposition de la Commission pour une Directive sur le droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles à circuler et résider librement sur le territoire des États membres, COM(2001) 257 final et ci-après Sec. 4.1 et 5.
- 41 Voir, par exemple, ci-après Cornelissen 1996.
- 42 Voir la Sec. 4 ci-après.
- 43 Pour les concepts de prestations *basées sur le travail* et la *solidarité*, voir Christensen et Malmstedt 2000 ci-après.
- 44 Sarfati et Bonoli 2001. Voir également Sarfati et Bonoli (eds.) 2002 ci-après.
- 45 Pour avoir un aperçu des régimes de pensions des États membres, se reporter à l'Annexe à la communication de la Commission sur l'Évolution future de la Protection sociale d'un point de vue long terme : Pensions viables et sans risques, COM(2000) 622 final.
- 46 Christensen 2002. Christensen constate également une tendance similaire en ce qui concerne les régimes professionnels. Voir également plus loin Eliasson 2001. – Le nouveau système de pension officiel *Suédois*, introduit en 1998, est un bon exemple d'un système adapté aux nouveaux défis. Il s'agit d'un système à cotisations déterminées. Environ 18,5% du salaire cotisable est versé dans le système de pensions. 16% de ce montant va dans le système de cotisation à répartition, alors que le reste, soit 2,5%, est investi dans des comptes individuels d'un système à pré-cotisation. Il n'y a pas d'âge ouvrant droit à la pension fixe au sein du système basé sur le salaire, sauf le fait que les droits de pension ne peuvent pas être revendiqués avant 61 ans. Le système est extrêmement flexible et tout individu qui continue à travailler après l'âge 'normal' de la retraite continue à accumuler de nouveaux droits à la pension. Pour ce qui est des réformes des pensions italiennes vers un système à cotisations déterminées et actuariellement juste avec un âge de départ en retraite flexible, voir Augusztinovic 1999. – Toute interruption entre le nombre d'années requises pour une pension complète et la longueur des carrières actives individuelles érode la base normative du principe de prestations déterminées, voir, par exemple, les réformes des pensions françaises dans les années 90.
- 47 Voir, par exemple, Engblom 2001 et Schoukens 2000.
- 48 Voir la Sec. 4 ci-après.
- 49 Pour tout argument qui favorise la qualification flexible et l'employabilité comme étant une 'pierre de touche' bien plus pertinente en matière de droit du travail que la sécurité du travail et les formes de travail, voir Numhauser-Henning 2001. Voir également Rönmar 2001.
- 50 Voir également la proposition de la Commission pour une Directive sur les conditions de travail des travailleurs temporaires, COM(2002) 149 final.
- 51 Prenons un exemple type suédois. Selon la loi sur la sécurité de l'emploi de 1982, la sécurité de l'emploi dans les emplois ouverts prend fin – et il y a une obligation de quitter si l'employeur l'exige – lorsque l'employé prend sa retraite conformément à la convention collective applicable, généralement à 65 ans. Pendant des années, le gouvernement a essayé de persuader les partenaires sociaux à ratifier une convention collective portant l'âge de la retraite à 67 ans, mais sans succès. A partir du 1er septembre 2001, la loi de 1982 contient une règle obligatoire sur le droit d'un employé à rester jusqu'à ce qu'il ait atteint 67 ans. (A partir du 1er janvier 2003, cette règle sera d'application en dépit du contenu de conventions collectives également établies, ce qui a poussé les syndicats à s'adresser l'OIT, alléguant une violation possible des conventions 98 et 154 de la négociation collective.) L'historique de la réforme est le nouveau régime de pensions officiel, qui ne fixe pas d'âge ouvrant

droit à la pension et la nécessité pour les personnes âgées de travailler plus longtemps en vue de la viabilité à long terme du système. D'après les critiques il serait préférable d'assouplir la sécurité de l'emploi après 61 ans lorsqu'il y aura un droit à une pension proportionnelle au salaire aux termes du nouveau régime. Par contre, pour les syndicats, la réforme est considérée comme étant une tentative visant à porter tort au 'droit à la pension'. Bien qu'il soit possible de continuer à travailler (sur une base volontaire) jusqu'à l'âge de 67 ans, ils craignent que cela ne devienne une obligation de travailler jusqu'à cet âge pour avoir droit à la 'retraite normale'. Et c'est ici tout le problème – quel est le point de rencontre des régimes de pensions viables et des carrières actives ? La 'retraite anticipée' et l'abolition de la sécurité de l'emploi après 61 ans pourraient résulter en une nouvelle segmentation des marchés du travail selon des carrières actives 'primaires' protégées et des carrières actives 'secondaires' non protégées. Tout âge ouvrant droit à la pension 'réel' est déterminé par des régimes de variantes de financement des indemnités de vie chère. A partir du moment où lesdits systèmes sont basés sur des revenus de toute une vie, il n'y a plus d'argument inhérent susceptible de les rattacher à la sécurité du travail. Pour toute discussion dans ce sens, voir Numhauser-Henning 2000 ci-après.

52 Voir Christensen 2001 ci-après.

53 Christensen 2002.

54 Tous les pays européens ont introduit des pensions de veuve. Elles sont maintenant en cours de disparition – ou du moins en diminution. Pour toute description détaillée des récentes réformes des pensions de veuve en Suède et en Allemagne, voir Eliasson 2001.

55 La façon traditionnelle de calculer les prestations de retraite uniquement sur la base des 'meilleures années' risque toutefois de favoriser les femmes. Les années consacrées à la garde des enfants et les périodes d'emploi à temps partiel ne seront pas prises en considération lors du calcul des prestations. Toutefois, ceci présuppose que les femmes satisfont aux exigences du nombre d'années donnant droit à une pension.

56 En Allemagne, le nombre d'années consacrées à la garde des enfants donnant droits à pension est passé de un an à trois ans et le montant de la pension est calculé de manière plus favorable. Se reporter au jugement *Elsen*, C-135/99 [2000] ECR I-10409. – Selon le nouveau régime de pensions *suédois*, à partir de 1996, tout parent responsable de la garde d'un enfant de moins de 4 ans est crédité de droit de pension correspondant à son revenu avant la naissance de l'enfant ou à 75% du revenu national moyen. Ces règles avaient été introduites principalement pour éviter que les pensions des femmes soient moins élevées dans le nouveau système que dans le précédent. (Dans l'ancien régime, le travail à temps partiel n'affectait pas le montant de la pension vu que les droits de pension étaient calculés sur la base des 15 meilleures années.) Toutefois, les règles sont construites de manière à ce qu'elles soient sexuellement neutres. Les parents décident qui des deux sera crédité des années consacrées à la garde des enfants. S'ils ne prennent pas de décision, les droits sont accordés au conjoint dont le salaire est le moins élevé, la plupart du temps. La façon traditionnelle de calculer les prestations de retraite uniquement sur la base des 'meilleures années' risque toutefois de favoriser les femmes. Les années consacrées à la garde des enfants et les périodes d'emploi à temps partiel ne seront pas prises en considération lors du calcul des prestations. Toutefois, ceci présuppose que les femmes satisfont aux exigences du nombre d'années donnant droit à une pension.

56 En Allemagne, le nombre d'années consacrées à la garde des enfants donnant droits à pension est passé de un an à trois ans et le montant de la pension est calculé de manière plus favorable. Se reporter au jugement *Elsen*, C-135/99 [2000] ECR I-10409. – Selon le nouveau régime de pensions *suédois*, à partir de 1996, tout parent responsable de la garde d'un enfant de moins de 4 ans est crédité de droit de pension correspondant à son revenu avant la naissance de l'enfant ou à 75% du revenu national moyen. Ces règles avaient été introduites principalement pour éviter que les pensions des femmes soient moins élevées dans le nouveau système que dans le précédent. (Dans l'ancien régime, le travail à temps partiel n'affectait pas le montant

- de la pension vu que les droits de pension étaient calculés sur la base des 15 meilleures années.) Toutefois, les règles sont construites de manière à ce qu'elles soient sexuellement neutres. Les parents décident qui des deux sera crédité des années consacrées à la garde des enfants. S'ils ne prennent pas de décision, les droits sont accordés au conjoint dont le salaire est le moins élevé, la plupart du temps la femme.
- 57 C 43/75 [1976] ECR 455.  
 58 JO 1979 L6/1.  
 59 C-171/88 [1989] ECR 2743.  
 60 C-102/88 [1989] ECR 4311.  
 61 Affaire 30/85 [1987] ECR 2497.  
 62 C-226/91 [1992] ECR I-5943.  
 63 JO 1986 L225/40, et rectificatif du JO 1986 L283/27.  
 64 JO 1997 L 46/20.  
 65 Ceci s'applique également aux régimes professionnels de 'substitution', c-à-d les régimes qui remplacent un régime officiel obligatoire (affaire Barber – C 262/88 [1990] ECR 1889). Voir également l'affaire C-7/93 *Beune* [1994] ECR I-4471. – Autre dénouement, affaire 19/81 *Burton* [1982] ECR 555.  
 66 Voir, par exemple, l'affaire *Bilka-Kaufhaus*, affaire 179/84 [1986] ECR 1607, qui concernait indirectement les règles discriminantes sur l'absence de droits de pension professionnelle pour les travailleurs à temps partiel. L'affaire *Kowalska*, C-33/89 [1990] ECR I-2591, mettait en cause le traitement différentiel des travailleurs à temps partiel concernant les indemnités de départ. Voir également les affaires C-189/91 *Kirshammer-Hack* [1991] ECR I-6185, C-167/97 *Seymour-Smith et Perez* [1999] ECR I- 623 et C-322/98 *Kachelmann* [2000] ECR I-7505.  
 67 Schulte 1999 p. 13. Voir également Vonk sur le concept même de la 'sécurité sociale', Vonk 2001 p. 318.  
 68 En Suède, l'ancienne pension de base, la folkpension (pension du peuple), était accordée intégralement à tous les résidents. Lorsque le Règlement 1408/71 est entré en vigueur, la pension de base a été modifiée en rendant le montant de la pension proportionnel au nombre d'années de résidence. Il était désormais nécessaire d'avoir 40 ans de résidence pour bénéficier de l'intégralité de la pension. Le 'volet interne' du nouveau régime de pensions suédois, la pension garantie, a la même structure. Ce changement résultera en des pensions moins élevées pour ceux qui s'établissent en Suède relativement tard et qui choisissent de prendre leur retraite en Suède. Maintenant, ces migrants ont uniquement droit à une pension garantie réduite. Afin de satisfaire aux revendications légitimes de niveaux de vie convenables pour tous, le régime de pensions officiel a récemment été complété d'une nouvelle prestation, la prestation de soutien des personnes âgées applicable aux personnes âgées de 65 ou plus (*Åldreförsörjningstöd*). Il s'agit ici d'un régime de retraite lié aux ressources applicable aux personnes âgées de 65 ans ou plus, basé sur la résidence et qui vient en supplément de tout autre revenu.  
 69 Augusztinovics 1999. Toutefois, l'étude a également fait ressortir que plus de la moitié des dépenses publiques ont été absorbées par la redistribution du cycle de vie, environ un tiers pour le risque d'assurances et moins de 10% pour le soutien des économiquement faibles (à l'exception de la Grande-Bretagne où la dernière quote-part était plus élevée).  
 70 Schulte 1999 p. 16 avec référence supplémentaire à Ferrera.  
 71 Comparer Schulte et Jorens 2001 p. 10.  
 72 Comparer à la Sec. 3.1 ci-dessus sur les critères d'appartenance/principe de la territorialité inhérent aux régimes de sécurité sociale nationaux.  
 73 Voir également les Articles 43 (sur la liberté d'établissement des travailleurs indépendants) et 49 (sur la liberté de fournir un service). – Les Règlements 3 et 4, remplacés par le Règlement, dataient de 1958 et étaient basés sur pratiquement les mêmes principes. Le Règlement 574/72 complète le Règlement 1408/71 quant à son application.

- 74 Le Traité et son Article 42 interdisent l'application de toute législation nationale qui résulte en des pertes pour toute personne qui souhaite exercer ses activités dans un autre État membre ; affaire C-443/93 *Vougioukas* [1995] ECR I-4033. Schulte et Jorens 2001 p. 18: les droits basés sur le Règlement ne doivent pas affecter les droits dont bénéficie déjà un travailleur migrant en vertu de la législation nationale, (principe Petroni, affaire 24/75 *Petroni* ECR [1975] 1149). Comparer également avec la notion des droits acquis et le jugement *Gaygusuz* (16 septembre 1996, ECtHR 39/1995/545/631).
- 75 Articles 2 et 3 CE.
- 76 JO 1997 L 18/1.
- 77 Quant à savoir si le principe de traitement égal en tant que tel (et non seulement en tant qu'outil pour encourager l'intégration/liberté de circulation) doit être la base normative pour toute revendication de droits sociaux aux termes de la loi communautaire est un point en litige *per se* ; voir Malmstedt 2001 ci-après. Commentaires par Pennings 2001. Voir également le jugement *Martínez Sala*, affaire C-85/96 [1998] ECR I-2691. Pour ce qui est de la relation entre l'interdiction générale de la discrimination pour raisons de nationalité de l'Article 12 CE et les dispositions plus spécifiques des Articles 39 et 41, voir Becker 1999 ci-après.
- 78 Toutefois, tel qu'il sera décrit dans ce qui suit, la résidence a désormais également fait entrer en jeu le principe de la *lex loci laboris* en ce qui concerne le Règlement dans un certain nombre de situations et constitue la règle générale en ce qui concerne certaines 'prestations spéciales non contributives', les soit disant prestations hybrides, qui ne sont pas exportées (Article 10a(1)). On trouvera les exemptions au principe de la *lex loci laboris* aux Articles 14–17.
- 79 Voir, par exemple, Becker 1999 ci-après.
- 80 Toutefois, le Règlement No. 3/58 ne contenait pas une telle règle ; voir, par exemple, l'affaire 92/63 *Nonnenmacher* [1964] ECR 281. Il existe toujours des exemptions à la règle de l'état unique, Article 14(c)(b) et Annexe VII. Pour ce qui est de l'avenir, dans les 'Paramètres pour 80 Articles 2 et 3 CE. JO 1997 L 18/1. Quant à savoir si le principe de traitement égal en tant que tel (et non seulement en tant qu'outil pour encourager l'intégration/liberté de circulation) doit être la base normative pour toute revendication de droits sociaux aux termes de la loi communautaire est un point en litige *per se* ; voir Malmstedt 2001 ci-après. Commentaires par Pennings 2001. Voir également le jugement *Martínez Sala*, affaire C-85/96 [1998] ECR I-2691. Pour ce qui est de la relation entre l'interdiction générale de la discrimination pour raisons de nationalité de l'Article 12 CE et les dispositions plus spécifiques des Articles 39 et 41, voir Becker 1999 ci-après. Toutefois, tel qu'il sera décrit dans ce qui suit, la résidence a désormais également fait entrer en jeu le principe de la *lex loci laboris* en ce qui concerne le Règlement dans un certain nombre de situations et constitue la règle générale en ce qui concerne certaines 'prestations spéciales non contributives', les soit disant prestations hybrides, qui ne sont pas exportées (Article 10a(1)). On trouvera les exemptions au principe de la *lex loci laboris* aux Articles 14–17. La modernisation du Règlement (CEE) No. 1408/71', l'importance de la règle de l'état unique, 'pour plus de clarté', est tout spécialement mise en évidence au paramètre général 5, p. 15.
- 81 Une telle restriction est également conforme à la compétence des règles de coordination conformément à l'Article 42 CE.
- 82 Règlement No. 1390/81 basé sur l'Article 308 du Traité de Rome.
- 83 Règlement 1606/98. Comparer également avec l'affaire C-443/93 *Vougioukas* [1995] ECR I-4033.
- 84 Règlement No. 307/99.
- 85 Toutefois, l'Article 22(1)(a) et 22(1)(c) s'applique à tous les citoyens assurés dans un des États membres, Article 22a.
- 86 En ce qui concerne la famille et les survivants, il n'y a en principe que le droit aux prestations dérivées et non aux droits qui s'appliquent uniquement aux travailleurs ;

- voir l'affaire 40/76 *Kermaschek* [1976] ECR 1669 et l'affaire C-308/93 *Cabanis-Issarte* [1996] ECR I-2097.
- 87 Affaire 75/63 *Unger* [1964] ECR 177 et affaire C-2/89 *Kits van Heijningen* [1990] ECR 1755.
- 88 Comparer avec Christensen et Malmstedt 2000 qui contestent la compatibilité de ces 'Directives d'établissement de la CE' et les règles du Traité sur la citoyenneté de l'UE. Voir également Carlier 1999 et Fillon 1999.
- 89 A l'exception des apatrides et des réfugiés résidant sur le territoire d'un des États membres, ainsi que les membres de leurs familles et leurs survivants ; comparer avec ce qui précède. Pour toute discussion intéressante sur les politiques de migration et la sécurité sociale des ressortissants de pays tiers, voir Vonk 2001.
- 90 Voir ci-après le rapport du professeur Sagardoy soumis au présent Congrès.
- 91 Conclusions de la Présidence pp. 18 et 21. Initialement, la Commission a proposé ceci en 1997, COM(1997) 561 def., proposition qui a maintenant été retirée (COM(2002)59 final) ; voir ci-après.
- 92 Conclusions de la Présidence, réunion du Conseil européen à Laeken le 14 décembre 2001 p. 29. Voir également les conclusions du Conseil (Politique sociale et de l'emploi) sur la proposition relative à un Règlement sur la coordination des systèmes de sécurité sociale : application du Règlement (CEE) No. 1408/71 aux ressortissants de pays tiers (fondement juridique) soumise lors de la réunion.
- 93 COM(2002)59 final.
- 94 Comparer avec l'affaire *Khalil*, C-95/99 [2001] ECR I-7413.
- 95 JO C 240 E, 28.12.2001, p. 79.
- 96 Le 'Plan d'action pour l'amélioration de la liberté de circulation des travailleurs'.
- 97 Pieters et van Steenkiste 1993.
- 98 Comparer avec l'affaire *Khalil*, C-95/99[2001] ECR I-7413.
- 99 Eichenhofer 2000.
- 100 Sakslin 2000.
- 101 Ojeda Avilés 1997.
- 102 Greve 1997.
- 103 Sakslin 1997 ainsi que Christensen et Malmstedt 2000.
- 104 Pieters 1997.
- 105 Proposition pour un Règlement du Conseil (CE) sur la coordination des systèmes de sécurité sociale COM(1998)779 final.
- 106 Voir Pennings 2001 ci-après.
- 107 Conclusions du Conseil (Politique sociale et de l'emploi) relatives à un Règlement sur la coordination des systèmes de sécurité sociale : Paramètres pour la modernisation du Règlement (CEE) No. 1408/71.
- 108 Schulte et Jorens 2001 p. 9. Comparer avec les paramètres p. 6. Voir également la Sec. 1 ci-dessus. Argument pour un *acquis* social européen, voir Marino 1999.
- 109 Premièrement, il y a le montant théorique de la pension selon les règles nationales, calculé comme si toutes les périodes d'assurance ont été complétées aux termes du régime national (46(2)(a)). Le montant total sera ensuite calculé conformément au ratio de la durée des périodes couvertes par l'assurance ou les périodes de résidence couvertes aux termes de la législation nationale (46(2)(b)). Le demandeur est en droit d'exiger la pension la plus élevée conformément aux Articles 46(1)(a)(i) et 46(2) respectivement (Article 46(3)).
- 110 Des différences ont généralement lieu dans le cas d'une pension objet de l'Annexe IV.
- 111 Dans le cas de régimes de pension avec droits dérivés, une épouse qui travaille/a travaillé représente une sorte de 'double nature' en ce qui concerne les règles de coordination du Règlement. Premièrement elle est un travailleur de plein droit puis membre de la famille d'un travailleur ayant droit aux droits dérivés existants. Le dénouement de la fameuse affaire *Kuusijärvi* (C-275/96 [1998] ECR I-3419) à la Cour Administrative Suprême Suédoise démontre qu'il peut s'agir non seulement d'une double nature mais même d'une nature 'mixte'. Toutefois, cette affaire

concernait les prestations parentales/allocations familiales. Selon la Cour européenne de justice, Mme Kuusijärvi, en tant que travailleur migrant, n'avait pas droit aux prestations parentales suédoises à partir du moment où elle avait cessé de travailler en Suède et après être retournée dans son pays d'origine. Toutefois, en tant qu'épouse d'un travailleur migrant – travaillant toujours en Suède – elle avait droit aux allocations familiales. Toutefois, dans ce cas les prestations devraient, selon le tribunal national, être versées non pas au niveau garanti mais en fonction de son ancien revenu en Suède!

- 112 Il risque d'y avoir des difficultés en ce qui concerne les différences de l'âge de la retraite. Toutefois, normalement dans notre cas, le pays du travail est celui ayant un âge de départ en retraite le plus élevé. Si notre migrant décidait de retourner dans son pays d'origine, où le départ en retraite a lieu plus tôt, il devra attendre que sa pension se matérialise dans le pays où il a travaillé. Qu'il ait ou pas droit à une pension dans son pays d'origine, ceci sera décidé en fonction des règles sur la coordination (et en fonction des règles du régime national). De plus, on devra également noter que les pensions ne sont pas toutes sujettes à la cessation définitive du travail. Les nouvelles pensions de vieillesse suédoises, par exemple, ne le sont pas. Toute personne qui travaille dans un autre pays peut donc continuer à toucher une pension de vieillesse suédoise ainsi que la pension de base garantie à laquelle elle a droit.
- 113 'La norme de solidarité ne doit jamais justifier le fait que le bénéficiaire se trouve dans une meilleure position que d'autres personnes', Christensen et Malmstedt 2000.
- 114 La question d'une éventuelle période de référence quant à l'application de l'Article 14(2)(b)(i) est discutée dans Pennings 2000 p. 334, laquelle devrait être de 12 mois. Il est bon de mentionner ici que le Règlement contient une règle spéciale à l'Article 48, laquelle prescrit qu'un État membre n'est pas tenu d'accorder des prestations de pension en ce qui concerne les périodes objet de sa législation et ne dépassant pas un an.
- 115 Comparer avec l'affaire *Elsen* case, C-135/99 [2000] ECR I-10409.
- 116 Dans la proposition de la Commission de 1998 (COM(1998) 779 final) il y a une description bien plus spécifique des prestations qui peuvent être considérées comme étant des prestations hybrides ; celles-ci étant des prestations 'étroitement liées à une économie et à un contexte social spécifique', versées soit après vérification des ressources soit destinées à conférer une protection spécifique aux handicapés. Toutefois, comparer également avec les affaires *Jauch et Leclere*, affaires C-215/99 [2001] ECR I-1901 et C-43/99 [2001] ECR I-4265, respectivement.
- 117 Et, éventuellement, la soit disant Directive résiduaire 90/364 EC relative au droit de résidence.
- 118 Voir également, ci-après, Christensen et Malmstedt 2000 et également Carlier 1999 et Fillon 1999.
- 119 Toutefois, d'après Fillon, on doit tenir compte des prestations non contributives spéciales de l'État hôte (si elles existent) lorsqu'il s'agit de satisfaire à la condition des ressources minimales conformément à la Directive, Fillon 1999 p. 58.
- 120 Comparer avec Fillon: 'Nous aurions une situation ridicule aux termes de laquelle la plupart des ressortissants des États les plus riches pourraient vivre dans la plupart des autres États, alors que les ressortissants des pays les moins riches ne pourraient vivre nulle part ailleurs.' Fillon 1999 p. 72.
- 121 Comparer avec la nouvelle règle relative aux personnes qui travaillent dans deux États membres selon la proposition de la Commission pour un nouveau Règlement, Article 10(1)(a) (COM(1998) 779 final).
- 122 Comparer avec Pennings 2000 p. 344f.
- 123 Pour ce qui est du scénario futur, noter les implications éventuelles du principe du traitement égal stipulé dans la Directive sur le travail à temps partiel et la Directive sur le travail de durée limitée, respectivement.
- 124 Données tirées du mémorandum soumis lors de la conférence d'Aix-la-Chapelle le 22 novembre 2001 ; Johan ten Geuzendam, *EURES aide les frontaliers*.
- 125 Les règles mentionnées sont uniquement les règles principales et, outre celles-ci, le

Règlement contient un certain nombre de règles détaillées destinées à des situations plus ou moins spécifiques. L'Article 14(c)(a) régit la situation des personnes qui sont simultanément employées sur le territoire d'un État membre et à leur propre compte sur le territoire d'un autre État membre. Ici – en principe – l'État de l'emploi est considéré comme étant l'état compétent. Toutefois, l'Annexe VII du Règlement énumère différentes situations où la règle de l'état unique n'est pas d'application. Par contre, les deux législations, celle de l'État de l'emploi et celle de l'état dans lequel la personne travaille à son compte, sont d'application. Pour toute discussion sur la justification de règles de coordination différentes relatives aux employés indépendants, voir Pieters 2000b.

- 126 Pennings mentionne le cas d'une personne à la recherche d'un emploi dans l'état de résidence alors qu'elle est employée dans un autre état puis commençant à travailler en tant qu'employé dans un état alors qu'elle travaille à son compte dans un autre état. Il s'agit ici de deux des quatre (les deux autres situations étant le détachement par des agences pour un travail temporaire et le travail à son compte, respectivement) possibilités principales à même de manipuler les faits relatifs au Règlement ; voir Pennings 2000.
- 127 Pennings 2000 p. 344.
- 128 Pour ce qui est des premières solutions, voir l'affaire 302/84 *Ten Holder* [1986] ECR 1821 (l'État de l'emploi continue à être l'état compétent même lorsque la personne a cessé de travailler), l'affaire 140/88 *Noij* [1991] ECR I-387 et 245/88 *Daalmeijer* [1991] ECR I-555 (13.3(a) n'est pas d'application lorsqu'une personne a définitivement cessé de travailler – pas de conflit de règles), C-215/90 *Twomey* [1992] ECR I-1823 (mais s'applique aux personnes qui ont temporairement cessé de travailler). L'Article 13(2)(f) s'applique à toute personne qui a cessé toute activité – mais qui n'a pas nécessairement cessé de travailler définitivement ; voir *Kuusijärvi* [1998] ECR I-3419.
- 129 Comparer avec Christensen et Malmstedt 2000 et également avec Sakslin 2000. Ceci nécessite un concept de résidence du droit communautaire en tant que règle de coordination sur la législation applicable, voir Christensen et Malmstedt ci-après, *ibidem*.
- 130 van Zeven et Donders 2001 p. 108.
- 131 La jurisprudence de la Cour européenne de justice et les décisions de la Commission administrative (bien que n'étant pas légalement exécutoire) ont contribué à ces exigences du Règlement. Pendant la période de détachement, des liens organiques doivent être maintenus entre la société et la personne détachée, la société responsable du détachement doit s'adonner à des activités régulières dans le pays à partir duquel elle procède au détachement des travailleurs et des employés ou la personne indépendante doit être soumise au système de sécurité sociale du pays à partir duquel elle est détachée. Tout travailleur indépendant doit être censé s'adonner à d'importantes activités dans le pays d'origine en termes de cotisations et d'impôts, etc. Dans ces cas un certificat de détachement – formulaire E101 – est délivré, lequel implique nécessairement que le système de sécurité sociale du pays hôte n'est pas d'application. Voir, entre autres, les affaires *Fitzwilliam et Banks*, C-202/97 [2000] ECR I-883 et C-178/97 [2000] ECR I-2005.
- 132 Pour ces pratiques, voir, par exemple, Jorens et Schulte 2001 pp. 242 ff.
- 133 Toutefois, le nouvel Article 13 prévoit des prolongations convenues, tout comme pour l'Article 17 actuel.
- 134 En ce qui concerne la situation actuelle, comparer avec l'affaire *Banks* (C-178/97), selon laquelle le 'travail' dans le pays hôte peut être d'un type différent et même avoir été effectué en tant qu'employé.
- 135 Il en va de même pour le travailleur indépendant dans une entreprise qui chevauche la frontière commune de deux états ; voir 14a(3).
- 136 Comparer avec Vonk qui parle de la pratique de membre permanent du système de sécurité sociale du pays d'origine en tant que 'régime de détachement international', dont le but est de s'assurer que les travailleurs ne soient pas constamment confrontés

- à des changements de législation lorsqu'ils travaillent dans d'autres pays, Vonk 2001 p. 328.
- 137 Pour toute discussion sur les difficultés éventuelles à faire la différence entre les conditions de travail et les mécanismes de sécurité sociale, voir Bercússon 2000 pp. 80f.
- 138 Une telle personne doit être considérée comme étant à son compte selon la loi de son pays d'origine, en dépit du fait qu'elle peut être considérée comme étant un employé dans l'État de l'emploi. Il s'agit ici d'un historique de l'affaire *Banks*, C-178/97. par exemple, voir ci-après van Zeben et Donders 2001 et également Schulte et Jorens 2001 pp. 19f.
- 139 Comparer avec van Zeben et Donders, commentant l'interdiction sur le remplacement dans l'Article 14(1)(a): 'Au vu de l'objectif pour lequel elle avait été incorporée au Règlement, sa suppression semblerait être une meilleure réponse au besoin actuel de mobilité dans les affaires et l'industrie', van Zeben et Donders 2001 p. 111. Toutefois, Pennings semble en faveur de restrictions supplémentaires et suggère que le détachement d'un travailleur devrait uniquement être autorisé lorsqu'il aura été employé par son employeur pendant au moins six mois ; voir Pennings 2000 p. 344.
- 140 Pour ce qui est du double caractère des travailleurs indépendants, voir ci-après Engblom 2001. Noter également ici les difficultés spéciales sur la façon de distinguer le détachement d'un travailleur indépendant de plusieurs autres activités simultanées dans deux États membres ou plus tel que réglementé par l'Article 14a, voir ci-après Pieters 2000b pp 146 f.
- 141 Castells 1996. L'organisation en réseau des activités commerciales peut être considérée comme faisant partie du processus de flexibilisation, supposant un groupe de sociétés coopérantes aisément adaptables et n'étant pas nécessairement organiquement liées les unes aux autres.
- 142 Jorens et Schulte 2001 p. 242 f. et Schulte et Jorens 2001 p. 21.
- 143 Comparer également avec le projet de directive de la Commission sur les conditions de travail des travailleurs temporaires, COM(2002) 149 final. L'objectif précisé est d'améliorer la qualité du travail temporaire en s'assurant que le principe de traitement égal est appliqué et en établissant une structure convenable pour utilisation avec le travail temporaire afin de contribuer au bon fonctionnement du marché de l'emploi et du travail (Art. 2). Toute amélioration de la protection minimale des travailleurs temporaires tel que proposé dans le projet de directive est supposé permettre aux restrictions ou interdictions susceptibles d'avoir été imposées sur le travail temporaire d'être révisées ou même supprimées (Art. 4) si elles ne sont plus justifiées dans l'intérêt général de la protection des travailleurs. Adaptables et n'étant pas nécessairement organiquement liées les unes aux autres.
- 144 Jorens et Schulte 2001 p. 242 f. et Schulte et Jorens 2001 p. 21. Comparer également avec le projet de directive de la Commission sur les conditions de travail des travailleurs temporaires, COM(2002) 149 final. L'objectif précisé est d'améliorer la qualité du travail temporaire en s'assurant que le principe de traitement égal est appliqué et en établissant une structure convenable pour utilisation avec le travail temporaire afin de contribuer au bon fonctionnement du marché de l'emploi et du travail (Art. 2). Toute amélioration de la protection minimale des travailleurs temporaires tel que proposé dans le projet de directive est supposé permettre aux restrictions ou interdictions susceptibles d'avoir été imposées sur le travail temporaire d'être révisées ou même supprimées (Art. 4) si elles ne sont plus justifiées dans l'intérêt général de la protection des travailleurs. van Zeben et Donders, p. 116.
- 145 Le terme 'dumping social' est critiqué par Schulte, la raison étant que selon la théorie du commerce, on parle de dumping uniquement si des fournisseurs étrangers vendent à des prix inférieurs aux prix appliqués sur le marché domestique (ou demandent des prix inférieurs au coût moyen). Il ne s'agit donc pas seulement de *différences* (italiques rajoutées) au niveau des coûts sociaux mais d'efforts visant à les réduire afin qu'ils soient conformes à la législation sociale européenne qui déforme la compétition', Schulte 1999 p. 35.

- 146 La théorie du développement normatif/légal en tant que compensation des structures normatives de base dans un domaine normatif a été développée par le feu professeur Anna Christensen et moi-même. Voir Christensen 1997, 1999 et 2000 ainsi que Numhauser-Henning (ed.) 2001 et 1993. La théorie est basée sur l'hypothèse que l'on peut relever différentes structures normatives de base dans la multitude de normes légales. Les structures normatives de base sont censées refléter les pratiques normatives qui sont fonction de la société et des relations humaines. Donc, elles reflètent – et codifient – les conceptions et pratiques normatives sociales qui visent à rendre possibles et viables les relations humaines de longue durée ; elles ont étroitement liées aux conditions sociales.
- 147 Voir ci-après le programme de recherche Norma Website, [www.jur.lu.se/forskning/norma](http://www.jur.lu.se/forskning/norma).
- 148 Alors que les pensions à cotisations/travail au *pro-rata* et les droits de pension décrits comme étant des droits acquis peuvent, en principe, être considérés comme des exposants de la structure normative fonctionnelle du marché, il est peut être bon de relever que la construction sur une base de cotisation par répartition rattache les pensions à la situation de la future génération payante (même habitant dans un autre pays!) et ainsi à la juste distribution et aux éléments de solidarité.
- 149 Voir ci-après Christensen 2002 pour une analyse plus complète des développements actuels et également Christensen 1997.
- 150 'Les instruments utilisés dans le passé, tel le Règlement 1408/71 sur la coordination de la sécurité sociale, ne conviennent plus aux structures de mobilité qui émergent actuellement dans l'Union' ; voir van Zeben et Donders 2001 p. 108 f.
- 151 Comparer avec la notion de droits dérivés!
- 152 On peut dire que, dans une certaine mesure, le principe de la *lex laboris* II applicable aux cas du détachement et de la gestion pan-européenne reflète la protection de la position établie. Cependant, dans le cas du détachement (et peut être même dans une certaine mesure dans le cas de la gestion pan-européenne) il y a (mais pas toujours) un élément de dumping social qui rend la structure fonctionnelle du marché pertinente.
- 153 Comparer avec Sakslin 2000. 'Il est problématique que la Cour européenne de justice ait à plusieurs reprises considéré la condition de résidence comme étant discriminatoire même lorsque celle-ci est utilisée en tant que condition pour l'assurance dans les régimes basés sur la résidence, alors que dans le cas d'un régime basé sur l'emploi, l'assurance ou les cotisations, les conditions nationales relatives à l'assurance de l'emploi ou des cotisations n'ont jamais été considérées comme étant discriminatoires. La Cour européenne de justice ne fait pas de distinction entre, d'une part, la résidence dans un pays comme étant une condition pour être couvert par un régime et, d'autre part, la résidence en tant que condition pour l'octroi de prestations.' Voir également Becker 1999.
- 154 Comparer avec la proposition de la Commission pour une Directive sur le droit des citoyens de l'Union et les membres de leurs familles de circuler et résider librement sur le territoire des États membres, COM(2001) 257 final ; la proposition 'conformément aux nouveaux développements sur la mobilité, les accords de travail et des modes de vie moins tributaires d'un endroit unique' introduit un droit à résidence pour six mois sans formalités qu'ils aient une activité rémunérée ou pas ; ensuite, et pendant les premières quatre années de résidence ils doivent avoir suffisamment de ressources et une assurance maladie ; après quatre années de résidence continue légale, un nouveau droit à la résidence permanente est introduit. – Les paramètres pour la modernisation du Règlement (CEE) No. 1408/71' précisent que le Traité garanti la libre circulation des citoyens européens au sein de l'UE, mais uniquement 'sous réserve des restrictions et conditions qu'il stipule' (p. 5). Le champ d'application du Règlement en tant que tel couvre 'toute personne qui est ou a été soumise à la législation de la sécurité sociale d'un ou plusieurs États membres', y compris les personnes économiquement actives ainsi que les non actives et les ressortissants de pays tiers ; mais la nécessité 'de

trouver une solution qui tient compte de toute contrainte liée aux caractéristiques spéciales des systèmes basés sur la résidence' est tout spécialement énoncée (p. 11). En ce qui concerne le transfert des prestations ('non-application des clauses de résidence'), il est clairement précisé qu'il est essentiel de respecter les principes de base du droit communautaire, 'des exceptions dûment justifiées et définies avec précision' doivent être autorisées, tout particulièrement en ce qui concerne les 'prestations non contributives du type mixte' (p. 14). – Pour ce qui est de la compatibilité avec les dispositions du Traité, voir plus loin Carlier, Fillon et Becker 1999.

155 Pour ce qui est des étudiants, comparer avec Anne Pieter van der Mei 2001 p. 195.

156 Basch et autres 1994 et Vertovec 1999.

157 Castles et Miller 1998.

158 Comparer avec Carlier 1999, qui suggère un 'salaire de citoyen européen' commun pour tous les États membres.

159 Comparer avec Christensen et Malmstedt 2000 : 'à un certain stade de ce procédé (d'intégration, ma remarque) les pays membres mettront fin au lourd système d'aide aux non-résidents.

160 On peut constater une tendance vers un nouveau champ d'application du principe de la *lex laboris* II en tant que signe d'un tel développement.