Rapport annuel 2006

La dimension européenne des politiques sociales

Préface

De la prévention sanitaire à la gestion des âges, en passant par l'intervention sociale de proximité, les précédents rapports annuels de l'IGAS ont exploré des volets très divers du vaste champ couvert par les politiques sociales.

Pour cette édition 2006 de son rapport public, l'IGAS a choisi d'aborder de façon transversale l'ensemble de ces politiques sous un angle nouveau : celui de leur dimension européenne.

Le fait européen concerne aujourd'hui, à des degrés et sous des formes diverses, tout le champ social : les actions publiques menées dans le domaine de l'emploi, du travail, de la santé publique, de l'insertion sociale s'inscrivent dans un cadre communautaire dont elles doivent tenir compte.

Il s'agit d'une situation inédite dans l'histoire et d'un phénomène relativement récent. Car les politiques sociales, depuis leur origine, ont été conçues, développées et mises en œuvre dans un cadre national. Le projet européen lui-même n'accordait à l'origine qu'une place résiduelle au champ social, dans lequel les États-membres gardaient une compétence quasi exclusive.

L'élargissement progressif des compétences reconnues aux institutions européennes dans ce champ, l'impact social croissant d'autres politiques européennes, telles que la politique économique et financière ou la politique de la concurrence, ont largement modifié la perspective.

Il y a là un véritable défi pour les politiques sociales, qui sont longtemps restées à l'écart du mouvement d'ouverture des frontières, et la sphère d'intervention publique dans ce domaine peine parfois à prendre toute la mesure du fait européen.

L'IGAS n'ignore pas qu'en abordant ce sujet, elle touche de près à des questions sensibles. La campagne référendaire a montré l'importance que nos concitoyens portent aux aspects sociaux du projet européen et l'ampleur des attentes, des craintes, des malentendus parfois, qui s'y attachent.

Ce rapport n'entend évidemment pas se lancer dans un débat politique sur l'Europe sociale. Il se situe délibérément dans une autre perspective, conforme à la vocation et aux compétences de l'IGAS, qui vise à prendre la mesure du phénomène de « communautarisation » des différents champs de compétence sociale et à examiner l'impact du cadre européen sur la mise en œuvre des politiques sociales menées en France.

Que recouvre aujourd'hui la dimension européenne des politiques sociales ? Dans quel cadre et comment s'élaborent les politiques sociales à Bruxelles ? Dans quelle mesure et par quelles voies les politiques françaises peuvent-elles influencer le débat et les solutions retenues, hier à quinze, aujourd'hui à vingt-cinq ? Quel est en retour l'impact des orientations et directives européennes sur la conception et la mise en œuvre des politiques sociales dans notre pays ? À quelles évolutions peut-on s'attendre de ce point de vue et comment y faire face ? C'est le type de questions auxquelles l'IGAS tente de répondre à travers ce rapport, qui dresse un tableau d'ensemble de la matière, illustré par une série d'exemples précis.

Ce faisant, l'inspection générale des affaires sociales espère aussi contribuer à éclairer le débat public ; car ce rapport a cette ambition. Puisse-t-il se révéler utile dans cette perspective.

André NUTTE,
Chef de l'Inspection générale
des affaires sociales

Sommaire

Introduction 9

Première partie

Le champ et les ressorts de la politique sociale européenne diffèrent de ceux de la politique sociale nationale 13

Chapitre 1

Les compétences reconnues à l'Union européenne dans le domaine social sont limitées 17

Les États membres conservent la primauté des compétences dans le domaine social 17
La Communauté ne peut agir qu'en respectant pleinement la compétence des États-membres .. 17
Les interventions communautaires doivent être limitées à ce qui est nécessaire 18
La charte des droits sociaux fondamentaux ne revêt qu'une valeur de référence 19

Les différentes politiques sociales sont inégalement concernées par l'intervention communautaire 20
La nature et les objectifs de l'intervention communautaire diffèrent selon les domaines 20
« L'acquis communautaire » fixe le socle social de base pour l'ensemble des États-membres ... 28

Chapitre 2

Les modes d'intervention communautaire ont longtemps privilégié l'approche normative 31

Le développement de la norme sociale européenne relève de nombreux intervenants 31
Le processus législatif classique est soumis à des règles très contraignantes 32
La jurisprudence constitue une source fondamentale du droit communautaire 34
Les partenaires sociaux n'ont encore que peu utilisé les compétences de co-législateur qui leur sont reconnues 37

Les politiques sociales communautaires n'intègrent que marginalement une fonction redistributive, essentiellement assumée au niveau national 38
Depuis l'origine, le fonds social européen est l'outil essentiel de la redistribution sociale au niveau communautaire 39
Le souci de mieux prendre en compte les conséquences des mutations industrielles a conduit à la création du fonds d'ajustement à la mondialisation 40

« La méthode ouverte de coordination » définit au niveau européen des objectifs de convergence sans toucher à la souveraineté nationale 41

Deuxième partie

Politiques communautaires et politiques sociales nationales : une interaction permanente 45

Chapitre 1

La plupart des politiques communautaires a des répercussions sur les politiques sociales nationales 47

La construction du marché unique a un fort impact dans le champ des politiques sociales nationales 49
Les libertés de circulation et la libre prestation de services ont des conséquences importantes dans le domaine social 49
La nature spécifique du secteur social conduit à une application particulière du droit de la concurrence 54
L'impact direct du pacte de stabilité et de croissance sur le secteur social est difficile à évaluer .. 60

Les politiques sociales de l'Union européenne et les politiques sociales menées en France sont directement imbriquées 62
Le droit du travail français est fortement influencé par le droit communautaire 63
Le cadre fourni par l'Union européenne a contribué à la réorientation des politiques françaises de l'emploi 64
Le droit français en matière de lutte contre les discriminations a été profondément renouvelé par l'approche communautaire 67
Dans le domaine de la protection sociale, l'intervention de l'Union européenne conduit à lever les obstacles à la libre circulation des personnes 69
Les politiques de santé sont appuyées par l'intervention communautaire 71
Les conceptions françaises sur l'articulation des rôles entre l'État et les partenaires sociaux et les pratiques de dialogue social sont remises en cause 72

Chapitre 2

La France a toujours mis l'accent sur la politique sociale communautaire 74

L'ambition sociale de la France l'a amenée à lancer des initiatives politiques 74
Les initiatives politiques françaises se sont succédées 74
Leur bilan apparaît incertain 76

La France pèse dans les négociations sociales 77

Troisième partie

Défis et enjeux 83

Chapitre 1

La place de la France dans un espace européen élargi 87

L'élargissement s'accompagne d'une hétérogénéité croissante au plan social 87
Existe-t-il un modèle social européen ? 87

L'élargissement suscite de nombreuses craintes 89
L'Europe sociale peut-elle être un contrepoids aux défis de l'élargissement et de la mondialisation ? 93

Le poids et le positionnement français sont remis en cause dans une Europe élargie . . 95
La position française était traditionnellement très forte à Bruxelles 95
L'influence française est menacée 96

Chapitre 2

L'évolution des modes d'intervention en matière sociale au niveau européen 99

L'approche normative traditionnelle décline 99
L'activité législative marque le pas 99
Le dialogue social européen est en panne 102

La « soft law » connaît un réel essor 103

Chapitre 3

Les incertitudes autour de l'Europe sociale 107

L'Europe sociale à la fois au centre et absente du débat référendaire 107

L'Europe sociale : un concept et des attentes ambigus 108
Le projet européen hésite entre libéralisme et politiques communes 108
Le concept d'Europe sociale souffre de nombreuses ambiguïtés 109
Les attentes concernant la dimension sociale de l'Europe sont fortes dans l'opinion publique . . . 110

Enjeu social et participation démocratique : deux défis liés 111
Le droit communautaire est difficilement identifiable par les citoyens 111
Le discours de l'Europe et sur l'Europe est peu explicite 112
L'information sur l'Europe sociale est lacunaire et la participation des acteurs sociaux insuffisante . . 113

Rapport thématique 1

Droit du travail et politiques sociales communautaires 117

Rapport thématique 2

Politique française de l'emploi et politiques communautaires 159

Rapport thématique 3

La protection sociale française et les politiques communautaires 217

Rapport thématique 4

La polique française de lutte contre les exclusions et les politiques communautaires 281

Rapport thématique 5

Santé et politiques communautaires 335

Rapport thématique 6

Égalité de traitement et lutte contre les discriminations 389

Annexes 441

Introduction

La question de la place accordée au social dans la construction européenne a été au centre du débat français au moment du référendum sur le projet de traité constitutionnel. En effet, la politique sociale communautaire apparaît à certains peu lisible, voire contradictoire. Cet acquis social, pourtant indéniable, est souvent considéré comme le parent pauvre d'une Europe qui, non seulement ne serait pas assez sociale, mais surtout serait le paravent de « l'euro-libéralisme »[1], de la concurrence érigée en « principe », du dumping social, de l'ouverture sans freins à la mondialisation.

Le traité de Rome se fondait sur la conviction que le développement économique devait générer le progrès social et le marché commun créer une tendance à l'harmonisation spontanée des systèmes sociaux. Dans cette perspective, les dispositions sociales originelles du traité étaient essentiellement destinées à permettre le bon fonctionnement du marché : la libre circulation des travailleurs, ou le fonds social européen (FSE) n'étaient pas conçus dans un autre esprit.

À partir de ce socle de base, ces dispositions ont connu un développement significatif, au rythme des étapes franchies par le processus d'intégration économique et monétaire, qu'elles accompagnaient et rendaient possible.

Ainsi, l'accélération des restructurations industrielles dans les années soixante-dix et la nécessité de prendre en compte leurs conséquences sociales se sont-elles traduites par l'adoption de directives européennes fixant les règles de protection des salariés en cas de licenciements économiques, de transferts d'entreprise, ou d'insolvabilité de l'employeur.

Le même type de logique a conduit à mettre en place, dans la phase de préparation de l'Union économique et monétaire, un cadre de dialogue social européen destiné à construire le consensus nécessaire à l'aboutissement de ce projet.

Mais le social a également dans certains cas développé sa dynamique propre à travers une interprétation extensive des dispositions initiales par le législateur et le juge communautaires. L'application des dispositions du traité relatives à l'égalité entre hommes et femmes en est l'illustration la plus marquante.

L'introduction d'objectifs sociaux autonomes est, quant à elle, un phénomène récent lié au développement d'une vision plus politique de la construction européenne. La préoccupation de « rééquilibrage » de la construction

[1] J. SAPIR, la fin de l'euro-libéralisme, Seuil, 2006.

européenne, déjà présente lors de la signature du traité de Maastricht et de son protocole social (1992), s'est accentuée au cours des années suivantes et s'est traduite par l'inscription dans le traité d'Amsterdam en 1997 de compétences et d'objectifs nouveaux confiés à l'Union européenne. Les trois années suivantes ont vu une relance de la construction communautaire dans le domaine social, intégrant une approche nouvelle en termes de droit fondamentaux avec notamment l'adoption d'une législation pour lutter contre les discriminations.

Le propos du rapport annuel de l'IGAS est à la fois de mesurer l'impact des politiques communautaires sur les politiques sociales menées en France, de fournir des éléments d'information sur les forces et les faiblesses de l'Europe sociale, et de dresser quelques perspectives d'évolution. Rapport administratif, il donne un aperçu d'ensemble de la dimension européenne des politiques sociales et de sa mise en œuvre.

Les principaux aspects et réalisations de l'Europe sociale sont présentés. Chaque étape de la construction européenne a contribué à son édification : une politique sociale a vu le jour au niveau européen et l'on a assisté à l'émergence d'acteurs patronaux, syndicaux et associatifs. L'action communautaire dans le domaine social correspond bien, au total, à des avancées importantes, même si celles-ci sont parfois difficiles à discerner et si la logique d'ensemble en apparaît malaisée à percevoir. Néanmoins, une double ambiguïté sur la nature de la dimension européenne des politiques sociales existe et doit être levée. D'une part, la politique sociale communautaire n'est pas la transposition au niveau européen des politiques sociales nationales. Elle est un projet commun qui rassemble les peuples européens à partir de valeurs partagées, mais dans le respect des prérogatives nationales. Par ailleurs elle a un domaine plus restreint de compétences, des outils et des modes d'interventions spécifiques, où la redistribution, apanage des politiques nationales, occupe une place marginale.

L'objet du rapport n'est pas de procéder à une analyse de l'intérêt des politiques communautaires en elles-mêmes. Il s'efforce en revanche d'en illustrer l'impact sur les politiques nationales, de manière aussi précise que possible, compte tenu des informations disponibles. De ce point de vue, il ne pouvait être question d'aborder de manière exhaustive les conséquences sociales de la construction communautaire, en particulier de l'Union économique et monétaire, ou de la stratégie de Lisbonne dans son ensemble et des effets induits sur la croissance ou l'emploi. Le rapport se focalise donc sur les effets des politiques communautaires du domaine social et les conséquences directes sur les politiques ou acteurs sociaux nationaux de politiques ressortant d'autres secteurs (concurrence par exemple).

Enfin, le rapport ouvre quelques perspectives en mettant l'accent sur les possibilités offertes à la France de peser dans le débat communautaire, sur le social, dans un contexte marqué par l'élargissement à dix nouveaux États-membres et par l'évolution des modes d'intervention communautaire.

La notion d'Europe sociale, qui a connu un traitement complexe au cours du débat référendaire de 2005, souffre effectivement d'attentes sans doute ambiguës, marquées par un déficit de participation ou de simple information des citoyens européens. Puisse le présent rapport contribuer à éclairer au mieux le débat sur ce sujet.

Il se fonde sur sept rapports thématiques qui portent respectivement sur les sujets suivants :

- droit du travail ;
- emploi ;
- santé ;
- protection sociale ;
- lutte contre les discriminations ;
- lutte contre les exclusions ;
- dumping social.

Le rapport de synthèse reprend les principales conclusions des rapports thématiques. Il s'attache à mettre en perspective le contenu de la politique communautaire (1re partie), son influence sur nos politiques nationales (2e partie) et enfin à, présenter les principaux défis liés aux politiques sociales auxquels notre pays sera confronté dans les prochaines années (3e partie).

Le rapport de synthèse n'est pas la somme des rapports thématiques. Il en reprend les principales conclusions ou analyses, en les replaçant dans une problématique d'ensemble, et renvoie aux rapports thématiques eux-mêmes pour des développements plus complets.

Première partie

Le champ et les ressorts de la politique sociale européenne diffèrent de ceux de la politique sociale nationale

L'intervention communautaire dans le domaine social diffère fortement de l'intervention nationale. Les États-membres, quels que soient leur « modèle » et leur générosité en la matière, offrent à leurs ressortissants une gamme d'interventions diversifiées dans le domaine social, répondant à un ensemble de besoins (couverture contre les risques sociaux, organisation des rapports de production…) grâce à des politiques qui peuvent être grossièrement regroupées en trois catégories d'objectifs : la régulation (des rapports entre employeur et salarié par exemple, de la sécurité sanitaire), la redistribution (système de sécurité sociale, action sociale, interventions en faveur des chômeurs), le service (services publics sociaux : santé, emploi…). L'intervention sociale communautaire est d'une tout autre nature ; elle n'est que subsidiaire par rapport à celle des États-membres. L'intervention régulatrice vise à atteindre des standards minimaux communs entre États-membres ou une coordination des dispositifs nationaux, garantissant en particulier la constitution du marché unique. L'intervention redistributrice est fortement limitée par le principe de subsidiarité et par le niveau d'effort budgétaire commun consenti par les États. Enfin, la Communauté n'offre pas de service public direct aux citoyens européens.

Ces caractéristiques souvent méconnues peuvent susciter des malentendus lorsque la politique communautaire n'est appréhendée qu'à travers un prisme national. Il serait vain d'attendre de l'Europe une politique sociale qu'elle ne serait pas habilitée à mener.

Chapitre 1

Les compétences reconnues à l'Union européenne dans le domaine social sont limitées

Les États-membres conservent la primauté des compétences dans le domaine social

La Communauté ne bénéficie dans ses interventions sociales que d'une simple compétence d'attribution, subsidiaire par rapport au champ que les États-membres ont souhaité se réserver en ce domaine (voir annexe I).

L'intervention communautaire est certes potentiellement très large, et touche, avec des périmètres variables précisés dans le traité, le droit du travail et la négociation collective, la sécurité sociale et la protection sociale des travailleurs, la lutte contre l'exclusion sociale et l'intégration des personnes exclues du marché du travail, l'emploi, l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et leur traitement dans le travail, et plus largement la lutte contre les discriminations, et enfin la santé publique.

Bien que large, ce champ d'intervention est strictement encadré par les dispositions pertinentes du traité, sous réserve d'interprétations jurisprudentielles. Par ailleurs, le domaine d'intervention social de la Communauté est aussi borné par les principes de subsidiarité et de proportionnalité.

La Communauté ne peut agir qu'en respectant pleinement la compétence des États-membres

Les États-membres n'ont pas créé l'Europe en se dessaisissant de leurs compétences sociales. L'Union n'intervient ainsi que « dans la mesure où les

objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États-membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire »[1] : la **subsidiarité** trouve un champ d'application particulièrement important dans le domaine social. L'Europe sociale est ainsi largement « résiduelle », dans la mesure même où les règles de solidarité et de protection sociale font partie de celles qui fondent les spécificités nationales. Les États s'en sont saisis au premier chef et de longue date. Le traité énonce ainsi que la Communauté agit « en respectant pleinement la responsabilité des États-membres »[2].

En vertu du principe de subsidiarité précisé, compétence par compétence, dans les dispositions pertinentes du traité, la Communauté n'intervient que dans la mesure où les États-membres l'ont prévu et où ils ne peuvent atteindre eux-mêmes, de manière suffisante, au niveau national, les objectifs des politiques considérées.

Les interventions communautaires dans les secteurs de l'emploi, de la santé, de la protection sociale ou de l'inclusion sociale sont étroitement encadrées par les dispositions pertinentes du traité, qui empêchent tout empiétement non prévu sur les compétences nationales. Ces domaines sont ceux d'interventions communautaires de l'ordre de la coordination, de la convergence ou du soutien. Les domaines du droit du travail ou de la lutte contre les discriminations offrent cependant un champ d'intervention beaucoup plus clair pour l'Europe (*cf. infra*) : secteurs de compétence partagée, ils offrent la possibilité d'harmoniser les droits nationaux, au moins par la fixation de normes minimales communes.

En toute hypothèse, en vertu du principe de subsidiarité, les propositions de texte communautaire doivent comporter une justification, et apporter les arguments de démonstration utiles prouvant le caractère communautaire de leur objectif, ou sa meilleure réalisation au niveau communautaire.

Les interventions communautaires sont limitées à ce qui est nécessaire

Le **principe de proportionnalité** des interventions communautaires conduit également à les limiter à ce qui est nécessaire[3]. Dans le domaine des politiques sociales, la Communauté « soutient et complète l'action des États-membres »[4].

[1] Article 5 TCE et protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ; sauf exception mentionnée, tous les renvois au texte du traité sont faits en référence à la version consolidée du traité instituant les communautés européennes, Journal officiel des communautés européennes, 24/12/2002.

[2] Articles 149 et 150 TCE.

[3] Article 5 TCE : « l'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du traité ».

[4] Articles 137-1 TCE.

En vertu du principe de proportionnalité, et dans le souci de respecter les compétences des États-membres, l'intervention de la Communauté ne doit jamais excéder ce qui est nécessaire à la réalisation des objectifs assignés.

Du point de vue des normes adoptées, le principe de proportionnalité conduit à laisser la marge de manœuvre la plus importante possible aux États-membres pour réaliser les objectifs des politiques communautaires, et donc à préférer *a priori* le mode d'intervention le moins contraignant : la directive sera ainsi préférée au règlement. Plus globalement, on peut voir dans le principe de proportionnalité le fondement des approches de « soft law », qui tendent à remplacer l'harmonisation des législations et même la reconnaissance mutuelle. La Commission encourage ainsi « la coopération entre les États membres et facilite la coordination de leur action dans tous les domaines de la politique sociale »[5].

La charte des droits sociaux fondamentaux ne revêt qu'une valeur de référence

Une « charte sociale européenne » avait été adoptée en 1961, dans le cadre institutionnel du **Conseil de l'Europe.** Entrée en vigueur en 1965 et ratifiée par la France en 1973, cette charte complétait naturellement la convention européenne des droits de l'homme et consacrait les droits sociaux de la déclaration universelle des droits de l'homme de l'Organisation des Nations unies, datant de 1948. Depuis 1993, le mécanisme de contrôle d'application de la charte sociale du Conseil de l'Europe a été renforcé avec la mise en place du Comité européen des droits sociaux, composé d'experts indépendants qui rendent des conclusions, et dans le cadre de la procédure de réclamations collectives, le comité des ministres peut inviter les États à modifier leur position dans les domaines où les manquements au respect des droits édictés paraissent graves.

Suivant la même inspiration, une « charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs » a été adoptée par les États-membres de **l'Union européenne** en décembre 1989 avec un champ limité (il ne visait que les travailleurs), et sans portée obligatoire.

La charte communautaire de 1989 a néanmoins contribué à une nouvelle dynamique de l'activité communautaire[6] et la Cour de justice des Communautés européennes s'est appuyée sur elle dans certains de ses arrêts.

Le traité d'Amsterdam va plus loin en faisant directement mention de la charte (article 136) et de ses objectifs. Le traité de Nice, en décembre 2000

[5] Article 140 TCE.

[6] La 1re directive sur l'aménagement du temps de travail a été adoptée en 1993 sur le fondement de son article 7 ; de même pour la directive 92/85 sur l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes (visant le point 19 de la Charte), ou pour la directive 94/33 sur la protection des jeunes au travail (points 20 et 22).

élargit le champ personnel des droits à l'ensemble des citoyens de la Communauté en adoptant une « charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». Tout comme la charte de 1989, cette nouvelle charte n'a cependant pas de portée obligatoire[7].

Les différentes politiques sociales sont inégalement concernées par l'intervention communautaire

La nature et les objectifs de l'intervention communautaire diffèrent selon les domaines

Le droit du travail et la lutte contre les discriminations ont donné lieu à des interventions normatives fixant des prescriptions minimales communes

La fixation de prescriptions minimales communes en droit du travail a pour double objectif l'égalisation et l'amélioration des conditions de travail (protection des travailleurs, santé et sécurité au travail, représentation et défense de leurs intérêts) et des conditions de concurrence au sein du marché commun (voir rapport thématique 1).

Les premiers textes communautaires ont été, pour l'essentiel, adoptés en réaction aux conséquences des évolutions économiques de la seconde partie des années 70, pour en atténuer les effets. C'est particulièrement le cas dans le champ de la **protection des travailleurs en cas de licenciement économique, de transfert d'entreprise ou d'insolvabilité de l'entreprise.**

S'agissant de **santé et de sécurité des travailleurs,** c'est une **directive-cadre,** adoptée par le Conseil en juin 1989, qui a donné lieu aux avancées les plus significatives. Définissant une approche globale, pluridisciplinaire, liant santé, sécurité et amélioration des conditions de travail, elle comporte des principes généraux concernant la prévention des risques, les obligations respectives des employeurs et des travailleurs et pose les fondements des nombreuses directives ultérieures qui interviendront pour des domaines, des risques ou des populations déterminés.

Quant à l'amélioration de « **l'implication** »[8] **des travailleurs** dans les décisions ou organes des entreprises, elle faisait déjà partie des objectifs du pro-

[7] La Charte sociale européenne (du Conseil de l'Europe) et la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux ont, selon la CJCE, vocation à éclairer les dispositions d'une directive (CJCE 26 juin 2001, BECTU).

[8] Le terme d'implication recouvre à la fois l'information, la consultation et la participation ou tout autre mécanisme traduisant l'influence des travailleurs sur les décisions de l'entreprise.

gramme d'action sociale de 1974. Ce n'est toutefois qu'à partir du milieu des années 90 que des textes ont été négociés et adoptés, parfois en réaction à des évènements économiques ponctuels marqués par un caractère transfrontalier.

L'information et la consultation des travailleurs dans l'UE

En février 1997, Renault annonçait la fermeture de son usine de Vilvoorde (Belgique), entraînant la suppression de 3 100 emplois. Cette décision était motivée par le souhait de redresser la situation financière du groupe, qui s'était dégradée, et de rationaliser sa production.

Les débats publics sur cette affaire ont notamment porté sur la conformité des procédures suivies avec les dispositions découlant des directives communautaires sur les licenciements économiques (directive 75/129/CE) et sur le comité d'entreprise européen (directive 94/45/CE), illustrant les limites de la réglementation européenne, qui ne suffisait pas à obliger les dirigeants d'entreprise à négocier des choix économiques ou sociaux avec les représentants des salariés.

Ils ont conduit les institutions communautaires, au premier rang desquelles la Commission, à proposer de renforcer la législation et à fixer un cadre général plus contraignant en matière d'information et de consultation des travailleurs, en fixant une obligation de négociation, en prévoyant des droits à une information et une consultation régulières des salariés et le droit des représentants des salariés d'obtenir une réponse motivée à leur avis, à l'issue du processus de consultation.

La directive 2002/14/CE sur l'information et la consultation des travailleurs dans l'UE a alors eu pour objectif de définir un certain nombre d'exigences minimales, mais sans remettre en question les systèmes de représentation des travailleurs en vigueur dans les États-membres. Elle prévoit tout d'abord une information régulière des représentants des travailleurs, sur les évolutions récentes et probables des activités de l'entreprise, sur l'emploi et des éventuelles menaces sur l'emploi, enfin sur les décisions susceptibles d'entraîner des modifications dans l'organisation du travail ou les contrats de travail.

Le champ des « conditions de travail » a également été traité au niveau communautaire, notamment dans le cadre de la directive relative au détachement de travailleurs. En effet, la mise en œuvre de la libre circulation des personnes et des services, dans le cadre de la réalisation du marché intérieur, a accru les possibilités de prestations de services transnationales, par conséquent, les cas de **détachements de travailleurs** d'un État-membre à un autre. Dans ce contexte, afin de protéger les droits des travailleurs et d'assurer les entreprises contre une concurrence déloyale, la directive 96/71/CE, adoptée en 1996, détermine les conditions de travail et d'emploi applicables aux travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services[9]. Enfin, le champ de la **durée et de l'aménagement du temps de travail** a été également abordé[10], objet de négociations complexes, récemment réouvertes et encore en cours (cf. infra).

[9] Ces travailleurs bénéficient des conditions de travail et d'emploi du territoire sur lequel ils sont détachés en matière de : période maximale de travail et périodes minimales de repos ; durée minimale des congés annuels payés ; taux de salaire minimal ; conditions de mise à disposition des travailleurs ; santé, sécurité et hygiène au travail ; protection des femmes enceintes, des enfants et des jeunes, non discrimination.

[10] La première directive en ce domaine (directive 93/104/CE) a été adoptée en 1993.

L'intervention communautaire a par ailleurs permis une **harmonisation novatrice dans le domaine de la lutte contre les discriminations** (voir rapport thématique 6).

L'égalité de traitement entre hommes et femmes est inscrite depuis l'origine dans le traité de Rome, ses concepteurs craignant les effets concurrentiels des bas salaires dont les femmes étaient tributaires dans certains États-membres. Ce fondement économique initial allait être progressivement dépassé par des considérations sociales plus larges, tout en bénéficiant d'un double mouvement d'élargissement à l'ensemble des discriminations fondées sur le sexe, dans le cadre des relations de travail[11] (accès à l'emploi, accès à tous les niveaux d'orientation professionnelle, conditions de travail, affiliation syndicale, dans un cadre d'emploi privé ou public…) d'une part et, plus, récemment à un large ensemble de motifs de discrimination, énumérés à l'article 13 du Traité d'Amsterdam (race, origine ethnique, convictions, religion, handicap, âge ou orientation sexuelle).

La Communauté a joué en la matière un rôle moteur reconnu, tant sur le plan jurisprudentiel[12] que sur le plan législatif. Après l'adoption de la directive sur les discriminations raciales le 29 juin 2000, la directive du 27 novembre 2000[13] relie le principe général d'égalité de traitement aux objectifs plus concrets de niveau d'emploi, de qualité de la vie et de cohésion sociale, qui sont également assignés à la Communauté par le traité. Elle précise l'application de notions, initialement dégagées par la jurisprudence, qui constituent désormais autant de points centraux du droit de la non discrimination : la notion de discrimination indirecte, la justification de certaines distinctions (fondées sur l'âge), la possibilité de maintenir des « actions positives » en faveur de certaines catégories, le principe de la charge de la preuve incombant à la partie défenderesse.

De l'égalité salariale à l'égalité de traitement entre les sexes

Aux origines : l'égalité salariale. Inscrite dans le traité de Rome, l'égalité salariale entre hommes et femmes visait à garantir le bon fonctionnement du marché en évitant les distorsions de concurrence. Dès 1957, l'article 119 (actuel article 141) du traité de Rome inscrivait dans le droit européen le principe de l'égalité de rémunération des travailleurs masculins et féminins pour un même travail. Cet article, qui est toujours en vigueur, a été introduit à la demande des pays qui, comme la France, se considéraient en avance en matière d'égalité salariale et d'emploi des femmes et redoutaient la concurrence déloyale d'économies moins vertueuses en la matière. La Cour de justice européenne le rappelait en 1976 : « compte tenu de la différence du degré d'évolution des législations sociales dans les différents États-membres, l'article 119 a pour fonction d'éviter que, dans la compétition intracommunautaire, les entreprises établies dans des États qui ont effectivement réalisé le principe de l'égalité de rémunération, ne subissent un désavantage concur-

[11] Comprenant la protection sociale liée à la rémunération salariale, donc en particulier le champ des retraites.
[12] Arrêts Defrenne c/Sabena, 25 mai 1971 et 8 avril 1976.
[13] Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

rentiel par rapport aux entreprises situées dans des États qui n'ont pas encore éliminé la discrimination salariale au détriment de la main-d'œuvre féminine ».

De l'égalité salariale à l'égalité professionnelle : se réclamant toujours du bon fonctionnement du marché, le législateur communautaire a été au-delà des exigences du traité en passant de la simple égalité salariale à l'égalité professionnelle au sens large. Afin d'assurer le fonctionnement du marché européen, le traité autorise la Communauté européenne à prendre des dispositions même en dehors des cas où il l'a explicitement prévu. C'est en se fondant sur cette disposition, qui s'appuie donc sur une justification de nature économique, que la Communauté est intervenue pour assurer une protection élargie de l'égalité entre les sexes. Ainsi la directive de 1976 (directive 76/207) va au-delà de la question salariale et prévoit une égalité de traitement pour l'accès à l'emploi, la formation, la promotion et les conditions de travail, imposant aux États-membres de supprimer toute disposition contraire de leur droit national. Cette directive interdit toute discrimination à l'encontre des femmes, qu'elle soit directe ou qu'elle fasse appel à un critère indirect : ainsi sont proscrites toutes les clauses visant la situation familiale des salariées. Enfin, la directive institue des droits particuliers pour les femmes. D'une part, elle protège spécifiquement la femme enceinte. D'autre part, elle autorise expressément les États-membres à adopter des mesures pour promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes.

La directive de 1979 (directive 79/7) a quant à elle introduit le principe d'égalité en matière de régimes légaux de sécurité sociale, complétée par la directive 86/378 qui l'étend aux différents régimes professionnels – c'est-à-dire hors régime général. Au total, le droit communautaire a ainsi progressivement défini les contours d'une égalité de traitement beaucoup plus large touchant l'ensemble des domaines de la vie professionnelle et de la protection sociale.

De l'égalité professionnelle à l'égalité en général : l'évolution a été parachevée en inscrivant le principe général d'égalité de traitement entre hommes et femmes, dans le traité. Fondé sur une approche économique, le principe de l'égalité professionnelle ne s'appliquait qu'aux travailleurs/ses. Il a été étendu en 1997 par le traité d'Amsterdam, qui a inscrit l'égalité générale entre les hommes et les femmes parmi les principes fondateurs de la Communauté européenne. Comme le rappelle le traité dans ses articles 2 et 3, ce principe implique que les actions de la Communauté doivent chercher à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes.

Les systèmes de sécurité sociale font l'objet d'une coordination afin de garantir la libre circulation des travailleurs

En l'absence de compétence communautaire en la matière, l'Union européenne n'a pas légiféré en vue d'une harmonisation des **systèmes de sécurité sociale.** Toutefois, afin de garantir l'effectivité de la liberté de circulation des travailleurs, le législateur communautaire a édifié un régime de coordination complexe des systèmes nationaux de sécurité sociale qui concerne l'ensemble des risques couverts et l'ensemble des assurés[14] (voir rapport thématique 3).

Les règlements 1408/71/CE du 14 juin 1971 et 574/72 du 21 mars 1972[15], adaptés à de multiples reprises (et remplaçant eux-mêmes des règlements adop-

[14] Sauf exceptions, voir annexe relative à la protection sociale.

[15] Lors du Conseil d'Edimbourg de 1992, la nécessité d'une révision générale a été reconnue, au regard de la complexité des mécanismes de coordination. Elle a abouti à l'adoption du règlement (CE) n° 883/2004. Ce nouveau règlement n'entrera pas en vigueur avant la finalisation de son règlement d'application.

tés dès la mise en place du « marché commun ») définissent respectivement les principes et les procédures de la coordination des systèmes de sécurité sociale. Ils s'appuient sur trois pierres angulaires :

– l'égalité de traitement entre les nationaux et les étrangers ;
– le maintien des droits acquis, qui permet d'exporter des prestations de sécurité sociale et suppose la totalisation des périodes d'assurance, de résidence ou d'emploi accomplies dans un État-membre en vue de l'ouverture d'un droit dans un autre État-membre ;
– l'unicité de la législation applicable. Elle est celle du pays d'emploi[16] : les travailleurs migrants sont affiliés dans l'État de travail. Dans cette logique, le règlement exige la levée des clauses de résidence dans les législations nationales de sécurité sociale.

D'abord limité aux travailleurs migrants, le champ d'application a été progressivement étendu à tous les assurés de l'Union européenne, indépendamment de leur statut (salarié, indépendant, étudiant).

Dans les domaines de l'emploi, des retraites et de la lutte contre les exclusions, des objectifs de convergence des politiques sociales nationales ont été définis, en lien avec les orientations économiques de l'Union

Les conseils européens de Lisbonne en mars 2000 puis Göteborg en 2001 ont conduit à la définition d'une **stratégie économique et sociale globale pour l'Europe,** dans un cadre décennal, avec l'objectif de faire de l'Union « l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique au monde, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale »[17], reposant sur la capacité à développer des secteurs économiques de haute valeur ajoutée, tout en modernisant le modèle social européen, en assurant une évolution saine des équilibres macro-économiques et un avenir durable sur le plan de l'environnement.

Les États-membres ont autorisé l'Union à agir dans des domaines où elle n'a pas de compétences grâce à la fixation d'objectifs de convergence. L'impact de la stratégie est suivi par quatorze indicateurs de synthèse, déclinés pour chaque État[18], qui donnent une place importante au domaine social :

[16] Un règlement n° 3427/89 du 30 octobre 1989 généralise à tous les États membres le principe de l'application de la loi du pays d'emploi : le travailleur soumis à la législation d'un État membre a, par exemple, droit aux prestations familiales prévues par la législation dudit État, même si les membres de sa famille résident sur le territoire d'un autre État membre.

[17] Conclusions de la présidence, conseil européen de Lisbonne.

[18] PIB par habitant, productivité de la main d'œuvre, taux d'emploi global, taux d'emploi des personnes âgées de 55 à 64 ans, niveau d'instruction des jeunes de 20 à 24 ans, dépenses de recherche et développement, investissement des entreprises, niveau des prix comparés, taux de risque de pauvreté, taux de chômage de longue durée, dispersion des taux d'emploi régionaux, émission de gaz à effet de serre, intensité énergétique de l'économie, volume du transport.

politique active de l'emploi, intégration sociale, modernisation de la protection sociale, notamment face aux défis démographiques.

La politique de l'emploi (voir rapport thématique 2) est certainement celle qui a connu les développements les plus importants et les plus innovants dans la seconde moitié des années 90, dans un contexte de chômage persistant à un niveau élevé.

Dès le traité de Rome, l'intervention financière du fonds social européen (FSE) était prévue, afin de faciliter la mobilité et la reconversion de la main-d'œuvre, dans le cadre du marché commun (*cf. infra*). Mais c'est seulement depuis une dizaine d'années que se développe une réflexion tendant à faire de l'emploi un objet d'intervention communautaire, sans pour autant remettre en cause la compétence nationale. Le traité d'Amsterdam reconnaît l'emploi comme un « sujet d'intérêt commun », et le conseil européen de Luxembourg en novembre 1997, donne un contenu à ces dispositions en définissant les quatre « piliers »[19] de la stratégie européenne de l'emploi.

L'approche utilisée pour parvenir à une stratégie européenne de l'emploi est celle de la **convergence**, déjà utilisée dans le cadre de l'Union économique et monétaire. Clé de voûte de l'ensemble, les « lignes directrices pour l'emploi » sont adoptées par le Conseil des ministres, chaque année, sur la base d'une proposition de la Commission. Les lignes directrices sont traduites au niveau national dans un plan national d'action pour l'emploi (PNAE). Les retraites et la lutte contre les exclusions sont désormais traitées selon la même logique.

Sous l'influence de la France, l'opportunité d'une intervention communautaire visant, de même, à une convergence dans le domaine de **l'inclusion sociale** (voir rapport thématique 4) a été reconnue par le Conseil européen de Lisbonne. L'inclusion sociale est définie par la Commission comme « *un processus qui garantit que les personnes en danger de pauvreté et d'exclusion obtiennent les possibilités et les ressources nécessaires pour participer pleinement à la vie économique, sociale et culturelle, et qu'elles jouissent d'un niveau de vie et de bien-être considéré comme normal pour la société dans laquelle elles vivent* ».

Depuis le traité d'Amsterdam, la lutte contre les exclusions est classée parmi les objectifs de la Communauté. En application du principe de subsidiarité, et en s'inspirant de manière simplifiée de la stratégie européenne de l'emploi, les États-membres arrêtent tous les deux ans leur programme national d'action en faveur de l'inclusion (PNAI). En l'absence d'articles du traité définissant la procédure à suivre, l'impulsion politique en matière d'inclusion est donnée par les déclarations successives des Conseils européens et la légitimité de la Commission à intervenir dans ce domaine reste fragile.

[19] Améliorer l'employabilité, développer l'esprit d'entreprise, encourager l'adaptabilité pour les salariés et les entreprises, favoriser les politiques d'égalité des sexes.

Enfin, le Conseil de Laeken de décembre 2001 a décidé de faire converger les systèmes **de retraite** (voir rapport thématique 3), sur la base de trois grandes orientations : préserver la capacité des systèmes à atteindre leurs objectifs sociaux ; maintenir leur viabilité financière ; répondre à l'évolution des besoins de la société.

Grands objectifs communs et méthode de travail dans le domaine des pensions, arrêtés au Conseil de Laeken en novembre 2001

Dans le strict respect du principe de subsidiarité, la méthode ouverte de coordination prévoit « *la fixation d'objectifs communs, la traduction de ces objectifs dans des stratégies politiques nationales et, dans le cadre d'un processus d'apprentissage mutuel, un suivi périodique sur la base d'indicateurs définis en commun* ».

Les trois objectifs communs retenus en matière de retraites tiennent à :

– « l'adéquation » des pensions : préservation de la capacité des systèmes de pensions à réaliser leurs objectifs sociaux en veillant notamment à ce que les personnes âgées ne soient pas exposées au risque de pauvreté, et à ce que les individus aient accès à des dispositifs de pensions appropriés permettant le maintien d'un niveau de vie en relation avec celui de la période d'activité ;

– la « viabilité financière » des systèmes de pensions, notamment grâce à un niveau d'emploi élevé et à des incitations à des départs à la retraite plus tardifs, et des réformes qui « maintiennent un équilibre équitable entre population active et retraités » ;

– la « modernisation » des systèmes de pensions en réponse à l'évolution des besoins de l'économie, de la société et des individus, en garantissant notamment l'égalité de traitement entre hommes et femmes et une information transparente vis-à-vis des citoyens.

Quant à la méthode, les États-membres doivent élaborer un rapport sur leur stratégie nationale, comprenant un diagnostic des principaux défis, des informations sur les réformes engagées ou en préparation.

À la suite du rapport Kok[20] qui dressait un bilan très « mitigé » de la stratégie de Lisbonne à mi-parcours et préconisait l'élaboration de programmes nationaux d'action couvrant l'ensemble des objectifs, le Conseil européen de mars 2005 a décidé le « recentrage » de la stratégie de Lisbonne, et ainsi l'établissement de « **lignes directrices intégrées pour la croissance et l'emploi** » (LDI) qui regroupent l'ensemble des orientations en ces domaines[21]. Parallèlement, les plans nationaux d'action présentés par les États-membres sont regroupés en un document unique : le programme national de réforme (PNR)[22]. De manière moins formalisée pour les autres secteurs d'application de la méthode ouverte de coordination (MOC), la Commission a proposé de rationaliser les processus existants, en fusionnant les MOC inclusion sociale, retraite et santé. L'objectif affiché par la Commission est double : « *créer un*

[20] Relever le défi, la stratégie de Lisbonne pour la croissance et l'emploi, rapport du groupe de haut niveau présidé par Wim Kok, ancien premier ministre néerlandais, novembre 2004.

[21] Les propositions de LDE et des GOPE avaient fait l'objet d'une présentation consolidée et concomitante dans un « paquet orientation » dès 2003.

[22] En raison de la lettre du traité, l'examen formel des LDE et des GOPE reste cependant séparé.

processus plus fort et assurer une meilleure intégration avec le processus de Lisbonne, notamment avec les grandes orientations des politiques économiques (GOPE) et la stratégie européenne en faveur de l'emploi (SEE) »[23].

La santé publique fait, pour l'essentiel, l'objet d'une politique d'animation et de coordination renforcée par l'expérience de crises sanitaires récentes

« La Communauté encourage la coopération entre les États-membres et, si nécessaire, elle appuie leur action. »[24] C'est sur la base de ces dispositions nouvelles introduites par le traité de Maastricht, que la Communauté a pu développer l'action amorcée au cours des années 80, avec des **programmes d'actions communautaires relatifs à la santé publique** (voir rapport thématique 5), dont les plans de lutte contre le cancer, de prévention du SIDA, de la toxicomanie ou encore le plan « maladies rares » ont été les plus significatifs[25]. Les programmes d'actions sectoriels ont été remplacés par un programme d'action global 2003-2008, dont la gestion est désormais confiée à une agence exécutive, chargée notamment des procédures d'appels à propositions. Finançant nombre de projets dans le domaine de la santé publique, le programme communautaire est néanmoins limité par sa faiblesse budgétaire[26].

Le traité reconnaît, outre cette première compétence d'animation et d'appui, la compétence de l'Union pour « prendre des mesures fixant des **normes de qualité et de sécurité** des organes et substances d'origine humaine, du sang et des dérivés du sang ». Deux directives ont pu être élaborées en ce domaine, concernant le sang humain d'une part et les tissus et les cellules humains[27] d'autre part. Il est vrai que, en la matière, la Communauté s'est largement appuyée sur des travaux beaucoup plus anciens menés au sein du Conseil de l'Europe en matière de qualité et de sécurité des produits d'origine humaine.

Enfin, la Communauté a investi dans la constitution de **réseaux d'observation et d'alerte sur les risques et la gestion des crises sanitaires.** Suite à la crise dite de la « vache folle », les principes et les procédures d'une politique européenne de sécurité alimentaire ont été fixés, et l'autorité européenne de

[23] Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au comité des régions : *Travailler ensemble, travailler mieux : un nouveau cadre pour la coordination ouverte des politiques de protection sociale et d'inclusion sociale dans l'Union européenne*. COM (2005) 706 du 22 Décembre 2005.

[24] Article 152 TCE.

[25] Prolongés jusqu'à 2002 ou 2003, ces programmes sont mis en œuvre par appels à projets faisant l'objet d'un cofinancement communautaire.

[26] 52 M€ en 2005 ; il est vrai que d'autres programmes communautaires (sécurité sanitaire alimentaire ou recherche en santé publique, dans le cadre du PCRD) sont plus richement dotés.

[27]– Directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 2003 établissant des normes de qualité et de sécurité pour la collecte, le contrôle, la transformation, la conservation et la distribution du sang humain, et des composants sanguins ;

– Directive 2004/23/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains.

sécurité des aliments (AESA)[28] instituée. Une procédure de décision en situation d'urgence alimentaire a été définie[29]. Mais les réelles compétences communautaires dans le champ de la santé alimentaire ne s'accompagnent que d'une simple fonction de coordination de la Commission en matière de maladie infectieuse, les responsabilités en la matière relevant de l'échelon national. Suite à l'épidémie de SRAS, la décision a cependant été prise de créer un centre européen de prévention et de contrôle des maladies (ECDC)[30], dont les missions sont limitées aux maladies transmissibles et aux menaces pour la santé dont l'origine reste inconnue. Opérationnel depuis la mi-2005, établi à Stockholm, ce centre coordonne le réseau informatique dit « *early warning rapid system* » (EWRS) qui assure la notification d'évènements et la coordination de mesures qui restent de compétence nationale[31] pour trois secteurs prioritaires : grippe, SIDA et résistance antibiotique.

« L'acquis communautaire » fixe le socle social de base pour l'ensemble des États-membres

L'acquis qui résulte de l'ensemble des interventions communautaires dans le domaine social et la clause de « non régression sociale » constituent un socle important pour l'Europe sociale dans le contexte de l'élargissement.

« L'acquis communautaire » constitue un ensemble de normes légales et jurisprudentielles

C'est surtout dans le cadre des négociations avec les pays candidats à l'entrée dans l'Union européenne que l'on évoque aujourd'hui cette notion. La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a en effet consacré l'acceptation de l'ensemble de l'acquis comme « principe fondamental »[32]. Les traités européens le mentionnent mais sans en donner de définition. Ce socle de droits et d'obligations commun aux États-membres comprend pour l'essentiel :

- les traités européens, leurs objectifs, leurs principes et leur contenu ;
- la législation adoptée en application de ces traités ;
- la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes.

Intégrer l'acquis communautaire consiste donc, pour les États candidats à l'adhésion, d'une part à respecter les principes et objectifs des traités, d'autre part, sur le plan juridique, à transposer dans leur législation les normes communautaires existantes, interprétées ou éclairées par les décisions de la CJCE.

[28] Règlement 178/2002 (dit *General Food Law*).
[29] Article 53 du règlement 178/2002.
[30] Règlement 851/2004.
[31] Décision 2000/57/CE.
[32] Affaire C-259/95 arrêt du 2 octobre 1997, Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne.

L'acquis communautaire n'est pas figé une fois pour toutes et ses contours s'étendent à mesure que de nouvelles règles sont adoptées.

Pour faciliter la mise en œuvre de cette intégration, les politiques communautaires ont été découpées en « chapitres », qui correspondent aux grands domaines de compétence de l'Union européenne : la libre circulation des travailleurs et la politique sociale (qui englobe notamment le droit du travail européen) font l'objet de deux chapitres distincts. La totalité des textes en vigueur dans chacun de ces domaines a été recensée dans le « répertoire de la législation communautaire ». Ainsi, en matière de politique sociale, l'acquis comprend les textes de toute nature, relatifs à des dispositions sociales générales, au fonds social européen (FSE), aux conditions de travail, au chômage et à l'emploi, à la sécurité sociale, et à l'harmonisation de certaines dispositions sociales. Il comprend aussi la jurisprudence, qui a pu interpréter ou expliciter certaines dispositions des textes de nature réglementaire.

Les normes communautaires ne peuvent empêcher le maintien de protections nationales de meilleur niveau, ni, grâce à des clauses ad hoc, justifier d'éventuelles régressions

Sur le champ des politiques sociales, **« les dispositions arrêtées** (en vertu de l'article 137 TCE) **ne peuvent empêcher un État-membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes compatibles avec le (présent) traité ».** Les textes communautaires ne peuvent donc empêcher un État-membre d'être « mieux-disant » social.

Mais par ailleurs, des clauses de « non régression » ont été progressivement dégagées, d'abord pour les mesures de protection des travailleurs sur le lieu de travail, qui ne pouvaient évidemment faire obstacle à des protections nationales de meilleur niveau, sauf incompatibilité avec les dispositions du traité. Selon ces dispositions – établies au cas par cas – les textes concernés ne sauraient justifier un alignement sur un niveau de protection inférieur.

Les clauses de non régression sociale

Les directives dans le champ social n'ont pas pour objet d'harmoniser les législations nationales mais de fixer des prescriptions correspondant à un socle de droits minimaux. Par conséquent, la plupart des directives dans le champ social adoptées depuis le début des années 90 précisent que leur transposition ne peut justifier aucune réduction du niveau national de protection des travailleurs. La formulation exacte de cette clause dite de non régression varie selon les directives. À titre illustratif, les directives sur la « protection des jeunes au travail » (article 16), « aménagement du temps de travail » (article 23), ou encore « information/consultation » (article 9) contiennent de telles clauses de non régression, qui prennent généralement le libellé suivant : « *Sans préjudice du droit des États-membres de développer, eu égard à l'évolution de la situation, des dispositions législatives, réglementaires et contractuelles différentes [dans le domaine du temps de travail], pour autant que les exigences minimales prévues dans la présente directive soient respectées, la mise en œuvre de la présente directive ne constitue pas une justification valable*

pour la régression du niveau général de protection des travailleurs. » Leur impact sur le droit français n'est donc pas négligeable : ainsi, l'obligation d'information et de consultation préalables des travailleurs par la direction de l'entreprise dans un certain nombre de situations, et notamment lorsqu'il y a menace sur l'emploi, (directive 2000/34 « information/consultation ») empêche une remise en cause des procédures et des dispositions pertinentes du code du travail (en particulier article L 432-1 et suivants, article L 321-2).

Au moment du débat sur le projet de constitution européenne, certaines organisations ont voulu poser le *principe* de non régression. Une directive communautaire ne pourrait, dans ces conditions, s'appliquer que si elle est plus favorable que le texte national.

Au total, le socle social de l'Union, quelles que soient ses limites d'intervention juridiques ou politiques, constitue aujourd'hui un ensemble de normes d'origines diverses représentatives des efforts de rapprochement opérés depuis cinquante ans ; cet acquis, dont la prise en compte est obligatoire pour les nouveaux États-membres, est à la fois une exigence et une garantie, face aux craintes de dumping social souvent exprimées.

La surface de l'intervention communautaire est effectivement, très étendue. Mais sa profondeur est variable, fonction des modes opératoires autorisés par les États-membres.

Dans les domaines où une harmonisation a été acceptée – droit du travail, lutte contre les discriminations –, des normes minimales communes ont pu être arrêtées. Là où seule une « convergence » des politiques est apparue souhaitable – emploi, lutte contre les exclusions, retraites – des objectifs communs peuvent être fixés. Là où le soutien communautaire semble utile – emploi, santé – des interventions financières ou de coordination sont programmées.

Chapitre 2

Les modes d'intervention communautaire ont longtemps privilégié l'approche normative

Conséquence de l'encadrement de l'intervention communautaire, celle-ci ne peut que revêtir des modalités variables, essentiellement de quatre ordres :

- harmonisation : l'harmonisation réelle des droits reste exceptionnelle ; elle se traduit en fait par l'adoption d'un socle de dispositions communes sous forme de prescriptions minimales ; c'est notamment le cas dans le secteur du droit du travail ;
- coordination : liée par exemple à la libre circulation des personnes, elle suppose dans ce cas que, tout en restant distincts, les systèmes nationaux de protection sociale permettent, grâce à des principes de fonctionnement coordonné, de traiter les situations de changement d'État-membre en cours de carrière ; la directive relative au détachement des travailleurs en donne un autre exemple ;
- convergence : plus légère, l'intervention communautaire, par exemple dans le domaine des politiques de l'emploi, ou plus récemment de lutte contre les exclusions, permet de fixer des objectifs communs et de comparer les politiques menées et les résultats atteints ;
- complément : les fonds structurels donnent un exemple de ce type d'intervention où la Communauté, notamment grâce à des dotations financières, vient compléter l'intervention nationale.

Le développement de la norme sociale européenne relève de nombreux intervenants

On distingue classiquement quatre sources principales du droit communautaire : le droit originaire, issu directement du traité, dans ses versions successives, le droit dit dérivé, constitué des textes de règlements et de directives, produits du travail législatif communautaire, la jurisprudence et le droit conventionnel.

L'approche législative classique, faisant intervenir la Commission, le Conseil et le Parlement européen, paraît traverser une période de ralentissement, tandis que l'association des partenaires sociaux communautaires au processus législatif s'avère peu conclusive. Dès lors, la construction prétorienne du droit par la Cour de justice des Communautés européennes semble aujourd'hui la plus dynamique.

Le processus législatif classique est soumis à des règles très contraignantes

La complexité de la procédure législative[33] n'exclut pas des avancées substantielles parfois rapides

La Commission dispose du monopole de l'initiative législative ; juridiquement, le Conseil des ministres représente une des composantes du pouvoir législatif communautaire, désormais partagé avec le Parlement. L'initiative n'appartient ni à l'un, ni à l'autre.

En renforçant le rôle de « co-législateur » du **Parlement européen**, le traité d'Amsterdam a donné à cette institution un poids croissant. Or, en matière sociale, le Parlement européen se montre souvent soucieux de renforcer le contenu social des propositions de directive.

La négociation de la proposition de directive « services dans le marché intérieur » en constitue un exemple récent. Le Parlement européen a en effet, dans la résolution qu'il a adoptée en février 2006, supprimé le « principe du pays d'origine »[34] prévu dans le projet initial et qui avait notamment provoqué une vive hostilité syndicale. Il a également réduit le champ d'application de cette directive controversée, en en excluant les services de santé, les services sociaux, les services fournis par les agences de travail temporaire, et en supprimant les assouplissements introduits par la proposition quant aux règles applicables au détachement temporaire de travailleurs.

Par ailleurs, la volonté politique communautaire peut parfois s'exprimer fortement et de manière convergente au niveau du Conseil, aboutissant ainsi rapidement à l'élaboration de textes de portée significative.

Un scénario d'élaboration accéléré : l'exemple de la directive sur les discriminations raciales

L'article 13 du Traité donnait un fondement juridique à l'intervention communautaire en matière de lutte contre les discriminations. Mais, il n'emportait pas d'effet direct et requérait donc l'intervention d'une

[33] Voir annexe 2.

[34] Principe selon lequel c'est le droit du pays d'origine du prestataire de service qui continuerait à régir les prestations et non celui du pays où elles sont effectuées.

législation spécifique au niveau communautaire et sa transposition en droit national. Qui plus est, cette législation devait être adoptée à l'unanimité des États-membres.

En novembre 1999, la Commission publiait un ensemble de 3 propositions communément appelé « le paquet de l'article 13 » comprenant une proposition de directive sur la discrimination raciale, une proposition de directive sur les discriminations dans l'emploi et un programme d'action communautaire destiné à soutenir l'action des États-membres.

L'entrée au gouvernement autrichien du FPO, parti présidé par Jœrg Haider, allait susciter une vive émotion et créer les conditions de l'unanimité, nécessaire à l'adoption rapide de dispositions législatives destinées à marquer le rejet par l'Union européenne de toute discrimination à caractère racial ou ethnique. Après la réunion du Conseil informel de Lisbonne en février 2000, la directive sur les discriminations raciales était adoptée le 29 juin 2000. L'intérêt de la France pour le deuxième texte relatif aux discriminations dans l'emploi l'a conduite à faire preuve de la même détermination pour le faire adopter sous sa présidence, que celle démontrée au premier semestre par le Portugal sur le racisme. Malgré un niveau de consensus politique beaucoup moins fort (notamment sur certains sujets délicats tels que la religion ou l'orientation sexuelle) et d'importantes difficultés techniques (notamment sur l'âge ou le handicap), le texte fut finalement adopté par le Conseil le 27 novembre 2000.

La façon dont ont été traités les textes relatifs à la discrimination s'écarte sous plusieurs aspects des normes et pratiques habituelles du travail communautaire. Le processus de décision a d'abord été exceptionnellement rapide. Pour y parvenir, toutes les parties à la négociation ont dû manifester à la fois une grande ouverture aux compromis sur le fond et une rare tolérance sur la forme, l'accélération des travaux ne s'accommodant guère de la lourdeur des procédures officielles. Par ailleurs, les compétences communautaires ont été interprétées de façon extensive, alors même que certaines dispositions auraient pu faire l'objet d'une contestation au regard de la compétence communautaire et du principe de subsidiarité. La Commission a argué de la non homogénéité des droits nationaux pour justifier la nécessité de définir au niveau européen des principes communs, afin de donner effet au nouvel article 13 du Traité. Cette argumentation semble avoir été suffisamment convaincante pour les États-membres, qui n'ont en tout cas pas jugé politiquement opportun de s'y opposer.

Néanmoins, l'accroissement du nombre d'États-membres rend plus contraignants la procédure de codécision et le maintien de la règle de vote à l'unanimité dans certains domaines

Politiquement, force est de constater qu'aujourd'hui beaucoup d'États-membres sont réticents voire hostiles à la poursuite de l'activité normative telle qu'elle s'était pratiquée jusqu'à présent. Les difficultés récurrentes à parvenir à un accord sur des textes communautaires dans le secteur du travail, par exemple (tels la proposition de directive sur les conditions de travail des travailleurs intérimaires ou celle sur la révision de la directive sur l'aménagement du temps de travail) en témoignent. Les discussions achoppent tout particulièrement sur le niveau de protection minimale à accorder aux travailleurs.

L'hostilité marquée à l'égard des initiatives communautaires est souvent culturelle et/ou politique : c'est le cas pour les pays où la jurisprudence occupe une place importante, ou pour ceux qui voient dans la production normative

un risque d'entrave au développement économique. Enfin, dans les domaines où l'Union peut intervenir, **la règle de vote à l'unanimité**[35] rend plus difficile l'adoption de textes communs : c'est par exemple le cas pour ce qui touche à la protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail ou pour les conditions de travail des ressortissants de pays tiers (art. 137 § 2). Ceci explique pourquoi aucune directive ne traite des licenciements individuels, et la seule brèche au principe de liberté contractuelle réside dans une directive de 1991 (91/53/CE) qui prévoit l'obligation pour l'employeur de porter à la connaissance du travailleur un certain nombre d'informations sur le contrat ou la relation de travail.

Au total, l'intervention législative classique dans le secteur social paraît aujourd'hui soumise à de sérieux blocages.

La jurisprudence constitue une source fondamentale du droit communautaire

La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a su forger, de manière prétorienne, un droit jurisprudentiel important, puisant pour l'essentiel à deux sources de procédure. À la demande des juridictions nationales, la CJCE est d'abord saisie de questions d'interprétation du droit communautaire, dans le cadre de renvois dit préjudiciels. L'interprétation donnée par la CJCE lie alors la juridiction de renvoi et toute autre juridiction qui aurait à traiter de la même question. Les divergences d'interprétation entre juges communautaires et nationaux ne peuvent ainsi que se réduire.

Par ailleurs, à l'initiative de la Commission, « gardienne des traités », la Cour de Luxembourg peut être saisie de la situation d'un État-membre défaillant dans la procédure de transposition d'une directive. L'avis motivé de la Commission peut relever soit un retard de transposition, soit une transposition insuffisante ou erronée. La Cour se prononce alors sur le bien-fondé du recours en manquement et peut même être appelée, dans un second temps de la procédure, à infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte.

En toute hypothèse, les commentateurs s'accordent à reconnaître une valeur quasi normative à la jurisprudence communautaire, et sa contribution parfois essentielle à l'édification de l'ordre juridique européen[36]. La méthode d'interprétation utilisée repose largement, dans l'analyse des textes, sur un « contexte

[35] En ce qui concerne le levier législatif dans ce domaine des compétences partagées, on peut distinguer les secteurs où la prise de décision s'effectue à la majorité qualifiée et ceux où l'unanimité reste la règle avec des conséquences décisives en termes de frein ou de blocage. Parmi les domaines qui font l'objet de directives adoptées à la majorité qualifiée, on trouve la santé et la sécurité au travail, les conditions de travail, l'information-consultation des salariés, l'intégration des personnes exclues du marché du travail, l'égalité entre les hommes et les femmes et la réalisation du marché intérieur. En revanche, la sécurité sociale et la protection sociale des travailleurs, la protection des travailleurs contre la résiliation du contrat de travail, la représentation collective des salariés ou les conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers restent soumis à la règle de l'unanimité.

[36] J Boulouis, RM Chevalier, présentation des « grands arrêts de la CJCE », DALLOZ, 6e édition.

élargi à l'économie des traités, l'emploi de l'effet utile, l'appel à l'intention des parties », et la prévalence accordée à la finalité des traités eux-mêmes[38].

Un exemple de la portée de la jurisprudence communautaire : l'arrêt Barber et l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes de retraites

L'article 141 du traité instituant la Communauté européenne pose le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de rémunération des salariés[38]. Les régimes « professionnels » de retraite doivent respecter ce principe[39] : sauf exception, toute différenciation entre hommes et femmes pour l'attribution des prestations est interdite. Pour les régimes de retraite dits « légaux »[40], la directive 79/7 du 19 décembre 1978 prévoit cependant de nombreuses possibilités de dérogation au principe d'égalité hommes / femmes, notamment en matière d'âge de la retraite, de pensions de réversion ou d'avantages accordés aux personnes qui ont élevé des enfants. La contrainte communautaire initiale variait par conséquent pour les régimes d'assurance-vieillesse français en fonction de leur classement dans telle ou telle catégorie.

Or, dans l'arrêt Barber[41], au terme d'une évolution jurisprudentielle d'une vingtaine d'années, la CJCE a considéré que les pensions de retraite fondées sur un « critère d'emploi » (fonction du temps de service accompli et de la rémunération perçue, elles doivent être considérées comme un « salaire différé ») et qui sont spécifiques à une ou à des catégories particulières de travailleurs ne relèvent pas de la directive 79/7 mais de l'article 141 du traité : elles doivent donc respecter le principe d'égalité de traitement hommes/femmes. Le Conseil en a tiré les conséquences[42] en supprimant les dérogations au principe d'égalité précédemment autorisées.

En France, deux catégories de régime d'assurance-vieillesse sont concernées :
– les régimes de retraite complémentaire obligatoires AGIRC et ARRCO ;
– les régimes spéciaux de retraite[43].

À la suite de l'arrêt *Barber*, les régimes AGIRC et ARRCO ont été contraints de supprimer les dispositions discriminatoires relatives aux conditions d'octroi des pensions de réversion (conditions d'âge différentes pour les femmes et les hommes). L'AGIRC s'est mise en conformité à compter du 1er mars 1994 et l'ARRCO à compter du 1er juillet 1996[44]. Le code de la sécurité sociale a été modifié en 2001 pour interdire, dans les régimes complémentaires, les discriminations fondées sur le sexe relatives à l'âge de la retraite et aux conditions d'octroi de la pension de réversion[45].

[37] G. Druesne, Droit de l'Union Européenne et politiques communautaires, PUF, collection Droit fondamental, 2002, 7e édition.
[38] La rémunération est définie comme « le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier ».
[39] Directive 86/378 du 24 juillet 1986.
[40] Dont l'instauration répond à une obligation légale, en particulier les régimes de base.
[41] C-262/88, arrêt du 17 mai 1990.
[42] Directive 96/97/CEE du 20 décembre 1996, modifiant la directive 86/378.
[43] Propres à des salariés du secteur public (fonctionnaires de l'État, des collectivités locales, du secteur public, SNCF, RATP, EDF/GDF par exemple) ou du secteur privé (clercs et employés de notaires, marins, mineurs…).
[44] Dans l'arrêt *Podesta*, la CJCE a confirmé le classement de l'AGIRC et l'ARRCO parmi les régimes de retraite professionnels.
[45] Ordonnance n° 2001-178 du 22 février 2001 modifiant l'article L 913-1.

La CJCE[46] a, par la suite, considéré que le régime spécial de retraite des fonctionnaires de l'État relevait de l'article 141 du traité. Cette jurisprudence est transposable à tous les autres régimes spéciaux de retraite. Trois dispositions y sont apparues discriminatoires :

– la majoration de la durée d'assurance pour enfants, forfaitaire et réservée aux femmes ;

– les pensions de réversion : le droit était différé (60 ou 65 ans) et parfois soumis à une condition de ressources pour les hommes ; parfois le droit des orphelins prévalait sur le droit du veuf ;

– la retraite anticipée pour les mères de trois enfants.

La mise en conformité s'est effectuée en deux phases. La loi du 21 août 2003 a d'abord aligné le droit des hommes sur celui des femmes pour la majoration de la durée d'assurance, mais instauré une exigence de cessation d'activité. Pour les pensions de réversion, la loi de 2003 a supprimé les conditions d'âge, de ressources et la priorité donnée parfois aux orphelins. La loi de finances rectificative de 2004 et le décret n° 2005-449 du 10 mai 2005 ont ensuite étendu la retraite anticipée aux pères de trois enfants tout en instaurant une condition de cessation d'activité.

S'agissant des régimes spéciaux autres que ceux de la fonction publique, des contentieux sont en cours, notamment pour le régime des industries électriques et gazières (IEG). Une réforme des avantages familiaux des régimes spéciaux sera nécessaire au cours des prochaines années.

Quant au régime général et aux régimes de base des travailleurs non salariés, ils continuent pour l'instant à relever de la directive 79/7 et des dérogations qu'elle prévoit. La principale disparité de traitement qui y subsiste est la majoration de durée d'assurance de deux ans par enfant, réservée aux femmes.

La portée de la jurisprudence communautaire est d'autant plus importante que, en cas de désaccord de certains États-membres, ceux-ci risquent fort de ne pouvoir convaincre de la nécessité d'un acte législatif « correcteur ». Ainsi, en matière de temps de travail, plusieurs arrêts récents de la CJCE[47] ont interprété des dispositions de la directive[48] sur l'aménagement du temps de travail (en particulier la notion de temps de travail) dans un sens extensif, qui n'était pas nécessairement compatible avec l'intention initiale du législateur communautaire, et avec les législations des États-membres : selon la Cour, les services de garde des médecins et des personnels hospitaliers doivent être considérés dans leur intégralité comme du temps de travail, indépendamment des prestations réellement effectuées. De la même manière, l'arrêt Dellas remet en cause le système français des équivalences (décompte forfaitaire des temps de garde) dans d'autres secteurs, notamment les établissements sociaux et médico-sociaux. Alertée par plusieurs États-membres, dont la France, la Commission a présenté en 2004 un projet de directive conférant en particulier une base juridique au

[46] Dans les arrêts *Griesmar* (C-366/99 du 29 novembre 2001) et *Mouflin* (arrêt C-206/00 du 13 décembre 2001).

[47] Notamment arrêt SIMAP en 2000, arrêts JAEGER et DELLAS en 2003.

[48] Cette directive adoptée en 1993 donne une définition du temps de travail et fixe le principe d'une durée maximale de travail hebdomadaire de 48 heures, d'un repos journalier de 11 heures et hebdomadaire de 35 heures, d'une pause de près 6 heures de travail et d'un congé annuel au moins égal à 4 semaines. La directive prévoit également des modalités de protection pour les travailleurs de nuit. Toutefois de nombreuses dérogations ont été prévues, à l'instigation du Royaume-Uni soutenu par les pays recourant traditionnellement à la négociation collective plutôt qu'à la réglementation. Il en est ainsi, notamment avec une possibilité « d'opt out » par rapport à la durée maximale de 48 heures, c'est-à-dire une faculté de ne pas l'appliquer à certains secteurs ou salariés.

système des équivalences. La négociation paraît aujourd'hui enlisée, illustrant les difficultés d'un accord à 25, lorsque des divergences d'intérêt importantes apparaissent (notamment sur la disparition des possibilités de dérogations à la durée maximale hebdomadaire du travail, dite clause « d'opt out »).

Les partenaires sociaux n'ont encore que peu utilisé les compétences de co-législateur qui leur sont reconnues

Les partenaires sociaux ont structuré leur représentation au niveau européen, par la création de confédérations ou d'unions ; au niveau interprofessionnel, les travailleurs sont représentés par la confédération européenne des syndicats (CES), créée en 1973. Les employeurs sont pour leur part représentés par trois organisations : l'UNICE (union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe créée en 1958), l'union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (UEAPME), (qui représente les petites et moyennes entreprises et participe au dialogue social européen en tant que membre de l'UNICE) et enfin, la CEEP (centre européen des entreprises à participation publique et des entreprises d'intérêt économique général, créé en 1961).

Présenté comme une composante majeure du modèle social européen, le dialogue social est considéré comme un élément de bonne gouvernance.

Le traité de Maastricht a officialisé **l'intervention des partenaires sociaux** dans la construction du droit communautaire en conférant des effets juridiques contraignants aux conventions négociées entre eux. Le dialogue social européen relancé par Jacques Delors au milieu des années 80, à travers les « rencontres de Val Duchesse », trouvait là sa consécration, avec un double mécanisme d'initiative propre des partenaires sociaux, ou de consultation obligatoire en cas d'initiative de la Commission, les partenaires pouvant alors, le cas échéant, se saisir du sujet et obtenir ainsi la suspension provisoire des travaux législatifs[49]. La transposition des accords-cadres en droit interne peut résulter soit de négociations menées au plan national, soit d'une directive, reprenant le texte conventionnel, à l'initiative de la Commission, et proposée à l'adoption du seul Conseil. Ce rôle de « co-législateur » des partenaires sociaux, innovant pour certains États-membres, dont la France, par rapport à leur situation interne, a permis l'adoption de trois accords, entre 1995 et 1999, qui ont donné lieu chaque fois à une directive du Conseil[50].

[49] Le TCE accorde donc une priorité aux partenaires sociaux dans l'élaboration de la législation sociale communautaire, puisqu'en vertu de l'article 138 de ce traité, la Commission doit obligatoirement les consulter avant d'effectuer des propositions dans le domaine social. Les partenaires sociaux peuvent alors décider d'engager une négociation entre eux pour parvenir à un accord. Toutefois, celui-ci ne deviendra un acte législatif communautaire qu'après décision du Conseil des ministres. La négociation collective au niveau européen ne se substitue donc pas à la voie de la négociation institutionnelle (Conseil, Commission, Parlement) mais s'y ajoute. La dualité des voies réglementaires est ainsi consacrée par le traité.

[50] Directive 96/34 /CE du 3 juin 1996 concernant l'accord cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES ; directive 97/81/CE du 15 décembre 1997 concernant l'accord cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES ; directive 99/70/CE du 28 juin 1999 concernant l'accord cadre CES, UNICE, et CEEP sur le travail à durée déterminée.

Les derniers accords signés par les partenaires sociaux[51] n'impliquent *a priori* pas de mesures législatives de transposition, puisqu'ils prévoient une mise en œuvre par les partenaires sociaux nationaux.

Au total, l'activité réglementaire des partenaires sociaux reste, sans doute, limitée. Mais leur influence politique est-elle plus manifeste ? Elle est en tout cas consacrée au plan institutionnel, par la création d'un « **sommet social européen** », réuni avant chaque Conseil européen de printemps[52]. Sa composition, comme le calendrier de ses réunions, lui donne une visibilité supérieure – sans que l'on puisse conclure à un poids politique réel – au comité permanent de l'emploi, instance tripartite créée en 1970, auquel il se substitue.

Enfin, on ne peut manquer de relever la place confiée aux partenaires sociaux par les directives communautaires elles-mêmes. Les textes adoptés ces dernières années (directives « comité d'entreprise européen », « information, consultation », « société européenne », « volet social de la société coopérative européenne ») ou en cours de négociation (« protection des travailleurs intérimaires » ou révision de la directive sur « l'aménagement du temps de travail ») consacrent une place importante à la négociation collective, et plus spécifiquement à l'organisation de cette négociation. L'influence des pays nordiques, où la place du droit conventionnel est traditionnellement prééminente, n'est pas étrangère à ces évolutions. Mais il s'agit là surtout d'organiser la transposition des textes au plan national.

Les politiques sociales communautaires n'intègrent que marginalement une fonction redistributive, essentiellement assumée au niveau national

Le budget total de l'Union européenne représente à peine plus de 1 % de son produit intérieur brut, soit 121 milliards € pour 2006.

[51] Accord CES/UNICE-UEAPME/CEEP du 8 octobre 2004 sur le télétravail et accord CES/UNICE-UEAPME/CEEP du 16 juillet 2002 sur le stress au travail.

[52] Une décision du Conseil des ministres du 6 mars 2003 institutionnalise en effet les sommets sociaux informels qui se tenaient depuis décembre 2000. Ce sommet réunit les représentants de la présidence en exercice du Conseil, des deux présidences suivantes, de la Commission et des partenaires sociaux.

Depuis l'origine, le fonds social européen est l'outil essentiel de la redistribution sociale au niveau communautaire

Parmi l'ensemble des fonds dits « structurels[53] », instruments de financement mutualisé au niveau communautaire, le fonds social européen (FSE) a été institué, « afin d'améliorer les possibilités d'emploi des travailleurs dans le marché intérieur et de contribuer ainsi au relèvement du niveau de vie ; il vise à promouvoir à l'intérieur de la Communauté les facilités d'emploi et la mobilité géographique et professionnelle des travailleurs, ainsi qu'à faciliter l'adaptation aux mutations industrielles et à l'évolution des systèmes de production, notamment par la formation et la reconversion professionnelles[54] ». Sa dotation atteint 11,6 milliards € en 2006, soit presque 10 % du budget communautaire. D'abord au service de la mobilité des travailleurs au sein du « marché commun », le FSE devient rapidement un instrument de politique de l'emploi. Son articulation récente avec la stratégie européenne pour l'emploi et les plans nationaux qui la déclinent constitue l'enjeu essentiel des périodes de programmation actuelle (2000-2006) et future (2007-2013), s'agissant notamment de « l'activation » des politiques, la lutte contre les discriminations (programme d'initiative communautaire EQUAL) ou la promotion de projets novateurs[55]. Dans un cadre d'intervention coordonné avec les autres fonds structurels, le FSE participe au financement de projets, dans le cadre des trois grands objectifs identifiés[56], mais

Objectifs des fonds structurels[57]

	Objectif 1 Régions en retard de développement	Objectif 2 Soutien aux régions en difficultés structurelles	Objectif 3 Emploi/formation
Zones d'intervention	Critère statistique : Richesse par habitant	Critère économique : emploi, densité, difficultés particulières	Pas de zonage
Document unique de programmation (Docup)	Un docup par région	Un docup par région	Un docup national
Taux de cofinancement maximum	75 %	50 %	50 %
Fonds structurels utilisés	FEDER, FSE, FEOGA, IFOP	FEDER, FSE	FSE
Types de projets subventionnés	Environnement productif, infrastructures, environnement, recherche et innovation, formation et emploi	Environnement productif, infrastructures, environnement, recherche et innovation, formation et emploi	Formation, emploi
Dotation France prévue (2000-2006)	3,8 milliards €	6 milliards €	4,5 milliards €

[53] Fonds européen de développement régional, FEDER, fonds européen d'orientation et de garantie agricole FEOGA, instrument financier d'orientation de la pêche, IFOP, qui au total avec le FSE rassemblent un tiers du budget de l'Union.
[54] Article 146 TCE.
[55] Dans le cadre dit « de l'article 6 », le FSE consacre 0,4 % de son budget total au financement de projets pilotes dans le domaine de l'organisation du travail, la préparation d'une « société de la connaissance ».
[56] Objectif 1, régions en retard de développement, objectif 2 soutien aux régions en difficulté structurelles (mutations industrielles, zones rurales en déclin, zones urbaines en difficulté..) et objectif 3 (emploi, formation).
[57] D'après Laffineur et Vinçon, « les perspectives financières européennes 2007-2013 », rapport au premier ministre, février 2004.

assure le financement exclusif de l'objectif 3 « adaptation et modernisation des politiques et systèmes d'éducation de formation et d'emploi » pour un total de 24 milliards € sur la période 2000-2006, dont plus de 4,5 milliards d'euros en France.

Le souci de mieux prendre en compte les conséquences des mutations industrielles a conduit à la création du fonds d'ajustement à la mondialisation

D'initiative récente, le **fonds d'ajustement à la mondialisation** s'ajoute au dispositif existant, avec pour objectif la création d'un instrument communautaire de solidarité envers les travailleurs touchés par des restructurations industrielles. Suite au sommet d'Hampton Court tenu le 27 octobre 2005, et avec l'aval du Conseil tenu en décembre, le principe de sa création a été retenu. « Le fonds d'ajustement à la mondialisation exprimera la solidarité de l'Union envers les travailleurs gravement et personnellement touchés par des licenciements résultant de l'évolution du commerce. De cette manière, il stimulera une réaction appropriée et effective aux conséquences néfastes de l'ouverture des marchés. Le fonds aidera les travailleurs licenciés à retrouver du travail, car nous voulons une Union compétitive, mais aussi juste » a ainsi déclaré le président de la Commission.

Le projet de règlement portant création du fonds[58] précise que celui-ci n'interviendra que s'il existe un lien entre les pertes d'emploi subies et des transformations profondes de la structure des échanges commerciaux internationaux, telles qu'une délocalisation économique vers un pays tiers, une augmentation substantielle des importations ou un déclin progressif de la part du marché européen d'un secteur donné, avec des critères d'octroi précis et transparents. Les délocalisations intracommunautaires n'entrent *a priori* pas dans le champ d'intervention du fonds. L'aide sera apportée aux États et non directement aux salariés, aux entreprises ou aux régions concernées ; elle n'interviendra qu'en complément d'aides nationales ou locales, en excluant également les doubles financements d'autres fonds structurels. Le fonds apportera une contribution financière à des actions s'inscrivant dans un ensemble coordonné de services visant à la réinsertion professionnelle des travailleurs licenciés (aide à la recherche d'un emploi, formation, recyclage professionnel, aide à la création d'entreprise ou à l'emploi indépendant, « compléments de revenus d'activité » spéciaux à caractère temporaire, comme des allocations destinées aux personnes suivant une formation…).

Conformément aux conclusions du Conseil européen de décembre 2005, le montant maximal disponible au titre du fonds s'élèvera à 500 millions d'euros par an (une proposition initiale de la Commission prévoyait une dotation

[58] Com 2006/91 final, 1/3/2006.

annuelle de 1 milliard €). Toutefois, le financement ne s'effectuera que grâce à la sous-utilisation des crédits disponibles sur d'autres postes budgétaires ou à des crédits d'engagement annulés, et ne fera donc l'objet d'aucune disposition financière spécifique, ce qui risque de compromettre *in fine* la réalisation des objectifs du fonds.

Au demeurant et plus largement, les perspectives financières 2007-2013 marquent une pause dans la politique de redistribution communautaire dans le domaine social. L'accord interinstitutionnel[59], conclu après des négociations difficiles, limite globalement à 1,048 % les crédits d'engagement sur la période, en pourcentage du produit national brut communautaire. La part consacrée aux fonds structurels croîtrait de 11 % en sept ans (en euros 2004).

« La méthode ouverte de coordination » définit au niveau européen des objectifs de convergence sans toucher à la souveraineté nationale

Les techniques de « convergence » permettent d'aborder au niveau communautaire des politiques marquées traditionnellement du sceau de la subsidiarité : c'est le cas pour l'emploi, la protection sociale ou la lutte contre les exclusions (*cf. supra*). L'intervention communautaire permet ainsi d'exercer une fonction de coordination et d'animation sans remettre en cause la compétence nationale. Elle peut ainsi être vue comme une voie d'avenir « entre une Europe fragmentée et un État européen supranational »[60].

Le mécanisme de coordination mis en place **dans le domaine de l'emploi** (voir rapport thématique 2) reste le plus formalisé en termes de méthode. Les lignes directrices pour l'emploi (LDE) permettent d'abord de dégager les contours d'une « doctrine » européenne en la matière. On observe une grande continuité sur le fond des lignes directrices, privilégiant :

– l'« activation » du marché du travail et des dispositifs de lutte contre le chômage ;
– la mobilisation des ressources en main-d'œuvre et l'investissement dans le capital humain ;
– la « flexicurité » pour concilier l'adaptation aux besoins du marché avec des garanties de sécurité pour les travailleurs.

[59] Accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission, JOCE, 14/06/2006.

[60] Allan Larsson « the new open method of coordination – a sustainable way between a fragmented Europe and a European supra state ? » Conférence de l'ancien DG emploi de la Commission à l'Université d'Uppsala, mars 2002.

Les rencontres et la confrontation des expériences favorisent par ailleurs l'appropriation d'une culture commune et un « apprentissage mutuel ». La diversité nationale des politiques coordonnées n'a cependant pas été réduite et affleure notamment dans les débats au sein du comité européen de l'emploi[61].

Enfin, sur le fond des politiques menées, on constate certes une convergence vers des politiques « d'activation », les dépenses passives d'indemnisation étant pour une part réorientées vers des actions de formation et d'aide à la recherche d'emploi. Mais cet effet de levier tend naturellement à s'atténuer à mesure de la « convergence » des politiques nationales.

Quant à la Commission, dans sa communication de 2005 sur « un nouvel élan pour la stratégie de Lisbonne », le bilan qu'elle dresse de cette stratégie apparaît « au mieux, mitigé (…) concrètement, les résultats aux niveaux européen et national ont tout simplement été insuffisants ». La Commission constate, s'agissant d'un objectif essentiel, que l'évolution des taux d'emploi reste sensiblement inférieure à ce que nécessiterait l'obtention des objectifs fixés à Lisbonne de 67 % en 2005 et 70 % en 2010.

Une première évaluation de la MOC dans le **secteur des retraites** (voir rapport thématique 3) montre à la fois **l'intérêt d'une approche comparative au niveau communautaire et le meilleur équilibre qui en est résulté entre une approche budgétaire en termes d'équilibre des régimes, largement dominante à l'origine, et les préoccupations sociales en termes de montant des pensions.**

La MOC retraites constitue certes un exercice d'échange d'expériences et d'informations qui s'inscrit dans un contexte de subsidiarité marquée que la France, comme d'autres États membres, rappelle de manière systématique ; son ambition s'en trouve donc forcément encadrée. Les travaux réalisés en 2002 et 2003 ont cependant contribué à sensibiliser les décideurs et les partenaires sociaux à la réalité d'une adaptation quasi générale des systèmes de retraites européens confrontés aux mêmes évolutions démographiques et économiques.

En outre, l'élaboration des rapports de stratégie nationale a permis une collaboration élargie entre sphères sociale et économique contribuant à une « fertilisation croisée », corroborée au niveau communautaire par le caractère conjoint des travaux du comité de protection sociale et du comité de politique économique. Ces travaux ont ainsi permis de souligner bien sûr la nécessité de maintenir des régimes viables en termes financiers, mais aussi d'insister sur la **notion nouvelle « d'adéquation » des pensions** qui fait référence à un objectif, de nature sociale, exprimable concrètement en termes de taux de remplacement ou de revenu suffisant. Enfin ces travaux ont sans doute contribué à

[61] On peut citer parmi les thèmes qui donnent lieu à des débats souvent conflictuels ceux relatifs à la qualité de l'emploi, tant pour la définition de ce concept et les critères à prendre en compte (notamment celui de la rémunération) que pour la hiérarchisation entre objectifs qualitatifs et quantitatifs de création d'emploi, ou l'arbitrage entre approche préventive et curative du chômage, la place donnée au thème de la « pauvreté laborieuse » (*working poors*).

pacifier le débat classique entre partisans de retraites financées par répartition et tenants d'un financement en capitalisation ; en toute hypothèse ils ont placé au premier plan les objectifs à atteindre en termes de « soutenabilité » et d'« adéquation », en renvoyant aux États-membres, au nom de la subsidiarité, le choix des méthodes de financement et des combinaisons possibles entre « piliers ».

Dans le domaine de **l'inclusion sociale** (voir rapport thématique 4), la MOC, comme d'ailleurs dans le secteur des retraites n'apparaît, à ce stade, que comme un processus mal connu en dehors des mondes administratif et associatif. Son impact sur le contenu des politiques publiques et, au-delà, sur les situations de pauvreté et d'exclusion ne peut être évalué précisément, mais apparaît faible, compte tenu de la persistance des situations d'exclusion. Le processus d'apprentissage mutuel apparaît limité. Les exercices d'évaluation par les pairs présentent en revanche un intérêt plus grand. Plébiscités par les participants, ils permettent d'approfondir des sujets précis et inspirent régulièrement des réformes dans d'autres États-membres. À défaut de pouvoir évaluer l'effet de la MOC sur les politiques nationales et encore moins sur les situations de pauvreté et d'exclusion, on peut se demander si elle s'accompagne d'une convergence des politiques. Des thèmes communs peuvent être effectivement identifiés : le renforcement de l'action en faveur des sans-abri, la compensation du handicap ou encore la pauvreté des enfants. La promotion de l'égalité hommes / femmes est également devenue une préoccupation commune. Par ailleurs, l'impact semble plus évident sur les procédures et la gouvernance nationale des politiques (cf. infra), grâce à l'insistance sur la mise en œuvre d'une logique de performance (fixation d'objectifs, mesure des résultats par des indicateurs), la nécessité d'une bonne articulation entre différents niveaux de décision et la participation des usagers.

Deuxième partie

Politiques communautaires et politiques sociales nationales : une interaction permanente

Chapitre 1

La plupart des politiques communautaires a des répercussions sur les politiques sociales nationales

La présentation du champ de la politique sociale communautaire a montré combien les compétences sont partagées entre l'Union européenne et les États-membres. Par conséquent, selon les domaines, l'impact du niveau communautaire sur le niveau national est très différent. Il prend, en outre, diverses formes, directes ou indirectes, car plusieurs politiques communautaires ont des répercussions sur les politiques sociales.

Cet impact des politiques de l'Union européenne a varié au cours des années. Il s'est considérablement accru au fur et à mesure des progrès de la construction communautaire.

C'est d'ailleurs toute la dynamique de la construction européenne qui tend à en accroître la portée : la mise en œuvre de la libre circulation des travailleurs et l'utilisation du principe de non discrimination en ont été le moteur. Elles ont nourri la légitimité des propositions de la Commission. Parallèlement jouaient les forces du marché qui amènent, ici ou là, à des recompositions du paysage de la protection sociale et des régulations collectives.

Même en l'absence *stricto sensu* de compétence communautaire, ou pour tourner la règle de l'unanimité, la Commission a souvent eu une interprétation très large des textes. Il en a été ainsi dans les années 80 et 90 lorsqu'elle a utilisé un article du traité sur la santé et la sécurité, qui permettait de recourir à la majorité qualifiée et pas à l'unanimité, pour faire des propositions de directives sur l'aménagement du temps de travail ou la protection des jeunes travailleurs. Il en était de même lorsqu'elle a utilisé les bases juridiques visant le marché intérieur ou la concurrence.

Cette attitude de la Commission a été confortée par la CJCE qui a joué, et continue de jouer, un rôle fondamental pour étendre le champ d'intervention du communautaire. Elle a orienté sa jurisprudence dans trois directions :

– d'abord, tirer toutes les potentialités des traités et du droit communautaire dérivé ;

– ensuite, lutter contre tous les obstacles à la réalisation de la libre circulation des biens, des capitaux et des personnes ;
– enfin, élaborer un système de garantie des droits fondamentaux des citoyens au niveau de l'Union.

Les politiques communautaires mises en œuvre dans les différents domaines d'action de l'Union soit fixent des prescriptions minimales, soit, lorsqu'elles concernent le marché intérieur, définissent les règles de coordination ou d'élimination des entraves à la libre circulation. L'enjeu principal pour notre pays est double, à la fois garantir des conditions équitables de concurrence et de lutte contre le dumping social, d'une part, mettre en évidence la construction d'un bloc juridique communautaire, manifestation de la réalité de l'Europe sociale, d'autre part.

L'interaction entre les politiques sociales communautaires et les politiques nationales reste un phénomène mal perçu, tant par les responsables politiques et administratifs que par l'opinion publique. Les décideurs nationaux ont souvent du mal à admettre que la réglementation communautaire leur impose un cadre et des contraintes. Certaines actions ne sont plus possibles, comme par exemple accorder des aides spécifiques à tel ou tel secteur pourtant en difficulté (cf. infra 211). Des réformes envisagées se heurtent à des règles communautaires, ou à une jurisprudence de la CJCE. Au même moment, des directives ou des arrêts de la CJCE doivent être transposés en droit français, alors même que ces directives ne sont pas considérées comme prioritaires, ou que ces arrêts heurtent des règles établies, comme par exemple l'interdiction du travail de nuit des femmes dans l'industrie, jugée non conforme à l'égalité de traitement par la Cour de Luxembourg.

En d'autres termes, on se retrouve entre la dénonciation des « contraintes » imposées par Bruxelles et la demande d'actions nouvelles de nature à conforter ce qui est considéré comme le modèle social français. Cette ambivalence influence le regard qui est porté sur l'articulation entre les politiques sociales communautaires et les politiques nationales.

Par ailleurs, comme le soulignent M. Jouen et C. Palpant dans « Un nouveau contrat social européen[1] », « la dimension sociale de la construction européenne est souvent accompagnée d'une certaine ambiguïté, qui vient du fait que la politique sociale de l'Union européenne n'est pas le clone – en plus grand – de la politique sociale dans tel ou tel État-membre. Elle ne se fonde pas sur les mêmes principes ; le champ de ses activités et de ses instruments sont plus restreints ». Il est, par conséquent, difficile à l'opinion publique d'apprécier l'impact réel de ces politiques sur notre droit et nos pratiques sociales.

Enfin, d'autres politiques communautaires exercent des effets indirects, mais parfois déterminants, sur celles-ci (cf. 211). Il en est ainsi, notamment,

[1] Pour un nouveau contrat social européen : Marjorie Jouen et Catherine Palpant, Notre Europe, Études et recherches n° 43.

de la politique économique et monétaire et de ses contraintes sur l'équilibre des financements de nos systèmes de protection sociale, des politiques de libre circulation, des politiques de concurrence qui empêchent l'attribution d'aides sectorielles, ou encore de la politique de cohésion économique, sociale et territoriale qui peut favoriser des politiques de développement régional.

La construction du Marché unique a un fort impact dans le champ des politiques sociales nationales

Les politiques sociales communautaires peuvent certes répondre, on l'a vu, à des logiques qui leurs sont propres : logique d'harmonisation minimale le cas échéant sous-tendue par la référence à des droits fondamentaux (non discrimination…), ou logique de coordination pour assurer une cohérence communautaire (une réponse coordonnée peut être plus efficace, par exemple en matière de sécurité sanitaire) ou pallier les inconvénients du marché unique (les restructurations industrielles des années 70). Mais, par ailleurs, la construction communautaire, dans l'ensemble de ses composantes peut avoir un impact déterminant dans l'élaboration des politiques sociales ; il en est ainsi des quatre libertés de circulation, du droit de la concurrence, et de la construction de l'Union économique et monétaire. Comme le précise le traité, (les parties) « estiment qu'une telle évolution résultera tant du fonctionnement du marché commun, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux », que de l'harmonisation des législations en tant que telle.

Les libertés de circulation et la libre prestation de services ont des conséquences importantes dans le domaine social

La construction communautaire a largement mis le social au service de l'économique : la coordination des systèmes de sécurité sociale, par exemple, a pour unique motivation de permettre la libre circulation des travailleurs. Mais les libertés de circulation des travailleurs, des capitaux, des marchandises et des services peuvent avoir, par elles-mêmes, des conséquences importantes dans le champ social.

La libre circulation des personnes offre aux ressortissants communautaires un large accès aux marchés du travail des États-membres

Les « **travailleurs** » et leurs familles se voient garantir une **égalité totale de traitement** dans l'accès à l'emploi, les conditions de travail ou les

avantages fiscaux ou sociaux, par rapport aux ressortissants nationaux (voir rapport thématique 2). Les **demandeurs d'emploi**, c'est-à-dire les ressortissants communautaires qui se rendent dans un État-membre autre que le leur pour rechercher un emploi, peuvent, quant à eux, bénéficier d'une partie des droits des travailleurs et notamment d'un droit au séjour pour une durée raisonnable (de quelques mois) leur permettant d'effectuer leurs recherches. Pendant cette période, ils bénéficient d'une **égalité de traitement dans l'accès à l'emploi** au même titre que les travailleurs[2]. Enfin, le statut de **citoyen européen,** qui a vocation à être le « statut fondamental des ressortissants des États membres »[3] permet de demander l'application du **principe de non discrimination,** en raison de la nationalité reconnu par l'article 12 du traité[4]. Toutefois, les droits reconnus aux « simples » citoyens européens n'ayant pas le statut de travailleur (ou n'appartenant pas à la famille d'un travailleur) sont plus limités :

– ils ne bénéficient pas d'une liberté de séjour absolue et peuvent devoir justifier de ressources suffisantes pour ne pas représenter « une charge pour le système d'assistance sociale de l'État-membre d'accueil » ;

– le principe de non discrimination n'offre pas les mêmes droits que celui de l'égalité de traitement : si un État-membre ne peut imposer de condition (à une prestation par exemple) qui ne s'imposerait pas à ses propres ressortissants (pas de distinction de nationalité), il peut poser des règles lui permettant de s'assurer d'un lien réel entre le citoyen européen et son marché du travail. Les conditions fixées doivent néanmoins être proportionnées, claires et fixées à l'avance[5]. Il peut, par exemple, s'agir d'un critère de résidence sur le territoire pendant plusieurs mois et de preuves de recherche d'emploi.

Cet ensemble de règles n'est pas sans conséquences concrètes, notamment quant à l'accès aux minimas sociaux (voir rapport thématique 4) pour des ressortissants communautaires.

L'attribution du revenu minimum d'insertion aux ressortissants communautaires

Au début de l'année 2006, le conseil général de la Dordogne a indiqué que 150 ressortissants de l'Union européenne bénéficiaient indûment du revenu minimum d'insertion (RMI). La CAF de Paris avait noté en 2005, un afflux de demandes de la part de ressortissants de nouveaux États-membres. Cependant, l'analyse des règles en vigueur montre que la crainte d'une forte augmentation de ressortissants communautaires bénéficiaires du RMI, est infondée.

[2] CJCE, 23 mars 2004, Collins.

[3] CJCE 20 septembre 2001, Grzelczyk.

[4] CJCE 12 mai 1998, Martinez Sala : l'administration allemande ne peut refuser l'octroi d'une prestation à une résidente espagnole au motif qu'elle ne dispose pas d'une carte de séjour, document qui n'est pas exigé des ressortissants allemands. CJCE 20 septembre 2001, Grzelczyk : l'administration belge ne peut refuser l'accès à un revenu minimum à un Français étudiant en Belgique du simple fait qu'il n'est pas ressortissant belge.

[5] CJCE, 23 mars 2004, Collins.

La consécration dans le traité du principe général de non discrimination, applicable à tous les citoyens de l'Union (art. 12 TCE) a certes conduit[6] la CJCE, en dernier lieu, à admettre « qu'*un citoyen de l'Union européenne... peut, en sa seule qualité de citoyen de l'Union, y bénéficier d'un droit de séjour par application directe de l'article 18 (citoyenneté)* » et que « *disposant d'une carte de séjour, cette personne peut se prévaloir de l'article 12 CE (non discrimination) afin de se voir accorder le bénéfice d'une prestation d'assistance sociale telle que le minimex* » *(RMI belge).*

Pour les ressortissants communautaires, la législation française soumet le bénéfice d'un minimum social à trois types de règles[7] :

– des règles générales, également applicables aux nationaux (par exemple, la signature d'un contrat d'insertion) ;

– une condition de résidence en France[8] ;

– la vérification de l'existence d'un droit au séjour[9].

En effet, s'agissant du droit au séjour, si celui-ci est inconditionnel pour les *travailleurs*, il ne l'est pas pour le *citoyen* de l'Union européenne qui doit selon le droit français justifier de « *la possession de ressources suffisantes et d'une assurance maladie couvrant l'ensemble des risques* »[10].

En pratique, il ressort de ces dispositions que :

– un « simple » citoyen communautaire qui s'installe sur le territoire français alors qu'il est dépourvu de ressources suffisantes, n'y dispose pas d'un droit au séjour et n'a, par conséquent, pas le droit de bénéficier du RMI ;

– le RMI ne doit donc être attribué qu'aux demandeurs disposant déjà d'un droit au séjour, qui connaissent un accident de vie tel que perte d'emploi, séparation d'un conjoint ou cessation de vie maritale. Toutefois, aux termes du droit en vigueur[11], les bénéficiaires du droit au séjour ne doivent pas devenir une « *charge déraisonnable* » pour les finances publiques de l'État d'accueil.

Les caisses d'allocations familiales font état de difficultés dans l'instruction des dossiers individuels, compte tenu de la complexité du droit applicable[12]. Mais, au total, la part des ressortissants communautaires dans l'ensemble des allocataires du RMI est faible : 1,7 % au 31 décembre 2005, soit moins de 20 000 personnes. Si cette part augmente régulièrement depuis 1999 (+5 000 personnes en six ans), l'adhésion des nouveaux États membres, le 1er mai 2004, n'a pas accentué la tendance.

Quant aux professionnels de santé, leur libre circulation et leur liberté de prestation transfrontière font l'objet d'une réglementation particulière (voir

[6] Arrêt *Grzelczyk* du 20 septembre 2001 (C-184/99) ; arrêt *Trojani* du 7 septembre 2004 (C-456/02).

[7] La loi n° 2006-339 du 23 mars 2006 relative au retour à l'emploi et sur les droits et les devoirs des bénéficiaires de minima sociaux a instauré une condition supplémentaire pour les ressortissants communautaire, une condition de résidence de trois mois, sauf pour les personnes qui exercent une activité professionnelle, ou en ont exercé une, ainsi que pour leur famille.

[8] Article L. 262-1 du code de l'action sociale et des familles.

[9] Article L. 262-9-1 du code de l'action sociale et des familles.

[10] Article L. 121-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers ; la notion de droit au séjour ne doit pas être confondue avec la possession d'un titre de séjour (CJCE, 25 juillet 2002, *MRAX/ État belge*, C-459/99). Modifié par la loi « maîtrise de l'immigration » du 26 novembre 2003, l'article L. 121-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers précise que la détention d'un titre de séjour n'est plus obligatoire pour les ressortissants de l'Union européenne. Ceux-ci peuvent néanmoins demander un tel titre qui, en justifiant leur droit au séjour, pourra faciliter leurs démarches administratives.

[11] Directive 2004/38/CE (article 14 § 1) ; la notion de *« charge déraisonnable »* ne fait pas l'objet de définition

[12] Note no DGAS/1C/2005/165 du 24 mars 2005.

rapport thématique 5). Proposée à la demande du Conseil européen de Stockholm de mars 2001, la nouvelle directive relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, adoptée en septembre 2005, ouvre la voie à une harmonisation des règles de formation et d'exercice des professions de santé[13]. Le professionnel bénéficie d'une autorisation générale de libre prestation de services transfrontaliers : tout ressortissant communautaire légalement établi dans un État-membre peut proposer des services de façon temporaire et occasionnelle dans un autre État-membre sous son titre professionnel d'origine, sans devoir demander la reconnaissance de ses qualifications. À ce titre, un médecin français peut « visiter » des patients situés dans un autre État-membre, sans aucune formalité préalable. Si le professionnel établit une résidence stable, les principes de la liberté d'établissement s'appliquent : la directive codifie les principes de reconnaissance déjà établis ; aux fins de l'équivalence des diplômes, elle fixe des conditions minimales de contenu et de durée de formation[14].

La libre circulation des marchandises et des services ouvre des perspectives et des débats complexes liés à des mises en concurrence inédites

Les compétences communautaires liées à la mise en œuvre du marché intérieur[15] ont servi de base à certaines législations sanitaires (voir rapport thématique 5). Le **marché communautaire des médicaments** a ainsi été unifié, depuis 1965[16], par une succession de législations récemment codifiées[17]. Ce code regroupe l'ensemble des dispositions en vigueur en matière d'autorisation de mise sur le marché, de fabrication, d'étiquetage, de classification, de distribution et de publicité des médicaments à usage humain. La législation française en matière de médicament est ainsi presque intégralement communautarisée. Sauf pour les produits destinés à soigner des maladies graves, les industriels ont désormais le choix de l'État qui délivrera l'autorisation de mise sur le marché ; l'agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS) se trouve donc en concurrence avec ses homologues européens[18].

[13] Directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 septembre 2005, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles.

[14] Par exemple, un minimum de 6 ans d'étude ou 550 heures d'enseignement théorique pour devenir médecin, auxquelles s'ajoutent nécessairement trois ans « d'enseignement » pratique à temps plein effectué en milieu hospitalier agréé « pour devenir médecin généraliste, ou encore une durée de 5 ans pour la spécialisation en chirurgie générale.

[15] Articles 14, 94 et 95 TCE.

[16] Directive 65/65/CEE relative aux autorisations de mise sur le marché.

[17] Par la directive 2001/83/CE, instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain.

[18] L'accès au marché communautaire est, depuis le 1er janvier 1998, soumis soit à la procédure centralisée, soit à la procédure de reconnaissance mutuelle. Depuis le 1er janvier 1998, l'enregistrement d'un médicament dans plus d'un État-membre doit obligatoirement passer par l'une ou l'autre de ces deux procédures :
• la procédure centralisée (obligatoire pour les produits issus des biotechnologies, et progressivement pour les nouvelles substances actives destinées au traitement de maladies graves) : la demande d'enregistrement est déposée à l'Agence Européenne pour l'Évaluation des Médicaments (EMEA). Si l'autorisation est octroyée, elle est d'emblée valable pour tous les pays membres de l'Union Européenne.
• la procédure de reconnaissance mutuelle : le dossier est déposé dans l'un des États membres. Si l'autorisation est accordée, elle peut être étendue aux autres États membres par une procédure de reconnaissance mutuelle.

Beaucoup plus récemment, dans les arrêts Kohll et Decker, le juge communautaire a explicitement assimilé les activités médicales à des services au sens du traité (« *Au sens du présent traité, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes* ») et a fait également application de la liberté de circulation des marchandises. Ce mouvement permet le développement de la liberté de choix de l'assuré en matière de prestation de soins (voir rapport thématique 3).

La jurisprudence Kohll et Decker

Un assuré social ne peut en principe obtenir le remboursement des frais de soins que si ces derniers ont été délivrés sur le territoire national.

Afin de garantir la libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne, le règlement 1408/71 prévoit néanmoins des exceptions à ce principe de territorialité : les personnes concernées par le règlement peuvent bénéficier du remboursement de soins dispensés à l'étranger à condition de se soumettre aux régimes d'autorisation prévus en son article 22.

Les prestations sont alors accordées au patient par l'institution de l'État de séjour « comme s'il y était affilié ». L'article 22 vise deux situations distinctes :

– **les soins transfrontaliers urgents** (point 1 a) au cours d'un séjour temporaire : le droit d'accès aux soins dans son État de résidence est certifié par la carte européenne d'assurance maladie (anciennement formulaire E111) qui est délivrée, de manière automatique, par l'institution compétente d'assurance maladie ;

– **les soins transfrontaliers programmés**[19] (point 1 c) : le travailleur, ou le membre de sa famille, qui souhaite recevoir des soins dans un autre État-membre doit obtenir une autorisation préalable de son institution d'assurance maladie compétente, attestée par le formulaire E 112, et la présenter à l'institution du lieu de séjour.

C'est sur la base de cette réglementation, et du droit luxembourgeois afférent, qu'une caisse d'assurance maladie a cru pouvoir refuser la prise en charge de certains soins à ses ressortissants.

MM. Kohll et Decker souhaitaient en effet pour l'un, faire suivre à sa fille mineure un traitement orthodontique en Allemagne, pour l'autre, obtenir le remboursement d'une paire de lunettes achetée en Belgique sur prescription d'un ophtalmologue luxembourgeois. La caisse d'assurance maladie de M. Kohll lui avait refusé cette autorisation, au motif que le traitement n'était pas urgent et qu'il pouvait être aisément obtenu au Luxembourg. La caisse motivait son refus à M. Decker par l'absence de demande d'autorisation préalable.

La conformité de la législation luxembourgeoise aux règles communautaires relatives à la libre prestation des services a alors été questionnée devant la CJCE.

Dans ses arrêts *Kohll* et *Decker*, la CJCE a conclu que le fait même de subordonner le remboursement de soins (Kohll) ou de produits de santé (Decker) à l'obtention préalable d'une autorisation administrative

[19] Dans ce second cas, le règlement prévoit que l'autorisation ne peut être refusée si les deux conditions suivantes sont remplies :
• le traitement souhaité par l'intéressé fait partie du panier de soins couverts par le système de protection sociale en matière de santé.
• le traitement ne peut lui être dispensé dans son État de résidence dans le délai acceptable sur le plan médical, compte tenu de son état actuel de santé et de l'évolution probable de la maladie.

était constitutif d'une entrave au sens des articles 28 TCE (libre circulation des marchandises) et 49 TCE (liberté de prestation de services).

Au total, depuis les arrêts *Kohll* et *Decker*, les citoyens européens souhaitant recevoir des soins ambulatoires dans un autre État-membre que leur État d'affiliation ont le choix entre deux procédures :
– soit la procédure prévue par l'article 22 du règlement no 1408/71 : la personne demande une autorisation préalable et est indemnisée comme si elle était un assuré de l'État de séjour (donc aux tarifs de celui-ci et éventuellement sans avance de frais) ;
– soit la procédure, issue des articles 49 et 50 CE, ouverte par la jurisprudence : la personne peut bénéficier de soins dans un autre État-membre, sans autorisation préalable et ensuite en demander le remboursement aux tarifs de l'État d'affiliation.

Pour les soins hospitaliers programmés, le principe de l'autorisation préalable est maintenu.

Cette jurisprudence a suscité de vives réticences de la part des États-membres, soucieux de maintenir leur souveraineté dans un domaine aux forts enjeux politiques, sociaux et financiers. La réglementation française n'a par conséquent été adaptée que très progressivement, sous l'effet de la pression communautaire.

Enfin, **beaucoup plus largement, les conditions de la libre prestation de services font encore actuellement l'objet d'un débat complexe**, où s'expriment en particulier les craintes de voir des prestataires régis par le droit moins exigeant et protecteur de leur État d'origine venir concurrencer les prestataires des États d'accueil (voir infra 311 et rapport thématique 7).

La nature spécifique du secteur social conduit à une application particulière du droit de la concurrence

Le traité (articles 81 à 89) établit un ensemble de règles destiné à garantir le jeu de la concurrence commerciale, en interdisant les accords ou pratiques susceptibles de le fausser, et en réglementant l'octroi des aides d'État. L'application de ces règles aux opérateurs ou aux opérations du secteur social constitue un enjeu d'importance. On ne peut aujourd'hui que noter une application tempérée du droit de la concurrence (voir rapports thématiques 2 et 3) :

– application claire aux conséquences évidentes sur certains secteurs dont l'économie a pu en être fortement altérée, par exemple dans le domaine de la protection sociale complémentaire ;
– application nuancée des règles en matière d'aides d'État, lorsque le caractère social des missions exercées par les opérateurs conduit à reconnaître la spécificité de « services sociaux d'intérêt général », ou quand la nature des aides (en matière d'emploi, par exemple) conduit à les considérer comme compatibles avec le droit de la concurrence ;
– non application à certains des secteurs, comme les assurances sociales de base, qui ne relèvent pas d'une logique économique (voir rapport thématique 3).

Les régimes de base de sécurité sociale ne sont pas soumis au droit de la concurrence européen[20]

Les directives européennes sur l'assurance excluent d'ailleurs explicitement *« les assurances comprises dans un régime légal de sécurité sociale »*[21] de leur champ. En effet, le caractère obligatoire de l'adhésion et le monopole dont disposent les régimes de base de sécurité sociale sont justifiés par l'objectif social poursuivi par les caisses et par le respect d'un principe de solidarité (financement proportionnel au revenu et indépendant de l'état de santé, absence de sélection des risques, couverture des plus pauvres sans cotisation). La soutenabilité financière de ce système implique la mise en place d'un monopole et d'une obligation de cotisation. Cette jurisprudence revêt une importance particulière en France, où le caractère obligatoire de l'adhésion aux régimes de sécurité sociale de base est périodiquement contesté par des ressortissants des régimes de commerçants, artisans ou professionnels libéraux.

Le droit de la concurrence s'applique aux organismes d'assurance complémentaire facultative[22]

En ce qui concerne l'assurance complémentaire, dès lors qu'elle est facultative, l'assuré a ainsi le choix de l'organisme auquel il souhaite adhérer. En application du principe de libre prestation de services et du droit de la concurrence, le marché de l'assurance, y compris celui de la protection sociale complémentaire, a été libéralisé progressivement par le biais de trois générations de directives applicables aux institutions de prévoyance régies par le code de la sécurité sociale et aux mutuelles du code de la mutualité, dont les textes ont été profondément remaniés (loi du 8 août 1994 et ordonnance du 19 avril 2001, adoptée après mise en demeure de la Commission). L'assuré français peut donc librement chercher un assureur complémentaire, pour les risques maladie ou retraite par exemple, sur un marché de l'assurance unique et complètement ouvert. Ainsi les institutions de prévoyance et les mutuelles peuvent-elles désormais prester des services dans un autre État-membre sans autorisation supplémentaire. Leur mise en œuvre a nécessité des adaptations très importantes des conditions d'exercice, tant du point de vue des exigences de sécurité financière, que du contrôle public, du principe de spécialité, ou des agréments délivrés – et donc des équilibres de fonctionnement institutionnel et économique de ces secteurs.

[20] Arrêts *Poucet et Pistre* (C-159 et 160/91), du 17 février 1993.

[21] Directive 73/239/ CEE.

[22] Arrêt *Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA)*, aussi appelé Coreva (C-244/94, arrêt du 16 novembre 1995), concernant un régime complémentaire facultatif de retraite géré par une caisse du régime obligatoire (la mutualité sociale agricole).

Le marché unique de l'assurance

En application du principe de libre prestation de services et du droit de la concurrence, le marché de l'assurance, y compris celui de la protection sociale complémentaire, a été libéralisé progressivement par le biais de trois générations de directives[23].

Applicables aux institutions de prévoyance régies par le code de la sécurité sociale et aux mutuelles du code de la mutualité, les directives « assurance » constituent le socle juridique du marché intérieur dans ce secteur. L'exercice de trois libertés fondamentales (mouvements des capitaux, libre établissement et prestation de services) doit en découler. Pour les institutions de prévoyance et les mutuelles françaises[24], le nouveau droit a constitué un bouleversement des conditions d'activité, notamment quant au respect de normes prudentielles, à l'instauration de dispositifs de contrôle adaptés, et à la séparation des activités assurantielles et non assurantielles.

Les troisièmes directives (1992) instaurent en effet un régime de libre prestation de service élargie, fondé sur trois principes :
– octroi d'un agrément unique valable dans toute la Communauté et contrôle de l'ensemble de l'activité d'une entreprise par l'État-membre d'origine ;
– coordination des règles de surveillance prudentielle et financière ;
– reconnaissance mutuelle des agréments des entreprises d'assurance et des systèmes de contrôle des différents États-membres.

Le principe de l'agrément unique vaut également pour l'exercice en libre établissement, les autorités de l'État-membre du siège de l'entreprise disposant d'un simple droit d'opposition motivée. Ce sont ces mêmes autorités qui sont compétentes pour l'exercice en libre prestation de services, avec un même droit d'opposition ; les autorités de l'État-membre où les risques sont situés étant simplement informées.

La coordination des règles prudentielles applicables aux entreprises d'assurance constituait un préalable indispensable au dispositif de licence unique d'exercice (exigence de constitution d'une marge de solvabilité et de provisions techniques suffisantes, harmonisation minimale de la réglementation des placements). Cette coordination va de pair avec une reconnaissance mutuelle des systèmes de contrôle et participe d'une protection réelle des assurés communautaires. C'est le principe du « home country control » qui est consacré par les directives, avec la compétence exclusive de l'autorité de contrôle du siège social pour la surveillance prudentielle de l'entreprise sur le territoire communautaire.

Les conséquences des normes communautaires nouvelles sur le secteur de protection sociale complémentaire en France sont substantielles et ont conduit à des adaptations parfois importantes aux nouvelles conditions d'activités. Le nombre de mutuelles a ainsi été fortement réduit de plus de 4 000 au début des années 90 à environ 600 mutuelles agréées pour les opérations d'assurances[25] en 2004, ainsi que le nombre d'institutions de prévoyance, suite à d'importantes restructurations dans ces secteurs.

[23] Premières directives non-vie 73/239/CEE du 16 août 1973 et vie du 5 mars 1979, deuxièmes directives non-vie 88/357/CEE du 22 juin 1988 et vie du 22 juin 1988, et troisièmes directives du Conseil, non-vie 92/49/CEE du 18 juin 1992 et vie 92/96 du 10 novembre 1992.

[24] Transposition respectivement par la loi du 8 août 1994 et l'ordonnance du 19 avril 2001.

[25] Auxquelles s'ajoutent 600 mutuelles « substituées » c'est-à-dire devant être couvertes, du point de vue des règles de solvabilité, par une mutuelles agréée, et 1 200 mutuelles ne pratiquant pas d'activité d'assurance.

La nécessité a été reconnue d'accorder un traitement particulier aux services sociaux d'intérêt général et de santé

Sans en faire une catégorie juridique à part, la Commission reconnaît, dans la communication du 26 avril 2006, la spécificité des services sociaux d'intérêt général[26] (SSIG), « piliers de la société et de l'économie européenne ». La Commission ne donne pas de définition précise de ces services, mais met en évidence les principes d'organisation communs, fondés sur la solidarité (non-sélection des risques, absence d'équivalence à titre individuel entre cotisations et prestations), le caractère personnalisé de la prestation et l'absence de but lucratif. Deux grands groupes peuvent être distingués : les régimes légaux et les régimes complémentaires de protection sociale d'un côté et les autres services essentiels prestés directement à la personne de l'autre. Les services offerts dans le cadre de la lutte contre les exclusions entrent dans cette catégorie.

Dans la mesure où elle escompte de leur application une plus grande transparence, une plus grande efficacité et donc un meilleur usage des ressources, la Commission n'entend pas soustraire les services sociaux d'intérêt général aux règles du droit communautaire de la concurrence et du marché intérieur. Elle en précise néanmoins leurs conditions d'application, répondant ainsi à une préoccupation des États-membres et des organisations de la société civile, dans trois domaines principaux :

- ***La définition des missions d'intérêt général***

Conformément au principe de subsidiarité, les États-membres sont libres de définir les missions de service public. Les pouvoirs publics peuvent choisir de fournir le service eux-mêmes ou de le faire exécuter par un tiers (entreprise publique ou privée). Dans ce deuxième cas, l'organisme public qui attribue à un organisme extérieur une mission sociale d'intérêt général doit, au minimum, respecter les principes de transparence, d'égalité de traitement et de proportionnalité[27].

- ***Les aides d'État***

L'accomplissement d'une mission d'intérêt général peut générer des charges supplémentaires pour l'opérateur. En cas de compensation, se pose la question de la compatibilité avec les règles communautaires relatives aux aides d'État. La Commission estime qu'elle fixe[28] « *des seuils et des critères tels, que les compensations reçues par une grande majorité de services sociaux sont*

[26] On ne trouve pas trace dans les traités de la notion de services sociaux d'intérêt général (SSIG). Ceux-ci constituent une sorte de « zone grise » entre les services d'intérêt général (système d'éducation publique par exemple, placés hors du champ d'application des dispositions du traité sur la libre concurrence) et les services économiques d'intérêt général (essentiellement les industries de réseaux, tels que les communications électroniques, la production, le transport, la distribution de l'électricité ou du gaz, ou encore les services postaux, auxquels les dispositions du traité sur la libre concurrence ont vocation à être appliquées, mais sous réserve d'aménagements). En effet, proches des SIG par leur philosophie et leur mode de fonctionnement, les SSIG fournissent des prestations qui doivent être considérées comme des « activités économiques », prestations fournies normalement contre rémunération.

[27] En application du principe de proportionnalité, la mesure doit être nécessaire pour réaliser l'objectif invoqué.

[28] Décision clarifiant et simplifiant le régime juridique applicable aux aides JO L312 du 29 novembre 2005, pages 67-73.

d'office considérées comme étant compatibles avec les règles de la concurrence, et donc exemptées de l'obligation de notification préalable ». Ces règles sont applicables à condition que les services se soient vus attribuer *a priori* et par un « acte légal », une mission explicite d'intérêt général.

• La liberté d'établissement et la libre prestation de services

Bien qu'exclus du champ d'application de la directive relative aux services dans le marché intérieur (directive Bolkenstein, cf. supra), les SSIG continuent à relever de l'application des règles relatives à la liberté d'établissement et à la liberté de prestation de services. Les règles nationales qui gêneraient la mise en œuvre de ces libertés sont prohibées.

Dans le secteur des SSIG, les risques de « dumping social » liés à la libre prestation de services apparaissent cependant limités. En effet, le secteur n'est guère lucratif ; les prestations qui en relèvent sont de longue durée et de proximité et nécessitent la présence effective de personnels. Enfin, il est possible aux pouvoirs publics d'invoquer des « raisons impérieuses d'intérêt général » afin de déroger aux règles de la liberté d'établissement et de libre prestation de services, les objectifs de politique sociale constituant de telles raisons. Les restrictions doivent toutefois être fondées sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance. Au total, toutes les procédures d'autorisation, d'agrément et d'aides applicables en France aux services sociaux et médico-sociaux ou aux services à la personne, doivent être examinées au regard de leur compatibilité avec le droit communautaire.

Ce débat communautaire, auquel la France est très attachée, conduit également, au niveau national, à s'interroger sur la modernisation des services publics et sur l'association du secteur public et du secteur privé.

Sous l'influence du droit communautaire, une séparation plus claire des différentes activités exercées par les mutuelles « fonction publique » semble ainsi inéluctable, d'abord dans les comptes (mise en place d'une comptabilité analytique), puis peut-être sous la forme d'une nouvelle organisation des structures (voir rapport thématique 3). Les mutuelles de la fonction publique sont en effet soumises, à plusieurs titres, aux règles communautaires de concurrence : octroi de remises de gestion de la caisse nationale d'assurance maladie, aides de l'État employeur, délégation de gestion de prestations.

Enfin, le soutien à l'emploi doit s'exercer dans le respect des règles européennes en matière de droit de la concurrence et en particulier d'aides d'État[29]

Une procédure de notification à la Commission des aides octroyées par les États-membres est organisée. Les mécanismes d'emplois aidés doivent en par-

[29] L'article 87 TCE déclare en principe incompatibles avec le droit communautaire « *les aides accordées par les États membres au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.* »

ticulier être ciblés sur des publics en difficulté, ne pas atteindre des intensités d'aides trop importantes, ou ne pas dépendre de logiques discrétionnaires d'attribution.

Pour autant, il apparaît que les préoccupations liées à l'emploi sont prises en compte au niveau européen dans l'application de ces règles :

- en premier lieu, les mesures à caractère général ne sont pas considérées comme des mesures faussant la concurrence, dans la mesure où elles sont susceptibles de bénéficier à toutes les entreprises, dans tous les secteurs d'activité et sans que les pouvoirs publics disposent d'un pouvoir discrétionnaire[30] ;
- suivant la même logique, les aides dont bénéficient les personnes, par exemple les demandeurs d'emploi embauchés par une entreprise, ne sont pas considérées comme des aides d'État susceptibles d'altérer la concurrence entre entreprises ; d'une manière générale, les aides aux entreprises qui ne dépassent pas un seuil minimum[31] sont également considérées comme compatibles avec le droit communautaire, ce qui permet de couvrir un nombre très important d'aides ;
- par ailleurs, des mesures d'aides a priori susceptibles de fausser la concurrence peuvent faire l'objet de dispositifs d'exemption amenant à les considérer comme compatibles avec le droit communautaire[32]. En plus des aides aux PME, deux règlements ont ainsi été pris en 2001 pour les aides à la formation[33] et pour les aides à l'emploi[34]. S'agissant des aides à l'emploi, il s'agit principalement d'exempter de toute notification européenne les aides à l'embauche de travailleurs défavorisés ou handicapés et les aides pour compenser le surcoût lié à l'emploi de travailleurs handicapés ;
- s'agissant particulièrement des aides d'État à des entreprises en difficulté (cas de sauvetage ou de restructuration), la Commission s'est fixée des lignes directrices dans l'appréciation de leur compatibilité avec le droit communautaire[35], qui tiennent directement compte des problèmes sociaux et d'emploi[36] ;
- enfin, la Commission peut également considérer comme compatibles avec le droit communautaire « des aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun[37] ».

[30] Les allègements de charges sociales par exemple, constituent ainsi des mesures générales compatibles avec le droit communautaire ; de même un régime de cessation anticipée d'activité dans la mesure où il ne s'adresse pas à un secteur spécifique et où les pouvoirs publics ne disposent pas d'un pouvoir discrétionnaire.

[31] Seuil actuellement fixé à 100 000 euros sur 3 années glissantes.

[32] Prévu par l'article 87 § 3 du Traité, le règlement no 994/98 du Conseil du 7 mai 1998 a pour la première fois habilité la Commission à adopter de tels règlements d'exemption.

[33] N° 68/2001 du 12 janvier 2001.

[34] N° 2204/2002 du 12 décembre 2002.

[35] Lignes directrices sur les aides d'État au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté, C 288/16 du 09/10/1999 révisé par C244 publié au JOCE du 1/10/2004.

[36] Les aides destinées à couvrir les coûts sociaux de la restructuration ne sont pas intégrées dans le montant des aides d'État si elles ne vont pas au-delà des aides normalement attribuées par la réglementation nationale aux salariés licenciés.

[37] Article 87 § 3 c) du TCE ; la Commission a validé en décembre 2004 le dispositif français d'allègement de charges pour le secteur de la restauration, en mettant en balance les objectifs de la mesure en matière d'emploi et son impact limité sur la concurrence.

L'impact direct du pacte de stabilité et de croissance sur le secteur social est difficile à évaluer

Lors de la mise en place de la monnaie unique, les États-membres ont convenu que le bon fonctionnement de l'Union économique et monétaire (UEM) exigeait une coordination des politiques budgétaires nationales. Il est notamment apparu nécessaire d'éviter qu'un État-membre ne mène une politique budgétaire trop laxiste et en fasse porter le coût à l'ensemble de l'Union (stratégie de « passager clandestin »). C'est la raison pour laquelle le pacte de stabilité et de croissance impose un plafond pour le déficit annuel des administrations publiques (3 % du PIB) et une valeur de référence en matière d'endettement (60 % du PIB).

Dans ce cadre, la France est tenue de présenter des programmes de stabilité qui retracent ses engagements en vue du respect de ces objectifs. Or, le poids des finances sociales au sein des finances publiques est considérable (les dépenses des organismes de sécurité sociale ont représenté 46 % des dépenses publiques en 2004 et ont contribué pour deux tiers à la croissance de la dépense publique en 2005[38]) ; le respect des règles européennes suppose donc une amélioration significative des comptes sociaux.

Politique économique et croissance en Europe[39]

La principale conséquence de la contention des déficits tient à ce que les politiques budgétaires des États-membres de la zone euro, notamment la France, sont devenues trop faiblement contra-cycliques (c'est-à-dire trop rigoureuses en période de croissance faible ou négative) depuis une quinzaine d'années, ce qui a pu avoir un effet négatif sur le taux de croissance, et surtout a prolongé les sorties de périodes de conjonctures défavorables.

En revanche, les taux d'intérêts ont connu notamment depuis la mise en place de la monnaie unique, des niveaux historiquement bas en Europe, donc favorables à la croissance. Mais ces effets positifs de la mise en place de l'UEM ont été d'ampleur limitée : la Banque centrale européenne (BCE) a prôné une relative modération dans la gestion des taux d'intérêt, ce qui a limité la capacité des États-membres à rebondir pour sortir des phases de conjonctures défavorables.

Les considérations qui précèdent ne doivent toutefois pas conduire à incriminer l'Union économique et monétaire pour expliquer l'atonie de la croissance en France, et encore moins la persistance d'un taux de chômage élevé dans ce pays. D'une part, le caractère trop légèrement contra-cyclique des politiques budgétaires européennes ne priverait la France que de 0,3 points de croissance[40] : le dynamisme relativement faible des pays de la zone euro s'expliquerait largement par leur difficulté à optimiser les structures économiques (marché de crédit, marché du travail, etc.) et par conséquent ne doit pas être réduit à des problèmes de demande. Enfin, les causes du chômage ne renvoient que partiellement à l'atonie de la croissance, puisque des États-membres (Royaume-Uni, Danemark, Pays-Bas, Suède, etc.), dont certains sont

[38] Rapport économique, social et financier, projet de loi de finances pour 2006.
[39] Politique économique et croissance en Europe, Aghion, Cohen, Pisani-Ferry, Comité d'analyse économique, 2006.
[40] Op. cit.

soumis au pacte de stabilité et de croissance et à la politique monétaire de la BCE (Pays-Bas) ont atteint des performances très satisfaisantes en termes de chômage sur les dernières années, en appuyant l'effort essentiellement sur des réformes structurelles du marché du travail, tout en ayant adopté une politique budgétaire rigoureuse dans les dernières années.

Toutefois, les règles budgétaires européennes reflètent essentiellement une contrainte économique plus globale. Le débat national confirme que la réduction des déficits sociaux, qui a figuré parmi les principaux objectifs des réformes récentes, est indispensable afin de garantir la viabilité du système français de protection sociale. Ainsi que le met en exergue le rapport Pébereau, « La remise en ordre de nos finances publiques est indispensable non seulement pour préserver, mais surtout pour renforcer notre potentiel de croissance et notre cohésion sociale »[41]. De même, le gouvernement français reconnaît, dans son programme national de réformes présenté en octobre 2005, que l'accroissement de l'endettement public « compromet la pérennité du système de protection sociale » et « rompt le principe d'équité et de solidarité entre les générations » ; « une croissance durable et équitable, indispensable au développement de l'emploi, passe d'abord par la consolidation des finances publiques ». Les règles budgétaires européennes n'ont donc pas créé cette nécessité de « soutenabilité ». En revanche, elles l'ont probablement accentuée, en exigeant que les États-membres rendent compte des efforts accomplis en ce sens.

Les réformes dans le domaine sanitaire et social en France et l'objectif européen de réduction des déficits

Le **plan national de réforme présenté par la France** à la Commission européenne dans le cadre de la relance de la stratégie de Lisbonne, indique que « l'accroissement continu de l'endettement public constitue un [...] défi d'envergure auquel la puissance publique se doit de répondre. En effet, il compromet, à terme, les marges de manœuvre du budget de l'État – et donc l'efficacité de la politique budgétaire et des politiques publiques – en même temps que la pérennité du système de protection sociale. En outre, il rompt le principe d'équité et de solidarité entre les générations, fondement du système de protection sociale français, en reportant une lourde charge financière sur les générations futures. » Le rapport consacre le premier de ses trois chapitres à expliciter l'articulation entre la recherche d'économies et la plupart des principales réformes que le domaine sanitaire et social a connues récemment :

– la réforme des retraites de 2003 ;

– la réforme de l'assurance maladie de 2005 ;

– les réformes en cours de mise en œuvre améliorant le pilotage des dépenses de sécurité sociale (loi organique sur les lois de financement de la sécurité sociale, mise en place de la tarification à l'activité dans les établissements de santé). La loi de financement de la sécurité sociale pour 2006, en son annexe B, traduit l'intégration de la contrainte de décroissance des déficits sociaux et fixe un taux moyen quadriennal de l'Objectif national des dépenses d'assurance maladie, compatible avec le retour à l'équilibre des comptes de la CNAMTS.

[41] Commission présidée par Michel Pébereau. *Des finances publiques au service de notre avenir. Rompre avec la facilité de la dette publique pour renforcer notre croissance et notre cohésion sociale*, décembre 2005.

S'agissant de la France, on peut constater qu'aucun des sept programmes de stabilité précédents n'a été respecté[42] et les procédures pour déficits excessifs n'ont pas abouti à des pénalités. Le dernier « programme pluriannuel des finances publiques » prévoit une progression de +1 % en volume des dépenses sociales sur la période 2007-2009, sans toutefois préciser les moyens qui seront employés pour respecter cet objectif.

Le bilan de l'impact de l'UEM sur la protection sociale française est donc difficile à établir. Non seulement, il n'apparaît pas certain que l'UEM ait créé une contrainte budgétaire supplémentaire, mais en outre on ne constate pas d'assainissement significatif des finances publiques, notamment par la maîtrise des dépenses sociales.

Les politiques sociales de l'Union européenne et les politiques sociales menées en France sont directement imbriquées

Dans les différents champs d'intervention communautaire, les moyens d'action de l'Union prennent trois formes : un levier législatif par le biais des règlements et directives, un levier financier, notamment par la mobilisation du Fonds social européen ou des programmes d'actions, enfin un levier incitatif recourant à divers instruments, comme le dialogue social européen ou la définition de stratégies communes de convergence et de coordination (*cf. supra* partie I).

Ces différents leviers ont un impact direct ou indirect sur les politiques sociales nationales. Ils obligent parfois à adapter les règles juridiques. Ils ont un rôle d'aiguillon et ont permis les échanges d'idées et de bonnes pratiques dans une perspective de convergence.

L'influence de l'Union européenne est manifeste, même s'il s'avère complexe d'établir une typologie précise des politiques sociales nationales selon leur degré de communautarisation, ou d'interactions, entre le niveau national et communautaire. Le projet de constitution européenne avait introduit une classification des compétences entre l'Union et les États-membres, afin de faire apparaître de façon claire leur répartition des rôles en distinguant les compétences exclusives, les compétences partagées et les compétences d'appui.

Dans le champ social, *stricto sensu*, il n'y a pas de compétence exclusive de l'Union, sauf indirectement au titre de l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur. En revanche, outre la réalisation du marché intérieur et au-delà des règles strictes de concurrence,

[42] Commission Pébereau, pages 31 et 32.

une partie de la politique sociale, ainsi que les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique, ressortent des compétences partagées. De plus, il est explicitement prévu que les États-membres coordonnent leurs politiques de l'emploi ainsi que leurs politiques sociales. Toujours dans le champ travail/emploi, l'Union peut mener, ou cofinancer, des actions sur la formation professionnelle. Mais celles-ci excluent toute harmonisation des législations des États-membres.

Le droit du travail français est fortement influencé par le droit communautaire

Comme le montre le rapport thématique consacré au droit du travail, le droit du travail européen protège les droits des travailleurs en définissant des règles minimales concernant les conditions de travail, la santé et la sécurité au travail, ainsi que les normes de base applicables au contrat de travail, à la durée du travail ou au licenciement (cf. supra 1121). Il s'attache naturellement à éviter le dumping social et à garantir aux travailleurs détachés une protection minimale. Il est, par ailleurs, indéniable que la France a exercé une forte influence sur son élaboration. L'existence d'un code du travail français solidement charpenté a, sans doute, contribué à l'inspirer. Un exemple parmi d'autres : la durée maximale du travail fixée à 48 heures, contenue dans la directive sur l'aménagement du temps de travail de 1993, est ainsi directement tirée du droit français.

À l'inverse, son impact sur le droit français n'est pas négligeable (voir rapport thématique 1). Fixant des prescriptions minimales, il a permis, pour l'essentiel, de consolider nos règles nationales et de couvrir des risques ou des situations jusqu'à présent ignorés par notre code du travail. Il a introduit des concepts nouveaux et influencé l'évolution de notre code du travail et de nos références en matière de négociation collective. Cette influence se manifeste, par exemple, dans la promotion du dialogue social et de la négociation collective, avec un texte aussi emblématique que la directive sur les comités d'entreprise européens, à laquelle sont assujettis tous les groupes à dimension transnationale. Dans le domaine de l'aménagement du temps de travail, la directive communautaire a modifié notre approche reposant simplement sur des durées maximales de travail, en introduisant un droit à des périodes minimales de repos, journalier, hebdomadaire, mais aussi à l'intérieur de la journée de travail, en bousculant au passage les règles d'équivalence admises par le droit français. La directive sur le détachement de travailleurs a permis de sécuriser l'application des normes minimales aux travailleurs détachés sur le territoire national par des entreprises étrangères. En matière de transfert de salariés entre entreprises, c'est le droit et la jurisprudence communautaire qui fixent les règles applicables.

Cette influence du droit communautaire est particulièrement marquée sur notre réglementation en santé et sécurité au travail.

Quelques exemples d'apport communautaire en matière de santé et sécurité au travail

Les questions de santé-sécurité sont au cœur de l'intervention communautaire. Un arsenal juridique très complet fixe les prescriptions minimales dont bénéficient les travailleurs.

En ce qui concerne la France, la loi de décembre 1991 a transposé la directive-cadre de 1989. Son principal apport concerne la démarche d'évaluation a priori des risques professionnels, qui est désormais au centre des actions de prévention et de prise en compte des risques dans l'entreprise. L'approche traditionnelle, consistant à fixer des normes et des obligations techniques, a laissé la place à une démarche préalable d'évaluation des risques, à l'initiative et sous la responsabilité de l'employeur, facilitant de la sorte une véritable démarche d'analyse et de prévention.

C'est dans le même esprit que les services de médecine du travail sont devenus des services de santé et de sécurité au travail, ayant une vocation pluridisciplinaire. Cette évolution s'est étalée sur de nombreuses années, tant les résistances ont été fortes parmi certains professionnels de santé.

La directive sur le travail sur écran a constitué la base de la première réglementation française sur ce sujet. D'autres textes plus techniques ont permis de compléter les textes existants : agents biologiques, agents chimiques, directive « machines » etc.

L'évolution de l'ensemble de notre réglementation sur la santé-sécurité au travail dépend maintenant du corpus communautaire qui ne cesse de s'adapter à l'évolution des techniques et des risques.

Le cadre fourni par l'Union européenne a contribué à la réorientation des politiques françaises de l'emploi

La stratégie européenne pour l'emploi (SEE) est une stratégie de convergence qui s'attache à la définition d'objectifs communs, les moyens de mise en œuvre étant laissés à l'appréciation des États (cf. supra 1121). Les lignes directrices établies se traduisent par des politiques nationales qui donnent lieu, périodiquement, à un suivi, une évaluation et un examen par les pairs.

La SEE a conduit en France, en lien avec les orientations préconisées par l'OCDE, à mettre l'accent sur l'activation des politiques de l'emploi (voir rapport thématique 2) : réorientation des politiques d'indemnisation du chômage ou de préretraite vers des mesures plus dynamiques de retour sur le marché du travail et d'accès à la formation. Elle a ainsi fourni le cadre aux actions de rénovation du service public de l'emploi et à la préparation de la loi de cohésion sociale de janvier 2005. Selon le rapport 2005 de la DARES, « il apparaît clairement que la stratégie européenne pour l'emploi a exercé une influence discrète mais importante sur les orientations, les priorités et la conduite de la politique de l'emploi ».

La reconnaissance mutuelle des qualifications conduit pour sa part à une ouverture des marchés du travail. Celle-ci reste en fait limitée ; les caractéristiques propres aux différents marchés ou aux systèmes de santé, par exemple, ainsi que les obstacles linguistiques ou culturels, freinent l'établissement dans un pays étranger.

La stratégie européenne pour l'emploi a également influencé l'évolution de nos conceptions sur l'emploi et le chômage. Elle a progressivement fait du taux d'emploi, plutôt que du taux de chômage, l'indicateur central des objectifs des politiques de l'emploi. Elle a également fait toute sa place à la notion d'emploi de qualité et mis l'accent sur l'emploi des seniors et l'augmentation des taux d'activité.

Mais, c'est peut-être dans le domaine de la gouvernance en matière d'emploi qu'elle a eu les effets les plus directs et les plus visibles. Et ce constat s'applique plus largement à toutes les politiques sociales qui sont concernées par une action au titre de la MOC.

Effets de la méthode ouverte de coordination sur la gouvernance en matière d'emploi et d'inclusion sociale

L'élaboration et la publication, chaque année, du plan national d'action pour l'emploi, présentant les objectifs de la politique de l'emploi et l'ensemble des mesures y concourant, accompagnés d'éléments financiers et d'indicateurs chiffrés ont contribué à une plus grande transparence et à une plus grande cohérence dans la présentation des politiques d'emploi, susceptibles de se répercuter au niveau de leur conception même et de leur articulation[43].

Le rapport d'évaluation publié par le ministère des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité en 2002 fait ainsi état d'une politique de l'emploi plus interministérielle et plus transversale dont la dimension locale s'est renforcée[44], même si elle reste, comme dans la plupart des État-membres, essentiellement (excessivement selon la Commission européenne) le fait du ministère en charge du travail.

Enfin, la stratégie européenne de l'emploi a également favorisé, conformément à une orientation forte et constamment rappelée au niveau européen, une meilleure implication des partenaires sociaux dans la discussion des stratégies et mesures nationales en la matière.

Au total on peut dire que « la SEE a modifié en France la composition du système des acteurs de la politique de l'emploi et du marché du travail »[45].

Quant à la méthode ouverte de coordination (MOC) inclusion, elle a également contribué à affirmer le caractère interministériel de la lutte contre les exclusions, et à promouvoir un mode de pilotage rénové. La logique partagée de la MOC et de la loi organique sur les lois de finances (quelles que soient les différences évidentes des démarches) repose sur la détermination d'actions dont les objectifs, le coût et les résultats escomptés sont précisément décrits ; la performance est ensuite mesurée au moyen d'indicateurs[46]. La lutte contre les exclusions ne bénéficie pas de programme spécifique. Mais la création du document de politique transversale (DPT) relatif à l'inclusion sociale offre au gouvernement et au Parlement une appréciation transversale des moyens mis en œuvre. En se référant à la MOC[47] et à l'occasion du comité

[43] Barbier, 2001, rapport de recherche pour la DARES (Ministère du travail).

[44] Holcblat, 2002, Stratégie européenne et politique française de l'emploi, Cahier travail et emploi, La Documentation française.

[45] Barbier, 2004, rapport de recherche pour la DARES (Ministère du travail).

[46] Le nouveau cadre de la gestion publique repose en particulier sur des missions (ensemble de programmes concourant à une politique publique définie) et des programmes (regroupant un ensemble cohérent d'actions, les programmes décrivent le coût, les objectifs et les résultats attendus de celles-ci).

[47] Dossier de presse du comité interministériel pour la lutte contre l'exclusion CILE du 12 mai 2006 : « *La France mène une politique globale en faveur de l'inclusion sociale, s'inscrivant dans le cadre de la stratégie européenne de Lisbonne. La fixation d'objectifs se situe dans cette perspective.* »

interministériel pour la lutte contre l'exclusion du 12 mai 2006, le gouvernement a rappelé sa volonté de fixer des objectifs de résultat en ce domaine. Enfin, l'un des objectifs généraux assignés à la MOC inclusion est de faire intervenir tous les échelons des pouvoirs publics et l'ensemble des acteurs concernés. En France, le bilan de cette participation est mitigé :

– les procédures de concertation avec les associations et partenaires sociaux sont formelles et jugées moins efficaces pour les plans nationaux d'action pour l'inclusion que pour les politiques nationales ;

– la participation des personnes en situation d'exclusion fait l'objet d'une attention croissante, mais n'est pas organisée de manière systématique.

Quant aux collectivités locales, il s'agit, d'une part, de garantir leur participation à la méthode ouverte de coordination communautaire et, d'autre part, de manière plus générale, de réfléchir à l'articulation entre les compétences de l'État et des collectivités locales pour la conduite des politiques d'inclusion.

Le levier financier a joué un rôle considérable, au titre de la cohésion régionale entre les pays de l'Union. Il a permis d'absorber les conséquences de l'élargissement des années 80. Pour la France, les fonds structurels ont pu également jouer un certain rôle.

Effets du FSE et du programme Equal en France

Le programme d'initiative communautaire Equal, mis en œuvre depuis 2001 dans le cadre du Fonds social européen, a pour objectif la lutte contre les discriminations dans le monde du travail. Dans le cadre de la stratégie européenne de l'emploi, il doit, dans le cadre d'appels à projets cofinancés avec les autorités nationales concernées, susciter des initiatives innovantes. Les deux appels à projets successifs de 2001 et 2004 ont permis de faire émerger en France près de 500 propositions. Un rapport d'évaluation récent[48] conclut d'abord à l'apport du programme en termes de méthodes. Les démarches de partenariat (entreprises, élus...), menées le plus souvent au niveau territorial, nécessaires pour élaborer, présenter et mener à bien un projet sont jugées positivement : elles permettent de sensibiliser des acteurs peu engagés dans la lutte contre les discriminations, de faire travailler ensemble des acteurs qui en ont peu l'habitude (partage de diagnostics, élaborations de propositions précises), de développer une meilleure connaissance de certains publics particuliers, d'aborder des thèmes innovants. La capitalisation et la diffusion des acquis, avec le souci de transfert vers les politiques de droit commun, sont évidemment prises en compte. Le caractère transfrontalier de certains projets est jugé positif.

Parmi les nombreux projets en cours, et à titre purement illustratif, GEPETTO, repris au niveau national par la caisse nationale d'allocations familiales, a permis d'expérimenter sur plusieurs sites, un dispositif de gardes d'enfants à domicile pour les parents travaillant selon des horaires atypiques et ainsi favorisé l'accès ou le maintien dans l'emploi des parents concernés. Le projet ESPERE visait à établir une meilleure égalité dans l'accès à l'emploi et à la formation, et à convaincre les employeurs, en mobilisant les composantes du service public de l'emploi ; il a débouché sur deux chartes d'engagement signées par les acteurs du SPE et les entreprises de travail temporaire.

À une autre échelle et avec des objectifs plus larges, le FSE, outre un effet de levier financier significatif (plus de 20 000 projets cofinancés sur la période 2000-2006) semble avoir également permis de dévelop-

[48] Évaluation finale du PIC EQUAL en France, janvier 2006, RCT et EDATER.

per les partenariats locaux en matière de politique territoriale de l'emploi, de renforcer l'approche individualisée en faveur des demandeurs d'emploi, qui sous-tend la pratique du service public de l'emploi, et sans doute d'améliorer, d'une certaine manière, et au prix de nombreux contrôles, la gestion des procédures publiques[49]. Cependant l'utilisation du Fonds social européen a toujours eu du mal à trouver sa place : difficulté d'identifier les actions pertinentes en formation professionnelle, lourdeur des circuits administratifs et financiers, manque d'information des acteurs régionaux et locaux.

L'IGAS regrette qu'aucune évaluation globale de la valeur ajoutée des interventions du FSE en France ne soit à ce jour disponible – malgré la difficulté méthodologique à isoler les effets propres à des cofinancements de ce type.

Enfin, l'action de l'Union européenne a eu une fonction d'incitation sur les politiques de formation professionnelle. Les programmes de l'Union européenne depuis plusieurs années, et notamment le programme Léonardo, ainsi que l'action d'animation du centre européen pour le développement de la formation professionnelle (CEDEFOP) ont permis de populariser la notion de formation tout au long de la vie, reprise dans le cadre de la stratégie de Lisbonne. Il n'est pas question d'une intervention directe sur l'organisation et les modes de financement de notre système de formation professionnelle. Mais les programmes ont à la fois permis de soutenir financièrement des actions innovantes, et surtout de fournir un cadre d'expertise et d'échanges pour moderniser nos actions de formation.

Le droit français en matière de lutte contre les discriminations a été profondément renouvelé par l'approche communautaire

En ce qui concerne l'égalité de traitement et la lutte contre les discriminations, la compétence communautaire, affirmée dès le traité de Rome en ce qui concerne l'égalité hommes/femmes et qui a donné lieu à plusieurs directives et à une abondante jurisprudence de la CJCE, s'est progressivement élargie à la lutte contre toutes les discriminations (cf. supra 1121). Les directives communautaires et la jurisprudence de la CJCE ont sensiblement modifié notre approche traditionnelle. Elles ont non seulement renforcé la tendance déjà existante à vérifier l'existence de discriminations directes ou à aménager la charge de la preuve au bénéfice du plaignant, mais aussi conduit à mettre en œuvre une nouvelle démarche. Celle-ci passe par une prise en compte plus grande des droits des minorités, un recours plus systématique à l'action pénale et un rôle central donné aux autorités administratives indépendantes avec un pouvoir propre de décision. La haute autorité de lutte contre les discriminations (HALDE) a ainsi été créée par la loi du 30 décembre 2004 et le décret du 4 mars 2005.

[49] Source DGEFP et mission de contrôle FSE, IGAS.

Au-delà de cette remise en cause, son influence a, sans doute, été encore plus forte en bousculant certaines habitudes ou traditions juridiques (voir rapport thématique 6). Il en est ainsi, par exemple, de l'affirmation de la discrimination indirecte, ou des politiques d'égalité des chances.

La lutte contre les discriminations : une nouvelle approche insufflée par l'Europe

La question des discriminations n'a que tardivement émergé sur la scène politique française, jusqu'alors dominée par une conception de l'égalité héritée de la Révolution. Que le fait européen ait joué un rôle essentiel dans le développement du débat national sur cette question vers la fin des années 90 ne fait aucun doute, même si son impact n'est pas toujours perçu et reconnu comme tel.

La plupart des mesures législatives intervenues en France depuis 2001 pour lutter contre les discriminations résulte en effet de la transposition de directives européennes adoptées entre 1997 et 2004 sur la discrimination sexuelle, raciale ou dans l'emploi. Ces directives reprennent dans une large mesure la construction jurisprudentielle de la Cour de justice, elle-même inspirée d'une approche anglo-saxonne de la discrimination, développée dès les années 50 aux États-Unis, à partir du mouvement pour les droits civiques.

De l'égalité formelle à l'anti-discrimination

Le premier changement important réside dans le passage d'une approche française fondée sur l'affirmation du principe d'égalité à une approche en termes de lutte contre la discrimination. Il s'agit d'un changement important de perspective par rapport au concept républicain d'égalité entre les individus, puisqu'il conduit, dans les faits, à mettre l'accent sur l'appartenance à un groupe « à risque » : femmes, personnes handicapées, personnes d'origine raciale, de religion, ou d'orientation sexuelle différente et souvent « minoritaire », même si le mot n'est jamais prononcé dans le contexte français. À une notion d'égalité abstraite, fondée sur l'accès formel aux droits, se substitue ou s'ajoute une vision empirique de la lutte contre les discriminations constatées.

Celle-ci s'appuie sur le développement de constructions juridiques nouvelles qui ont été introduites dans le droit français à travers le droit européen. Parmi les éléments les plus significatifs, on peut citer :

La notion de discrimination indirecte

Si la discrimination directe est relativement aisée à identifier (sinon à prouver), dans la mesure où la différence de traitement se réfère clairement à un critère prohibé de discrimination (femme rémunérée à un niveau inférieur à son collègue masculin occupant un poste comparable, refus d'accorder un logement à un « non gaulois »...), il n'en va pas de même de celle qui se fonde sur des critères en apparence sans lien avec les motifs incriminés. La Cour de justice des Communautés européennes a ainsi considéré[50] que l'octroi d'un avantage aux seuls salariés à temps complet constituait une discrimination indirecte à l'encontre des femmes, dans la mesure où l'essentiel des salariés à temps partiel était de sexe féminin.

En définissant comme discrimination indirecte « *tout critère ou toute pratique apparemment neutre susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'un sexe/d'une origine/d'une religion/d'un handicap/d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés* », le juge puis le législateur européens ont, par une construction juridique innovante, élargi la protection contre les discriminations.

[50] Cour de justice des communautés européennes, 13 mai 1986, Bilka.

Cette approche se distingue de celle retenue pour les discriminations directes à deux titres :
– elle s'attache au résultat discriminatoire, objectivement défavorable à la personne qui en est victime, et non aux intentions de ceux qui sont à l'origine de la discrimination ;
– le raisonnement juridique qui permet de l'établir doit pouvoir s'appuyer sur des données objectives, d'ordre statistique (pour des critères techniquement et juridiquement repérables, comme le sexe) ou autre (lorsque, comme pour l'origine raciale ou ethnique en France, le repérage statistique n'est pas possible).

L'aménagement de la charge de la preuve

C'est à l'occasion de cas de discriminations indirectes à l'encontre de salariés féminins que la Cour de justice a aménagé les règles généralement utilisées en matière de preuve. Les principes du droit civil en vigueur en France comme dans la plupart des États-membres imposeraient à la personne qui s'affirme victime d'une discrimination de prouver qu'on est bien en présence d'un comportement discriminatoire. Pour une victime qui n'a pas accès à toutes les informations dont disposent ceux qui l'ont discriminée, la preuve de la discrimination est souvent difficile à établir. Pour faire face à cette situation, la Cour a, dès les années 80[51], mis en place un régime aménagé de preuves, plus favorable aux victimes. Si elles fournissent un indice sérieux de discrimination, c'est aux auteurs de la discrimination supposée de prouver qu'il n'y a pas eu une différence de traitement injustifiée.

Cet aménagement de la preuve, qui déroge aux traditions juridiques de nombreux États-membres, a été depuis 1997 inscrit dans les directives traitant de la discrimination et s'impose en conséquence à tous les États-membres. Cette disposition devrait permettre aux victimes de discrimination d'accéder plus facilement à une réparation par voie judiciaire.

Dans le domaine de la protection sociale, l'intervention de l'Union européenne conduit à lever les obstacles à la libre circulation des personnes

L'intervention communautaire a d'abord permis de lever les entraves à la libre circulation des personnes (cf. supra 1121), lorsque celles-ci étaient liées à la protection sociale. Les Français qui se déplacent sur le territoire européen disposent ainsi de la possibilité de se faire soigner à l'étranger (voir rapport thématique 3). Ces soins dispensés à l'étranger constituent des dettes et des créances entre systèmes d'assurance maladie : la « balance » de la France est en la matière largement excédentaire (550 m de créances en 2005 contre 200 m de dettes), même si les données concernées restent très modestes au regard des dépenses totales de l'assurance maladie[52].

La carte européenne d'assurance maladie

M. Durant, affilié en France, compte se rendre en Allemagne. Avant son départ, et quel que soit son statut (touriste, étudiant, travailleur détaché ou demandeur d'emploi), il demande à sa caisse de sécurité

[51] À partir de sa décision Jenkins contre Kingsgate, du 31 mars 1981, systématisée dans la décision Bilka.
[52] Données du Centre de liaisons européennes et internationales de sécurité sociale.

sociale française de lui délivrer une carte européenne d'assurance maladie. Celle-ci est valable un an. Si, pendant son séjour en Allemagne, M. Durant tombe malade et consulte un médecin généraliste, il peut présenter à la caisse locale allemande d'assurance maladie sa carte européenne d'assurance maladie et obtenir le remboursement des soins, examens ou médicaments, comme s'il était affilié en Allemagne et selon le droit de l'assurance maladie allemande.

La création de la carte européenne de l'assurance maladie (CEAM), sur décision du Conseil européen de Barcelone (15 et 16 mars 2002) permet une certaine amélioration des droits des assurés communautaires : concomitamment avec le lancement de la CEAM, a été réalisé un alignement des droits en matière de séjour pour toutes les personnes couvertes par le règlement n° 1408/71. Cet alignement s'est traduit par une amélioration des droits pour la majorité des intéressés[53]. La CEAM constitue surtout une simplification des procédures : elle remplace les formulaires papier qui étaient nécessaires pour bénéficier de soins dans un autre État-membre[54]. Grâce à l'alignement des droits, tous les formulaires, à l'exception du E112 (soins programmés), ont pu être fusionnés au sein de la CEAM.

Parallèlement à la mise en place de la CEAM, certaines zones frontalières ont pu bénéficier du dispositif « transcards » : c'est par exemple le cas de part et d'autre de la frontière franco-belge, dans la région de la Thiérache. Les assurés de cette région sont dispensés d'utiliser la CEAM et le formulaire E112. Les cartes nationales d'assurance maladie (SESAM Vitale et SIS, respectivement) sont reconnues comme équivalentes à la CEAM en cas de soins inopinés et permettent d'éditer automatiquement un formulaire d'autorisation (E112) en cas de soins programmés. La simplification des procédures administratives et l'interopérabilité des cartes d'assurés maladie ont été vérifiées. L'extension d'un tel dispositif doit cependant être réservée aux régions où l'on constate un déficit dans l'offre de soins, en particulier dans le secteur hospitalier, sous peine de double financement de soins. De ce point de vue, un recensement des régions frontalières déficitaires en offre de soins hospitaliers est en cours.

Dans un contexte marqué par la subsidiarité, la dimension communautaire a aussi permis de mettre en perspective certains enjeux du système de protection sociale, qu'il s'agisse de la maîtrise des équilibres financiers et des contraintes budgétaires liées à l'union économique et monétaire, ou des évolutions démographiques auxquels les systèmes de retraites vont avoir à faire face. Ainsi, les travaux réalisés en 2002 et 2003 dans le cadre de la « méthode ouverte de coordination » retraites (voir rapport thématique 3) n'ont certes pas eu une influence directe sur la réforme des retraites en France, préparée de longue date[55] ; néanmoins, ils ont contribué à sensibiliser les décideurs et les partenaires sociaux aux comparaisons internationales ; la réalité d'une adaptation quasi générale des systèmes de retraites européens confrontés aux mêmes

[53] Le pensionné séjournant dans un autre État-membre pouvait, par exemple, obtenir, sans autorisation préalable, la prise en charge de soins devenus nécessaires à l'occasion du séjour alors que pour le travailleur salarié ces soins devaient être immédiatement nécessaires. Désormais, la situation du travailleur est alignée sur celle, plus favorable du pensionné (le règlement pertinent n° 631/2004, entré en vigueur au 1er juin 2004).

[54] Il s'agit des formulaires suivants : les formulaires E111 et E111B (utilisés par les touristes) ; le formulaire E110 (utilisé par les transporteurs internationaux) ; le formulaire E128 (utilisé par les travailleurs détachés dans un autre État-membre et les étudiants) ; le formulaire E119 (utilisé par les chômeurs qui sont à la recherche d'un emploi dans un autre État-membre).

[55] Le premier rapport français, présenté en septembre 2002, présentait les grandes orientations de la future réforme des retraites, sans que davantage de précisions ne pouvaient être données à la Commission à ce stade des consultations.

évolutions démographiques et économiques s'en est trouvée mieux appréhendée. Sans être déterminants, les travaux réalisés dans le cadre de la MOC ont sans doute permis de confirmer la nécessité et l'importance de certaines adaptations concrètes : relèvement du taux d'emploi des personnes âgées de plus de 55 ans, évolution progressive des régimes, dans le cadre d'un pilotage permanent des réformes ou encore information transparente des assurés sur le niveau des pensions servies.

Les politiques de santé sont appuyées par l'intervention communautaire

Le traité prévoit que les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique ressortissent des compétences partagées (cf. 1121). L'intervention communautaire a servi de base à plusieurs législations sanitaires d'une part, et permis d'influencer les politiques nationales de santé publique d'autre part (voir rapport thématique 5).

L'Union mène des actions d'appui pour la protection et l'amélioration de la santé humaine. L'approche française des questions de santé publique est touchée avec une consolidation des dispositifs d'évaluation des risques alimentaires ou infectieux et la prise en compte du principe de précaution. L'influence communautaire a, par exemple, contribué à la prise de conscience des risques liés au tabagisme actif, mais aussi passif. Par ailleurs, l'échelon communautaire permet tout à la fois de diffuser les bonnes pratiques et de faciliter la gestion des crises sanitaires. Si la politique menée au niveau de l'Union n'a pas d'impact direct sur l'organisation du système de soins national, son influence s'exerce par des canaux diffus allant de l'introduction de considérations sanitaires dans la circulation des biens au sein du marché européen, avec des normes sanitaires strictes, jusqu'à la diffusion de références et pratiques communes en santé publique.

L'échelon communautaire permet ainsi de diffuser les bonnes pratiques, à travers l'échange d'informations et les mécanismes d'évaluation médicale. Il permet aussi de faciliter la gestion des crises sanitaires. L'institut national de veille sanitaire (INVS) fait partie du réseau européen de surveillance des maladies infectieuses et coordonne son action avec les instituts de surveillance des autres États-membres.

Les réseaux de surveillance épidémiologique

L'Union européenne a mis en place un système de surveillance des maladies transmissibles et a créé un centre européen de prévention et de contrôle des maladies (ECDC). L'expérience récente du SRAS ou les dangers d'attaques terroristes ont montré l'utilité d'un système coordonné d'information et de réaction. Un réseau communautaire de surveillance épidémiologique et de contrôle des maladies transmissibles permet de détecter rapidement les foyers potentiels d'épidémies, d'identifier les évolutions des maladies, les

facteurs de risque et les interventions nécessaires. Cette alerte précoce permet un échange immédiat des données et une réaction immédiate des autorités sanitaires nationales ainsi qu'une coordination des actions au niveau communautaire.

Ainsi, face au risque d'une pandémie de grippe aviaire, des points de situation sont effectués régulièrement. Les plans nationaux donnent lieu à une évaluation et la mise au point de vaccins et de médicaments antiviraux fait l'objet d'échanges : progrès de la recherche, capacités de production et de stockage. La coordination européenne en cas d'urgences sanitaires permet d'identifier rapidement les urgences et les risques, de transmettre dans les meilleurs délais les informations nécessaires, de mettre en commun les moyens nécessaires pour les recherches épidémiologiques. Cette coordination facilite la mise en place, au niveau national et sous la responsabilité des autorités nationales, des actions appropriées pour enrayer la propagation de la maladie.

Les conceptions françaises sur l'articulation des rôles entre l'État et les partenaires sociaux et les pratiques de dialogue social sont remises en cause

Le dialogue social au niveau européen qui s'est développé à partir des années 80 avant d'être pleinement reconnu avec le traité de Maastricht, a permis la définition de normes. L'action de l'Union dans le domaine social repose sur une double subsidiarité : subsidiarité ente le niveau communautaire et le niveau des États légitimes pour agir en priorité, l'action communautaire n'étant justifiée que si elle apporte une plus-value, subsidiarité entre les pouvoirs publics et les partenaires sociaux dont l'autonomie est reconnue. L'avis du Conseil économique et social du 23 octobre 2002[56] soulignait ainsi la nécessité de préserver et de consolider le modèle social européen. Il insistait également sur la place et le rôle des partenaires sociaux européens ainsi que sur l'importance du dialogue social au niveau européen.

Cette conception de la subsidiarité entre l'État et les partenaires sociaux influence, de plus en plus, nos réflexions sur la place et le rôle des partenaires sociaux dans notre système de relations sociales, sur la répartition des compétences entre le législateur et les acteurs sociaux.

La reconnaissance du rôle des partenaires sociaux européens dans l'élaboration des normes sociales constitue un exemple mis en avant dans les débats en cours sur la modernisation du rapport social en France. Ainsi, l'exposé des motifs de la loi du 4 mai 2004 relative affirme que « le gouvernement prend l'engagement solennel de renvoyer à la négociation collective interprofessionnelle toute réforme de nature législative relative au droit du travail ».

Le rapport Chertier remis au gouvernement en mai 2006 « pour une modernisation du dialogue social[57] » s'appuie explicitement sur la référence commu-

[56] Avis du Conseil économique et social du 23 octobre 2002. Rapport de Mme Evelyne Pichenot.

[57] Rapport au Premier ministre : Pour une modernisation du dialogue social, Dominique-Jean Chertier, mai 2006.

nautaire pour proposer de prévoir « un temps réservé à la concertation, voire à la négociation, dans la conduite des réformes ». Il reprend les mécanismes juridiques définis par le traité de Maastricht : consultation préalable des partenaires sociaux avant toute action de la Commission, engagement éventuel d'une négociation par les partenaires sociaux, reprise par une directive du résultat de cette négociation.

Chapitre 2

La France a toujours mis l'accent sur la politique sociale communautaire

L'ambition sociale de la France l'a amenée à lancer des initiatives politiques

Le développement de la dimension sociale dans la construction européenne a toujours été une préoccupation marquée de la France qui s'est donnée un rôle moteur en la matière. L'investissement national sur ce sujet constitue une donnée structurelle et une constante qui transcendent les clivages politiques. Il a conduit la France à soutenir au moins dans leur principe la plupart des propositions de la Commission tendant à développer la législation sociale communautaire. Mais il l'a également menée à lancer des initiatives politiques plus solennelles destinées à mettre l'accent sur la dimension sociale du projet européen, et à favoriser les avancées dans ce domaine grâce à une mobilisation au plus haut niveau.

Les initiatives politiques françaises se sont succédées

De nombreuses initiatives politiques sont venues rappeler l'importance attachée par la France à la construction d'une Europe sociale. Intervenant à des étapes clés de la construction communautaire pour souligner la nécessité d'un équilibre entre les différentes composantes de l'intégration européenne, ou dans les périodes où la France a assuré la présidence de l'Union, elles ont émané des gouvernements successifs quelle que soit leur couleur.

On citera notamment, parmi les plus récents :

- le mémorandum social ;
- l'agenda social européen ;
- le pacte pour la jeunesse ;
- le pacte pour l'égalité entre les hommes et les femmes.

Le mémorandum sur le modèle social européen (1996)

Présenté par le Président de la République à ses homologues européens au Conseil européen de Turin en mars 1996, le mémorandum français sur le modèle social européen voulait « appeler l'attention de nos partenaires sur la nécessité de renforcer la dimension sociale et humaine de l'Europe »[58]. Répondant aux critiques formulées à l'encontre du traité de Maastricht et de ses fameux critères, ce texte était présenté au plan interne comme une initiative de rééquilibrage. Selon les propos du Premier ministre de l'époque[59] il s'agissait de souligner que « l'Europe ce n'est pas que l'hyperlibéralisme ou le libre-échange à tout crin. Ce sont aussi des règles du jeu sociales. Les travailleurs ont des droits, et le rôle de la France dans la construction de l'Europe est de le rappeler ». Conçu avec le souci de mettre l'accent « sur la vie quotidienne » des citoyens européens, notamment l'emploi, la sécurité, l'immigration, le mémorandum s'articulait autour des propositions suivantes :

– l'emploi doit être au cœur de l'ensemble des politiques communautaires ;
– la dimension humaine de l'Europe doit être renforcée par des efforts en direction de la jeunesse, une action conjointe des États-membres contre la drogue, un engagement collectif pour lutter contre l'exclusion, l'affirmation enfin des droits fondamentaux du citoyen européen, et en particulier du droit de tous à l'accès aux services publics ;
– le dialogue social européen doit être développé et doit porter, en particulier, sur le temps partiel et l'aménagement du temps de travail ;
– le protocole social signé par quatorze des quinze États-membres doit être intégré au traité pour donner à la construction européenne un véritable socle commun en matière sociale ;
– enfin, la dimension sociale de l'élargissement à venir doit être affirmée.

L'agenda social européen (2000)

Figurant parmi les objectifs essentiels de la présidence française (2e semestre 2000) dans le domaine social, l'agenda social visait à « doter l'Union européenne d'une feuille de route qui guidera la politique sociale européenne de l'Union européenne dans les cinq années à partir du Conseil européen de Nice ».

Dans l'esprit du gouvernement de l'époque, il devait être « un document pragmatique et très concret fixant, pour les principaux chantiers de l'Europe sociale, les objectifs, la méthode et le calendrier de travail » et permettant de rendre plus visible et plus effective la politique sociale européenne.

L'agenda social était articulé autour de cinq orientations stratégiques :

– créer des emplois plus nombreux et meilleurs ;

[58] Communiqué du Conseil des ministres du 27 mars 1996.
[59] Alain Juppé, au Conseil National du RPR sur l'Europe, mars 1996.

– anticiper et tirer parti du changement de l'environnement de travail par un nouvel équilibre entre souplesse et sécurité ;
– moderniser la protection sociale ;
– promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes ;
– renforcer le volet social de l'élargissement et des relations extérieures de l'Union européenne.

Comme le mémorandum social, l'agenda social était conçu et présenté comme une initiative de rééquilibrage : « le volet social du Conseil européen de Nice est le complément indispensable du Conseil européen de Lisbonne tourné davantage vers l'économie, lequel a précisément donné mandat à la présidence française pour parvenir à l'adoption d'un agenda »[60]. Il s'agissait d'« ancrer le social au cœur de l'Europe, promouvoir une Europe plus proche des citoyens et davantage porteuse de progrès social ».

Si la forme des initiatives varie – plus ou moins programmatique ou opérationnelle selon le cas – la juxtaposition des textes permet d'observer, par-delà des alternances politiques, une réelle continuité dans les ambitions affichées à travers ces initiatives et une communauté d'inspiration visible dans l'exposé des priorités pour l'Europe sociale.

Leur bilan apparaît incertain

Évaluer de façon précise l'impact de ces initiatives sur la construction sociale européenne s'avère une entreprise aussi délicate que difficile. Elles ont sans aucun doute permis, sur la période considérée, d'entretenir le débat sur les aspects sociaux de la construction communautaire et contribué à relancer la mobilisation sur le sujet. Seule la volonté politique affirmée au plus haut niveau pouvait permettre d'introduire et de maintenir une préoccupation de rééquilibrage par rapport à une évolution spontanée de la construction européenne dominée par les aspects économiques et commerciaux, s'écartant de plus en plus des attentes des citoyens. Le rôle d'aiguillon joué par la France, la pression exercée sur l'agenda politique n'ont dans cette perspective sans doute pas été inutiles.

La constance avec laquelle elle a défendu, à travers ces initiatives successives, l'idée d'Europe sociale a d'ailleurs conduit à un processus d'identification avec ce projet, tant au plan interne qu'aux yeux de ses partenaires sur la scène européenne.

La portée de ces initiatives dépasse nécessairement leurs retombées directes, qui vont d'une simple mention dans les conclusions officielles tirées à l'issue des réunions du Conseil européen à l'adoption par le Conseil des ministres d'un document programmatique, comme dans le cas de l'agenda social européen.

[60] Discours d'Elisabeth Guigou dressant le bilan de la présidence française devant la Commission emploi et affaires sociales du Parlement européen 12 décembre 2000.

Évaluées sur le moyen terme, ces initiatives ont connu des fortunes diverses, mais les effets concrets ne semblent pas toujours avoir été à la hauteur des ambitions. Plusieurs facteurs peuvent contribuer à expliquer cet écart.

• *Une conception souvent unilatérale au départ,*

Celle-ci se répercute sur le contenu et le mode d'expression, que leur caractère parfois trop « franco-français » rend peu parlants et moins attractifs pour les alliés potentiels sollicités pour apporter leur soutien. Ceux-ci peuvent également y voir la confirmation des préjugés souvent associés aux Français sur la scène européenne d'être des donneurs de leçon ou de vouloir exporter leur propre vision. Ou même en prendre ombrage comme ce fut le cas pour la Commission qui s'est sentie dépossédée de son pouvoir d'initiative par les propositions françaises concernant l'agenda social européen. De ce point de vue, il semble que les leçons aient été tirées des expériences passées en même temps que du nouveau contexte communautaire à 25, puisque la France semble avoir renoncé aux initiatives unilatérales pour s'insérer dans des initiatives concertées à plusieurs comme le pacte pour la jeunesse ou le pacte pour l'égalité entre les hommes et les femmes qui regroupe six pays.

• *Une présentation abstraite sans suivi concret dans la durée,*

On prête parfois à la France une certaine propension à privilégier le déclaratoire (voire le déclamatoire). Sans donner dans la caricature, il semble que les initiatives de ce type soient souvent conçues comme purement politiques, devant marquer une étape par leur seule force sans nécessairement intégrer de déclinaison concrète ni envisager de suivi dans la durée. Or, compte tenu du rythme des travaux communautaires, la continuité à long terme et le relais au niveau technique des impulsions politiques apparaissent comme une condition essentielle de succès. Comme l'ont indiqué des interlocuteurs étrangers rencontrés par l'IGAS pour l'élaboration de ce rapport, « la France doit apprendre à courir le marathon ».

Qu'ils se manifestent de façon isolée ou conjointe, ces travers tendent à limiter la portée d'initiatives qui pourraient recevoir un accueil et bénéficier de suites beaucoup plus larges. Il n'en reste pas moins que l'approche sociale française, son soutien de principe à la plupart des propositions sociales ont imprégné la construction communautaire et contribué au développement du volet social.

La France pèse dans les négociations sociales

La France a longtemps tenu une place privilégiée dans l'élaboration et la négociation des normes sociales européennes. La Commission pouvait compter sur son soutien de principe lorsqu'elle envisageait une initiative en la

matière et la législation française du travail, particulièrement développée, fournissait une source d'inspiration possible pour la construction d'un droit communautaire. Par ailleurs un système bien rodé – depuis les années 50 – de coordination et de suivi des travaux législatifs communautaires, reposant sur l'institution *ad hoc* du SGCI, assurait à la France un net avantage dans la négociation.

Ces atouts ont pu au fil des années être assimilés à des acquis et engendrer des comportements de facilité, le droit social européen étant à la limite vu comme une extension géographique des dispositions françaises. De ce point de vue, la tendance naturelle des administrations, cherchant à décalquer le droit français au niveau communautaire pour ne pas avoir à le modifier, convergeait avec celle des politiques, cherchant à « exporter » le modèle social français.

Les évolutions des dernières années ont profondément bouleversé la donne. La diversification des modèles de référence dans le domaine social, la remise en cause de l'approche législative et l'élargissement des modes d'intervention communautaire à travers notamment le développement de la « soft legislation » (*cf. infra*) s'ajoutent à l'effet mécanique de l'accroissement du nombre d'États-membres qui diminue le poids de la France dans les décisions prises à la majorité qualifiée.

Ces bouleversements constituent autant de défis pour les responsables et acteurs français qui ont longtemps vécu sur un acquis aujourd'hui largement entamé. Ils viennent également questionner un système d'organisation conçu pour le formalisme des travaux législatifs moins bien adapté aux modes de fonctionnement nouveaux du débat communautaire qui privilégient des enceintes moins formelles comme les divers comités et donnent lieu à des jeux d'influence plus complexes et diffus.

Cette situation nouvelle n'interdit pas à la France de continuer à jouer un rôle important sur certains sujets pour peu qu'elle en ait la volonté et s'en donne les moyens, comme le montrent les exemples ci-dessous.

Les médicaments pédiatriques

Dans une résolution adoptée en décembre 2000, sous présidence française, le Conseil des ministres de la santé avait demandé à la Commission de formuler des propositions afin de veiller à ce que les médicaments soient évalués de façon appropriée en pédiatrie. Il s'agissait d'un enjeu important de santé publique. Une réglementation portant sur les médicaments destinés aux enfants aurait en effet pour objectif – à l'instar du droit antérieur développé aux États-Unis – de développer la recherche dans ce domaine et de garantir que les médicaments soient adaptés aux besoins spécifiques des enfants – ce qui est loin d'être le cas aujourd'hui. Un travail de concertation s'est déroulé à la fois au niveau français entre les administrations concernées, les industriels, les associations de patients et les professionnels de santé, et au niveau européen avec les services de la Commission et ceux de l'agence européenne du médicament, puis au Parlement européen. Ce dossier a été suivi par une cellule *ad hoc* au sein de la direction générale de la santé. La proposition de règlement adoptée par la Commission en septembre 2004 et en cours

d'examen au Conseil et au Parlement répondait aux préoccupations françaises. Un comité pédiatrique sera donc chargé, au sein de l'Agence européenne du médicament, de veiller à ce que les recherches cliniques répondent aux besoins de santé chez l'enfant.

La prise en compte de la qualité de l'emploi dans la stratégie européenne de l'emploi

La qualité de l'emploi est un des dossiers dans lesquels la France s'est fortement investie – au point d'être souvent identifiée à ce dossier par ses partenaires dans les débats sur la stratégie européenne de l'emploi (SEE). Elle a pu de ce fait exercer une influence réelle sur la prise en compte de cette notion ainsi que sur son traitement. Après l'inscription de ce thème dans l'agenda social adopté à Nice, sous présidence française en 2000, le travail engagé s'est appuyé sur une stratégie d'alliance systématique avec d'autres délégations, en particulier belge et suédoise. Ces deux pays non seulement partageaient avec la France des conceptions proches sur le sujet mais aussi se trouvaient par ailleurs placés en position stratégique par leur exercice de la présidence en 2001, ce qui a permis d'établir une continuité sur dix-huit mois. Pour les travaux du Comité européen de l'emploi, la position et l'argumentaire français ont été mis au point dans le cadre du ministère du Travail et validés en interministériel par le SGCI. Ils se sont déployés à plusieurs niveaux.

– *Pertinence de l'objectif*

Face à l'opposition dressée par plusieurs États-membres, entre le thème de la qualité et les objectifs quantitatifs en matière d'emploi, présentés comme antinomiques, l'argumentaire français a au contraire insisté sur le lien positif et indissociable entre quantité et qualité : la mobilisation de toutes les ressources en main-d'œuvre suppose de maintenir ou d'amener sur le marché du travail ceux qui en sont écartés : travailleurs vieillissants, femmes, personnes en marge. Une action qualitative sur les conditions d'emploi est donc indispensable pour parvenir aux objectifs fixés à Lisbonne d'élévation des taux d'emploi. Par ailleurs la qualité de l'emploi est un facteur clé de la performance économique : la valorisation des connaissances et des compétences, l'aménagement des conditions et de l'organisation du travail favorisent une meilleure productivité et une plus grande capacité d'adaptation au changement.

– *Définition du concept*

La qualité de l'emploi s'étant rapidement imposée comme un thème incontournable de l'agenda européen, une deuxième ligne de front s'est ouverte, portant sur la définition du concept de qualité appliqué à l'emploi et opposant une vision minimaliste, limitée au domaine consensuel des conditions de travail, à une conception plus large, comprenant la rémunération, la stabilité de l'emploi ou encore les garanties de représentation collective. La pression maintenue sur ces éléments tout au long de la négociation par la délégation française et ses alliés a servi de contrepoids à l'approche minimaliste, défendue notamment par le Royaume-Uni à travers la métaphore de l'échelle : ce qui compte, c'est de mettre le pied sur le premier barreau. Elle a ainsi permis de parvenir à un compromis plus équilibré reprenant par exemple les critères de dialogue social et de participation des travailleurs, la part des emplois « atypiques » (temps partiel, CDD) et leur caractère volontaire ou contraint. Sur la rémunération, seuls ont été retenus les éléments relatifs à l'égalité hommes-femmes, objectif inscrit dans le traité et donc indiscutable.

– *Indicateurs de suivi*

La mise au point des indicateurs, exercice d'apparence technique mais qui revêt souvent une importance stratégique, a de fait pris une place centrale dans la négociation sur la qualité. Au-delà des difficultés techniques, les experts ont en effet dû suppléer au moins partiellement au manque de consensus poli-

tique sur le contenu même du concept de qualité. La contribution française, outre des propositions d'indicateurs, comprenait également des aspects plus politiques tels que l'établissement d'indicateurs de « trajectoire » destinés à favoriser l'établissement d'un consensus. Au total ce travail sur la qualité de l'emploi peut être considéré comme une illustration positive, sur la forme et sur le fond, d'interaction entre Paris et Bruxelles dans une négociation donnée.

Le taux de remplacement en matière de pensions de retraite : un indicateur à caractère stratégique

Les systèmes de retraite se voient assigner, dans le cadre du processus de Lisbonne, un objectif d'« adéquation » : ils doivent permettre d'acquérir des droits à pensions suffisants pour maintenir le niveau de vie après le départ à la retraite. Le choix d'un indicateur destiné à illustrer cet objectif a suscité de vifs débats au sein du sous-groupe « Indicateurs » du comité de protection sociale[61]. Alors que la France, soutenue parfois avec des réserves, par le Danemark, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas et la Suède, souhaitait le calcul du taux de remplacement au niveau individuel, le Royaume-Uni et l'Irlande désiraient privilégier la mesure du niveau de vie des ménages. En février 2004, au bout de trois années de discussions, la France, représentée par la DREES, a finalement obtenu gain de cause. Ces discussions, d'apparence très technique, sont intéressantes à plusieurs égards.

– Le choix des indicateurs reflète les différences entre les modèles nationaux de protection sociale. Les systèmes bismarckiens conçoivent les pensions comme un salaire différé, dont le montant est par conséquent corrélé à celui du revenu d'activité. Les systèmes beveridgiens, en revanche, se préoccupent essentiellement du niveau de vie des personnes âgées et du rapport entre ce niveau de vie et celui des personnes actives.

– L'adoption de l'indicateur de taux de remplacement illustre la préoccupation du comité de protection sociale de faire valoir l'objectif d'« adéquation » des systèmes de retraite par rapport à celui de viabilité. Dans les exercices de projection ultérieurs, l'évolution des taux de remplacement pourra être mise en regard de la situation financière des régimes.

– Les discussions relatives à l'adoption de l'indicateur du taux de remplacement révèlent les stratégies nationales en matière de réforme des retraites et leur articulation avec la MOC. La France a fortement plaidé pour l'adoption de cet indicateur dans la mesure où il fait l'objet d'un suivi régulier par le Conseil d'orientation des retraites (COR), notamment à la demande des partenaires sociaux. Aucun objectif de taux de remplacement n'a toutefois été officiellement retenu. Le Royaume-Uni, *a contrario*, a exprimé des fortes réserves ne souhaitant pas mettre en évidence la faiblesse des pensions publiques, alors que la Commission présidée par Lord Turner s'apprêtait à proposer une refonte du système d'assurance vieillesse britannique (rapport publié fin novembre 2005).

À travers ces exemples de négociations où la France a pu exercer une influence réelle sur les termes du débat et les solutions retenues au plan européen, à travers également l'analyse des modes de fonctionnement de certains de ses partenaires[62], on peut dégager un certain nombre d'enseignements sur

[61] L'objectif 2 en matière de pensions : « *Donner à tous les individus accès à des dispositifs de pensions appropriés, publics et privés, permettant d'acquérir des droits à pension qui leur donnent les moyens de maintenir leur niveau de vie après le départ en retraite, dans des limites raisonnables* ».

[62] L'IGAS a plus particulièrement étudié les organisations britannique et suédoise.

les facteurs de réussite d'une négociation, qui suppose une vision à long terme et ouverte sur l'extérieur en même temps qu'une action cohérente, continue et articulée. Ces facteurs sont :

– une position politique claire, exposée de façon explicite dans le cadre national, adaptée sur le fond et sur la forme au contexte européen et exprimée de façon constante par l'ensemble des responsables politiques et administratifs dans les diverses enceintes formelles et informelles ;

– un argumentaire développé pour appuyer cette position, s'appuyant sur des éléments concrets, des positions exprimées par les autres États-membres, connu et partagé par l'ensemble des acteurs au niveau français et largement diffusé à l'extérieur ;

– des prises d'initiative pour éviter de se trouver en position de réaction et de défense, conçues et menées dans un cadre ouvert, associant les partenaires extérieurs à travers une stratégie d'alliance systématique et continue avec les États-membres proches de la Commission et ne négligeant pas la concertation avec les « opposants » ;

– une action de « lobbying » à long terme, s'étendant sur plusieurs présidences et dépassant la sphère gouvernementale pour s'appuyer sur la mobilisation convergente des parlementaires, des partenaires sociaux et de la société civile.

Troisième partie

Défis et enjeux

Le rejet du projet de traité constitutionnel par les électeurs français et néerlandais a fait apparaître au grand jour les enjeux sociaux de la construction européenne. Le débat s'est cristallisé à la fois sur le sens du modèle social européen et sur la forme des politiques sociales à mener tant au niveau communautaire qu'au niveau national. Les défenseurs de la construction européenne ont fait valoir que, par définition, l'Europe sociale correspondait à un compromis, compromis entre la préservation des différents systèmes nationaux et la reconnaissance d'un modèle social européen, compromis entre la création d'un marché unique des biens, des capitaux et des travailleurs et la régulation économique et sociale de ce marché.

Mais tout un courant hostile à la ratification du traité a mis en avant que l'Europe sociale, non seulement n'existait pas, mais qu'en plus la réalisation du marché unique n'était qu'un instrument du démantèlement des systèmes nationaux de protection sociale et de relations du travail. « Libéralisme » et Union européenne étaient les deux facettes d'un même abandon à la mondialisation.

Sans aller jusqu'à cette dénonciation, d'autres ont considéré que l'Union européenne n'avait pas joué son rôle de bouclier face aux excès de politiques économiques libérales. L'Union économique et monétaire et le marché unique ont des conséquences dans la vie quotidienne des citoyens de l'Union qui, selon eux, n'ont pas donné lieu aux nécessaires mesures sociales de correction. Plus encore, ces politiques sociales ont paru inefficaces pour traiter les effets de la mondialisation et offrir une protection aux salariés de l'Union face à la globalisation des échanges.

C'est dans ce contexte national de scepticisme de l'opinion publique et d'incompréhension face à l'Europe sociale que s'analysent les défis auxquels sont confrontées nos politiques sociales du fait de l'élargissement et que se posent les questions relatives aux modes d'intervention possibles de l'Union.

Chapitre 1

La place de la France dans un espace européen élargi

L'élargissement s'accompagne d'une hétérogénéité croissante au plan social

L'élargissement à dix nouveaux États-membres, puis le rejet du projet de constitution européenne ont mis en évidence les enjeux et les défis auxquels est confrontée la dimension sociale de la construction européenne. Sur un plan général, ils ont ouvert le débat sur le sens de cette construction et la réalité du modèle social européen.

Existe-t-il un modèle social européen ?

L'existence d'un modèle social européen a toujours été contestée, notamment par les tenants d'une approche « souverainiste » qu'elle soit ou non sous-tendue par une approche hostile à une réglementation dans le domaine social. Pour eux, chaque pays a ses traditions ; chaque système social a ses caractéristiques propres, qu'il s'agisse de la protection sociale, du droit du travail et syndical, de l'organisation et du rôle de la négociation collective. Il est vain, voire dangereux, de vouloir les harmoniser puisqu'ils sont le fruit, non seulement des habitudes et de la culture de chaque nation, mais surtout du débat démocratique dont la légitimité est ici, par définition, nationale.

L'élargissement conduit évidemment à s'interroger sur les fondements mêmes de la construction communautaire, et de sa dimension sociale. Pour critiquer cette construction ou mettre en doute sa faisabilité, il était déjà classique de mettre en exergue la diversité des modèles nationaux de l'Europe des 12 ou de celle des 15. Cette critique traditionnelle du modèle social européen et d'une intervention de l'Union a naturellement été renforcée par l'élargissement.

Au-delà de cette critique « politique » faite au modèle social européen, les chercheurs ont tenté de dresser une typologie des différents systèmes nationaux afin de dégager leurs caractéristiques communes mais aussi leurs différences.

Sans qu'il soit possible, à l'évidence, d'en définir des caractéristiques uniques, des valeurs et des traits dominants sont discernables[1] :

– la responsabilité variable mais notable de l'État en matière d'emploi et de services d'intérêt général (protection sociale, action sociale, santé…) ;
– la reconnaissance de droits sociaux fondamentaux des citoyens appelant un minimum de protection sociale, quelles que soient les techniques utilisées, la lutte contre les discriminations et l'exclusion sociale ;
– l'existence du dialogue social, comportant la possibilité de conclure des conventions collectives ;
– la réglementation sociale et du travail, assurant notamment la santé et la sécurité des travailleurs.

Bien que généraux et laissant les États-membres maîtres de leurs choix d'organisation, dans le cadre de la subsidiarité, ces traits communs sont sans doute suffisants pour dessiner les contours d'un modèle social communautaire minimum. La reprise de l'acquis communautaire a du reste constitué l'affirmation de l'existence de ce modèle social vis-à-vis des nouveaux États-membres.

Le modèle social européen, mythe ou réalité ?

Existe-t-il un modèle social européen ? Les travaux des sociologues et des économistes[2] conduisent à identifier des modèles sociaux type, en fonction de différents critères de classification. Loin de permettre un classement de chaque système de protection sociale, ces travaux permettent plutôt de définir des « répertoires »[3], par rapport auxquels se situer[4], permettant l'analyse et la compréhension des logiques à l'œuvre dans l'évolution des systèmes nationaux.

Répertoire d'État-providence	Résiduel	Institutionnel	Industriel
Référence géographique	Anglo-saxonne (Royaume-Uni)	Scandinave (Suède)	Continentale (Allemagne)
Objectifs	Lutte contre la pauvreté et le chômage	Assurance d'un revenu à chacun	Maintien du revenu des travailleurs
Technique	Ciblage	Redistribution	Assurance sociale
Critère d'accès aux prestations	Pauvreté	Citoyenneté	Statut professionnel
Nature de la prestation	Différentielle, sous condition de ressources	Forfaitaire, accès à des services sociaux	Contributive, proportionnelle
Mode de financement	Impôts	Impôts	Cotisations assises sur le salaire
Structure de décision et de gestion	État central	État central et collectivités locales	Partenaires sociaux

[1] Parlement européen, réunion des 8 et 9 mai 2006, note de synthèse : la mondialisation et le modèle économique et social européen.
[2] François-Xavier Merrien, « l'État social », Armand Colin, 2005 ; Richard Titmuss, « Essays on the welfare state », Allen and unwin, 1958 ; Guy Perrin, « Pour une théorie sociologique de la protection sociale », Revue française de sociologie, 1967 (p 299-324) ; Gosta Esping-Andersen, « Les trois mondes de l'État providence », PUF, 1999.
[3] Le terme est de Bruno Palier ; le tableau présenté est inspiré de celui figurant dans son ouvrage, « Gouverner la sécurité sociale », PUF, 2005, p 27.
[4] Le système français, par exemple, ne s'inscrit pas vraiment dans un des répertoires ainsi décrit, même si ses caractéristiques traditionnelles dominantes le rattachent plutôt à la référence continentale. Néanmoins, l'évolution depuis les années 70 puise dans les logiques d'autres « répertoires » : développement de minimas sociaux (modèle « résiduel »), politique familiale universelle et financement par la contribution sociale généralisée (modèle « scandinave »).

Le modèle social européen, mythe ou réalité ? (suite)
En matière de relations sociales et d'élaboration du droit du travail, il est également possible de classer les États-membres[5] en diverses catégories.

Situation géographique	Sud de l'Europe	Royaume-Uni/Irlande	Nord de l'Europe	Europe continentale
Représentation des travailleurs	Syndicalisme divisé	Syndicalisme corporatiste	Syndicalisme unifié	Syndicalisme unifié
Droit du travail	Loi et réglementation ; rôle néanmoins significatif du droit conventionnel	Négociation décentralisée ; rôle secondaire du droit conventionnel	Négociation centralisée ; droit conventionnel essentiel	Droit principalement conventionnel, mais conformité à la loi exigée et extension possible

L'élargissement suscite de nombreuses craintes

Le rapport du groupe de haut niveau sur l'avenir de la politique sociale dans une Union européenne élargie de 2004[6] a identifié les « peurs » principales provoquées par l'élargissement dans les anciens États-membres d'une part, et les nouveaux États-membres d'autre part.

Au sein des anciens États-membres, et le débat politique français l'a bien confirmé au moment du débat référendaire, le groupe de haut niveau distinguait trois peurs : l'immigration, le dumping social, les restructurations économiques.

Le rapport montrait que les craintes liées à **l'immigration** étaient exagérées car l'impact de l'élargissement sur l'immigration, réel, devrait néanmoins être limité. Les disparités de revenus n'entraînent pas par elles-mêmes une immigration de masse. Mesurées en termes de pouvoir d'achat, ces disparités sont moins élevées, notamment dans certains pays. Enfin, comme l'avait montré l'élargissement vers les pays du sud dans les années 80, les effets bénéfiques de l'élargissement sur la croissance des nouveaux pays membres offrent des opportunités aux personnes les plus susceptibles d'émigrer.

À l'heure actuelle, aucun État-membre n'a fait état de sérieuses perturbations de son marché du travail du fait des flux migratoires provenant des nouveaux pays membres. Au contraire, chacun s'oriente, de façon progressive et variable, sur une ouverture complète avant la date limite fixée à 2011.

La peur du **dumping social** paraît, quant à elle, tout à fait compréhensible. En effet, les nouveaux États-membres ont un revenu moyen correspondant à environ 46 % de la moyenne des quinze anciens États-membres. L'écart par rapport à la moyenne communautaire est plus fort que celui qui existait au moment de l'élargissement à l'Espagne et au Portugal. De plus, de nombreux pays issus du bloc dominé par l'ex-Union soviétique éprouvent une grande réti-

[5] D'après le rapport du Commissariat général du Plan déjà cité, 1999.
[6] Rapport du groupe de haut niveau sur l'avenir de la politique sociale dans une Union européenne élargie, mai 2004. Le groupe, qui regroupait des personnalités européennes, était présidé par Olivier Dutheillet de Lamothe.

cence à s'engager dans un mécanisme de régulation économique et sociale qui leur semble trop proche du système qu'ils viennent de quitter.

La crainte du dumping social

Le dumping social (voir rapport thématique 7) correspond à trois types de situations où l'employeur peut :
– tirer partie des différences entre les systèmes fiscaux et sociaux ou des différences de réglementation pour implanter un nouvel établissement ou pour délocaliser des activités ;
– imposer au salarié de renoncer à des avantages salariaux ou sociaux afin d'obtenir un emploi, comme par exemple dans le cas du détachement de salariés à l'étranger ;
– violer ou contourner le droit en vigueur afin d'en tirer un avantage économique, qu'il s'agisse de pratiques d'entreprises, voire d'États.

Plusieurs « affaires » ont alimenté, en France, au cours des dernières années, cette crainte du dumping social. Il en a été ainsi dès 1992 avec la délocalisation de l'usine Hoover de Dijon en Écosse. L'implantation d'usines dans les pays d'Europe centrale et orientale, notamment par les constructeurs automobiles, est suivie avec attention et inquiétude par l'opinion publique.

L'élargissement a conduit à médiatiser des situations d'entreprises sous-traitantes intervenant pour des entreprises françaises. Il en a été ainsi, par exemple, des chantiers de l'Atlantique à Saint-Nazaire où des contrôles de l'inspection du travail ont fait apparaître de nombreuses infractions à la législation du travail : prêt illicite de main-d'œuvre, marchandage, recours abusif au travail intérimaire, travail dissimulé, non respect des minima salariaux etc.

Cette crainte du dumping social se retrouve dans l'ensemble des pays de l'Union, comme le montre l'affaire « Vaxholm » avec le détachement de salariés lettons en Suède, qui pose la question du droit conventionnel applicable.

Toutefois, les disparités salariales entre nouveaux et anciens États-membres correspondent, en partie, à leur différence de productivité. Selon les données d'Eurostat[7], le coût salarial unitaire est beaucoup moins dispersé que le salaire horaire. Ainsi, l'écart entre la France et la Hongrie, de 1 à 6 en termes de coût horaire brut est ramené de 1 à 3 en termes de coût salarial unitaire. En outre, la croissance économique plus forte des nouveaux entrants conduit naturellement à des hausses salariales et induit, progressivement, un effet de rattrapage.

La peur des **restructurations économiques** est celle des délocalisations vers les pays d'Europe centrale et orientale, attractifs en raison des faibles niveaux de salaires et d'une protection sociale moins coûteuse. Là encore, l'expérience des années 80 montre que les investissements étrangers directs ont évidemment un effet positif sur la croissance des pays d'accueil ; ils contribuent aussi à augmenter leur productivité, le niveau des salaires et à renforcer l'ensemble des normes sociales applicables, donc à diminuer les disparités. Par ailleurs la crainte des délocalisations elles-mêmes doit être relativisée, tant les décisions d'investissement répondent à des déterminants multiples, le coût du travail n'intervenant que parmi bien d'autres facteurs (voir rapport thématique 7).

[7] Annuaire Eurostat 2004.

Il est ainsi tout à fait clair que l'entrée des nouveaux États-membres devra entraîner tout à la fois une convergence et un rattrapage économique, mais également social. C'est tout le sens de la reprise de l'acquis communautaire qui a été négocié avec ces pays au moment de l'adhésion (cf. supra partie I). Les craintes liées au dumping social, aux délocalisations ou à l'immigration de travailleurs ont une part de justification. Encore faut-il s'abstenir de les exagérer, ou de faire de nouveaux États-membres les boucs émissaires des difficultés propres aux « anciens » États-membres.

Il n'est pas inutile de noter que les populations des nouveaux États-membres redoutent de leur côté certaines conséquences de leur entrée dans l'Union. Leurs économies sont en transition et doivent faire face à des restructurations économiques importantes, génératrices de chômage et de déséquilibres régionaux.

L'élargissement est non seulement une chance pour les nouveaux entrants, auxquels il assure la stabilité politique, mais aussi un atout pour l'ensemble de l'Union grâce à l'émergence d'un marché plus étendu. La croissance économique forte des nouveaux entrants profite à l'ensemble. Mais il faut veiller à ce que cette croissance s'accompagne d'une égalisation des conditions de concurrence et, par conséquent, à ce que l'acquis communautaire soit bien repris dans chacun des nouveaux pays membres.

La directive sur la libéralisation des services

Cette proposition de directive dite Bolkenstein vise à compléter le dispositif favorisant la libre circulation des personnes, des capitaux et des marchandises dans le secteur des services. Le projet initial de la Commission prévoyait l'application des dispositions légales du pays d'origine en cas de circulation des services. C'est au pays d'origine qu'il revenait d'en contrôler le respect.

Ce texte a soulevé un émoi considérable au moment de la campagne référendaire ; les adversaires de la ratification du traité constitutionnel en faisant le symbole du dumping social qui menaçait la France. Ce risque apparaissait néanmoins faible dans la mesure où la directive sur le détachement des travailleurs prévoit depuis 1996 l'application des normes sociales fondamentales du pays d'accueil, comme par exemple le SMIC dans notre pays.

Tenant compte des craintes provoquées par la proposition initiale de la Commission, le Parlement européen a maintenu le principe de la libre prestation transfrontalière de services mais a supprimé le principe du pays d'origine. Les États-membres doivent garantir le libre accès à l'activité de services et son libre exercice, mais aux conditions du pays d'accueil en ce qui concerne le droit du travail. Certains secteurs restent exclus du champ d'application de la directive : les services d'intérêt général (SIG), c'est-à-dire la santé, les transports et certains services d'intérêt économique général (SIEG), comme les services sociaux. Le travail temporaire est également exclu ainsi que les services juridiques ou les activités participant à l'autorité publique.

La Commission a repris le texte adopté par le Parlement européen en première lecture qui convenait à la Confédération européenne des syndicats[8].

[8] Au moment de la rédaction du présent rapport, le texte doit encore être examiné par le Conseil avant de revenir en seconde lecture au Parlement européen.

L'Europe sociale peut-elle être un contrepoids aux défis de l'élargissement et de la mondialisation ?

Le débat qui a eu lieu au moment de la ratification du projet de traité constitutionnel a également fait ressortir la crise de légitimité de la construction européenne. Celle-ci est perçue par certains comme étant en réalité exclusivement économique ; l'Europe sociale n'étant qu'un paravent. Pour d'autres, la critique est encore plus fondamentale car ils considèrent que la construction communautaire est à l'origine de la remise en cause des fondements de notre droit social et des protections acquises par les salariés. Loin d'être l'assurance d'une meilleure régulation des effets de la mondialisation, elle en serait en quelque sorte le cheval de Troie et l'incarnation d'un « libéralisme anglo-saxon ».

Certains des adversaires de la ratification du traité ont ainsi contesté les fondements mêmes de cette dimension sociale qui n'est, selon eux, que l'accompagnement de la création d'un marché. « Il faut être naïf ou roué pour prétendre que les références à l'économie sociale de marché, au commerce équitable ou au plein emploi font contrepoids à l'ensemble des articles qui assurent le primat du marché. Il n'est pas besoin d'être juriste pour savoir que les responsables politiques aiment parer les textes juridiques de références générales voire généreuses, dépourvues de portée… Que pèse une référence à l'économie sociale de marché face à la masse des articles qui organisent les règles de concurrence ?…. Nous sommes instruits par cinquante ans de vie communautaire sur la base de traités qui ne se bornaient pas à affirmer le marché et la libre concurrence. C'est pourtant cela qui a structuré la politique européenne. »[9]

Au-delà des craintes liées à l'élargissement, on retrouve ainsi celles de la mondialisation, l'élargissement étant ressenti comme l'accélérateur des conséquences de la mondialisation.

Face à l'intensification des pressions migratoires et aux risques de délocalisations provoqués par la croissance des échanges, l'Union européenne peut alors apparaître, soit dépourvue de moyens d'actions, soit un collaborateur passif de l'instauration d'une zone de libre-échange sans régulation économique ni sociale.

Le rapport du Commissariat général du Plan : « Emploi, négociations collectives, protection sociale, vers quelle Europe sociale[10] ? »

Ce rapport établissait en 1999 quatre scénarios possibles d'évolution de l'Europe sociale.

– Un scénario d'Europe sociale fractionnée. L'hétérogénéité des modèles nationaux et la faiblesse des institutions communautaires empêchent toute évolution significative. Au niveau national, les systèmes de

[9] Yves Salesse, coprésident de la fondation Copernic *in* « La preuve par quatre », Constitution européenne, le texte intégral, le projet décrypté et commenté pour juger sur pièces, supplément à l'Humanité hebdo du 17 octobre 2004.

[10] Commissariat général au Plan : « Emploi, négociations collectives, protection sociale : vers quelle Europe sociale ? » rapport du groupe présidé par Joël Maurice, la Documentation française, 1999.

relations professionnelles et de protection sociale sont préservés. Ce scénario conduit à des tensions fortes à la fois au sein des États qui doivent assurer la pérennité de leur système social soumis à des contraintes externes liées notamment à l'élargissement, et au niveau de l'Union qui ne parvient pas à dépasser le stade de l'intergouvernementalité. Le Plan jugeait ce scénario non tenable durablement.

– Un scénario d'Europe sociale concurrentielle. Les différents systèmes nationaux convergent vers un modèle « libéral ». L'Union joue un rôle actif pour le faire prévaloir. Elle met au point un processus de convergence qui permet de démanteler les systèmes nationaux existants de régulation du marché du travail et de protection sociale. Le Plan considérait que ce scénario gommant les différences avec le « modèle » américain pouvait aboutir à susciter une réaction de défense des pays européens.

– Un scénario d'Europe sociale intégrée. Les différents systèmes nationaux convergent vers un système social privilégiant le dialogue social, la négociation collective centralisée et la consolidation d'un niveau élevé de protection sociale. Ce scénario suppose une intervention forte de l'Union avec des transferts financiers importants et conduit à un fédéralisme.

– Un scénario d'Europe de la solidarité dans la différence. Le social occupe une place éminente dans le processus de construction communautaire mais la constitution d'un espace social européen homogène est hors d'atteinte. Ce scénario suppose une péréquation financière entre les États et correspond également au fédéralisme mais avec un poids des États plus fort que dans le scénario précédent.

Le rapport du Plan jugeait peu probables les scénarios 2 et 3 qui supposent une harmonisation des systèmes de relations professionnelles et de protection sociale, le premier sur le modèle libéral à l'anglo-saxonne, le second sur le modèle des pays d'Europe du Nord.

Le scénario 1 de l'Europe sociale fractionnée, correspondant selon le Plan à la situation de 1999, était présenté comme un scénario instable ne pouvant trouver de solution que dans l'un des trois autres scénarios. Le rapport du Plan en concluait logiquement que le scénario 4 de l'Europe de la solidarité dans la différence devait être privilégié.

Cette typologie dégagée par le Plan peut apparaître arbitraire, voire bien schématique. Il va sans dire que la réalité échappe toujours à de telles catégorisations. La présentation du bilan de l'Europe sociale fractionnée peut être jugée sévère. N'est-ce pas la nature même de la construction sociale européenne que d'être un processus toujours incertain et fragile qui emprunte ses caractéristiques tant au premier qu'au dernier scénario ?

Quel que soit le scénario privilégié, le principal défi à relever sera bien de montrer que l'économie mondialisée et l'élargissement sont des facteurs de changement incontournables, mais que l'Union européenne peut adopter une stratégie permettant d'en saisir les aspects positifs tout en en régulant les contraintes.

Le groupe à haut niveau[11] mentionnait ainsi la nécessaire adaptation du modèle social européen caractérisé par le fait que tous les États de l'Union sont marqués par le lien entre performance économique et progrès social. Ce modèle social met en œuvre trois compromis : compromis entre l'État et le marché, entre le travail et le capital, entre l'État-providence et la responsabilité individuelle.

[11] *op. cit.*

Ce sont ces trois compromis qui doivent s'ajuster pour faire face aux conséquences de la mondialisation :

– adaptation du financement de la protection sociale, afin que celui-ci soit équitablement réparti sur tous les revenus et pas seulement ceux du travail ;
– développement du dialogue social au niveau européen mais aussi international, et prise en compte de l'équilibre entre flexibilité et sécurité dans une perspective favorable à l'emploi et à l'innovation ;
– lutte contre l'exclusion sociale et renforcement de la cohésion sociale ;
– définition de nouvelles sécurités en faveur des salariés, en complément de l'État-providence traditionnel : accès à la formation tout au long de la vie, actionnariat salarié.

Le groupe se prononçait sur cette base pour des orientations politiques en cinq points :

– centrer la stratégie européenne pour l'emploi sur l'allongement de la vie active en augmentant le taux d'activité des jeunes, celui des femmes et des seniors, en mettant en œuvre la formation tout au long de la vie, et en accompagnant les mutations économiques ;
– réformer les systèmes de protection sociale en « rendant le travail payant »[12], en élargissant la base de financement des systèmes de sécurité sociale, en rendant les prestations plus efficaces, notamment dans le champ de la santé, et en adaptant les systèmes afin qu'ils favorisent les transitions professionnelles entre travail, formation, activité indépendante, projet personnel ;
– favoriser l'insertion sociale avec une approche intégrée et cohérente des politiques économiques et sociales (lutte contre la pauvreté, prise en compte des effets du vieillissement démographique, insertion des immigrés) ;
– permettre aux couples européens d'avoir le nombre d'enfants qu'ils désirent en favorisant la conciliation vie familiale/vie professionnelle et en encourageant une répartition équitable des tâches au sein des couples ;
– élaborer une véritable politique commune de l'immigration avec des mesures communes de protection, la définition de critères de sélection donnant la priorité à certains types d'immigrés en fonction des besoins du marché du travail, le développement de la coopération avec les pays tiers.

Ce constat rejoint les préconisations de Jean-Baptiste de Foucauld sur la définition d'un nouveau contrat social pour l'Europe, de nature à améliorer sa cohésion sociale par la définition de valeurs communes et la coordination des réformes structurelles : « Il s'agit d'échanger sur nos pratiques, d'inventorier les meilleures, de mettre en œuvre ensemble les réformes pour en alléger le coût et densifier leur crédibilité. Car peu à peu une intelligence sociale des acteurs s'est forgée. »

[12] Traduction de l'anglais « to make work pay », faisant référence à la différence de revenu jugée nécessaire entre une situation de non-emploi (perception d'allocations chômage ou de minimas sociaux) et une situation d'emploi, pour rendre cette dernière attractive.

La portée de ce nouveau contrat social est grande, car il illustre, selon Jean-Baptiste. de Foucauld, le rôle que doit jouer l'Union européenne dans la recherche d'un nouveau modèle social : « ce modèle social rénové doit être un atout de compétitivité et il ne saurait s'accompagner d'une simple défense des mécanismes de protection sociale tels que mis en place au lendemain de la dernière guerre, tant a changé la problématique de l'emploi. Ce n'est pas non plus en détruisant ce qui existe ou en dérégulant à l'anglo-saxonne que l'Europe affirmera son identité. C'est en innovant, en construisant à partir des règles existantes les nouvelles régulations de la société post-industrielle »[13].

Le poids et le positionnement français sont remis en cause dans une Europe élargie

La position française était traditionnellement très forte à Bruxelles

La France a longtemps joué un rôle moteur dans la construction de l'Europe sociale. Compte tenu de son histoire politique et sociale, il lui semblait tout naturel que l'Europe reposât sur un pilier économique et sur un pilier social. Les caractéristiques de son système social la conduisaient à définir ce pilier social comme un ensemble de normes légales. Il était donc normal que la responsabilité en incombe pour l'essentiel, sur proposition de la Commission, au Conseil des ministres, principal législateur communautaire jusqu'à la mise en œuvre de la procédure de codécision avec le Parlement européen, à partir des années 90.

Son influence à Bruxelles était considérable. Pays fondateur, pays de droit écrit, pays habitué de longue date à la pratique des organisations internationales, et au premier chef à l'Organisation internationale du travail ou au Conseil de l'Europe, elle a contribué à façonner non seulement les institutions communautaires mais aussi leur esprit. Même si toute l'histoire de la construction européenne est caractérisée par une relation très ambiguë de la France avec la Commission européenne, institution supranationale, chacun sait combien les institutions de la CEE ont été inspirées du modèle administratif français.

La culture nationale française et la pratique des institutions de la V^e^ République ont d'ailleurs conduit, très naturellement, à privilégier l'action auprès de la Commission, organe exécutif. Le président Delors a joué un rôle considérable de 1985 à 1995 pour asseoir les fondements de la construction

[13] Jean-Baptiste de Foucauld, in Encyclopédie de la protection sociale, sous la direction de F. Charpentier, Economica, Éditions liaisons, 2000.

sociale communautaire que ce soit dans la mise en œuvre de l'Acte unique de 1985, dans l'émergence d'un dialogue social au niveau européen, ou encore dans la préparation du traité de Maastricht et de l'Union économique et monétaire.

La place du français dans l'ensemble des institutions, et particulièrement à la Commission et à la Cour de Luxembourg était une manifestation éclatante et symbolique de cette influence française. Le choix des trois capitales européennes (Bruxelles, Luxembourg et Strasbourg) en était une autre illustration, le témoignage géographique du fait que la France était au cœur de l'Europe.

La place centrale du Conseil des ministres comme organe de décision, le rôle du Conseil européen réunissant les chefs d'État et de gouvernement comme force d'impulsion politique convenaient bien à la conception française de l'action publique.

Très logiquement, l'organisation administrative en charge du suivi des questions communautaires a été le reflet de cette situation. Il fallait avant tout être en position de faire pression sur la Commission et de négocier efficacement au sein du Conseil les propositions de règlement et de directive. Le SGCI, devenu SGAE, a ainsi été configuré pour permettre une diffusion rapide de l'information au sein des ministères et pour réaliser une coordination efficace et bien centralisée du processus d'examen des textes. Les pouvoirs publics étaient ainsi assurés que l'ensemble des ministères concernés par un projet de la Commission en était bien informé. L'examen interministériel garantissait une qualité d'expertise tant technique que transversale. Enfin, la France, par le biais de la représentation permanente à Bruxelles, émanation du SGCI, parlait en toutes circonstances d'une seule voix, et cela à toutes les étapes de la procédure.

En amont de la présentation d'une proposition de texte par la Commission, les administrations étaient également bien préparées pour exercer leur influence et peser indirectement sur les choix de la Commission. La communauté de « culture administrative » avec les services de la Commission, la place du français, le rôle des commissaires français ou des présidents de la Commission, l'existence comme en France de cabinets auprès des commissaires créaient une grande proximité d'analyse et d'expertise.

L'influence française est menacée

Tout ce contexte est aujourd'hui bouleversé pour des raisons objectives. Les élargissements successifs ont progressivement dilué cette influence si forte dans les années 60 et encore dans les années 80. Il suffit de noter que la France représente seulement 13 % de la population totale de l'Union. La pondération des voix pour le calcul de la majorité qualifiée lui donne 9 % des droits de vote. Elle n'a plus qu'un seul commissaire sur 25 contre deux sur 20 avant le dernier élargissement, 78 députés contre 87.

Parallèlement, l'influence britannique s'est légitimement développée depuis l'entrée de la Grande-Bretagne dans l'Union en 1972. La langue anglaise a naturellement conquis une place de plus en plus importante : ainsi l'anglais est dorénavant la langue d'origine de près de 62 % des documents produits par la Commission contre 35 % en 1992 alors que le français est passé de 47 % à 26 % au cours de la même période[14]. De nombreux concepts juridiques issus du droit anglo-saxon ont fait leur apparition.

Le Parlement européen est devenu un acteur central et un vrai co-législateur au côté du Conseil des ministres avec la généralisation de la procédure de co-décision. La Commission de son côté donne le sentiment d'avoir du mal à trouver une place dans l'évolution du triangle institutionnel : Conseil/Parlement/Commission. La montée en puissance du Parlement européen se fait au détriment de la Commission qui perd en partie sa place de moteur des institutions et d'incarnation du projet européen.

Mais la culture politique française rend probablement plus difficile de travailler avec le Parlement européen. Comme le soulignent Y. Bertoncini et T. Chopin dans une note de la Fondation Robert Schumann[15], « il est certain que les eurodéputés français ont jusqu'ici peiné à se faire entendre dans les débats parlementaires et à peser sur les décisions prises au Parlement européen, où leur influence est demeurée structurellement faible ».

Ce déficit d'influence s'expliquerait pour trois raisons principales :

– la dispersion des eurodéputés français entre les différents groupes politiques et la faiblesse relative de leur représentation parmi les trois groupes principaux : socialiste, chrétien démocrate et libéral ;
– une présence insuffisante au sein des commissions parlementaires, notamment celles dont l'influence est marquante en matière législative et économique et sociale, dont la commission de l'emploi et des affaires sociales ;
– une implication insuffisante dans la vie de l'institution parlementaire, souvent liée à un taux de présence à Strasbourg et à Bruxelles inférieur aux eurodéputés britanniques et allemands.

Ce déficit d'influence est également net par rapport au processus de décision bruxellois, très marqué par les poids des lobbies et des groupes d'influence. Le fonctionnement de l'univers communautaire apparaît déroutant au premier abord pour un observateur français qui aura tendance à critiquer ce qui lui semblera l'opacité des circuits de décision mais qui n'est que la conséquence d'un processus de décision mêlant souveraineté nationale et institutions supranationales. En deuxième analyse, et en tenant compte de cette spécificité, il sera sensible aux efforts de transparence et d'ouverture à la société civile, à la fois dans la préparation des propositions et le cheminement des projets de directives.

[14] Multilinguisme et traduction, Direction générale de la traduction de la Commission européenne, mars 2005.
[15] Le Parlement européen : un défi pour l'influence française de Yves Bertoncini et Thierry Chopin, Notes de la Fondation Robert Schumann, avril 2004.

La Commission recourt à des « livres verts » qui exposent les données d'une question, puis à des « livres blancs » qui proposent des pistes de réforme. Livres verts et livres blancs donnent lieu à une consultation la plus large et la plus ouverte possible. Le Parlement européen est, comme nous l'avons vu, la caisse de résonance naturelle des différents courants sociaux ou des préoccupations de la société civile européenne en cours de formation. Les lobbys y sont très naturellement présents, de même qu'auprès de la Commission. Leur place y est reconnue à l'image de ce qui se passe aux États-Unis.

L'influence scandinave a parallèlement conduit depuis le milieu des années 90 à développer une approche beaucoup plus ouverte des processus de décision avec une communication au public croissante. Ce souci de transparence, juste corollaire de la place croissante des lobbys d'une part, juste compensation de la tradition diplomatique du compromis marquée par l'opacité, couramment pratiquée dans les conseils européens d'autre part, modifie considérablement les circuits de décision politique et administrative.

Tous ces éléments conduisent à une place croissante de la représentation des lobbys ou des « think tank » et doivent amener, de plus en plus, à savoir utiliser les mêmes outils que ceux-ci. Informer et communiquer le plus largement possible et auprès de l'ensemble des acteurs sur les positions nationales devient une nécessité fondamentale. Il ne suffit pas de vanter les mérites du système social français ou du modèle social européen. Il faut le défendre et l'illustrer sur la scène communautaire.

En ce qui concerne le dialogue social, là aussi, l'influence de la France est menacée. La pluralité syndicale française peut être un facteur de faiblesse. Que pèsent les cinq confédérations françaises face aux puissants syndicats allemands ou scandinaves ? Pluralisme et division syndicale peuvent être un facteur de marginalisation, d'autant plus que la tradition syndicale nationale de méfiance vis-à-vis du compromis peut se retourner contre les intérêts français.

En conclusion, il faut rompre avec l'habitude de travailler avec une administration bruxelloise, francophone, et centralisée, obéissant aux mêmes règles que les Pouvoirs publics français. Il est, aujourd'hui, nécessaire d'apprendre à exercer son influence sur plusieurs acteurs, dont le Parlement européen, et savoir utiliser tous les canaux d'information et d'influence.

Chapitre 2

L'évolution des modes d'intervention en matière sociale au niveau européen

L'approche normative traditionnelle décline

L'approche normative, qui a longtemps prédominé dans la politique sociale européenne est aujourd'hui discutée, voire remise en cause et concurrencée par d'autres voies.

L'activité législative marque le pas

À partir du socle limité que lui offrait le traité de Rome, la législation communautaire dans le domaine social a connu un essor important, progressant par vagues au rythme des traités successifs qui élargissaient le champ des compétences et allégeaient les contraintes décisionnelles.

La dernière phase de développement législatif dans le domaine social a suivi la signature du traité d'Amsterdam dont l'entrée en vigueur a ouvert de nouveaux domaines à l'intervention européenne. L'adoption de quatre nouvelles directives en matière d'égalité de traitement et de lutte contre les discriminations en est le résultat le plus direct et le plus visible. Mais la dynamique ainsi créée a contribué à débloquer des propositions législatives qui étaient enlisées pour certaines depuis des années, telles que celle portant sur l'implication des travailleurs dans la société européenne ou celle relative à l'information et à la consultation des salariés dans l'entreprise. Au total la période a été marquée par une intense activité législative dans le domaine social. Cette dynamique tend à s'essouffler, laissant la place à ce que l'on peut considérer et qui est parfois explicitement présenté comme une « pause » législative. On peut y voir un phénomène conjoncturel correspondant au point bas d'un cycle dans un processus dont l'historique montre qu'il évolue plus par à coups que de façon continue. Mais beaucoup d'éléments laissent à penser que cette pause est susceptible de durer.

Les problèmes de mise en œuvre de la législation existante dans un espace social élargi et de plus en plus hétérogène prennent une acuité nouvelle. Pour les « nouveaux pays » qui doivent souvent reconstruire un tissu social et des relations collectives de travail, la mise en œuvre de l'acquis communautaire constitue un défi majeur. Si la transposition de la réglementation européenne y est réalisée de façon formelle, les partenaires sociaux ne sont pas toujours en mesure de la faire vivre en raison de la faiblesse de la négociation collective. Dans ce contexte, le développement de nouvelles normes sociales innovantes dans le cadre européen manquerait pour le moins de crédibilité et s'apparenterait plutôt à une fuite en avant.

Dans la plupart des États-membres, les évolutions significatives introduites dans des domaines nouveaux, tels que la lutte contre les discriminations, ne sont pas encore totalement absorbées ni dans les textes – si l'on en croit le nombre des procédures engagées pour défaut ou insuffisance de transposition – ni a fortiori dans les pratiques et la réalité quotidienne. Même si des développements ne sont pas à exclure, compte tenu des pressions importantes qui se manifestent, notamment du côté des organisations de personnes handicapées ou des minorités sexuelles, pour en étendre le champ d'application.

En dehors de ce dernier point, il semble que le champ actuellement ouvert à la législation dans le domaine social ait été assez largement labouré et que de nouveaux développements supposeraient une extension nouvelle des compétences consenties à l'Union européenne. Peu plausible à court terme compte tenu du contexte politique, celle-ci sera en tout état de cause difficile, dans la mesure où l'on s'approche du « noyau dur » des compétences nationales, celui où se manifeste la plus grande réticence à envisager des transferts de souveraineté : protection sociale, rémunération, droit de grève…

Enfin, la tendance dominante est aujourd'hui à questionner l'efficacité et l'opportunité de l'intervention législative de façon plus générale dans le processus de régulation européen. Le livre blanc sur la gouvernance européenne[16] publié par la Commission européenne en 2001 se faisait déjà l'écho de ce souci de « meilleure législation », devenu depuis un mot d'ordre au niveau européen qui traduit le souci de clarification et de simplification de l'action communautaire pour la rendre plus accessible et plus efficace. Si la présentation de la Commission met l'accent sur la complémentarité des approches, soulignant que « la voie législative n'est souvent qu'une partie d'une solution plus vaste, combinant des règles formelles avec d'autres, non contraignantes », ce questionnement traduit aussi des réticences plus profondes par rapport à l'approche réglementaire qui manifestent le renforcement dans les enceintes européennes de la tendance libérale, mettant l'accent sur le libre jeu du marché.

[16] « Gouvernance européenne – un livre blanc » Commission des communautés européennes, Bruxelles, 25 juillet 2001, COM (2001) 428 final.

« Mieux légiférer »

La Commission met dorénavant l'accent sur la nécessité d'améliorer et de simplifier la réglementation communautaire. Tout en affirmant que des règles communes permettent d'harmoniser les conditions de la concurrence au sein de l'Union et donc de créer les conditions de la croissance, elle met en garde contre les conséquences néfastes de réglementations inutiles ou trop détaillées.

« Cutting red tape and over-regulation » (réduire la paperasserie et la sur-réglementation) devient une de ses priorités. L'amélioration de la législation, la lutte contre l'excès de réglementation et les obstacles bureaucratiques occupent désormais une place centrale dans les objectifs de la commission tels qu'ils sont présentés dans sa communication d'avril 2005 « Améliorer la réglementation pour la croissance et l'emploi dans l'Union européenne » et repris dans « La stratégie de Lisbonne renouvelée ».

Les propositions de la Commission pour une meilleure réglementation s'articulent autour des points suivants :

– retrait ou modification de propositions engagées dans le processus législatif ;

– renforcement de l'évaluation de l'impact de nouvelles propositions législatives et réglementaires et amélioration de la consultation publique ;

– accélération du programme de simplification de la législation existante.

La Commission a annoncé au printemps 2006 son intention de retirer un tiers des propositions législatives en cours de discussion : 67 propositions sur 183 en instance devant le Conseil ou le Parlement européen. Parallèlement, elle souhaite travailler en coopération plus étroite avec les États-membres pour faire en sorte qu'au niveau national ces principes de meilleure réglementation soient également mis en œuvre.

Cette démarche soulève naturellement une certaine inquiétude au Parlement européen ou parmi les organisations syndicales qui craignent que, sous couvert de la lutte contre la paperasserie administrative, la Commission ne renonce à réguler le Marché unique et à renforcer les droits des salariés (proposition de directive sur les rayonnements optiques ou le travail temporaire).

La prise en compte de ces divers éléments a pu amener à considérer, comme le groupe de haut niveau mis en place par la Commission pour réfléchir à l'avenir de la politique sociale européenne[17], que « les mesures législatives sont plus derrière nous que devant nous ».

S'il paraît difficile de se prononcer sur les perspectives à long terme, où des évolutions ne peuvent être exclues, notamment dans le champ des compétences reconnues à l'Union européenne, ce diagnostic a en revanche une forte probabilité de se révéler exact dans le futur proche. Ces perspectives doivent amener à reconsidérer l'organisation et le mode de travail mis en place en France pour traiter de la politique sociale communautaire, qui restent essentiellement axés sur la procédure législative.

[17] Rapport du groupe de haut niveau sur l'avenir de la politique sociale dans une Union européenne élargie, mai 2004. Le groupe qui regroupait des personnalités européennes d'horizon divers était présidé par Olivier Dutheillet de Lamothe.

Le dialogue social européen est en panne

Saluée lors de sa mise en place[18] comme une avancée majeure pour la politique sociale européenne, l'entrée des partenaires sociaux dans le processus d'élaboration des normes communautaires avait été présentée tout à la fois comme une réponse au déficit démocratique de la construction européenne et comme une solution aux échecs du processus législatif traditionnel auquel la négociation collective pouvait se substituer comme source alternative de droit. Le législateur communautaire se trouvait même relégué à un rang subsidiaire par la priorité donnée aux partenaires sociaux pour toute initiative communautaire dans le domaine social.

Si le bilan reste à ce stade limité, il n'en est pas moins réel (Cf. supra) et la dynamique du dialogue social européen se traduisait depuis 1995 et jusqu'à une période récente par l'adoption bon an mal an d'un accord collectif tous les deux ans environ.

Il semble toutefois que cette dynamique tende à s'effriter comme en témoigne l'affaiblissement du rythme de signature des accords mais aussi l'échec de négociations phare telles que celle sur le travail temporaire en 2001, qui illustre les difficultés des partenaires sociaux à s'entendre au niveau européen sur des normes sociales pourtant minimales.

Malgré les exhortations répétées du Conseil et de la Commission laquelle, dans sa communication sur le dialogue social au niveau européen[19], invitait « les partenaires sociaux européens à mieux occuper leur espace contractuel au niveau européen », il semble que l'horizon ne soit guère plus prometteur pour ce qui concerne l'émergence et l'aboutissement de nouveaux chantiers conventionnels qu'il ne l'est pour les chantiers législatifs.

De fait les partenaires sociaux européens ne semblent pas décidés à faire un usage très développé de la capacité de « co-législateurs » que leur offre le Traité. Leur programme de travail pour 2006-2008 ne retient, comme le précédent (2003-2005) à côté d'études, séminaires ou dispositifs de suivi, que des perspectives d'accords « volontaires », de portée nettement moins contraignante que les accords traditionnels intégrés au droit communautaire par voie de directive.

Cette difficulté de la négociation collective à trouver un réel essor et à prendre le relais d'une initiative législative défaillante pour devenir le moteur espéré de la politique sociale communautaire s'explique par plusieurs facteurs.

Elle résulte tout d'abord des faiblesses structurelles du dialogue social communautaire :

– le mouvement syndical n'est pas en mesure de mobiliser ni de mener des actions collectives au niveau européen qui le doteraient de moyens de pression dans les négociations ;

[18] Par l'accord sur la politique sociale annexé au traité de Maastricht (1992) Cf. plus haut.
[19] « Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement » COM (2002) 341.

– la partie patronale de son côté n'a jamais caché sa réticence à s'engager dans une négociation collective au niveau européen et n'a accepté une telle éventualité que pour mieux contenir une activité législative communautaire dont elle craignait les développements intempestifs sous l'effet conjugué du volontarisme de la Commission et de l'extension du vote à la majorité qualifiée[20] ;
– enfin, le flou qui demeure concernant la représentativité des partenaires sociaux au niveau européen, dont les critères n'ont pas été définis de façon formelle, se traduit par une incertitude quant à la légitimité et à l'effet normatif des accords qu'ils concluent, lorsque leur contenu n'est pas transcrit dans un texte législatif communautaire.

Mais l'atonie de la négociation collective reflète aussi le ralentissement de l'activité législative. En effet, l'expérience des dernières années montre que la menace d'un instrument législatif contraignant a souvent été un moteur essentiel pour les partenaires sociaux, les conduisant à engager des négociations et à les faire aboutir. La menace législative tendant à s'estomper il n'est pas étonnant que la dynamique de ce mode de négociation « dans l'ombre de la loi »[21] en soit affectée.

La « soft law » connaît un réel essor

La remise en cause de la norme contraignante a comme contrepartie logique la montée de la « soft law » qui s'incarne dans le développement de la « méthode ouverte de coordination ».

L'engouement que suscite cette démarche et son caractère consensuel tiennent sans doute à sa capacité affichée à concilier les inconciliables : souplesse et directivité, intervention européenne et souveraineté nationale. Selon le rapport précité du groupe de haut niveau, la force de la méthode ouverte de coordination (MOC) est de permettre une coopération au niveau européen dans des domaines politiques pour lesquels les États-membres restent seuls responsables.

Au-delà de cet outil spécifique, le concept de « soft law » ne constitue pas une nouveauté dans le paysage institutionnel et juridique européen et le recours à l'instrument des recommandations a suscité dans les années 1965-1970 des débats du même type[22].

[20] Voir le point de vue de Z. Tyszkiewicz, Président de l'UNICE à l'époque, « The european social dialogue : a personal view » in E. Gabaglio and R. Hoffmann, « European Trade Union Yearbook », ETUI, 1999.

[21] B Bercusson, « Maastricht : a fundamental change in European labour law », Industrial Relations Journal, vol 21, 1992.

[22] Cf. Antoine Lyon-Caen, colloque « Quelle régulation sociale pour une Europe élargie ? » organisé les 9 et 10 octobre 2003 par l'Université européenne du travail, Droit Social.

Des interrogations persistent quant à la place que la « soft law » est appelée à occuper dans le futur de la politique sociale européenne.

– alternative à l'approche normative, comme le craignent – ou le souhaitent – ceux qui voient avant tout dans la méthode ouverte de coordination (MOC) le moyen d'éviter de nouveaux développements législatifs ?

À cet égard, il est permis de s'interroger, notamment, sur la compatibilité de certaines des orientations économiques de la stratégie européenne de l'emploi, qui supposent une dérégulation du marché du travail, avec la poursuite d'élaboration de normes minimales harmonisées au plan législatif[23].

– complément de cette approche, comme l'affirme le discours officiel qui appelle à la combinaison de tous les instruments existants autour des objectifs stratégiques de l'agenda social européen,
– moyen d'ouvrir des champs nouveaux pour l'Europe sociale, aujourd'hui réservés à la compétence nationale mais dans lesquels une action concertée apparaît nécessaire,

C'est clairement à ce dernier cas de figure que répondait le lancement en 1997 de la stratégie européenne pour l'emploi, en application des dispositions du traité d'Amsterdam. Depuis la méthode semble bien avoir été étendue dans cette perspective, pour permettre d'évoquer au niveau européen des secteurs qui ne peuvent actuellement faire l'objet d'une approche normative : lutte contre l'exclusion et la pauvreté (depuis l'année 2000), pensions de retraite (depuis 2002), santé et des soins de longue durée (à partir de 2006). La question se pose alors de savoir si la MOC pourrait remplir une fonction de précurseur susceptible de déboucher éventuellement dans le futur sur la reconnaissance de nouvelles compétences sociales dévolues à l'Union.

Mais le recours à la méthode ouverte de coordination pose d'autres défis. La valeur ajoutée essentielle de l'exercice réside dans la définition au niveau européen de choix stratégiques clairs par les États-membres, qui conviennent de les mettre en œuvre au niveau national.

Dès lors il s'agit de :

– Garantir la mise en œuvre effective des orientations

Le suivi de l'application par les États-membres d'orientations qui n'ont pas de valeur juridiquement contraignante s'avère évidemment plus difficile encore à réaliser que celui des directives.

Le contrôle par les pairs qui est au centre du dispositif ne répond que partiellement à cet objectif, la prise en considération d'aspects diplomatiques lui conférant un caractère quelque peu formel. Par ailleurs le système de suivi statistique basé sur des indicateurs clés (ou *benchmarking*) comporte de son côté un risque d'instrumentalisation, le positionnement au regard des indicateurs

[23] Cf. M.E. Blas Lopez, « le cadre d'action des partenaires sociaux européens : panorama, mutations et enjeux à l'heure de la mondialisation », Droit Social n° 5, mai 2006.

pouvant devenir un objectif en soi, au détriment de la mise en œuvre des orientations stratégiques.

– Maintenir le caractère stratégique de la démarche

L'une des principales critiques adressées à la MOC au stade actuel réside dans les tendances à la bureaucratisation qu'elle développe, qui risquent également de faire perdre de vue les orientations stratégiques. Ces préoccupations ont trouvé un écho très clair au sein du groupe de haut niveau, selon lequel « il ne faudrait pas que la MOC devienne un simple exercice de rapport ».

Se trouve ainsi posée la question de l'articulation entre le technique et le politique, tant au plan national qu'européen, où le Conseil des ministres du travail et des affaires sociales tend parfois à apparaître comme la chambre d'enregistrement des travaux menés au niveau technique.

– Lui donner un caractère plus démocratique

Une autre critique, qui n'est pas sans lien avec la précédente, tient au caractère insuffisamment démocratique d'un processus dont, à la différence du processus législatif, le Parlement et les partenaires sociaux européens sont assez largement tenus à l'écart. Il y a là un enjeu important, tant au niveau européen que national. Au plan européen les partenaires sociaux sont associés au processus sous forme de contributions ponctuelles et consultatives, qui restent bien en deçà de leur rôle dans l'élaboration des normes de droit social.

Au plan national, dans la plupart des États-membres, la stratégie européenne pour l'emploi a donné lieu au développement d'instances de dialogue avec les partenaires sociaux telles que le Comité du dialogue social européen et international (CDSEI) en France. Le rôle de ces instances est plus ou moins poussé, allant de la simple consultation à la coproduction des plans nationaux. Dans plusieurs pays en effet, les plans nationaux pour l'emploi ont été élaborés dans un cadre tripartite, certains ayant même fait l'expérience du tripartisme spécifiquement à cette occasion[24].

– Tirer parti du processus d'apprentissage

Le processus d'apprentissage mutuel (ou *mutual learning*) réalisé au travers de la MOC revêtait un aspect quelque peu subsidiaire aux yeux des promoteurs de la stratégie européenne pour l'emploi, dont elle constituait en quelque sorte une retombée non dénuée d'intérêt. Cet aspect tend aujourd'hui à devenir central dans les exercices MOC, peut-être parce que l'aspect stratégique se révèle à l'épreuve de la réalité moins convaincant.

Reste à assurer le suivi opérationnel de ces échanges d'expériences qui revêtent un caractère nécessairement ponctuel et quelque peu formel. Seule en effet une analyse plus fouillée du contexte et des facteurs de réussite – ou d'échec –

[24] M. E Blas Lopez, document précité.

des mesures prises en compte permet d'envisager les conditions de leur éventuelle transposition dans un contexte différent. Une telle analyse doit mettre en jeu de façon articulée le niveau européen et national, pour les États-membres intéressés.

Le développement de nouvelles formes de régulation sociale au niveau européen pose de façon générale la question du mode de participation nationale aux travaux correspondants. Le système français de suivi et de pilotage des questions communautaires a été conçu pour un travail de négociation formelle, entre acteurs gouvernementaux, orienté vers la production de normes juridiques, qui a longtemps été le mode prédominant de développement de la politique sociale communautaire.

Que ce soit au sein des ministères sociaux ou en dehors, à travers le SGCI – SGAE et la représentation permanente à Bruxelles, le système reste essentiellement organisé sur cette base et se révèle moins bien adapté à des modes de travail plus diffus, mettant en jeu une pluralité de niveaux et d'acteurs, et où la capacité d'influence compte autant que la défense de positions formelles.

La transformation de ce dispositif pour en faire un outil de gouvernance adapté au cadre actuel et à venir d'élaboration de la politique sociale européenne constitue un enjeu majeur.

Chapitre 3

Les incertitudes autour de l'Europe sociale

S'ils ont eu un effet révélateur, les résultats du référendum français n'ont fait que mettre en lumière un phénomène déjà présent, et identifié comme tel, de désaffection des citoyens vis-à-vis de l'Europe :

– qui ne se limite pas à la France, comme le montrent les résultats, antérieurs, du référendum irlandais, et ceux, postérieurs, du référendum néerlandais, mais aussi les informations tirées notamment des sondages effectués dans d'autres pays de l'Union qui n'ont pas recouru à cette procédure ;

– qui ne concerne pas seulement les institutions européennes, reflétant un manque grandissant de confiance dans les institutions et l'action politiques de façon plus générale, mais se manifeste à son égard avec une particulière acuité et selon des modes spécifiques ;

– qui n'est pas circonscrit aux aspects sociaux de la politique communautaire, mais dans lequel ceux-ci prennent une importance particulière, dont on peut juger à partir de la place que les « questions sociales » ont occupée dans les débats et prises de position qui ont marqué la campagne référendaire en France.

L'Europe sociale à la fois au centre et absente du débat référendaire

Le social a occupé une place importante dans la campagne référendaire et donc, logiquement, dans ses résultats. À travers l'image du « plombier polonais », l'opposition à la directive Bolkenstein, le spectre du dumping social, c'est bien la crainte des conséquences sociales réelles ou virtuelles de la construction européenne, de l'ouverture des marchés à un nombre croissant de pays qui s'est exprimée. Si, de manière générale, l'Europe est ressentie comme une contrainte plutôt qu'elle ne représente une espérance, c'est d'abord en raison de la lecture qui est faite de ses effets sociaux, plus connus sous l'angle des méfaits que des avancées.

Le paradoxe est que le social, bien qu'au centre du malaise et des questions posées n'a pas été en lui-même objet de débat : la coexistence de plusieurs modèles sociaux en Europe et le type de modèle social à retenir au niveau européen, l'ampleur souhaitable de l'intervention communautaire en matière sociale et la répartition des compétences et des responsabilités entre le niveau national et supranational, les objectifs à retenir pour une Europe sociale à 25 n'ont guère été abordés dans la discussion publique. Comme si la question ne se posait pas et comme si une Europe « plus sociale » viendrait nécessairement reprendre l'approche et prolonger le modèle français.

Pourtant les positions exprimées sur le déséquilibre entre le volet économique et le volet social de la construction européenne, sur la nécessité d'éviter les effets pervers d'une concurrence entre les modèles sociaux, et donc d'une harmonisation fiscale et sociale, auraient dû conduire à aborder ce type de questions. De même les préoccupations soulevées par d'autres fractions de l'opinion et des responsables politiques par rapport au développement d'une approche fédérale et supranationale jugée excessive auraient dû mener à une discussion sur les frontières de la responsabilité en matière sociale.

Cet apparent paradoxe reflète la grande difficulté du débat sur le volet social de la construction communautaire dont il constitue un point névralgique, en même temps qu'il apparaît comme le carrefour de toutes les ambiguïtés.

L'Europe sociale : un concept et des attentes ambigus

Le projet européen hésite entre libéralisme et politiques communes

Le projet européen depuis l'origine donne lieu à deux conceptions différentes entre lesquelles le choix n'a jamais été explicité.

La première correspond à une interprétation littérale du traité de Rome, lequel procède d'une vision clairement et exclusivement libérale, celle d'un grand espace de libre circulation des biens et services et des facteurs de production. Dans cette vision de l'Europe, l'intervention politique ne se justifie que pour lever les entraves à la liberté du marché. Les premières mesures prises dans les années 70 pour faciliter la libre circulation des travailleurs à travers la coordination des régimes de sécurité sociale (règlements 1408/71 et 542/72) ou à travers l'égalité de traitement entre les travailleurs nationaux et les autres travailleurs communautaires (règlements 1612/68 et directive 68/360) procèdent clairement de cette approche. S'y relient également les orientations plus

récentes prises pour favoriser la mobilité intracommunautaire et achever la réalisation d'un véritable marché du travail européen.

La deuxième conception voit dans le marché commun un point de départ, et la base de développement de politiques communes. Cette conception a toujours été présente du côté français et le refus du traité de Rome par le Royaume-Uni lui a permis de prévaloir, à travers un processus fondé sur la mise en œuvre de politiques communes dans un nombre croissant de domaines, dont le domaine social. C'est ainsi que la politique sociale, au départ simple auxiliaire de l'objectif de libre circulation, a peu à peu développé des objectifs autonomes : la lutte contre les discriminations fournit de ce point de vue un exemple particulièrement éclairant.

Le projet de constitution européenne a sans doute pour la première fois levé le voile sur cette ambiguïté, qu'une partie de l'opinion semble avoir découverte.

Le concept d'Europe sociale souffre de nombreuses ambiguïtés

Le concept d'« Europe sociale » est ambigu. Son invocation à travers l'échiquier politique français témoigne de son caractère consensuel, bien que – ou parce que – mal défini. La confusion entretenue entre la recherche d'une Europe plus sociale et celle de plus d'Europe sociale a conduit les gouvernements successifs, indépendamment de leur orientation politique, à favoriser le développement des compétences et initiatives communautaires dans le domaine social. Cette confusion relève sans doute d'un tropisme hexagonal selon lequel l'intervention publique au plan européen s'orienterait nécessairement dans le sens qu'on lui donne dans le contexte français. Pourtant, rien ne garantit que l'intervention européenne dans le champ social ait nécessairement une finalité « sociale » au sens où on l'entend du côté français. Et inversement, l'« Europe sociale » n'a pas le monopole des développements dans le domaine social, qui peuvent tout autant être engendrés par l'Europe économique, monétaire ou par l'Europe industrielle et commerciale.

L'accord assez largement exprimé du côté français, au moins jusqu'à une période récente, sur la nécessité de développer l'Europe sociale s'explique sans doute par cette tendance hexagonale à se projeter sur l'Europe vue dans ce domaine, comme dans d'autres, comme le prolongement de l'espace et du modèle français. Il contraste avec la méfiance manifestée dans d'autres pays comme la Suède, également soucieux et jaloux de leur modèle d'État social, mais moins confiants dans leur capacité à le transposer au niveau européen et donc peu enclins au développement d'interventions communautaires qui risqueraient de le remettre en cause.

La tendance française à se projeter au niveau européen, comme s'il constituait un prolongement de l'hexagone, et à envisager le projet économique et

social européen selon une vision unilatérale franco-française engendre parfois des contresens et des désillusions. Ainsi l'introduction en 1997 d'un titre « emploi » dans le traité d'Amsterdam et le lancement d'une stratégie européenne pour l'emploi a t-elle été saluée à Paris comme un succès et comme l'annonce d'une évolution bénéfique vers une Europe plus sociale. Le contenu de ce que serait la dite stratégie n'avait pas fait l'objet de réflexions particulières dans la mesure où l'on ne pouvait l'envisager qu'à l'aune des préoccupations françaises. Quelques semaines plus tard, l'esquisse par la Commission et la présidence luxembourgeoise, d'un cadre européen fortement influencé par les conceptions nordiques et britanniques et fondé sur les concepts d'employabilité et d'adaptabilité fut du côté français un réveil pénible.

Les attentes concernant la dimension sociale de l'Europe sont fortes dans l'opinion publique

Les attentes des Français, telles qu'elles peuvent être appréhendées à travers les multiples auscultations dont ils ont été l'objet dans la période précédant le référendum[25], montrent qu'ils sont conscients de cette ambiguïté : s'ils souhaitent une Europe « utile » et qui ait des effets concrets sur leurs conditions de vie, ils sont en majorité attachés à la compétence nationale dans le domaine social et inquiets d'une éventuelle remise en cause de l'État-providence qui pourrait résulter d'une européanisation de ce domaine.

Une majorité des Français interrogés sur le sujet estimait que la politique sociale doit rester dans le champ de compétence nationale (59 % contre 36 % d'opinions contraires). Le pourcentage est plus élevé encore lorsqu'on parle de la protection sociale pour laquelle 67 % privilégiaient l'échelon national[26].

Pourtant, et ce n'est pas le moindre des paradoxes, l'idée d'une Europe sociale continue d'être très largement approuvée : 79 % des Français se déclaraient en septembre 2004 favorables à une harmonisation des lois sociales en Europe. Le paradoxe s'explique évidemment par le souhait d'une homogénéisation sur le modèle français[27], mais l'idée de l'Europe sociale continue d'être approuvée même si elle entraine des renoncements : ainsi 52 % des personnes interrogées estimaient que si l'on veut une Europe sociale, il faut accepter qu'à certains égards les lois européennes soient moins favorables que les lois françaises actuelles. Toutefois une forte minorité (34 %) préféraient en ce cas renoncer à l'idée d'Europe sociale[28].

[25] La plupart des données chiffrées de ce paragraphe proviennent de sondages effectués en 2004, cités dans le rapport de Michel Herbillon, « La fracture européenne », rapport au premier ministre, juin 2005.
[26] Sondage SOFRES/Fondation Robert Schuman, avril 2004, cité.
[27] 74 % des Français souhaitaient l'application de la « sécurité sociale à la française » (Louis Harris/AOL Libération, mai 2004).
[28] BVA/SIG, vague 6, septembre 2004.

Enjeu social et participation démocratique : deux défis liés

L'Union européenne repose sur le droit ; ses institutions procèdent d'un mandat démocratique à travers un Parlement élu par les citoyens et un Conseil incarnant des gouvernements démocratiquement investis. Pourtant le fonctionnement des institutions communautaires est souvent mis en cause pour déficit démocratique.

Bien avant les référendums français et néerlandais, la Commission notait en 2001 dans son « Livre blanc sur la gouvernance européenne[29] » que « de nombreux Européens se sentent coupés de l'action de l'Union » et que « le fossé entre l'Union et ses citoyens est en train de s'élargir ». Elle appelait à réformer la manière dont l'Union utilise les pouvoirs qui lui sont confiés par les citoyens, à ouvrir le processus d'élaboration des politiques à travers une participation et une responsabilisation accrues.

La revendication d'une Europe plus sociale et celle d'une Europe plus démocratique entretiennent à l'évidence des liens étroits. Le déficit démocratique reproché à la construction européenne reflète en effet le sentiment que celle-ci laisse à l'écart les simples citoyens qui n'ont pas de prise sur des décisions élaborées en dehors d'eux, dont ils ne sont pas informés, qui n'ont guère d'effet direct sur leur vie quotidienne et dont les effets indirects leur sont souvent néfastes.

Ce sentiment est sans doute particulièrement aigu dans notre pays, où la perspective d'une Europe française, ou du moins « à la française » a longtemps été entretenue pour garantir le soutien des citoyens au développement de la construction communautaire. Cette fiction ne tient plus devant la réalité que les Français découvrent aujourd'hui, d'une Europe qui ne leur ressemble pas, dont les règles de fonctionnement leur sont étrangères et dont ils ne maîtrisent, en définitive, ni les orientations ni le projet.

Le droit communautaire est difficilement identifiable par les citoyens

Les apports principaux de l'Europe dans la vie quotidienne des citoyens passent par le cadre juridique des directives, qui doivent être transposées en droit national pour être applicables. Ce processus de transformation les rend transparentes pour le destinataire final, qui ne connaît que la législation nationale en résultant et ignore, la plupart du temps, que l'amélioration de ses droits découle à l'origine d'une décision prise dans le cadre européen.

[29] « Gouvernance européenne, un livre blanc », Commission des communautés européennes, COM (2001) 428.

Cette invisibilité de l'action communautaire est, au demeurant, renforcée par le jeu des responsables politiques, qui reprennent volontiers à leur compte ce qui peut apparaître aux yeux de l'opinion comme une avancée. Ainsi, l'on chercherait en vain dans le discours d'installation de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) la mention du rôle essentiel joué par l'Europe dans l'émergence d'une telle institution en France, laquelle est au contraire présentée comme l'aboutissement logique de l'approche républicaine nationale.

En revanche, ce qui risque d'être mal perçu ne manque pas d'être imputé à l'intervention communautaire : la suppression très controversée des dispositions du Code du travail interdisant le travail de nuit des femmes a été présentée comme une contrainte imposée par le niveau européen, même si celui-ci n'exigeait qu'un traitement identique des hommes et des femmes sur ce point. Comme le souligne non sans amertume la Commission, il est rare que l'action de l'Union soit dûment portée à son crédit et « les États-membres blâment trop facilement » Bruxelles « pour des décisions difficiles qu'ils ont eux-mêmes adoptées en commun, voire réclamées »[30].

Par ailleurs le caractère développé de la législation française dans le domaine social et le degré élevé de protection qu'elle assure rendent peu visible la plus-value à attendre d'une intervention communautaire visant à établir des normes minimales qui ont naturellement tendance à s'aligner sur le plus petit dénominateur commun. Il en résulte un relatif scepticisme des acteurs sociaux français pour un terrain européen perçu comme décalé ; ils ont de ce fait tendance à moins s'investir que certains de leurs partenaires européens pour lesquels l'Europe joue le rôle de moteur dans le domaine social. Ainsi les syndicats britanniques sont-ils très présents sur la scène européenne.

Puisqu'il est si compliqué de souligner ce que la France a pu gagner – ou perdre – dans le domaine social en raison de son appartenance à l'Europe, peut-être faudrait-il s'interroger sur ce qu'il en serait sans elle : par exemple, que serait le Code du travail sans la prise en compte de la réglementation européenne sur la santé et la sécurité au travail ? Pour difficile et quelque peu artificiel que soit l'exercice – car, comme dans toute évaluation, la situation de référence n'est pas connue, c'est-à-dire que l'on ne sait pas quelle aurait été l'évolution spontanée du droit français – il n'en serait pas moins intéressant et utile.

Le discours de l'Europe et sur l'Europe est peu explicite

L'Europe a une image austère parce qu'elle parle et on en parle de façon rébarbative. (Le présent rapport n'y échappe sans doute pas). Elle a en outre une image abstraite car la communication s'y apparente souvent à la langue de bois.

[30] Extrait du « Livre blanc sur la gouvernance », *op. cit*

Le débat institutionnel prime souvent, au niveau européen, sur la discussion des finalités. Il n'est pour s'en convaincre que de regarder l'abondante littérature produite autour de la méthode ouverte de coordination qui semble intéresser beaucoup plus en tant que méthode d'intervention que dans les objectifs poursuivis, lesquels sont souvent définis de façon large et très générale pour réunir un consensus.

Cette propension à se réfugier dans le débat institutionnel et dans une certaine langue de bois européenne n'est pas propre au domaine social, mais elle y est peut-être plus accentuée, dans la mesure où les sujets de fond y sont nettement moins consensuels que dans le domaine économique. Les divergences sont rarement directement affichées et les débats de procédure masquent souvent des débats de fond.

L'énoncé d'objectifs en apparence aussi tautologiques que « répondre à l'évolution des besoins de la société », en même temps que « préserver la capacité des systèmes à atteindre leurs objectifs sociaux et maintenir leur viabilité financière », s'agissant des retraites[31], même s'il résulte de réelles discussions sur le fond et n'est pas aussi neutre qu'il y paraît, ne contribue évidemment pas à la visibilité des apports européens en matière sociale au yeux du public.

Quant aux grands chantiers européens, tels celui de la stratégie de Lisbonne qui vise par une approche économique et sociale intégrée, à « faire de l'Europe l'économie la plus compétitive du monde », ils restent largement ignorés du grand public. Le souci du consensus conduit, là encore, à les exprimer d'une façon qui les rend peu discutables mais également peu mobilisateurs.

L'information sur l'Europe sociale est lacunaire et la participation des acteurs sociaux insuffisante

Comme le montrent les développements qui précèdent, l'articulation entre le niveau européen et le niveau national constitue un point névralgique, notamment sous l'angle social.

Le suivi et la participation aux travaux communautaires restent en France, pour une large part, l'apanage des pouvoirs publics

La propension de l'administration publique à centraliser l'information et sa réticence à la partager avec d'autres acteurs que ceux déjà très solidement liés à l'appareil d'État font de l'élaboration de la politique européenne un domaine réservé[32]**. L'association des partenaires sociaux et de la société civile aux**

[31] Orientations retenues par le Conseil européen de Laeken en décembre 2001 pour les retraites dans le cadre de la méthode ouverte de coordination.

[32] Martine de Boisdeffre et al « Le travail gouvernemental et l'Europe » in D. Laurent et M. Sanson (dir) « le travail gouvernemental, Paris, la Documentation française, 1996.

développements européens reste limitée par rapport à d'autres pays. Des efforts indéniables ont été déployés, notamment dans les domaines relevant de la méthode ouverte de coordination, où les orientations européennes prônent une meilleure implication des partenaires sociaux, la Commission insistant pour qu'ils soient présents lors de ses rencontres bilatérales avec les responsables gouvernementaux. Le comité du dialogue social européen et international est un exemple d'instance ad hoc, mise en place au sein des ministères sociaux, où les partenaires sociaux sont régulièrement informés et consultés sur les dossiers en cours à Bruxelles. Mais les modalités de participation restent de nature formelle et institutionnelle et ne réalisent pas une véritable concertation opérationnelle permettant d'envisager une défense coordonnée des positions françaises, (laquelle n'est d'ailleurs pas nécessairement souhaitée de part et d'autre), encore moins de présenter à Bruxelles un front uni sur les dossiers importants.

À titre de comparaison, le gouvernement et les partenaires sociaux suédois entretiennent un système de concertation informel – puisque ne reposant sur aucun texte – mais solidement ancré, par lequel les principaux responsables du côté syndicat et employeurs reçoivent chaque début de semaine, par courrier électronique venant du ministère, toutes les informations et documents sur les projets communautaires et sont régulièrement consultés par la même voie sur les positions à prendre. Ils rencontrent au moins une fois par mois le ministre du Travail sur ces sujets, indépendamment des groupes de travail créés sur des sujets spécifiques au niveau technique ou politique.

Le traitement de la proposition de directive dite « Bolkenstein » illustre bien ce mode de fonctionnement : un groupe de travail a été mis en place par le gouvernement suédois dès la fin 2003 – avant donc la sortie de la proposition formelle de la Commission – à la demande des syndicats. Ceux-ci souhaitaient élargir l'approche de la question, jusqu'alors placée sous la responsabilité exclusive du ministère des Affaires étrangères. Ce groupe, auquel les trois principales confédérations sont représentées par leur président, fonctionne de façon régulière depuis cette date et a permis, aux dires des interlocuteurs syndicaux rencontrés, de prendre consciences des retombées possibles de la proposition dans le domaine social et d'intégrer ces préoccupations dans la position suédoise défendue à Bruxelles. À noter que les trois centrales syndicales ont exprimé de façon conjointe leur point de vue dans un courrier adressé au commissaire Bolkenstein, traduit en plusieurs langues – dont le français – et largement diffusé. Il exprime le souci majeur de préserver le système suédois de négociation et d'accords collectifs en l'appliquant aux entreprises étrangères effectuant des services en Suède.

De même, la capacité britannique à présenter un front uni dans ses contacts avec les institutions européennes, que tous les interlocuteurs bruxellois s'accordent à souligner, repose sur les liens étroits entretenus par les pouvoirs publics avec les différents groupes d'intérêt – entreprises en tout premier lieu mais aussi ONG – et à la propension des uns et des autres à exercer une stratégie de pression coordonnée.

Par ailleurs, chez les acteurs sociaux comme dans l'administration publique, le traitement des dossiers européens demeure encore une affaire réservée à des « spécialistes », souvent chargés également des affaires internationales, et n'est pas réellement intégré au traitement des sujets domestiques qui constitue légitimement la priorité des responsables au plus haut niveau.

Les Français sont en quête d'information sur le fonctionnement et les enjeux de l'Europe

Il serait à la fois naïf et condescendant de considérer le malaise manifesté par les citoyens vis-à-vis de l'Europe et la demande qui s'exprime d'une Europe « plus sociale » comme la simple traduction d'un manque d'information, et d'imaginer qu'il puisse y être répondu par le recours aux instruments de communication.

Mais la campagne référendaire a montré combien les Français étaient en quête d'information sur le fonctionnement et les enjeux d'une Europe ressentie comme ésotérique, distante et fermée et combien ils étaient désireux d'un débat public sur ces questions. Le social ne fait pas exception à la règle. C'est sans doute, au contraire, l'un des domaines où l'apport communautaire est à la fois le moins visible et le plus questionné.

Selon une étude de l'Eurobaromètre[33], les Français (63 %) s'estiment dans leur majorité particulièrement mal informés sur l'Union européenne (par rapport aux questions de politique nationale), notamment par les hommes politiques nationaux (87 %) et les médias (80 %).

Un large consensus se dessine, en revanche, au sein de l'opinion publique sur le fait que :

- la construction européenne est trop éloignée des préoccupations des citoyens (82 %) ;
- les peuples ne sont pas suffisamment consultés (80 %) ;
- les citoyens devraient davantage être associés aux prises de décision dans l'UE (76 %).

Une large majorité de Français (84 %) est donc favorable à l'idée de débats publics sur la construction européenne.

Un rapport remis en juin 2005 au Premier Ministre analyse les causes de « la fracture européenne »[34] qu'il impute à une triple défaillance des élus (« l'Europe ne fait pas l'élection »), des médias (« l'Europe ne fait pas vendre ») et des enseignants (« l'école n'a pas à faire la propagande de l'Europe »).

[33] Sondage réalisé pour la Commission européenne, du 16/01/2006 au 23/01/2006 sur un échantillon national représentatif de la population française âgée de 15 ans et plus.

[34] « La fracture européenne – Après le référendum du 29 mai : 40 propositions concrètes pour mieux informer les Français sur l'Europe », rapport remis en juin 2005 au Premier Ministre par le député Michel Herbillon.

Le social est par excellence le domaine où l'Europe devrait pouvoir s'incarner – et ne s'incarne guère – auprès du grand public

La Commission européenne diffuse des outils à l'attention du grand public qui s'efforcent de décrire les implications concrètes de la politique sociale européenne pour les citoyens de l'Union. Ainsi la brochure intitulée « Politique sociale et de l'emploi européenne : une politique pour les citoyens » aborde-t-elle des questions du type « que fait l'UE pour la santé et la sécurité au travail ? », « comment l'argent du FSE parvient-il à ceux qui en ont besoin ? » ou encore « quelle est l'action de l'UE en faveur des personnes âgées ? ». Mais de tels outils conçus au niveau européen revêtent nécessairement un caractère très général et supposent d'être relayés et adaptés aux différents contextes nationaux pour faire apparaître en quoi l'intervention européenne produit une différence. Le rapport précité de Michel Herbillon souligne la dispersion des relais d'information sur l'Europe en France ainsi que leur confidentialité, dans la mesure où la plupart d'entre eux ne touchent qu'un public très restreint, et averti des questions européennes.

Le SGAE s'est ainsi lancé dans la réalisation de fiches thématiques à caractère didactique sur l'impact de la construction européenne dans la vie quotidienne. Mais leur accès et leur diffusion, qui passent par le site Internet du SGAE restent relativement confidentiels, à l'image de l'institution elle-même, connue des seuls initiés. Et l'on peut se demander si la prise en charge par le SGAE ne risque pas de conduire les principaux intéressés à se décharger de cette fonction d'information et d'explication sur la dimension européenne des politiques qu'ils mènent. Ainsi sur la lutte contre les discriminations le SGAE présente-t-il la réglementation européenne et renvoie-t-il au site des ministères sociaux. Ceux-ci exposent de façon plus détaillée la législation et la politique françaises sur la discrimination, sans faire aucune référence au cadre européen dont elles constituent pourtant pour une large part la transposition.

Rapport thématique 1

Droit du travail et politiques sociales communautaires

Sommaire

Introduction 121

La construction progressive d'un ensemble de normes sociales communautaires 123

Une communauté européenne d'abord plus économique que sociale 123

L'introduction d'une compétence normative spécifique 125

Le rôle clé des partenaires sociaux européens, à partir de l'Acte unique européen (1986) 126

Une législation fondée sur des droits sociaux fondamentaux 129

Une compétence consolidée depuis les traités d'Amsterdam et de Nice 130
Une extension des champs d'intervention de l'Union européenne 130
L'affaire Renault Vilvoorde et son impact sur les normes sociales européennes 133
Une programmation de l'action communautaire : l'agenda social européen 2000-2010 136
Un changement institutionnel majeur : le rôle du Parlement européen 137

L'influence du droit communautaire sur le droit français du travail 138

Une consolidation des règles nationales existantes 138

Quelques changements législatifs substantiels 139
Exemple 1 : Impact sur la réglementation française en matière de santé et de sécurité 140
Exemple 2 : L'implication des travailleurs 141
Exemple 3 : L'aménagement du temps de travail 141

Le rôle du juge communautaire 142

Un développement marqué par des limites 144

Le droit du travail communautaire reste un droit fragmentaire 144
Des limites juridiques 144
Des limites politiques 146

Les craintes d'un « dumping social » : une appréciation à nuancer 147

Les difficultés d'une meilleure homogénéisation des règles : l'exemple de la directive « aménagement du temps de travail » 149
Un aboutissement difficile, dès l'origine 149
Une renégociation encore plus délicate 152
Impact financier estimé de la jurisprudence de la CJCE 153

Introduction

Droit du travail et relations du travail correspondent à des traditions nationales et font partie des termes du débat démocratique de chaque État-membre. C'est bien pourquoi il n'a jamais été question de vouloir les harmoniser, ni de les réduire à un seul modèle. Les traités successifs de l'Union européenne ont prudemment pris acte de cette diversité tout en s'attachant à permettre le développement d'un droit du travail européen.

Ce droit du travail qui est apparu progressivement est le fruit des contradictions des différents États-membres ; certains plus attachés à l'émergence de droits sociaux au niveau européen, d'autres plus soucieux de garantir la compétitivité économique de l'Union. Il va sans dire que le débat parfois très vif, depuis plus de vingt ans au niveau communautaire, sur les finalités et le contenu de l'Europe sociale recoupe les débats nationaux sur l'articulation de l'économique et du social et l'évolution des différents systèmes sociaux dans le cadre de la globalisation des échanges.

Il fait également apparaître des sensibilités très diverses. L'hostilité de principe britannique à des règles très contraignantes est bien connue. Elle s'explique à la fois par une approche plus libérale de l'économie, mais aussi par une méfiance vis-à-vis de l'intervention législative. Cette hostilité britannique est une des causes de la lenteur de l'élaboration de normes sociales communautaires. Ce n'est pas la seule. De nombreux pays ont longtemps considéré que leur système social jugé performant devait rester à l'abri de toute influence communautaire, sauf à aligner le niveau communautaire sur leurs pratiques. L'Allemagne a longtemps incarné cette attitude qui inspire également fortement l'ensemble des pays de l'Europe du Nord. Entre ces deux pôles, la France a opté pour une attitude plus favorable à la construction sociale européenne, estimant qu'elle pouvait contribuer à tirer vers le haut les différents systèmes sociaux.

Au plan institutionnel, la Commission européenne a joué un rôle fondamental, dans les années 80 et 90, pour faire émerger ce droit du travail européen qui était pour elle l'accompagnement nécessaire de la mise en œuvre du Marché unique et la parade à toute tentation de dumping social. Il était également la manifestation d'un modèle social européen reposant sur des valeurs communes. Elle a su convaincre à l'époque, notamment la France et l'Allemagne, et leur montrer que l'intégration économique pouvait être le moteur de l'Europe sociale.

Le Parlement européen a pris, ces dernières années, le relais de la Commission et manifeste, sans relâche, son souci de faire prendre conscience aux opinions publiques de la réalité et de la nécessité de l'Europe sociale.

De son côté, la Cour de justice des Communautés européennes a, dans ce secteur comme dans d'autres, joué pleinement son rôle d'aiguillon et de reconnaissance de toutes les potentialités offertes par les traités ou les textes dérivés pour faire progresser la construction européenne.

Une des originalités de ce droit du travail européen tient naturellement à la place des partenaires sociaux. Ils sont progressivement devenus des acteurs de ce droit en participant directement à la préparation de la norme communautaire. Enfin, au moment où tous les États européens conduisent une réflexion sur les adaptations de leur droit du travail et des relations du travail, l'Union européenne leur offre un cadre prospectif d'analyse.

Le droit du travail européen poursuit plusieurs objectifs. S'il cherche d'abord à éliminer les distorsions de concurrence, et ainsi à empêcher le *dumping* social, il vise aussi à favoriser le rapprochement des conditions de travail et d'emploi. Il cherche enfin à promouvoir des valeurs communes qui sont au cœur du pacte social des différents États de l'Union. Ce droit du travail s'organise autour de trois piliers : la reconnaissance de droits sociaux fondamentaux, par le biais notamment de la charte européenne des droits sociaux, la mise en œuvre de prescriptions minimales, la prise en compte des activités transnationales. Ces trois piliers reposent sur des valeurs communes partagées et proclamées au niveau européen : l'égalité de traitement, la non discrimination, le droit à des conditions de travail justes et équitables.

Se limitant pour l'essentiel à des prescriptions minimales, il a, néanmoins, introduit des concepts nouveaux ou influencé une évolution sensible de notre code du travail et de nos références en matière de négociation collective.

Chapitre 1

La construction progressive d'un ensemble de normes sociales communautaires

Une Communauté européenne d'abord plus économique que sociale

La construction européenne n'a laissé, à ses origines, qu'une place très limitée aux questions sociales, et ce n'est que progressivement qu'un ensemble de règles communes en matière de droit du travail a été élaboré. En effet, le projet européen était essentiellement sous-tendu par des motivations économiques. La mise en place d'un marché commun impliquait que marchandises, services et main-d'œuvre puissent circuler librement entre les pays membres. La libre circulation des travailleurs, définie par les articles 48 à 51 du traité CEE, était donc justifiée par la nécessité économique d'une mobilité du facteur de production que constitue le travail. La question de l'harmonisation des droits nationaux du travail avait toutefois été soulevée par les négociateurs français du traité de Rome, au motif qu'il fallait, au nom de la concurrence, faire peser sur les entreprises des contraintes similaires.

En l'absence de consensus entre les pays fondateurs, seul le principe de l'égalité des salaires entre hommes et femmes a été posé à l'article 119 du traité de Rome, des études effectuées à cette époque (rapport Ohlin) ayant estimé que seules des différences de salaires entre hommes et femmes étaient susceptibles de fausser la concurrence entre États[1].

C'est dans les années 70 qu'un tournant va s'amorcer. Le développement économique n'est plus considéré comme une fin en soi, et certains pays membres vont plaider pour une harmonisation sociale (cf. mémorandum du chancelier Brandt lors de la conférence des chefs d'État ou de gouvernement de La Haye en 1969). La résolution du Conseil du 21 janvier 1974 établissant un programme d'action sociale témoigne de cette préoccupation et invite la Commission à faire

[1] Voir le rapport thématique : non discrimination et politiques communautaires.

des propositions pour atteindre les trois objectifs suivants : réalisation du plein et du meilleur emploi au niveau communautaire, national et régional ; amélioration des conditions de vie et de travail permettant leur égalisation dans le progrès ; participation croissante des partenaires sociaux aux décisions économiques et sociales de la Communauté et des travailleurs à la vie des entreprises. La législation sociale européenne n'a donc plus seulement une visée économique, mais elle doit aussi conduire, par son impact sur le droit national, à une meilleure protection des travailleurs. En d'autres termes, l'intégration économique devient un élément moteur de l'édiction de normes sociales communautaires.

Toutefois, en l'absence de base juridique spécifique dans le traité de Rome, les textes adoptés l'ont le plus souvent été, jusqu'à l'Acte unique européen de 1986, sur le fondement de l'**article 100** du traité (réalisation du marché intérieur), exigeant un vote **unanime** des États-membres.

Durant cette période et jusqu'au début des années 80, l'activité normative connaît un premier essor. Les textes communautaires en matière de droit du travail ont pour l'essentiel été adoptés en réaction aux conséquences des évolutions économiques de la seconde partie des années 70, pour en atténuer les effets. C'est particulièrement le cas dans le champ de la **protection des travailleurs** :

– directive du 17 février 1975 sur le rapprochement des législations nationales relatives aux **licenciements économiques** ;
– directive du 14 février 1977 sur le rapprochement des législations nationales relatives aux **transferts d'entreprises**[2] ;
– directive du 20 octobre 1980 sur la protection des travailleurs salariés en cas d'**insolvabilité de l'entreprise**[3].

De même, en matière de **santé et de sécurité au travail**, la création du comité consultatif pour la sécurité, l'hygiène et la protection de la santé sur le lieu de travail, en 1974, marque la première étape d'une série de textes, d'ampleur toutefois limitée. Les quatre directives les plus importantes sont les suivantes :

– directive du Conseil 80/1107/CE du 27 novembre 1980 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à une exposition à des agents chimiques, physiques et biologiques pendant le travail, modifiée par la directive 88/642/CE du 16 décembre 1988 ;
– directive du Conseil 82/605/CE du 28 juillet 1982, concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à une exposition au plomb métallique et à ses composants ioniques pendant le travail ;
– directive du Conseil 83/477/CE du 19 septembre 1983 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à une exposition à l'amiante pendant le travail ;
– directive du Conseil 86/188/CE du 12 mai 1986 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à une exposition au bruit pendant le travail.

[2] Codifiée par la directive 2001/23 du 12 mars 2001.
[3] Modifiée par la directive 2002/74 du 23 septembre 2002.

L'introduction d'une compétence normative spécifique

L'Acte unique européen a introduit, en 1986, une **compétence communautaire** dans le champ social afin d'accompagner la mise en œuvre du Marché unique. Les tenants d'une Europe sociale veulent lutter contre le dumping social qui risquait de ruiner, au sein de l'Europe, les avantages du grand marché intérieur. La nomination d'une nouvelle Commission en 1984, dirigée par Jacques Delors, a permis de relancer l'idée d'un « espace social européen ».

Cette compétence se limite toutefois à la **santé et la sécurité des travailleurs** en instaurant une base spécifique (**article 118 A** du traité) pour l'adoption des textes dans ce domaine ; il est également prévu que l'adoption des directives en matière de santé et de sécurité se ferait à la majorité qualifiée et non plus à l'unanimité. L'Acte unique a ainsi facilité l'exercice du pouvoir communautaire et permis l'adoption d'une série de textes fondateurs.

L'objectif alors recherché est le **rapprochement des législations**, par le biais de textes fixant des **prescriptions minimales**, applicables progressivement (article 118 A § 1). Ainsi, un ensemble minimal commun de règles doit être appliqué dans les États-membres, rien n'empêchant toutefois l'un d'eux de prévoir des dispositions plus favorables (des normes plus strictes par exemple) dans son propre droit. L'Acte unique européen apporte néanmoins une nuance à l'objectif social poursuivi : les directives adoptées doivent éviter d'imposer des contraintes administratives, financières et juridiques telles qu'elles contrarieraient la création et le développement des petites et moyennes entreprises (article 118 A § 2). Un équilibre doit donc être trouvé avec les impératifs économiques. Cette préoccupation a survécu aux différents traités, qui ont successivement élargi la compétence sociale communautaire et est inscrite à l'article 137 de l'actuel traité.

Dans ce contexte, une **directive-cadre en matière de santé et de sécurité des travailleurs** a été adoptée par le Conseil en juin 1989, et a donné lieu, en vertu de son article 16 § 1, à une série de directives particulières, concernant des domaines, des risques ou des publics plus spécifiques.

La directive-cadre du Conseil 89/391/CE du 12 juin 1989

Il s'agit d'une directive-cadre qui définit une approche globale, pluridisciplinaire, liant santé, sécurité et amélioration des conditions de travail. Elle comporte des principes généraux concernant la prévention des risques, les obligations respectives des employeurs et des travailleurs. Enfin, elle pose les fondements des directives ultérieures qui interviendront pour des domaines, des risques ou des populations déterminés.

Champ d'application

Il est vaste puisqu'il vise les secteurs d'activités publics et privés, à l'exception d'activités spécifiques dans la fonction publique (forces armées, police ou certains services de protection civile). Le champ d'application personnel exclut les domestiques mais inclut les stagiaires et apprentis, et ne vise pas les travailleurs indépendants.

Obligations des employeurs (articles 5 à 12)

– évaluation des risques : l'employeur est tenu d'assurer une évaluation a priori des risques menaçant la santé et la sécurité des travailleurs, qui s'intègre dans une démarche plus globale de prévention, détaillée par la directive. C'est sur la base des résultats de cette évaluation, élément clé de la démarche, que l'employeur devra définir les mesures à mettre en œuvre pour garantir un meilleur niveau de santé et de sécurité.
– services de protection et de prévention : l'employeur a l'obligation d'instituer un service de prévention dans l'entreprise, à vocation multidisciplinaire et couvrant l'ensemble des travailleurs, compétents aussi bien pour les aspects « santé » que « sécurité ».
– information, consultation et formation des travailleurs

Obligations des travailleurs (article 13)

Cet article définit, dans son 1er paragraphe, une obligation générale incombant à chaque travailleur de prendre soin de sa santé et de sa sécurité, ainsi que de celles des personnes concernées du fait de ses actes ou omissions. Cette obligation n'affecte toutefois pas le principe de responsabilité de l'employeur.

Près de vingt directives particulières ont été adoptées entre 1990 et 2005 en application de la directive-cadre de 1989, concernant les lieux et équipements de travail ou couvrant des risques spécifiques (risques chimiques, physiques, mécaniques). Elles font de ce champ l'un des plus couverts, aujourd'hui, par les règles communautaires.

Le rôle clé des partenaires sociaux européens, à partir de l'Acte unique européen (1986)

À l'origine, le Comité économique et social européen, institué à l'article 193 du traité de Rome, constituait l'unique enceinte de dialogue social au niveau européen. Puis, des comités consultatifs ont permis d'associer les partenaires sociaux aux débats communautaires sur des questions économiques et sociales. Ce n'est toutefois qu'à partir des années 80, à l'initiative de son président, Jacques Delors, que la Commission va organiser des rencontres et des consultations informelles des organisations européennes d'employeurs et de salariés (« rencontres de Val Duchesse »). Ce dialogue social sera formalisé dans le cadre de l'Acte unique européen (article 118 B du traité) qui prévoit que : « *La Commission s'efforce de développer le dialogue entre les partenaires sociaux au niveau européen. Ce dialogue, si les partenaires sociaux estiment qu'il est positif, peut conduire à des relations contractuelles* ».

Les partenaires sociaux ont structuré leur représentation au niveau européen, par la création de confédérations ou d'unions ; au niveau interprofessionnel, les travailleurs sont représentés par la confédération européenne des syndicats (CES), créée en 1973, et qui regroupe 78 organisations nationales et 11 fédérations syndicales européennes. Les employeurs sont pour leur part représentés par 3 organisations : l'UNICE (union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe), créée en 1958, l'UEAPME (Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises), qui représente les petites et moyennes entreprises et participe au dialogue social européen en tant que membre de l'UNICE. Enfin, la CEEP (centre européen des entreprises à participation publique et des entreprises d'intérêt économique général), créée en 1961. À ces principales organisations, s'ajoute la diversité de celles participant au dialogue social sectoriel, et se rattachant aux grands secteurs d'activité économique.

Présenté comme la composante majeure du modèle social européen, le dialogue social est considéré comme un élément de bonne gouvernance. Dans un premier temps, ce dialogue a surtout abouti à l'adoption de textes non contraignants (résolutions, déclarations, avis). L'accord sur la politique sociale, signé le 13 octobre 1991 par les partenaires sociaux, marque un changement, et est à la source de la « législation négociée », c'est-à-dire d'accords dont le contenu peut être doté d'un effet juridique, en vertu d'un acte juridique communautaire (directive) qui en rend la transposition obligatoire dans la législation des États-membres. Il introduisait une phase de consultation des partenaires sociaux, en préliminaire du processus législatif et, le cas échéant, une phase de négociation.

Cette « compétence législative » des partenaires sociaux a tout d'abord été reconnue par le traité de Maastricht et par le protocole et l'accord sur la politique sociale qui y étaient annexés, signés par onze États sur douze (hormis le Royaume-Uni).

Elle a surtout été consacrée par le transfert dans le traité régissant la Communauté européenne, par le traité d'Amsterdam en 1999, des dispositions qui figuraient jusqu'alors dans l'accord et le protocole social précités, auxquels les Britanniques s'étaient opposés jusqu'en 1997. Le TCE accorde donc une priorité aux partenaires sociaux dans l'élaboration de la législation sociale communautaire, puisqu'en vertu de l'article 138 de ce traité, la Commission doit **obligatoirement** les consulter avant d'effectuer des propositions dans le domaine social. Les partenaires sociaux peuvent alors décider d'engager une négociation entre eux pour parvenir à un accord. Toutefois, celui-ci ne deviendra un acte législatif communautaire qu'après décision du Conseil des ministres.

La négociation collective au niveau européen ne se substitue donc pas à la voie de la négociation institutionnelle (Conseil, Commission, Parlement) mais s'y ajoute. La dualité des voies réglementaires est ainsi consacrée par le traité.

Article 139 du Traité

1. Le dialogue entre partenaires sociaux au niveau communautaire peut conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris des accords.

2. La mise en œuvre des accords conclus au niveau communautaire intervient selon les procédures et les pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États-membres, soit, dans les matières relevant de l'article 137, à la demande conjointe des parties signataires, par une décision du Conseil sur proposition de la Commission.

Le Conseil statue à la majorité qualifiée, sauf lorsque l'accord en question contient une ou plusieurs dispositions relatives à l'un des domaines visés à l'article 137 paragraphe 3, auquel cas il statue à l'unanimité.

Ce rôle de « co-législateur » des partenaires sociaux, innovant pour certains États-membres, dont la France, par rapport à leur situation interne, a permis l'adoption de trois accords, entre 1995 et 1999, qui ont donné lieu à une directive du Conseil en vertu de l'article 139 § 2 :

– directive 96/34/CE du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES ;
– directive 97/81/CE du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES ;
– directive 99/70/CE du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES sur le travail à durée déterminée.

En revanche, la négociation pour parvenir à un accord sur les conditions de travail des travailleurs intérimaires a échoué et la Commission a ensuite présenté son propre projet, toujours en cours de discussion à ce jour au Conseil et au Parlement.

Les derniers accords signés par les partenaires sociaux (accord CES/UNICE-UEAPME/CEEP du 8 octobre 2004 sur le télétravail et accord CES/UNICE-UEAPME/CEEP du 16 juillet 2002 sur le stress au travail) n'impliquent *a priori* pas de mesures législatives de transposition, puisqu'ils prévoient une mise en œuvre par les partenaires sociaux nationaux.

Autant l'activité réglementaire des partenaires sociaux reste, sans doute, limitée, autant leur influence politique est manifeste. Elle est consacrée au plan institutionnel, par la création d'un « **sommet social européen** », réuni avant chaque Conseil européen de printemps. Une décision du Conseil des ministres du 6 mars 2003 institutionnalise en effet les sommets sociaux informels qui se tenaient depuis décembre 2000.

Ce sommet réunit au plus haut niveau les représentants de la présidence en exercice du Conseil, des deux présidences suivantes, de la Commission et des partenaires sociaux. Sa composition, comme le calendrier de ses réunions, lui donne une visibilité et un poids politique supérieur au Comité permanent de l'emploi, instance tripartite créée en 1970, auquel il se substitue.

Enfin, on ne peut manquer de relever la place croissante confiée aux partenaires sociaux par les directives communautaires elles-mêmes. Les textes adoptés ces dernières années (directives « comité d'entreprise européen », « information consultation », « société européenne », « volet social de la société coopérative européenne ») ou en cours de négociation (« protection des travailleurs intérimaires » ou révision de la directive sur « l'aménagement du temps de travail ») consacrent une place importante à la négociation collective, et plus spécifiquement à l'organisation de cette négociation. L'influence des pays nordiques, où la place du droit conventionnel est traditionnellement prééminente, n'est pas étrangère à ces évolutions.

Une législation fondée sur des droits sociaux fondamentaux

La reconnaissance de ces droits au niveau communautaire a fait l'objet de vifs débats entre États-membres. L'ancrage de la production normative sociale à un ensemble de droits fondamentaux acceptés par les États-membres n'a pas d'emblée fait l'unanimité. Une « charte sociale européenne » avait été adoptée en 1961, dans un autre cadre institutionnel, celui du Conseil de l'Europe, dont la composition est plus large que celle de l'Union européenne. Suivant la même inspiration, une « charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs » a été adoptée par les États-membres de l'Union en décembre 1989, mais ce premier texte avait un champ limité : il ne visait que les travailleurs, et non l'ensemble des citoyens. En outre, l'hostilité des Britanniques à son égard qui avaient d'ailleurs refusé de la signer avait conduit à ne lui donner aucune portée obligatoire.

La charte communautaire de 1989 a néanmoins eu un impact non négligeable, puisque beaucoup d'actes communautaires adoptés ultérieurement y ont fait référence[4] dans leur préambule, et que la Cour de justice des Communautés européennes s'est appuyée sur elle dans certains de ses arrêts. De même, elle a contribué à une nouvelle dynamique de l'activité communautaire puisque la première directive sur l'aménagement du temps de travail a été adoptée en 1993 sur le fondement de son article 7 (amélioration des conditions de travail, notamment pour la durée et l'aménagement du travail). Il en est de même pour la directive 92/85 sur l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes (visant le point 19 de la charte), ou pour la directive 94/33 sur la protection des jeunes au travail (points 20 et 22).

[4] Par exemple : voir les considérants de la directive 98/59/CE du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres en matière de licenciements collectifs.

Le traité d'Amsterdam, signé en 1997 et entré en vigueur le 1er mai 1999, va plus loin en faisant mention de la charte (article 136) et de ses objectifs. Le traité de Nice, en décembre 2000, va élargir le champ personnel de ces droits à l'ensemble des citoyens de la Communauté en adoptant une « charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». Les droits civils, politiques, économiques et sociaux des citoyens sont ainsi mis sur un pied d'égalité. Toutefois, tout comme la charte de 1989, cette nouvelle charte n'a pas de portée obligatoire, son préambule rappelle le principe de subsidiarité et elle ne modifie pas la répartition des compétences entre la Communauté et les États-membres.

Une compétence consolidée depuis les traités d'Amsterdam et de Nice

Une extension des champs d'intervention de l'Union européenne

L'ambivalence originelle sur la pertinence d'une politique sociale européenne n'a été en grande partie levée qu'à partir de 1997, avec le traité d'Amsterdam, qui ancre plus solidement la compétence communautaire dans les textes fondateurs.

En 1992, le traité de Maastricht avait permis d'annexer aux traités d'origine, sous forme d'un protocole, l'accord social signé par les États-membres[5] en 1992, qui entérinait l'accord des partenaires sociaux européens sur le rôle du dialogue social. En 1997, le ralliement du Royaume-Uni, initialement hostile à ces dispositions, a conduit à incorporer ce texte au traité (actuellement articles 138 et 139) via la ratification du traité d'Amsterdam.

Le traité de Maastricht a également défini un principe de subsidiarité (article 3 B), en vertu duquel la Communauté européenne n'intervient que si les objectifs d'une action peuvent être mieux réalisés au niveau communautaire, en raison des dimensions ou des effets de ladite action. Tant que la compétence sociale communautaire n'a pas été assise sur des articles spécifiques des traités, le principe de subsidiarité a contribué, dans une certaine mesure, à limiter les initiatives de la Commission, en obligeant à évaluer le bien-fondé de l'intervention communautaire.

Les traités d'Amsterdam (1997) et de Nice (2000) ont plus substantiellement relancé la construction d'un droit européen du travail, par l'extension du champ de compétence communautaire à de nouveaux domaines, notamment : la protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail, ou la

[5] À l'exception du Royaume Uni.

représentation et la défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs. En outre, les traités font désormais référence à la charte sociale européenne et à la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, qui ont, selon la CJCE, vocation à éclairer les dispositions d'une directive (CJCE 26 juin 2001, BECTU).

Ainsi, l'article 137 du traité énumère non seulement les compétences de l'Union en matière sociale mais aussi les modalités de prise de décision (unanimité ou majorité qualifiée, selon les matières).

Article 137 du Traité

« 1. En vue de réaliser les objectifs visés à l'article 136, la Communauté soutient et complète l'action des États-membres dans les domaines suivants :

a) l'amélioration, en particulier, du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs ;

b) les conditions de travail ;

c) la sécurité sociale et la protection sociale des travailleurs ;

d) la protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail ;

e) l'information et la consultation des travailleurs ;

f) la représentation et la défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs, y compris la cogestion, sous réserve du paragraphe 5 ;

g) les conditions d'emploi des ressortissants de pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire de la Communauté ;

h) l'intégration des personnes exclues du marché du travail, sans préjudice de l'article 150 ;

i) l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail ;

j) la lutte contre l'exclusion sociale ;

k) la modernisation des systèmes de protection sociale, sans préjudice du point c).

1. À cette fin, le Conseil :

a) peut adopter des mesures destinées à encourager la coopération entre États membres par le biais d'initiatives visant à améliorer les connaissances, à développer les échanges d'informations et de meilleures pratiques et à évaluer les expériences, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États-membres ;

b) peut arrêter, dans les domaines visés au paragraphe 1, points a) à i), par voie de directives, des prescriptions minimales applicables progressivement, compte tenu des conditions et des réglementations existant dans chacun des États-membres. Ces directives évitent d'imposer des contraintes administratives, financières et juridiques telles qu'elles contrarieraient la création et le développement de petites et moyennes entreprises.

Le Conseil statue conformément à la procédure visée à l'article 251 (...).

2. Un État-membre peut confier aux partenaires sociaux, à leur demande conjointe, la mise en œuvre des directives prises en application du paragraphe 2.

Dans ce cas il s'assure que, au plus tard à la date à laquelle une directive doit être transposée conformément à l'article 249, les partenaires sociaux ont mis en place les dispositions nécessaires par voie d'accord, l'État-membre concerné devant prendre toute disposition nécessaire lui permettant d'être à tout moment en mesure de garantir les résultats imposés par ladite directive.

3. Les dispositions arrêtées en vertu du présent article :
– ne portent pas atteinte à la faculté reconnue aux États-membres de définir les principes fondamentaux de leur système de sécurité sociale et ne doivent pas en affecter sensiblement l'équilibre financier ;
– ne peuvent empêcher un État-membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes compatibles avec le présent Traité.

5. Les dispositions du présent article ne s'appliquent ni aux rémunérations, ni au droit d'association, ni au droit de grève, ni au droit de lock-out.

Cette construction, quoique substantielle, reste toutefois partielle : les nouvelles mesures législatives sont pour l'essentiel intervenues dans le champ des **relations collectives de travail**, et non dans le champ des relations individuelles de travail, pour définir un cadre commun à la participation des représentants des travailleurs dans les décisions ou les organes des entreprises. Elles visent la mise en place de procédures mais refusent de définir un modèle de référence, par exemple en matière de participation des salariés, renvoyant à la législation ou aux pratiques nationales.

L'amélioration de **l'implication des travailleurs** dans les décisions ou organes des entreprises était un objectif qui faisait déjà partie du programme d'action sociale de 1974. La charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de décembre 1989 élevait par ailleurs l'information, la consultation et la participation du travailleur au rang des droits fondamentaux, et la charte des droits fondamentaux adoptée à Nice en décembre 2000 confirme ce caractère (article 27). Ce n'est toutefois qu'à partir du milieu des années 90 que des textes ont été négociés et adoptés, parfois en réaction à des évènements économiques ponctuels, mais marqués par un **caractère transfrontalier**.

- ***Le comité d'entreprise européen***

Le droit européen a pris en compte le fait que les entreprises peuvent avoir un caractère multinational et que, dans le cas d'entreprises implantées dans plusieurs pays de l'Union européenne, les législations nationales ne sont pas adaptées et ne permettent pas de traiter également les travailleurs concernés. La directive 94/45/CE du 22 septembre 1994 tient compte de ces caractéristiques et prévoit la possibilité d'instaurer, dans les sociétés transnationales, un comité d'entreprise européen, à moins que les représentants des travailleurs et les employeurs ne conviennent d'autres procédures d'information et de consultation.

Cette directive a constitué un tournant dans la construction d'un droit communautaire pour plusieurs raisons : il s'agit en effet du premier texte adopté sans la participation du Royaume-Uni[6], exprimant ainsi la volonté des autres

[6] Le Royaume Uni avait en effet invoqué le fait qu'il n'avait pas ratifié l'accord sur la politique sociale, annexé au Traité de Maastricht, dont l'article 2 autorisait le Conseil à adopter des prescriptions minimales par voie de directive, pour s'extraire du champ d'application de la directive « comité d'entreprise européen ».

États-membres d'avancer dans la construction d'un espace social européen et la première manifestation d'une Europe « à deux vitesses ». Ce texte marque aussi la reconnaissance du droit à l'information et à la consultation des salariés, dans un cadre transnational. Enfin, pour la première fois, les partenaires sociaux sont directement impliqués dans la mise en œuvre des dispositions de la directive.

- ***La participation des travailleurs***

Les premières tentatives de mise en place d'un système de participation des travailleurs aux organes de l'entreprise remontent aux années 60 et sont restées infructueuses jusqu'en 2001 où, parallèlement à l'adoption d'un règlement fixant le statut de la société européenne, la directive 2001/86/CE du 8 octobre 2001 fixe des règles relatives à l'implication des travailleurs dans cette nouvelle structure. Le terme d'implication recouvre à la fois l'information, la consultation et la participation ou tout autre mécanisme traduisant l'influence des travailleurs sur les décisions de l'entreprise. Depuis, d'autres directives ont reproduit des dispositions similaires pour d'autres types de société (société coopérative européenne).

- ***L'information et la consultation des travailleurs***

Les évolutions législatives suivantes vont être essentiellement liées à l'affaire dite « Renault Vilvoorde ». En effet, de même que l'affaire AKZO avait mis en cause, dans les années 70, un groupe germano-néerlandais et des licenciements dans une filiale belge et avait été à l'origine de la directive sur les licenciements économiques, la fermeture sans véritable information ni consultation des représentants des salariés de l'usine Renault à Vilvoorde a été le déclencheur de la négociation de la directive 2002/14 sur **l'information et la consultation des travailleurs**.

L'affaire Renault Vilvoorde et son impact sur les normes sociales européennes

En février 1997, Renault annonçait la fermeture prochaine de son usine de Vilvoorde (Belgique), entraînant la suppression de 3 100 emplois. Cette décision était motivée par le souhait de redresser la situation financière du groupe, qui s'était dégradée, et de rationaliser sa production. Des suppressions d'emploi étaient également prévues en France, à hauteur de 2 800 postes. Les réactions à cette annonce ont été très vives, tout particulièrement en Belgique, où les syndicats ont décidé d'occuper l'usine de Vilvoorde et de bloquer la sortie des voitures fabriquées. Un arrêt de travail d'une heure dans les usines européennes du groupe a été marqué, et des manifestations ont été organisées, devant le siège français du groupe et à Bruxelles.

Un plan social a alors été négocié avec les syndicats belges par la direction de Renault, tandis qu'un expert était nommé pour étudier les solutions alternatives à la fermeture du site, proposées par le comité de groupe européen. Le plan social a finalement été adopté et a abouti au reclassement des salariés licenciés ou à leur départ en préretraite. Seuls 400 personnes sont restées sur le site, sur des activités auxiliaires de la production.

Les débats publics sur cette affaire ont notamment porté sur la conformité des procédures suivies avec les dispositions découlant des directives communautaires sur les licenciements économiques (directive 75/129/CE) et sur le comité d'entreprise européen (directive 94/45/CE). La première imposait une consultation préalable des représentants des salariés de l'entreprise, dans le cas d'un licenciement collectif ; cette obligation a été respectée, la direction ayant informé le conseil d'entreprise de l'usine de Vilvoorde avant d'annoncer la fermeture du site. La seconde directive impliquait l'information et la consultation des membres du comité d'entreprise européen. Il existait bien, au sein du groupe Renault, un « comité de groupe » européen, qui avait été instauré par accord volontaire en 1993. Une réunion de ce comité avait bien été tenue préalablement à la fermeture de l'usine de Vilvoorde, mais la direction de Renault y avait confirmé ses choix.

Cette affaire a contribué à illustrer certaines limites de la réglementation européenne, qui ne suffisait pas à obliger les dirigeants d'entreprise à négocier des choix économiques ou sociaux avec les représentants des salariés.

Elle a conduit les institutions communautaires, au premier rang desquelles la Commission, à proposer de renforcer la législation et à fixer un cadre général plus contraignant en matière d'information et de consultation des travailleurs, en fixant une obligation de négociation, en prévoyant des droits à une information et une consultation régulières des salariés et le droit des représentants des salariés d'obtenir une réponse motivée à leur avis, à l'issue du processus de consultation.

La **directive 2002/14/CE sur l'information et la consultation des travailleurs dans l'UE** a alors eu pour objectif de définir un certain nombre d'exigences minimales, mais sans remettre en question les systèmes de représentation des travailleurs en vigueur dans les États membres. Elle prévoit tout d'abord une information régulière, quoique sans échéance définie, des représentants des travailleurs, sur les évolutions récentes et probables des activités de l'entreprise, sur l'emploi et des éventuelles menaces sur l'emploi, enfin sur les décisions susceptibles d'entraîner des modifications dans l'organisation du travail ou les contrats de travail.

- ***Les conditions de travail***

Le champ des « conditions de travail » a également été soumis à la réglementation communautaire, notamment dans le cadre de la directive relative au détachement de travailleurs. En effet, la mise en œuvre de la libre circulation des personnes et des services, dans le cadre de la réalisation du marché intérieur, a accru les possibilités de prestations de services transnationales, par conséquent, les cas de détachements de travailleurs d'un État membre à un autre. Dans ce contexte, afin de protéger les droits des travailleurs et les entreprises contre une concurrence déloyale, la **directive 96/71/CE**, adoptée en 1996, détermine les conditions de travail et d'emploi applicables aux travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services. Ainsi, ces travailleurs bénéficient des conditions de travail et d'emploi du territoire sur lequel ils sont détachés (un travailleur britannique détaché en France bénéficiera des conditions applicables en France) en matière de : période maximale

de travail et périodes minimales de repos ; durée minimale des congés annuels payés ; taux de salaire minimal ; conditions de mise à disposition des travailleurs ; santé, sécurité et hygiène au travail ; protection des femmes enceintes, des enfants et des jeunes ; égalité de traitement entre hommes et femmes et non discrimination. Elle prévoit également des règles de coopération entre États membres pour échanger des informations sur les détachements et lutter contre les abus ou les situations illégales. Non contestée dans son principe même, la directive alimente pourtant de manière sans doute excessive (cf. *infra*) les craintes d'un dumping social, alors même que ses dispositions visent à assurer aux travailleurs détachés une protection minimale.

Il faut par ailleurs mentionner les directives successives sur la **durée et l'aménagement du temps de travail**. C'est la charte communautaire des droits fondamentaux des travailleurs adoptée en 1989, et plus particulièrement son article 7, qui est à l'origine de cette extension du champ des normes européennes.

La première directive (directive 93/104/CE) a été adoptée en 1993 sur le fondement de l'article 118 A du traité, qui instaurait une compétence communautaire dans le champ de la santé et de la sécurité des travailleurs (cf. *supra*). En considérant le temps de travail comme l'une des composantes de la santé et de la sécurité[7], il était ainsi possible d'adopter ce texte à la majorité qualifiée des États-membres, et de contourner ainsi l'opposition de certains pays, au premier rang desquels le Royaume-Uni. La directive de 1993 définissait un droit au repos journalier (11 heures consécutives), un droit au repos hebdomadaire (24 heures consécutives) qui s'ajoute au repos journalier, un congé annuel d'au moins quatre semaines et une durée maximale de travail hebdomadaire de 48 heures, y compris les heures supplémentaires ; elle ne comportait en revanche aucune disposition relative à la rémunération du travail. Ces prescriptions étaient minimales, et un État-membre pouvait prévoir des dispositions plus favorables au travailleur.

La directive prévoyait toutefois de nombreuses dérogations aux principes posés, et excluait de son champ d'application un certain nombre de secteurs ou activités professionnels (dont les transports, les médecins en formation, les travailleurs indépendants…). En 2000, une nouvelle directive a permis d'adapter les dispositions de la directive pour certains travailleurs dont les travailleurs non mobiles des secteurs exclus, les travailleurs en mer, les cheminots, ou les médecins en formation pour lesquels des souplesses ont été trouvées ; enfin, dans le secteur des transports, des directives particulières ont été adoptées.

Différentes raisons ont amené la Commission, en 2003, après consultations, à déposer une nouvelle proposition de directive modifiant le texte d'origine.

[7] Interprétation confirmée par la CJCE qui a jugé que la santé et la sécurité des travailleurs inclut « tous les facteurs physiques ou autres, capables d'affecter la santé et la sécurité des travailleurs dans leur environnement de travail et notamment certains aspects de l'aménagement du temps de travail ». CJCE, affaire C-84/94, Royaume Uni contre Conseil.

D'une part, la directive de 1993 prévoyait une évaluation et un réexamen, avant le 23 novembre 2003, de dérogations admises sous réserve de l'accord du salarié à la durée maximale du travail. D'autre part, la directive comportait certaines lacunes, et ne prévoyait pas comment devaient être qualifiés certains temps de garde. La CJCE, amenée à se prononcer sur le cas des gardes médicales (SIMAP, 03/10/2000 et JAEGER, 09/09/2003), a tranché dans le sens d'une interprétation large de la notion de temps de travail, les gardes médicales effectuées sur le lieu de travail entrant selon la Cour dans cette catégorie.

Une programmation de l'action communautaire : l'agenda social européen 2000-2010

Adopté lors du sommet européen de Nice en décembre 2000, l'agenda social constitue l'un des éléments de mise en œuvre de la stratégie de Lisbonne puisqu'il présente les actions à entreprendre par l'Union, selon un échéancier défini, en matière de politique sociale. Toutes les facettes de cette politique (emploi, protection sociale, égalité entre les sexes, lutte contre l'exclusion sociale) y sont visées. Pour réaliser ce programme, la Commission dispose d'une palette d'instruments : propositions législatives, dialogue social, instruments financiers (programmes d'aides communautaires, parmi lesquelles le FSE), méthode ouverte de coordination.

Un premier volet (2000-2005) a déjà permis la programmation d'un certain nombre d'actions. La Commission a fait rapport au Conseil européen, annuellement, des progrès accomplis : à titre illustratif, en matière de droit du travail, la Commission a proposé de réglementer les conditions de travail des travailleurs intérimaires, de compléter et codifier la législation communautaire sur le temps de travail, simplifier et codifier la législation sur la santé et la sécurité des travailleurs…

Le second volet (2005-2010) apparaît beaucoup moins ambitieux : d'une part, une partie du programme a été réalisée, d'autre part l'élargissement a conduit à réviser à la baisse le champ des avancées possibles. La Commission y annonce la publication de « livres verts », qui présentent une analyse stratégique d'un thème donné : sur la dimension intergénérationnelle des politiques sociales et les mutations démographiques d'une part ; sur l'avenir du droit du travail d'autre part ; sur ce dernier point, l'intention de la Commission est de proposer une modernisation et une simplification des règles actuelles. La Commission entend également proposer une nouvelle stratégie de santé et sécurité au travail pour la période 2007-2012. Elle devrait proposer une nouvelle initiative sur la protection des données à caractère personnel et une mise à jour des directives sur les transferts d'entreprise et sur les licenciements collectifs.

Un changement institutionnel majeur : le rôle du Parlement européen

En renforçant le rôle de « co-décideur » du Parlement européen, le traité d'Amsterdam a donné à cette institution un poids croissant. Sans détailler le mécanisme d'adoption des textes, on peut simplement souligner qu'il rend incontournable la position exprimée par les parlementaires sur les propositions de textes communautaires. Or, en matière sociale, le Parlement européen, et notamment la « commission de l'emploi et des affaires sociales », se montre soucieux de renforcer le contenu des propositions de directive et de relayer les préoccupations de la confédération européenne des syndicats. Cette sensibilité sociale apparaît plus marquée au Parlement que les positions respectives des représentants nationaux au sein du Conseil.

La négociation de la proposition de directive « services dans le marché intérieur » en constitue un exemple récent. Le Parlement européen a en effet, dans la résolution qu'il a adoptée en février 2006, supprimé le principe du pays d'origine prévu dans le projet initial et qui avait notamment provoqué une vive hostilité syndicale. Il a également réduit le champ d'application de cette directive controversée, en en excluant les services de santé, les services sociaux, les services fournis par les agences de travail temporaire, et en supprimant les assouplissements introduits par la proposition quant aux règles applicables au détachement temporaire de travailleurs.

Chapitre 2

L'influence du droit communautaire sur le droit français du travail

L'« acquis communautaire », c'est-à-dire l'ensemble des normes adoptées dans un domaine donné, constitue en matière sociale une somme non négligeable. L'objet de cette partie sera de montrer comment il a influencé le contenu de nos propres législations.

Une consolidation des règles nationales existantes

Les directives communautaires permettent en premier lieu de fixer, **pour l'ensemble des États-membres**, un ensemble de **prescriptions minimales**. Elles prennent toutefois en compte le fait que tous les États-membres n'ont pas, au moment où elles sont adoptées, le même niveau de protection des travailleurs, et qu'ils doivent modifier, adapter ou compléter leur droit pour leur donner un plein effet. Pour cette raison, les directives fixent des délais de transposition, de deux à trois ans selon les textes. Ces mesures de transposition nationales doivent au moins respecter le niveau de protection minimal défini par la directive.

Toutefois, si les règles nationales existantes fixent un niveau de protection des travailleurs supérieur à celui défini par le texte communautaire pour le même domaine, l'État-membre en question ne peut, lors de la transposition ni même ultérieurement, définir un niveau général de protection qui serait moins favorable aux travailleurs. C'est tout l'objet des **clauses** dites « **de non régression** » qui ont été insérées dans plusieurs directives sociales.

À titre illustratif, les directives sur la « protection des jeunes au travail » (article 16), « aménagement du temps de travail » (article 23), ou encore « information/consultation » (article 9) contiennent de telles clauses de non régression, qui prennent généralement le libellé suivant : « *Sans préjudice du droit des États-membres de développer, eu égard à l'évolution de la situation, des dispositions législatives, réglementaires et contractuelles différentes [dans le domaine du temps de travail], pour autant que les exigences minimales pré-*

vues dans la présente directive soient respectées, la mise en œuvre de la présente directive ne constitue pas une justification valable pour la régression du niveau général de protection des travailleurs. »

Leur impact sur le droit français n'est donc pas négligeable : ainsi, l'obligation d'information et de consultation préalables des travailleurs par la direction de l'entreprise dans un certain nombre de situations, et notamment lorsqu'il y a menace sur l'emploi, (directive 2000/34 « information/consultation ») empêche-t-elle une remise en cause des procédures et des dispositions pertinentes du code du travail (en particulier article L 432-1 et suivants, article L 321-2).

De la même manière, la précision des dispositions de certaines directives s'oppose au remplacement de dispositions nationales par d'autres relevant d'une autre approche : ainsi, une taxation des licenciements économiques, visant à en limiter le nombre, ne saurait telle quelle se substituer à la procédure sur les licenciements collectifs prévue par la directive 98/59 (notamment : obligation de consultation des représentants des travailleurs, notification par écrit à l'autorité publique compétente de tout projet de licenciement collectif) et transposée en droit français.

Quelques changements législatifs substantiels

Déterminer *a posteriori* l'impact du droit communautaire sur la législation nationale reste un exercice délicat. Il devrait pourtant être possible d'identifier les textes adoptés ou modifiés dans le cadre de la mise en œuvre des normes communautaires, puisqu'une circulaire du Premier ministre du 9 novembre 1998 sur le suivi de l'application des textes communautaires a, pour la première fois, demandé aux administrations de réaliser, pour chaque proposition d'acte communautaire, une **étude d'impact** juridique du texte, accompagnée d'un avis de principe et d'un tableau comparatif des dispositions de la proposition communautaire et du droit français existant.

Une circulaire du Premier ministre du 27 septembre 2004 a étendu le champ de l'étude d'impact aux aspects budgétaires, techniques ou administratifs et ajoute que celle-ci doit également permettre de mesurer les conséquences de la proposition d'acte communautaire pour le secteur d'activité concerné. L'étude doit également indiquer les difficultés de transposition identifiées et dresser la liste dont l'adoption ou la modification seront nécessaires pour mettre le droit français en conformité avec le droit communautaire. Elle doit enfin être actualisée en fonction des évolutions de la négociation. Ces obligations ont à nouveau été rappelées dans une circulaire du Premier ministre du 22 novembre 2005.

Or, force est de constater qu'en dépit de ces recommandations, les études d'impact réalisées par les administrations sociales restent, pour ce qui concerne le champ du droit du travail, assez succinctes et ne permettent pas toujours d'apprécier *a priori* la portée des propositions communautaires. Ainsi, la fiche simplifiée d'impact juridique sur la proposition de directive relative aux conditions de travail des travailleurs temporaires se borne-t-elle à présenter les différentes dispositions de ce projet de texte et à identifier les dispositions qui, en droit français, régissent le travail temporaire, mais sans les confronter. En revanche, la fiche d'impact simplifiée relative à la proposition de directive relative à certains aspects de l'aménagement du temps de travail présente une analyse des modifications qu'entraînerait l'adoption de la proposition ; encore faut-il souligner qu'il s'agit d'une présentation des problèmes engendrés par la proposition, sans identification exhaustive des textes impactés.

Un examen comparatif *a posteriori*, à partir des dossiers de transposition des directives en droit interne, permet toutefois d'affirmer que notre droit du travail, qu'il soit d'origine légale ou conventionnelle, confère d'une manière générale aux travailleurs un niveau élevé de protection par rapport à celui applicable dans d'autres États-membres ou par rapport aux directives communautaires. Par conséquent, la transposition des directives communautaires en droit français n'implique pas nécessairement des changements législatifs ou réglementaires. Ainsi, en matière d'information et de consultation des travailleurs, la transposition de la directive 2002/14 n'a-t-elle pas conduit à modifier le code du travail sur la question de la représentation des travailleurs (note des autorités françaises à la Commission, du 23 février 2005).

À l'inverse, la transposition des directives a parfois conduit à l'introduction d'un ensemble de dispositions nouvelles, dans le cas de situations non prévues par le code du travail. Tel est le cas de la directive relative au volet social de la société européenne, transposée par une loi introduisant tout un nouveau chapitre dans le code du travail.

De fait, l'impact du droit communautaire sur le droit social français apparaît très variable, et les trois exemples ci-dessous en fournissent une illustration. C'est en matière de santé et de sécurité que cette influence a été la plus forte, alors que dans d'autres domaines, la France a surtout dû compléter sa législation sur des points jusqu'à présent non couverts.

Exemple 1 : impact sur la réglementation française en matière de santé et de sécurité

La négociation et la transposition des directives communautaires, pourtant nombreuses dans ce domaine, n'ont pas donné lieu en France à un débat d'ensemble sur la santé et la sécurité au travail, mais ont conduit à quelques changements d'approche dans notre législation.

La principale innovation législative découle de la transposition de la directive-cadre de 1989, qui a conduit à introduire dans le code du travail, par la loi du 31 décembre 1991, un livre II (art. L. 230-1 et s.), com-

portant un chapitre « principes généraux de prévention ». Ainsi, une obligation d'évaluation globale et *a priori* des risques a-t-elle été posée, dont la responsabilité pèse sur l'employeur. L'approche traditionnelle consistant à n'imposer aux entreprises que des obligations techniques a été délaissée au profit d'une démarche préalable qui transfère l'initiative et la responsabilité à l'employeur. L'un des bénéfices de cette pratique plus systématique de l'évaluation *a priori* est qu'elle a permis de mettre en lumière des risques peu ou mal perçus et de développer en conséquence des actions de correction et de prévention.

Des directives communautaires dans le champ de la santé et de la sécurité ont, plus rarement, été à la source de nouvelles réglementations dans des champs jusque-là non couverts : c'est le cas de la directive sur les agents biologiques et de celle relative au travail sur écran.

D'autres textes ont permis de compléter le droit français : ainsi, la directive 92/57 sur les « chantiers temporaires ou mobiles » de 1992 a conduit la France à créer la fonction de coordination sur les chantiers, les coordinateurs étant chargés de veiller au respect des exigences en matière de santé et de sécurité au cours des différentes phases du déroulement du chantier.

Cette nécessité d'une adaptation constante aux normes communautaires de règles françaises parfois anciennes n'est pas d'ailleurs sans poser problème. Tel a par exemple été le cas pour la transformation des services de médecine du travail, centrés sur des problématiques médicales, en « services de santé et de sécurité au travail », à vocation pluridisciplinaire. La transposition de l'article 7 de la directive-cadre de 1989, imposant cette pluridisciplinarité n'a été effectuée en France qu'en 2002, par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, par le décret 2003-546 du 24 juin 2003 et par un arrêté du 24 décembre 2003, après plusieurs années de discussion avec la Commission et le début d'une procédure contentieuse initiée par cette dernière.

Exemple 2 : l'implication des travailleurs

En matière d'**implication des travailleurs**, la transposition de la législation européenne a surtout conduit à compléter la législation française. Il fallait en effet tenir compte de la nouvelle structure commerciale que constitue la société européenne, et des règles spécifiques définies par la directive 2001/86 sur l'implication des travailleurs dans la société européenne : c'est l'article 12 de la loi 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie qui assure la transposition de cette directive. Il introduit en droit français des structures et des règles définies par le droit communautaire (groupe spécial de négociation, comité de la société européenne, modalités de participation des salariés).

Exemple 3 : l'aménagement du temps de travail

Dans le domaine de l'**aménagement du temps de travail**, la directive 93/104/CE a contribué à modifier l'approche du code du travail qui ne déterminait que des durées maximales de travail, à partir desquelles se déduisaient, par conséquent, les périodes de repos. En définissant la notion de repos et en déterminant des périodes minimales de repos, la directive a conduit, à l'occasion de sa transposition, à l'instauration en France d'un droit au repos quotidien. Elle a été transposée par les lois 98-461 du 13 juin 1998 et 2000-37 du 19 janvier 2000, qui donnent par ailleurs pour la première fois une définition légale du temps de travail (loi du 13 juin 1998) et des astreintes (loi du 19 janvier 2000).

Les cas de précontentieux (phase amont à la phase juridictionnelle, généralement à l'initiative de la Commission, prenant la forme d'une « mise en demeure » puis d'un « avis motivé ») ou de contentieux (saisine de la CJCE) à l'encontre de la France sont finalement assez rares en matière sociale. Cette situation témoigne donc d'une conformité généralement satisfaisante entre les normes communautaires et les règles d'application françaises.

Ainsi, au 31 mars 2006, relève-t-on que deux procédures d'infraction pour transposition partielle de directives lancées par la Commission sont toujours en cours, concernant l'une et l'autre les directives sur la protection des travailleurs face à l'insolvabilité de l'employeur (directive 80/987 et directive 2002/74). De nombreux échanges ont également eu lieu jusqu'en mai 2005 entre la Commission et la France, sur l'achèvement de la transposition de la directive-cadre 89/391 relative à la santé et la sécurité au travail, à la suite d'un avis motivé de la Commission datant du 26 juin 2002.

Enfin, au cours des dernières années, la France a été condamnée à deux reprises par la CJCE pour des affaires tenant à la transposition incomplète des directives « protection des jeunes au travail » (arrêt du 18 mai 2000) et « aménagements du temps de travail » (arrêt du 17 novembre 2005), sur des aspects touchant à la transposition de ces directives dans le secteur des transports. À titre comparatif, pour la seule année 2004, tous secteurs confondus, la CJCE a été saisie de 23 infractions à l'encontre de la France et la Commission a ouvert 125 procédures précontentieuses (84 mises en demeure et 41 avis motivés).

Le rôle du juge communautaire

L'influence de la jurisprudence de la CJCE sur la jurisprudence nationale ou sur la législation nationale est certaine : d'une part, les décisions de la CJCE s'imposent aux différents niveaux de l'État ; d'autre part les divergences d'interprétation entre juges communautaire et nationaux se réduisent progressivement. Le rapprochement des jurisprudences tient pour partie aux procédures mises en place dès le traité de Rome, qui autorisent les juges nationaux à saisir la CJCE de recours en interprétation des textes communautaires, par le biais de « questions préjudicielles ». Par ailleurs, l'obligation de mise en conformité des droits nationaux avec le droit communautaire est à la source d'un contentieux important devant la CJCE, au travers de « recours en manquement » généralement déposés par la Commission européenne contre les États-membres pour défaut de transposition ou encore transposition insuffisante des textes. Ces différentes procédures amènent par conséquent la CJCE à jouer un rôle d'interprétation du droit communautaire.

Ainsi, en matière de transferts d'entreprises, la CJCE estime, depuis un arrêt du 26 septembre 2000[8], que la directive sur les transferts d'entreprises (directive 77/187 codifiée par la directive 2001/23) est applicable au transfert d'une activité économique d'une personne morale de droit privé à une personne morale de droit public. La Cour de cassation a modifié une longue tradition jurisprudentielle pour se ranger à cette interprétation en 2002[9]. En matière de temps de travail, plusieurs arrêts récents de la CJCE (notamment arrêt SIMAP en 2000, arrêts JAEGER et DELLAS en 2003) ont interprété des dispositions de la directive 93/104 sur l'aménagement du temps de travail (en particulier la notion de temps de travail) dans un sens extensif qui n'était pas nécessairement celui retenu par la législation des États-membres (cf. *infra*).

[8] Mayeur c. / APIM, aff. C-175/99.
[9] Cass Soc 25 juin 2002, AGS de Paris c. / Hamon et autres.

Chapitre 3

Un développement marqué par des limites

Le droit du travail communautaire reste un droit fragmentaire

Seules les questions relatives à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs ou à l'implication des travailleurs dans des entreprises européennes, ont été assez largement investies par le droit communautaire qui a bâti un ensemble normatif cohérent. Pour les autres volets du droit du travail, c'est-à-dire pour le reste des relations collectives et individuelles de travail, le droit social communautaire, là où il est intervenu, est resté parcellaire. En outre, l'activité législative européenne marque aujourd'hui le pas, pour différentes raisons.

Des limites juridiques

Ces limites découlent tout d'abord des traités eux-mêmes : les États-membres ont souhaité que certaines matières soient exclues de la compétence législative communautaire et demeurent du ressort de compétence national. Ces exclusions concernent, en vertu de l'article 137 § 5 du traité, les rémunérations, le droit d'association, le droit de grève et le droit de *lock-out*, qui demeurent régis par des dispositions exclusivement nationales. Elles tiennent au fait que les États-membres ont, dès l'origine, considéré que ces matières touchaient à des questions d'ordre public, qui ne pouvaient être réglées qu'au niveau national. C'est pour cette raison que la fixation d'un salaire minimum n'est juridiquement pas possible au niveau communautaire.

En France comme dans d'autres pays de l'Union européenne, le droit du travail s'est construit autour du contrat de travail. Le code du travail français reflète le caractère central de cette notion, et rassemble les dispositions relatives à sa conclusion, aux droits et obligations des parties, à la résiliation du contrat. Le corpus législatif et réglementaire français en tire sa cohérence.

Tel n'est pas le cas à l'échelon communautaire, composé pour différentes raisons d'une mosaïque de textes : d'une part, les compétences de la Communauté en matière sociale ont été, comme souligné *supra*, dans un premier temps, quasi inexistantes et ne se sont étoffées que très progressivement. D'autre part, le principe de subsidiarité a conduit, avec le traité de Maastricht en 1992, à fixer une ligne de partage entre compétences nationales et communautaires. Enfin, dans les domaines où l'Union peut intervenir, la règle de vote à l'unanimité rend plus difficile l'adoption de textes communs : c'est par exemple le cas pour ce qui touche à la protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail ou pour les conditions de travail des ressortissants de pays tiers (article 137 § 2). Ceci explique pourquoi aucune directive ne traite des licenciements individuels, et la seule brèche au principe de liberté contractuelle réside dans une directive de 1991 (91/53/CE), qui prévoit l'obligation pour l'employeur de porter à la connaissance du travailleur un certain nombre d'informations sur le contrat ou la relation de travail.

En outre, le **champ d'application personnel** des directives comporte des limites, qui peuvent varier selon les textes : les directives couvrent généralement l'ensemble des travailleurs relevant du secteur public comme du secteur privé (directives santé et sécurité au travail), mais elles excluent parfois le secteur public y compris les établissements publics (par exemple : directive licenciements collectifs). À l'inverse, les travailleurs indépendants sont exclus du champ d'application des textes sociaux, sauf exceptions pour des textes non contraignants, tels que la recommandation du Conseil du 18 février 2003 sur l'amélioration de la protection de la santé et de la sécurité au travail des travailleurs indépendants. Les directives laissent aussi parfois aux États-membres la faculté de ne pas appliquer leurs dispositions à certaines catégories de travailleurs, lors de la transposition du texte en droit national : ainsi, la directive 2002/ sur la protection des travailleurs face à l'insolvabilité des employeurs ouvre la possibilité d'exclure du champ d'application les travailleurs intérimaires, les travailleurs à temps partiel et ceux détenteurs d'un contrat à durée déterminée.

Enfin, la portée juridique des textes communautaires peut parfois être atténuée par l'existence de **clauses dérogatoires**, résultat d'un compromis permettant l'adoption du texte. Il s'agit le plus souvent de dérogations à l'application dans le temps du texte ou d'une partie du texte. Deux exemples illustrent ce procédé : la directive 94/33 sur la protection des jeunes au travail prévoit (article 17) la faculté pour le Royaume-Uni de ne pas mettre en œuvre les dispositions d'un des articles de la directive pendant quatre ans. La directive 93/104 ouvre elle aussi la voie à des dérogations à plusieurs de ses articles et, en particulier, à l'article 6 fixant la durée maximale hebdomadaire de travail (article 18 § 1 b i). Il convient néanmoins de souligner que les dérogations les plus importantes sont limitées dans le temps et que leur utilisation est soumise à la fois à l'examen de la Commission et au contrôle du juge, national et le cas échéant communautaire.

Des limites politiques

L'accent est aujourd'hui davantage porté sur la « soft law[10] » (cf. la stratégie européenne de l'emploi), beaucoup moins contraignante que les normes, au détriment précisément de l'activité législative. Cette « soft law » consiste notamment à mettre l'accent sur les relations informelles et les échanges de bonnes pratiques entre États-membres. Sans trancher sur le bien-fondé de l'une ou l'autre des approches, force est de constater qu'aujourd'hui beaucoup d'États-membres sont réticents voire hostiles à la poursuite de l'activité normative telle qu'elle s'était exercée jusqu'à présent. Les difficultés récurrentes à parvenir à un accord sur des textes communautaires tels que la proposition de directive sur les conditions de travail des travailleurs intérimaires ou celle sur la révision de la directive sur l'aménagement du temps de travail en témoignent. Les discussions achoppent tout particulièrement sur le niveau de protection minimale à accorder aux travailleurs.

Cette attitude, accentuée depuis l'entrée de dix nouveaux États-membres dans l'Union le 1er mai 2004, peut notamment s'expliquer, de la part de ces derniers, par la nécessité d'achever l'intégration de l'acquis communautaire dans le domaine social. La reprise de l'acquis communautaire a du reste constitué l'affirmation de l'existence d'un modèle social européen vis-à-vis des pays adhérents.

Au-delà de cette reprise de l'acquis, l'hostilité marquée à l'égard des initiatives communautaires est souvent culturelle et/ou politique : c'est le cas dans les pays où la jurisprudence occupe une place importante, ou dans ceux qui voient dans la production normative un risque d'entrave au développement économique. Par ailleurs, la crainte que la jurisprudence de la CJCE interprète les dispositions d'une directive dans un sens plus favorable aux travailleurs et remette, par conséquent, en question les dispositions nationales de transposition vient conforter cette résistance à la poursuite de l'activité normative.

Cette « soft law » tend à se développer dans des domaines jusqu'alors touchés par une forte activité normative : dans le domaine de la santé et de la sécurité, des réseaux d'agences, de points focaux et d'instituts prennent une importance grandissante et contribuent à l'émergence d'échanges sur des « bonnes pratiques ». L'adoption de directives renforçant le niveau des normes actuelles risque de s'avérer plus délicate à l'avenir.

Des débats similaires sur la place de la législation sociale communautaire ont lieu au sein des institutions communautaires, notamment à la Commission, entre les directions générales chargées de préparer les propositions de textes qui devront être adoptées en collège des commissaires avant d'être présentées au Conseil. À cet égard, la proposition de directive précitée sur les conditions

[10] Expression sans équivalent en français ; par opposition à la démarche législative (« law »), elle renvoie à l'idée de textes ou de processus non contraignants.

de travail des travailleurs intérimaires témoigne de la difficulté récurrente à concilier objectifs économiques et objectifs sociaux. L'article 2 de cette proposition vise en effet à concilier deux grands objectifs : celui d'améliorer la protection des travailleurs intérimaires et celui de définir un cadre approprié pour contribuer au bon fonctionnement du marché du travail. Ainsi que le relève Silvana Sciarra dans son rapport sur l'évolution du droit du travail entre 1992 et 2003[11], cette proposition de texte illustre la difficulté d'un droit social autonome, eu égard aux objectifs d'efficacité du marché.

Enfin, l'activité des partenaires sociaux témoigne elle aussi de la difficulté à élaborer des règles contraignantes : on peut ainsi rappeler que le Conseil des ministres de l'Union a été saisi du dossier précité sur le travail intérimaire à la suite du blocage des discussions entre partenaires sociaux, qui n'ont pu aboutir à un accord. Par ailleurs, le contenu de l'accord sur le télétravail du 16/07/2002 ou celui sur le stress au travail s'avère peu contraignant.

Les craintes d'un dumping social : une appréciation à nuancer

Ainsi qu'il a été indiqué *supra* (point 2.1.), les directives sociales ne fixent, en vertu de l'article 137 du Traité, que des **prescriptions minimales**. En effet, l'objectif d'harmonisation des normes, jugé inaccessible et non souhaitable, avait été écarté dès l'origine par les fondateurs de la Communauté. Ces prescriptions minimales signifient que les États-membres s'accordent sur un socle commun de normes, chacun d'entre eux restant libre de maintenir ou d'adopter des dispositions nationales plus favorables aux travailleurs.

C'est ce caractère minimal qui, conjugué aux dérogations dont peuvent être assorties les directives, ouvre la voie à des craintes de « dumping social ». L'exemple le plus fréquent vise les prestations de services impliquant le détachement de travailleurs, bien que cette situation soit réglementée par la **directive 96/71/CE relative au détachement de travailleurs**. En effet, le texte oblige les entreprises qui détachent leurs salariés vers un État-membre autre que celui où elles sont installées à appliquer les « conditions de travail et d'emploi » de cet État d'accueil. Toutefois, cette obligation ne vise parfois que les conditions « **minimales** » de travail et d'emploi et pas nécessairement les conditions conventionnelles qui seraient plus favorables que les minima légaux. Ces dispositions entraînent des risques de différence de traitement entre travailleurs nationaux et travailleurs détachés d'un autre État-membre. Ainsi, en matière de rémunération, des dispositions conventionnelles peuvent prévoir

[11] The evolution of labour law (1992-2003) – general report – May 2004.

une rémunération plus favorable que le salaire minimum légal. L'entreprise détachant son salarié dans un autre État-membre dans le cadre d'une prestation de services ne sera pourtant tenue qu'à lui verser le salaire minimum légal.

Ces appréciations méritent pourtant d'être nuancées : en effet, puisque la directive communautaire impose le respect, sous le contrôle des autorités françaises, du socle de normes minimales du pays d'accueil. Ainsi, le travailleur détaché par une entreprise établie dans un autre État-membre de la Communauté sera soumis aux conditions minimales de travail du pays d'accueil, pour ce qui concerne notamment sa rémunération, ses congés, etc. Or celles-ci peuvent être largement supérieures à celles en vigueur dans l'État d'origine du prestataire de service. Pour le travailleur détaché, le détachement représentera alors, dans ces circonstances, un avantage. La directive fournit donc un cadre de référence qui, s'il n'est pas parfait, présente au moins l'intérêt de faire peser un certain nombre d'obligations sur les États-membres, dans un but de protection minimale des travailleurs détachés.

En outre, le rapport de mise en œuvre de la directive, établi par la Commission en 2003, fait apparaître que la plupart des États-membres appliquent les conventions collectives nationales aux salariés détachés (France, Espagne, Allemagne, Grèce, Finlande, Luxembourg, Autriche, Italie). En France, il s'agit des conventions et accords collectifs ayant fait l'objet d'une extension, et, sur le fond, c'est l'essentiel des normes de droit social français qui s'appliquent au travailleur détaché : durée du travail, travail du dimanche, travail de nuit, congés payés, santé et sécurité, etc.

Enfin, les critiques tenant au non-respect des obligations de la directive ne sauraient remettre en cause le bien-fondé même de ce texte : les abus constatés mettent en effet davantage en lumière les difficultés de contrôle de l'application du droit que les lacunes des normes elles-mêmes.

La question du détachement temporaire de travailleurs et du dumping social est revenue au cœur des débats sur les aspects sociaux de la construction européenne, lors de la négociation (toujours en cours) de la proposition de directive sur les « services dans le marché intérieur ». Une des critiques faites à ce texte portait précisément sur le fait qu'il conduisait à interdire l'existence des mécanismes de contrôle des détachements existant dans certains États-membres, dont la France. Ainsi, en application de la directive « services », l'obligation de déclaration préalable du détachement par le prestataire de services, l'obligation de disposer en France d'un représentant légal ou encore l'obligation imposée au prestataire de détenir les documents sociaux relatifs aux travailleurs détachés, permises par la directive de 1996, n'auraient pu être maintenues. C'est pourquoi les négociateurs français s'étaient attachés à défendre l'idée que les dispositions de la directive de 1996 devaient être préservées et ne devaient pas être remises en cause au nom de la libre prestation de services. Dans sa résolution de février 2006, le Parlement européen a suivi ce même raisonnement et a supprimé de la proposition de directive « services »

les articles litigieux sur le détachement temporaire de travailleurs, renvoyant cet aspect à la législation communautaire existante, à savoir la directive de 1996.

Les difficultés d'une meilleure homogénéisation des règles : l'exemple de la directive « aménagement du temps de travail »

La proposition de directive sur l'aménagement du temps de travail fournit un exemple particulièrement remarquable des difficultés récurrentes de l'Union européenne, pour parvenir à une législation commune dont les conséquences sont potentiellement lourdes. Une mise en perspective chronologique sur le long terme de l'application de la directive temps de travail dans le champ sanitaire permet de l'illustrer.

Un aboutissement difficile, dès l'origine

La proposition de directive a été déposée sur la table du Conseil le 28 septembre 1990. Négociée dans le cadre encore restreint d'une Communauté européenne composée de 12 États-membres, elle n'a cependant été définitivement adoptée que trois ans plus tard, ce qui témoigne de la difficulté et des enjeux qui s'attachaient à ce texte dans les différents États-membres. En fait, à partir du printemps de 1992 et du Conseil des ministres du 30 avril 1992, un compromis commence à se dessiner, grâce en particulier à l'introduction d'une clause permettant de déroger à l'article 6 sur la durée maximale hebdomadaire de travail.

Chronologie

Proposition soumise au Conseil des ministres le 28 septembre 1990
Proposition amendée de la Commission le 23 avril 1991, après avis en première lecture du PE
Débat au Conseil informel du 6 mai 1991
Point à l'ordre du jour au Conseil des ministres du 25 juin 1991
Débat au Conseil informel des 22 et 23 septembre 1991
Point à l'ordre du jour au Conseil des ministres du 14 octobre 1991
Point à l'ordre du jour au Conseil des ministres du 30 avril 1992
Point à l'ordre du jour au Conseil des ministres du 24 juin 1992
Point à l'ordre du jour au Conseil des ministres du 3 décembre 1992
Adoption d'une position commune par le Conseil des ministres du 30 juin 1993
Proposition amendée de la Commission le 16 novembre 1993, après avis en seconde lecture du PE
Adoption par le Conseil des ministres le 23 novembre 1993

Un dossier interministériel sans divergences majeures

La négociation de la directive « temps de travail » a été, entre 1990 et 1993, pilotée par le ministère du Travail et plus particulièrement par la direction des relations du travail (DRT), qui en a été l'acteur clé, compte tenu de ses attributions. Ainsi, le dossier de négociation fait-il apparaître que, dès septembre 1990, les positions françaises ont été pour l'essentiel alimentées par la DRT, qui a décortiqué et analysé le texte article par article. Ce constat n'est pas surprenant puisqu'au plan interne l'élaboration des règles transversales du droit du travail revient au ministère chargé du travail, qui est sauf exception chef de file.

Les autres ministères (Santé – Direction des Hôpitaux, Transports et mer, Agriculture, Poste) n'ont apporté qu'une contribution limitée, visant à obtenir l'exclusion de leur secteur de compétence du champ d'application de la directive, sans que ces demandes fassent toujours l'objet d'une argumentation développée. Seule la direction des transports terrestres (ministère de l'Équipement) a fourni une analyse plus détaillée. Il s'agissait pour eux de faire entrer leurs secteurs dans le champ des dérogations prévues à la directive soit en raison de leurs spécificités, soit du fait que la Commission devait proposer une réglementation spécifique (champ des transports).

En l'absence de divergences entre ministères, le dossier ne porte donc pas trace d'arbitrage interministériel sur l'une ou l'autre des dispositions de la directive.

La France a poursuivi des objectifs constants

La négociation de la directive a débuté au moment de celle du traité de Maastricht et surtout elle s'est poursuivie après le référendum français de 1992 où le vote positif n'a été acquis que de justesse. Les négociateurs français ont donc eu comme souci constant non seulement de démontrer que la construction européenne était à la source de progrès sociaux dans la Communauté – surtout dans les États dont la législation était comparativement moins protectrice que la nôtre, mais aussi de ne pas accréditer l'idée qu'elle pouvait être à l'origine d'un moins disant social. Pour cela, il fallait aboutir à un texte suffisamment ambitieux et au moins aussi protecteur que les règles du code du travail français : telle était la position de principe des autorités françaises.

Les objectifs, côté français, ont visé à rapprocher la proposition de texte communautaire, jugée insuffisamment prescriptive par le gouvernement et les syndicats de salariés, du droit français.

En effet, la proposition initiale de directive était très éloignée de l'approche française, en particulier parce qu'elle avait pour objet de **définir des temps de**

repos, journalier et hebdomadaire, **sans fixer de durée maximale de travail**, à l'exception du travail de nuit. À l'inverse, la législation française fixait une durée maximale de travail mais n'apportait aucune définition du « repos ». Par conséquent, l'un des principaux axes de négociation français a consisté, contre l'avis de certains États-membres (Allemagne, Royaume-Uni, Irlande, Danemark) à faire accepter par une majorité d'États-membres l'introduction d'un nouvel article fixant à 48 heures la durée maximale hebdomadaire de travail (article 6). Tout au long de la négociation, cette question a conservé un caractère central, et est apparue comme un véritable enjeu pour tous les États, qu'ils y soient favorables ou hostiles.

Le nécessaire compromis avec les autres États-membres

Lorsque, sous présidence luxembourgeoise, au premier semestre 1991, la proposition de directive a intégré un article portant sur la durée maximale hebdomadaire du travail, les délégations qui y étaient hostiles ont d'autant plus insisté sur la nécessité d'élargir le champ des dérogations aux dispositions du texte. Ainsi, certains États, au premier rang desquels l'Allemagne, ont souhaité que la durée maximale de travail puisse être calculée en moyenne, sur une période de référence d'au moins quatre mois (article 16).

Tandis que la France s'attachait à donner un contenu plus contraignant à la proposition de directive, d'autres États tentaient parallèlement soit de la vider de son contenu, soit d'en atténuer l'impact, par le biais des dérogations. Dans le premier camp, on pouvait ranger le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark, dont l'Allemagne se montrait, au titre du second camp, l'alliée objective.

Constatant qu'il était préférable de s'entendre sur un texte de compromis plutôt que de renoncer à toute législation communautaire dans ce domaine, les négociateurs français ont dû accepter de soutenir des positions de compromis. C'est ainsi que deux séries de dérogations ont été établies : des dérogations aux différentes périodes de référence mentionnées dans le corps du texte (pour le calcul du repos hebdomadaire, de la durée maximale de travail et la durée du travail de nuit), ou des dérogations plus générales à la directive, pour des catégories de travailleurs ou des secteurs, et des dérogations par voie d'accords collectifs. Enfin, c'est à partir de la mi-1992 qu'apparaît la clause « *d'opt out* » réclamée par le Royaume-Uni, dérogation à la durée maximale du travail qui apparaît comme la condition *sine qua non* pour l'adoption du texte. À titre alternatif, le Royaume-Uni proposait une solution qui apparaissait encore moins acceptable : elle subordonnait l'application de certaines dispositions du texte à une évaluation préalable du risque, menée par l'employeur.

Il faudra toutefois attendre le Conseil des ministres de juin 1993 pour qu'une « position commune » du Conseil puisse être adoptée.

La clause dérogatoire ou clause « d'opt out »

L'article 18 (clause d'opt out) de la directive 93/104 prévoit : « *la faculté de ne pas appliquer l'article 6 tout en respectant les principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs et à condition qu'il assure, par les mesures nécessaires prises à cet effet, que :*

– aucun employeur ne demande à un travailleur de travailler plus de quarante-huit heures au cours d'une période de sept jours, calculée comme moyenne de la période de référence visée à l'article 16 point 2, à moins qu'il ait obtenu l'accord du travailleur pour effectuer un tel travail,

– aucun travailleur ne puisse subir aucun préjudice du fait qu'il n'est pas disposé à donner son accord pour effectuer un tel travail,

– l'employeur tienne des registres mis à jour de tous les travailleurs qui effectuent un tel travail [...] »

Une renégociation encore plus délicate

La directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993[12], concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, prévoit notamment que la **durée hebdomadaire maximale du travail ne peut être supérieure à 48 heures, en prenant en compte une période de référence de quatre mois** (article 6). La directive établit une distinction entre « temps de travail » et « temps de repos » et ne prévoit pas de catégorie intermédiaire. En particulier, la qualification de « temps de travail » ne dépend pas de l'intensité du travail accompli, mais de la réunion de trois critères : le travailleur doit être « au travail », « à la disposition de l'employeur » et « dans l'exercice de ses fonctions ou de ses activités ».

Toutefois, la jurisprudence de la CJCE a bouleversé les équilibres de la directive d'origine.

En effet, la CJCE a jugé que, au sens de la directive, **les services de garde des médecins** (arrêt SIMAP du 3 octobre 2000 confirmé par l'arrêt JAEGER du 9 septembre 2003), du personnel infirmier des services d'urgences, effectués sur le lieu de travail, doivent être considérés dans leur intégralité comme du **temps de travail**, indépendamment des prestations de travail réellement effectuées. Elle confirme par ailleurs, dans les deux affaires, que les trois critères permettant de définir le temps de travail sont cumulatifs. Enfin, elle reconnaît que la directive autorise des dérogations à la période de repos obligatoire (art. 17 i) notamment pour les services relatifs à la réception et au traitement et/ou aux soins donnés par les hôpitaux ou établissements similaires, à condition que des périodes équivalentes de repos compensateur soient accordées aux

[12] Par convention, on parlera ici de « la directive 93/104/CE », alors qu'elle a été modifiée en 2000 (extension de son champ d'application par la directive 2000/34/CE) puis codifiée en 2003 par la directive 2003/88/CE.

travailleurs concernés et qu'elles succèdent immédiatement aux périodes de travail correspondantes.

L'arrêt SIMAP, confirmé par l'arrêt JAEGER, a ainsi occasionné des difficultés dans les services hospitaliers, notamment les services d'urgence. Pour y remédier, le gouvernement français a été conduit à conclure le 22 octobre 2001 un protocole d'accord avec les syndicats de praticiens hospitaliers faisant jouer les **clauses de dérogation individuelle (art. 18)** de la directive pour les praticiens hospitaliers qui effectuent des plages additionnelles aux 48 heures de travail hebdomadaires maximales. Ce protocole prévoyait également la transposition de la directive « temps de travail » telle qu'interprétée par la CJCE dans le statut des praticiens hospitaliers. Cette transposition a été réalisée par un ensemble de cinq décrets du 06 décembre 2002.

Pour les autres secteurs d'activité, le ministère chargé du travail et le ministère chargé de la santé ont souligné, début 2004, par note à la Commission européenne, le risque de remise en cause du système français des équivalences[13] (décompte forfaitaire des temps de garde), si celles-ci sont prises en compte pour le respect des durées maximales. Ceci vaut surtout pour le secteur médico-social et pour les transports.

Le bien-fondé de ces inquiétudes a été vérifié dans une décision récente de la CJCE faisant suite à une question préjudicielle du Conseil d'État. Dans son arrêt du 1er décembre 2005, **DELLAS**, la CJCE a en effet estimé que, contrairement à ce que prévoit la législation française, les gardes nocturnes dans des établissements sociaux et médico-sociaux doivent être considérées intégralement comme du temps de travail. L'impact de cette jurisprudence rend encore plus importants la révision du texte d'origine et l'aboutissement des négociations en cours.

Impact financier estimé de la jurisprudence de la CJCE[14]

Impact de la jurisprudence SIMAP/JAEGER pour le secteur médical hospitalier :

En 2001, le coût de la nouvelle organisation du temps de travail des médecins hospitaliers (mise en œuvre du protocole d'accord État/syndicat de médecins hospitaliers du 22/10/01 – *cf. supra*) a été estimé à 550 millions d'euros, résultant de la création de 3 500 postes et du financement du temps de travail additionnel. Cette estimation ne prend toutefois pas en compte les efforts de réorganisation et d'optimisation de la permanence des soins qui peuvent découler de cette nouvelle organisation.

[13] Le régime des équivalences permet de faire un décompte particulier de l'ensemble du temps de travail des professions où existent des temps d'inaction, d'attente ou de surveillance. À titre d'exemple, dans les établissements sociaux et médico-sociaux pour la surveillance nocturne, ce régime consiste en une forfaitisation du temps de travail sans tenir compte de la présence effective des personnels (comptabilisation de 3 heures effectives pour les 9 premières heures de présence et 1/2 heure pour chaque heure supplémentaire).

[14] Sources : note de la DAEI au SGCI du 13 février 2004 ; note interne DRT de 2006.

Impact de la jurisprudence DELLAS : exemple du secteur médico-social non lucratif :
Environ 1 670 établissements (sur 4 000) seraient concernés, pour ce qui concerne le secteur du handicap et de l'aide sociale à l'enfance, et 300 000 salariés. Ces chiffres sont peu élevés, du fait que nombre d'établissements ont déjà recours à l'emploi de surveillants de nuit. Ils ne tiennent pas compte d'une possible généralisation de l'embauche de surveillants de nuit.

La modification de la directive de 1993 pourrait atténuer l'impact des jurisprudences SIMAP/JAEGER et DELLAS en offrant plus de souplesses

Après avoir adressé aux États-membres et aux partenaires sociaux une communication sur le réexamen de la directive 93/104 (décembre 2003) puis un questionnaire sur l'impact de la jurisprudence de la Cour aux États-membres (janvier 2004), la Commission a invité les partenaires sociaux, en mai 2004, à négocier un accord visant à réviser la directive précitée. Ceux-ci n'ont pas souhaité engager des négociations, et la Commission a alors présenté une proposition de directive révisant les textes en vigueur. Cette proposition poursuit trois objectifs :

– d'une part **prendre en compte la jurisprudence communautaire sur le temps de garde** en modifiant l'article 18 de la directive 93/104 : le projet de texte distingue le temps de travail « actif » et les périodes de travail « inactives » ; cette distinction, qui s'applique pour le temps de garde, conduit à ce que seules les périodes « actives » de temps de garde soient prises en compte pour le calcul de la durée maximale du temps de travail ; les périodes inactives sont décomptées. Le texte permet par ailleurs un report de la prise du repos compensateur dans un délai de 72 heures maximum. Enfin, le système des équivalences est doté d'une base juridique puisque l'article 2 bis du projet prévoit que « *le cas échéant, la période inactive du temps de garde peut être posée en termes de nombre moyen d'heures ou de fraction du temps de garde…* » ;

– d'autre part, le texte introduit de la souplesse dans l'application de la règle des 48 heures en prévoyant notamment **l'annualisation de la période de référence prise en compte (contre quatre mois actuellement)** ;

– enfin, et en conséquence des marges de manœuvre ainsi dégagées (notamment de la reconnaissance du système des équivalences), le texte vise à **mieux encadrer la possibilité d'opt out** offerte par l'article 18.

Les autorités françaises ont soutenu les principales orientations de la proposition de révision de la Commission, présentée et débattue pour la première fois au Conseil des ministres des affaires sociales de l'UE le 4 octobre 2004. En particulier, la France a demandé le maintien à quatre mois de la période de référence prise en compte pour la définition de la durée maximale du temps de travail et la suppression à terme des dérogations à la durée maximale du travail.

Sur ce point toutefois, la position française a évolué, entre 2003 et le moment où la Commission a présenté sa proposition de texte révisé, comme en témoigne le tableau *infra*. En effet, les discussions informelles, en amont de la proposition, ont permis de constater qu'il était possible d'apporter des aménagements au décompte des période dites « de garde », permettant de couvrir à la fois les gardes médicales et le système des équivalences en vigueur dans d'autres secteurs d'activité ; dans ce contexte, le maintien de l'opt out (note à la Commission du 31 juillet 2003) n'était plus apparu nécessaire (note à la Commission du 2 avril 2004).

Cependant, l'analyse des notes ministérielles montre la difficulté et le paradoxe d'une position de fermeté sur la disparition progressive des dérogations à la durée maximale hebdomadaire de travail (suppression de l'opt out).

D'un côté, le secteur hospitalier a besoin, plus que d'autres, d'une souplesse dans l'organisation du travail, qui implique que des dépassements des durées maximales de travail, par ailleurs autorisés par un accord entre le gouvernement et les syndicats de médecins hospitaliers, puissent être pratiqués. Il en va de même dans le secteur médico-social comme dans ceux faisant usage du système des équivalences, compte tenu en particulier de la jurisprudence de la Cour qui assimile garde inactive et temps de travail effectif. Pour ces secteurs, un système de dérogations serait donc acceptable.

D'un autre côté, la France craint, pour d'autres secteurs (notamment les transports), qu'un usage abusif de telles dérogations ne vienne notamment fausser le jeu de la concurrence entre États. Les différentes notes des ministères soulignent que les autorités françaises souhaitent que les exigences de santé et de sécurité pour les travailleurs puissent être respectées de manière similaire, quel que soit l'État-membre. Le compromis présenté par la Suède et la France au dernier conseil qui a débattu de ce dossier (8 décembre 2005) est révélateur de cette ambivalence, puisqu'il prévoyait à la fois un recours possible mais très encadré à l'opt out pour certains secteurs, un recours plus automatique dans le secteur de la santé et, enfin, la disparition de l'opt out à une échéance donnée. Il n'a toutefois pas permis de trouver une issue positive à ce dossier.

Tableau : synthèse des positions françaises en amont et dans les négociations visant à modifier la directive 93/104/CE

Dates	Principales positions de négociation
31/07/2003 – réponse à un questionnaire de la Commission sur l'impact de la jurisprudence SIMAP	– définition : la notion de « temps de travail effectif » devrait être précisée et clarifiée, et il faut assouplir la durée maximale hebdomadaire de travail pour les médecins hospitaliers (à définir au niveau national) ; pour les autres secteurs : l'arrêt SIMAP peut poser problème pour l'application du régime des équivalences ; – article 18 (opt out) : la France ne souhaite pas la disparition de cet article ; la dérogation est utilisée (pour les médecins hospitaliers) dans le cadre du protocole d'accord du 22/10/2001 avec les syndicats de médecins hospitaliers.

Tableau : synthèse des positions françaises en amont et dans les négociations visant à modifier la directive 93/104/CE (suite)

Dates	Principales positions de négociation
Position au 08/09/2003 dans la perspective d'une révision de la directive 93/104	Pour la DHOS : – assouplir la durée maximale hebdomadaire de travail pour certaines professions ; – élargir la période de prise de repos ; – confirmer la possibilité d'un opt out (article 18). Pour la DRT : – inclure le système d'équivalences dans la directive ; – donner plus de souplesse aux États sur la question des temps de garde ; – rendre possible l'application de dérogations par secteurs.
02/04/2004 – réponse à un questionnaire de la Commission sur la révision de la directive	– la révision doit être globale et non sectorielle ; – il faut assouplir l'organisation des temps de travail et de repos, et prendre en compte des « temps d'inaction » au titre des dérogations à l'article 6 ; – ces dérogations doivent découler d'accord collectif et l'opt out pourrait alors être progressivement supprimé. – Demandes : – maintien de la période de référence de 4 mois pour le calcul en moyenne des 48 heures hebdomadaires ; – introduction d'une nouvelle dérogation pérenne à l'article 6 pour les temps d'inaction (équivalences) et flexibilité dans la prise du repos compensateur ; – opt out : la priorité va plutôt à la prise en compte du temps d'inaction (cf. supra) ; l'opt out est utilisé pour les médecins (mais d'usage difficile) et risque de dumping social dans d'autres secteurs (transports) : la France est donc favorable à une suppression progressive.
Conseil des ministres du 04/10/2004 (présentation de la proposition de directive modifiée par la Commission)	– les définitions ne permettent pas d'intégrer la notion d'« équivalences » ; – l'allongement à 12 mois de la période de référence pour le calcul de la durée maximale hebdomadaire de travail est acceptable, bien que la législation française soit plus restrictive ; – l'obligation de prise du repos compensateur dans les 72 h pose problème dans certains secteurs ; – sur l'opt out : il faut en tout cas un accord collectif pour l'encadrer.
Conseil des ministres du 07/12/2004	– la priorité absolue va à la suppression progressive de l'opt out (position de principe).
Conseil des ministres du 03/03/2005	– confirme la position précédente sur l'opt out (NB : un compromis a été esquissé, sous présidence néerlandaise, sur : la définition du temps de travail ; la prise du repos compensateur ; la clarification des « lieux de travail » et de la « période inactive du temps de garde » ; la prise en compte des équivalences ; l'annualisation de la durée maximale hebdomadaire de travail).
Conseil des ministres du 02/06/2005	Même position que supra sur l'opt out ; position confortée par celle du Parlement européen sur ce sujet.
Conseil des ministres du 08/12/2005	– une proposition conjointe France/Suède de compromis est présentée au Conseil : elle prévoit : – l'allongement de la période transitoire avant disparition de l'opt-out ; – le maintien de l'opt out pour certains secteurs, en l'encadrant ; – le recours à l'opt out de manière plus automatique et sans autorisation préalable de la Commission pour le secteur de la santé.
Position au début de la présidence autrichienne de l'UE	– même position que supra sur l'opt out ; – un accord permettrait de préserver notre système d'équivalences.

Une négociation bloquée

La discussion sur ce texte s'est déroulée en plusieurs phases : des compromis partiels ont été trouvés, au fil du temps et des discussions au sein du Conseil des ministres, sur un certain nombre de points. En mai 2005, l'examen au Parlement européen du texte, et notamment le travail du rapporteur (M.Cercas, PSE), a enrichi la proposition de la Commission et a préconisé également la suppression de l'opt out 3 ans après l'entrée en vigueur de la directive. En juin 2005, plusieurs points d'accord avaient été atteints, concernant : l'annualisation du calcul de la durée maximale du temps de travail (48 h) et les dispositions relatives au décompte du temps de travail et celles portant sur l'attribution du repos compensateur.

Depuis, les oppositions se sont concentrées sur la question de l'opt out, et la présidence britannique au second semestre 2005 n'a pas permis d'aboutir à un compromis, faute de volonté politique et en raison de ses positions inflexibles sur la pérennité des clauses dérogatoires.

Conclusion : Le dossier sur l'aménagement du temps de travail illustre la difficulté croissante de légiférer à 25 États-membres. Il témoigne aussi de la complexité de trouver un compromis lorsque les souhaits d'une partie des États vont à une législation « à la carte ». Cette situation conduit à s'interroger sur le contenu même des directives, à la fois de plus en plus précis dans le but d'éviter un recours interprétatif à la CJCE, et pour lequel il devient de plus en plus difficile, par conséquent, de réunir une majorité.

Rapport thématique 2

Politique française de l'emploi et politiques communautaires

Sommaire

Introduction 163

La politique de l'emploi comporte une dimension européenne de plus en plus marquée 164

Longtemps exclusive, la compétence nationale en matière de politique de l'emploi s'exerce depuis 1997 dans un cadre coordonné au niveau européen 164

L'Union européenne s'est vue reconnaître la capacité d'intervenir pour coordonner les politiques nationales en matière d'emploi 164

Reconnu comme « sujet d'intérêt commun », l'emploi s'est progressivement ouvert à l'intervention européenne 164

Une nouvelle méthode d'intervention a été mise en place au niveau européen pour ménager la compétence nationale 166

La « stratégie coordonnée » a construit un cadre européen de référence 168

À travers les lignes directrices, les contours d'une « doctrine » européenne en matière d'emploi 168

Des objectifs et indicateurs de référence communs 170

Le développement d'une culture commune entre les responsables de l'emploi 172

Son impact sur les politiques nationales reflète les potentialités et les limites d'un dispositif construit sur une compétence partagée entre le niveau national et européen 174

Une interaction permanente entre niveau national et niveau européen 174

Une réorientation visible des politiques de l'emploi, imputable au moins partiellement à la stratégie européenne 176

Des conséquences peu visibles sur le niveau du chômage et l'emploi 179

Les interactions entre le niveau européen et le niveau national ont été particulièrement marquées dans le cas de la France 183

La France s'est fortement investie dans le processus européen de coordination des politiques de l'emploi 183

Les orientations européennes ont eu des répercussions significatives sur la politique de l'emploi française 186

Un avenir incertain de la stratégie européenne pour l'emploi 189

D'autres politiques communautaires influent sur la politique de l'emploi française 191

Europe et service public de l'emploi 191

Service public de l'emploi et stratégie européenne pour l'emploi 191

Réseau européen, projets européens et examen par les pairs 192

Service public de l'emploi et concurrence 192

Politique structurelle et politique de l'emploi 194

La mise en œuvre du Fonds Social Européen en lien avec la stratégie pour l'emploi 194

Politique de concurrence, développement de l'emploi et mutations économiques 197

Aides publiques et règles de concurrence : le traitement de la dimension emploi 198

Restructurations et politique de compétitivité européenne 200

Libre circulation et dispositifs de la politique de l'emploi 201

La jurisprudence européenne a progressivement étendu les droits des travailleurs et des citoyens européens dans l'accès aux marchés du travail nationaux 201

Un impact sur les dispositifs nationaux de la politique d'emploi, comme en attestent les récents débats français sur l'accès des ressortissants communautaires aux contrats aidés 203

La focalisation européenne sur les taux d'emploi a eu un impact sur les politiques françaises 205

La stratégie européenne pour l'emploi a progressivement fait du taux d'emploi un indicateur central 205

Le taux d'emploi s'est substitué au taux de chômage pour la formulation des objectifs européens 205
La France s'est efforcée d'enrichir l'usage de cet indicateur 206
Taux d'emploi brut ou taux d'emploi en équivalent temps plein ? 207
Quelles tranches d'âge pour le taux d'emploi ? 208

En s'appuyant sur le taux d'emploi, la stratégie européenne pour l'emploi a contribué au renouvellement des approches nationales, notamment sur l'emploi des seniors . . . 209
Les recommandations européennes et les plans nationaux témoignent de la prise de conscience émergente du sujet de l'emploi des seniors 210
Si l'Europe n'est pas le seul facteur d'émergence de la politique en faveur de l'emploi des seniors, elle en a été une référence permanente 215

Introduction

Parmi les politiques sociales mises en place au niveau européen la politique de l'emploi est certainement celle qui a connu les développements les plus importants et les plus innovants dans la seconde moitié des années 90. Dans un contexte de chômage persistant à un niveau élevé, elle s'imposait en effet parmi les priorités politiques et la France a été, à la fin de cette décennie, parmi les promoteurs d'une intervention européenne dans ce domaine. Cette priorité subsiste d'ailleurs au sein des opinions publiques, si l'on en croit un récent sondage[1] qui place l'emploi (avec 63 %) en tête des domaines dans lesquels les Français voudraient voir la France exercer une influence sur l'Europe, loin devant la recherche (35 %), ou l'harmonisation fiscale (31 %).

La stratégie européenne pour l'emploi n'est pas la seule à avoir un effet sur la politique d'emploi nationale. D'autres politiques européennes, telles la politique structurelle ou les politiques liées au marché unique (concurrence, libre circulation), ont également des répercussions et seront à ce titre évoquées. Il est précisé que les développements ci-dessous s'attachent en effet sur les politiques nationales de l'emploi, non sur l'emploi lui-même, autre sujet qui relève d'un débat plus large sur les politiques économiques (effets de l'euro et de la politique monétaire ou de la mise en place du marché unique), excédant le champ de cette étude.

[1] Sondage CSA réalisé en décembre 2005 pour France-Info et l'émission « France Europe Express ».

Chapitre 1

La politique de l'emploi comporte une dimension européenne de plus en plus marquée

Longtemps exclusive, la compétence nationale en matière de politique de l'emploi s'exerce depuis 1997 dans un cadre coordonné au niveau européen

L'Union européenne s'est vue reconnaître la capacité d'intervenir pour coordonner les politiques nationales en matière d'emploi

L'emploi a longtemps été réservé à la compétence nationale et ne faisait pas à l'origine partie du champ ouvert à l'intervention européenne. Les préoccupations relatives à l'emploi étaient certes présentes dans le développement d'outils tels que le fonds social européen (cf. 1.2.2) ou dans l'élaboration d'un cadre juridique commun pour traiter des conséquences sociales des restructurations industrielles qui se sont multipliées à partir du milieu des années 70 : l'adoption en 1975 de la directive sur les licenciements collectifs, celle en 1977 de la directive sur les transferts d'entreprise se situaient dans ce contexte. Mais c'est seulement vers le début des années 90 que s'est développée une réflexion tendant à faire de l'emploi un objet d'intervention communautaire, sans pour autant remettre en cause la compétence nationale.

Reconnu comme « sujet d'intérêt commun », l'emploi s'est progressivement ouvert à l'intervention européenne

• L'esquisse d'une approche coordonnée (1993-1996)

Le livre blanc publié en 1993 par Jacques Delors « Croissance, compétitivité et emploi » est généralement considéré comme un point de départ dans la

démarche qui a mené à la mise en place d'une stratégie européenne pour l'emploi. Sa philosophie générale, qui misait sur le capital humain et visait à retrouver une société plus active, a trouvé un écho dans les premières lignes directrices pour l'emploi adoptées après le traité d'Amsterdam[2].

Au Conseil européen d'Essen en décembre 1994 les chefs d'État et de gouvernement avaient identifié cinq priorités communes d'action :

– investir dans les ressources humaines ;
– augmenter l'intensité en emploi de la croissance ;
– abaisser les coûts indirects du travail ;
– mettre en place des politiques plus active du marché du travail ;
– renforcer les mesures en faveur des groupes les plus touchés par le chômage.

Ils étaient convenus de les traduire au niveau national dans un programme pluriannuel tenant compte des spécificités de leur situation économique et sociale. Une procédure de suivi des progrès réalisés d'un genre nouveau était mise en place, fondée sur l'idée de surveillance mutuelle. Cette coordination volontaire des politiques de l'emploi restait toutefois fragile, ne reposant sur aucune base institutionnelle ni procédurale et requérant de ce fait l'accord unanime des États-membres.

• *Le Traité d'Amsterdam (1997)*

Le Traité d'Amsterdam formalisait cette démarche et lui donnait un fondement juridique à travers l'introduction d'un nouveau titre VIII, reconnaissant l'emploi comme un « sujet d'intérêt commun » et consacrant son accession au champ politique communautaire[3].

Le traité d'Amsterdam et l'emploi

L'apport du traité d'Amsterdam en matière d'emploi peut être résumé en 3 points.

– La consécration d'un objectif transversal
L'emploi est reconnu comme un objectif de la construction communautaire
(art. 2 : l'Union se donne pour objectifs de promouvoir le progrès économique et social ainsi qu'un niveau d'emploi élevé)
Cet objectif doit être pris en compte dans toutes les politiques et actions communautaires.
(art 127).

– L'ouverture d'un nouveau champ de compétence
L'emploi devient « une question d'intérêt commun » (art. 126).
Sans opérer de transfert de compétences – les politiques de l'emploi continuent de relever explicitement de la compétence des États-membres – la légitimité d'une intervention communautaire visant à l'élaboration d'une « stratégie coordonnée » pour l'emploi est reconnue.

[2] Favarel et Quintin « L'Europe sociale » coll réflexe Europe, La documentation française.
[3] Philippe Martin « le Traité d'Amsterdam inaugure-t-il une politique communautaire de l'emploi ? » Rev trim droit européen, no 36, 2000.

– La définition d'un nouveau cadre d'intervention

Adoption de lignes directrices communes, rapport annuel sur leur mise en œuvre, recommandations, échange d'expériences et d'informations.

Mise en place d'un comité de l'emploi au niveau européen (art 130) pour assurer le suivi du processus et préparer les décisions du Conseil.

Soucieux de marquer la priorité politique donnée à l'emploi au niveau européen, les chefs d'État et de gouvernement ont décidé de mettre en œuvre ces dispositions sans tarder, en anticipant sur la ratification du traité. Les premières lignes directrices ont ainsi pu être adoptées dès novembre 1997 au sommet de Luxembourg.

Une nouvelle méthode d'intervention a été mise en place au niveau européen pour ménager la compétence nationale

• *L'inspiration : la convergence économique et financière*

L'approche utilisée pour parvenir à une stratégie européenne de l'emploi s'est inspirée de celle de la convergence, déjà utilisée dans le cadre de l'Union économique et monétaire. Elle rompt avec la démarche normative généralement utilisée dans le domaine social puisqu'il ne s'agit plus d'harmoniser les politiques et dispositifs nationaux mais les conceptions et principes sur lesquels ils se fondent.

Elle passe par la définition d'objectifs communs sans s'attacher *a priori* aux moyens. Ceux-ci, laissés à l'appréciation des États-membres, font l'objet d'une évaluation *a posteriori*.

• *Le cadre défini par le traité d'Amsterdam*

L'ensemble de la procédure qui concourt à l'élaboration de la « stratégie coordonnée pour l'emploi » prévue par le traité est contenu dans son article 128, toujours en vigueur.

Clé de voûte de l'ensemble, les « lignes directrices pour l'emploi » sont adoptées chaque année, sur la base d'une proposition de la Commission, par le Conseil des ministres des États-membres statuant à la majorité qualifiée (article 128). Les États-membres « tiennent compte de ces lignes directrices dans leurs politiques de l'emploi » et les traduisent sous forme d'un plan national d'action. Ils rendent compte de sa mise en œuvre qui fait l'objet d'un examen annuel au niveau communautaire. Au terme de cet examen, des « recommandations » peuvent être adressées aux États-membres jugés défaillants par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur recommandation de la Commission.

Dès l'automne 1998, la Commission a proposé les premières recommandations aux États-membres, lesquelles après une controverse tant sur la forme que sur le fond, ont été finalement acceptées par les États-membres.

• La consécration à Lisbonne de la « méthode ouverte de coordination » (2000)

La mise en œuvre de cette nouvelle forme d'intervention communautaire a généralement été considérée comme un succès par ses acteurs. Une évaluation à mi-parcours menée en 2000 sous l'égide de la Commission et des États-membres notait, parmi les développements à mettre à son actif :

– une meilleure cohérence des politiques de l'emploi grâce à leur inscription dans un cadre commun intégré
– une plus grande transparence des politiques menées et des engagements politiques
– une participation renforcée et élargie des différents acteurs, tant au niveau européen que national.

Le « processus de Luxembourg » acquerrait ainsi une valeur de référence en tant que nouveau mode d'intervention reposant sur un principe de coordination décentralisée : l'intervention communautaire exerçait une fonction de coordination et d'animation sans remettre en cause la compétence nationale, les États-membres restant libres d'adapter et de mettre en œuvre les objectifs communs en fonction de leur situation particulière. Elle pouvait ainsi être présentée comme une voie d'avenir « entre une Europe fragmentée et un État européen supranational »[4].

Dès lors il devenait possible d'étendre ce mode d'intervention à d'autres domaines où les États-membres n'étaient pas prêts à consentir de transfert de souveraineté, mais qui justifiaient une approche commune. La politique sociale offrait un champ d'application privilégié avec notamment la protection sociale et la lutte contre l'exclusion, mais aussi les politiques de l'environnement, de l'éducation, de l'entreprise…

À partir de l'expérience du processus emploi, les chefs d'État et de gouvernement réunis en mars 2000 au sommet de Lisbonne ont donc donné à cette approche une portée plus générale à travers la « méthode ouverte de coordination ».

Les contours de la « méthode ouverte de coordination » (MOC)

*– **Définir des lignes directrices** pour l'Union, assorties de calendriers spécifiques, pour réaliser les objectifs à court, moyen et long terme fixés par les États membres.*

*– **Établir,** le cas échéant, **des indicateurs** quantitatifs et qualitatifs et des critères d'évaluation par rapport aux meilleures performances mondiales, adaptés aux besoins différenciés des États membres (…).*

– Traduire ces lignes directrices européennes en politiques nationales et régionales (…).

– Procéder périodiquement à un suivi, évaluation et examen par les pairs (…).

[4] Allan Larsson « the new open method of coordination – a sustainable way between a fragmented Europe and a European supra state ? » Conférence de l'ancien DG emploi de la Commission à l'Université d'Uppsala, mars 2002.

(...) L'approche retenue sera totalement décentralisée, conformément au principe de subsidiarité ; l'Union, les États membres, les collectivités régionales et locales ainsi que les partenaires sociaux et la société civile seront activement associés dans diverses formes de partenariat[5].

(Extraits des conclusions du Conseil européen de Lisbonne, mars 2000)

La « stratégie coordonnée » a construit un cadre européen de référence

À travers les lignes directrices, les contours d'une doctrine européenne en matière d'emploi

• *Les quatre « piliers » d'origine*

Les fondements d'une doctrine européenne ont été posés dès 1997 à travers les premières lignes directrices définies au Sommet de Luxembourg et regroupées autour de quatre « piliers » essentiels.

Les quatre piliers de la stratégie européenne de l'emploi (1997-2002) : employabilité, esprit d'entreprise, adaptabilité, égalité hommes/femmes

1) Améliorer la capacité d'insertion professionnelle (« employabilité »)

Il s'agit de promouvoir une politique de l'emploi plus active et préventive : les dépenses dites passives (indemnisation du chômage, préretraites) doivent être mises au service d'actions visant à réinsérer les chômeurs (formation, reconversion, expérience professionnelle). Ces actions doivent être entreprises le plus rapidement possible pour éviter de glisser vers le chômage de longue durée et l'exclusion.

2) Développer l'esprit d'entreprise

L'objectif est d'améliorer et mettre en valeur le potentiel d'emplois en encourageant la création de petites entreprises et l'activité indépendante (allègement des formalités administratives et des charges fiscales et sociales), de développer le secteur des services, mais aussi d'identifier des gisements d'emplois nouveaux ou inexploités (environnement, économie sociale...).

Cet objectif suppose également de rendre le système fiscal plus favorable à l'emploi et c'est dans cette perspective que se situent les mesures d'abaissement du taux de TVA sur les services à haute intensité de main-d'œuvre (rénovation de logements...).

3) Encourager la capacité d'adaptation des entreprises et de leurs travailleurs (« adaptabilité »)

Ce troisième pilier établit des orientations générales pour permettre aux entreprises de faire face aux mutations économiques sans pénaliser l'emploi : modernisation de l'organisation du travail, développement de la formation tout au long de la vie, adaptation de la législation du travail à la diversification des formes d'emploi, etc.

La mise en œuvre en est confiée pour une large part aux partenaires sociaux, invités à négocier des accords sur ces sujets.

[5] Conseil européen de Lisbonne, conclusions de la Présidence, point 37.

4) Renforcer les politiques d'égalité des chances pour les femmes et les hommes
On trouve dans ce pilier des objectifs spécifiques pour lutter contre les discriminations professionnelles (risque de chômage, rémunération, perspectives de carrière) et favoriser la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale (développement des modes de garde et de prise en charge des enfants et des personnes dépendantes) mais aussi un objectif transversal de prise en compte de la perspective d'égalité entre les sexes dans la conception et la mise en œuvre de toutes les mesures prises au titre des trois autres piliers.

• *Des reformulations fréquentes*

L'annualité des lignes directrices a par la suite conduit à des remaniements fréquents qui ont nui à la lisibilité de la stratégie européenne. Comme le soulignait la Commission dans son bilan des cinq premières années de la stratégie européenne pour l'emploi (SEE)[6], « l'ajout régulier de priorités ou d'objectifs aux lignes directrices à l'occasion des révisions annuelles ne concourt pas à l'efficacité du système ».

Plus stable dans le temps, la structuration initiale autour des quatre « piliers » n'en a pas moins connu des évolutions, reflétant les décisions politiques prises au niveau des chefs d'État et de gouvernement ainsi que les conclusions tirées des exercices successifs d'évaluation. Après une période d'inflation des lignes directrices, dont la version 2002 comportait dix-huit actions subdivisées chacune en plusieurs rubriques, auxquelles s'ajoutent six « objectifs horizontaux », un consensus s'est fait sur la nécessité de simplifier les lignes directrices et de leur assurer une plus grande continuité.

Se référant à la stratégie de Lisbonne, les nouvelles lignes directrices adoptées en juillet 2003 s'articulaient autour de trois objectifs « généraux et interdépendants » :

– le plein emploi ;
– la qualité et la productivité du travail ;
– la cohésion sociale et l'insertion ;

lesquels étaient déclinés en dix lignes directrices spécifiques.

Malgré les résolutions prises dans le sens d'une plus grande stabilité, l'exercice, lancé en mars 2004 à la demande du Conseil européen, de révision à mi-parcours de la stratégie de Lisbonne débouchait sur une réorientation des lignes directrices. Constatant « l'énorme fossé à combler pour atteindre les objectifs fixés à Lisbonne en matière d'emploi », le rapport publié en novembre 2004 par un groupe de haut niveau sous la présidence de Wim Kok, ancien Premier ministre néerlandais, se montrait en effet très critique vis-à-vis des instruments

[6] Communication de la Commission du 17 juillet 2002, COM (2002) 416 final.
[7] Décision du Conseil du 12 juillet 2005.

mis en place dans le cadre de la MOC et préconisait une nouvelle approche, reflétée dans les nouvelles lignes directrices adoptées par le Conseil pour la période 2005-2008. Celles-ci, tout en continuant de se référer au trois objectifs précités de Lisbonne, s'organisent autour de trois nouvelles priorités :

– attirer et retenir un plus grand nombre de personnes sur le marché du travail ;
– améliorer la capacité d'adaptation des travailleurs et des entreprises ;
– investir davantage dans le capital humain.

Mais une réelle continuité sur le fond

Par delà les reformulations et malgré une présentation aujourd'hui quelque peu différente dans le cadre des « lignes directrices intégrées » combinant politique macro-économique et de l'emploi (cf. 1.1.3.3 ci-dessous), on observe une grande continuité sur le fond des lignes directrices dont l'inspiration reste sensiblement la même, privilégiant :

– **l'« activation »** du marché du travail et des dispositifs de lutte contre le chômage ;
– **la mobilisation et la valorisation des ressources en main-d'œuvre** et l'investissement dans le capital humain ;
– **la « flexicurité »,** pour concilier l'adaptation aux besoins du marché avec des garanties de sécurité pour les travailleurs.

Des objectifs et indicateurs de référence communs

Deux types d'objectifs ont été définis dans le cadre de la stratégie européenne de l'emploi. Dès l'origine les lignes directrices étaient accompagnées d'objectifs opérationnels de moyens, destinés à servir d'indicateurs pour « jalonner » (*benchmarking)* la mise en œuvre des politiques. Par ailleurs le Conseil européen a souhaité définir au niveau politique des objectifs mobilisateurs quant aux résultats à atteindre en matière d'emploi dans le cadre plus large de la stratégie de Lisbonne.

• Des objectifs opérationnels de moyens

Le processus mis en place à Luxembourg entendait donner aux orientations définies un contenu opérationnel, en les déclinant sous la forme d'objectifs précis et engageants : ainsi la nécessité de promouvoir des mesures actives et préventives en faveur des chômeurs se traduisait par l'objectif fixé au niveau européen du « nouveau départ », visant à offrir à tous les chômeurs avant le sixième (pour les jeunes) ou douzième (pour les adultes) mois de chômage une mesure de formation, d'aide à la reconversion ou d'expérience professionnelle. Un objectif était également défini pour la réinsertion des chômeurs de longue durée, dont au moins 25 % devaient bénéficier d'une mesure active de ce type.

Ces objectifs ont peu à peu été développés et diversifiés pour s'étendre à des politiques hors du champ strict des politiques de l'emploi mais susceptibles d'avoir des effets connexes : services de garde d'enfants, performances du système scolaire…

Objectifs et jalons fixés dans le cadre de la stratégie européenne de l'emploi[8]

– tous les chômeurs se voient offrir un nouveau départ avant le sixième mois de chômage pour les jeunes, et avant le douzième mois de chômage pour les adultes sous forme d'une formation, d'une reconversion, d'une expérience professionnelle, d'un emploi ou de toute autre mesure propre à favoriser leur insertion professionnelle, combinée, le cas échéant, à une assistance permanente en matière de recherche d'emploi,

– d'ici à 2010, 25 % des chômeurs de longue durée devraient participer à une mesure active sous forme d'une formation, d'une reconversion, d'une expérience professionnelle ou de toute autre mesure propre à favoriser leur insertion professionnelle, avec pour objectif de parvenir à la moyenne atteinte par les trois États membres les plus avancés,

– dans toute l'Union européenne, les demandeurs d'emploi devraient pouvoir consulter toutes les offres d'emploi diffusées par les services pour l'emploi des États membres,

– obtenir, d'ici à 2010, une augmentation de cinq ans, au niveau communautaire, de l'âge effectif moyen de départ en retraite (estimé à 59,9 ans en 2001),

– offrir des services de garde d'enfants permettant d'accueillir au moins 90 % des enfants ayant entre 3 ans et l'âge de la scolarité obligatoire et au moins 33 % des enfants de moins de 3 ans, d'ici à 2010,

– atteindre une proportion de jeunes quittant prématurément l'école de 10 % au maximum en moyenne dans l'Union européenne,

– la proportion de personnes âgées de 22 ans ayant terminé l'enseignement secondaire supérieur devrait atteindre au moins 85 % dans l'Union européenne d'ici à 2010,

– le taux de participation de la population adulte en âge de travailler (tranche d'âge de 25 à 64 ans) à l'éducation et à la formation tout au long de la vie devrait atteindre au moins 12,5 % en moyenne dans l'Union européenne.

• Des objectifs politiques de résultat

Réunis au Conseil européen de Lisbonne en 2000, les chefs d'État et de gouvernement ont souhaité accompagner la stratégie adoptée par des objectifs démonstratifs et mobilisateurs. Ils se sont entendus pour donner au taux d'emploi une place centrale dans cette perspective et se sont fixés pour but de porter d'ici 2010 le taux d'emploi global de 61 % à 70 % et le taux d'emploi des femmes de 51 % à 60 %/.

Un an plus tard, à Stockholm, ils se sont engagés à porter dans le même temps le taux d'emploi des « seniors » de 37,5 % à 50 %.

Le taux d'emploi est ainsi devenu l'indicateur de référence au niveau européen, à l'aune duquel sont mesurés tous les efforts en matière de politique de

[8] Décision du Conseil sur les lignes directrices 2005-2008 Journal officiel de l'Union européenne du 6.8.2005.

l'emploi. On en examinera ci-dessous dans la partie 2 les implications dans le cadre national.

• Le développement d'une culture commune entre les responsables de l'emploi

La mise en place de la stratégie coordonnée pour l'emploi s'est traduite par le développement d'enceintes et d'occasions régulières de rencontre entre les responsables de la politique de l'emploi dans les différents pays européens. Le comité de l'emploi en est le pivot, chargé d'examiner les propositions de la Commission et de préparer, par ses avis, les décisions du Conseil des ministres du travail concernant le « paquet emploi » annuel.

Le comité européen de l'emploi

Institué par le traité (art. 130) dans le cadre du nouveau titre emploi, le comité de l'emploi est un organe à caractère consultatif composé de représentants de la Commission et des États-membres, qui désignent chacun deux titulaires et deux suppléants.

« Afin de promouvoir la coordination, entre les États-membres, des politiques en matière d'emploi et de marché du travail », le comité se voit attribuer deux missions essentielles :
– suivre l'évolution de la situation de l'emploi et des politiques de l'emploi,
– formuler des avis à la demande du Conseil, de la Commission, ou de sa propre initiative, et préparer les délibérations du Conseil dans le cadre du processus de Luxembourg.

Le comité élit en son sein son Président, actuellement de nationalité britannique, et deux vice-présidents. Il dispose d'un secrétariat (« équipe de soutien ») fourni par la Commission.
Les deux vice-présidents assurent respectivement l'animation des deux formations qui assistent le comité dans ses travaux : le « groupe ad hoc », à vocation généraliste, le « groupe indicateurs », axé sur les travaux statistiques et d'évaluation.

Le comité de l'emploi tient une demi-douzaine de réunions par an, d'une ou deux journées (au total onze journées de réunion en 2005). La France y est représentée au niveau directeur d'administration centrale, par le délégué général à l'emploi et à la formation professionnelle (DGEFP) et par le directeur de l'animation de la recherche et des Études statistiques (DARES) du ministère du Travail. Ce dernier a pendant plusieurs années assuré la présidence du groupe « Indicateurs ».

Le comité de l'emploi est également le lieu où s'organisent la confrontation des expériences et les échanges de « bonnes pratiques » dont l'identification et la diffusion constituent, à côté de la mise en œuvre des lignes directrices communes, le deuxième volet de la stratégie coordonnée de l'emploi au niveau européen. Un « programme pour l'apprentissage mutuel »[9] donne lieu à des séminaires thématiques, des réunions d'évaluation entre pairs et des activités de suivi et de diffusion dans les États-membres sur les principaux défis des

[9] Lancé en 2005, ce programme se substitue au programme antérieur « évaluation entre les pairs » lancé en 1999 dans une perspective comparable.

politiques de l'emploi. Les résultats de ces travaux sont publiés et accessibles en ligne sur le site de la Commission.

Exemples d'« examens par les pairs » (*peer reviews*) organisés dans le cadre des échanges de bonnes pratiques

Ces examens ont lieu dans le pays hôte et sur sa proposition.

Examens de « bonnes pratiques » françaises

Le Programme d'action Personnalisé pour un nouveau départ : 18-19 octobre 2004

Le programme Trace (accès à l'emploi pour les jeunes en danger d'exclusion) : 2-3 octobre 2001

Aménagement-réduction du temps de travail : 18-19 avril 2000

Le programme « nouveaux services – emplois jeunes » : 28-29 septembre 1999

Examens organisés en 2005

The Employer Training Pilots ; Royaume-Uni, 1-2 décembre 2005

Promouvoir la formation tout au long de la vie ; Lettonie, 24-25 novembre 2005

Entreprises et formation professionnelle ; Portugal, 3-4 novembre 2005

Accroître l'offre de travail par l'immigration économique ; Irlande, 23-24 juin 2005

Accroître l'emploi féminin par une organisation flexible du travail : Norvège, 26-27 mai 2005

La task force sur le chômage des jeunes : Pays-Bas, 28-29 avril 2005

Des avis et rapports produits dans le cadre du comité de l'emploi aux visites croisées dans les pays voisins pour y examiner les dispositifs nationaux, la mise en œuvre de la stratégie européenne de l'emploi a engendré un ensemble d'activités nouvelles qui ont un effet important de « socialisation » des responsables et des acteurs de la politique de l'emploi, tant au niveau de l'administration que des partenaires sociaux. Elle a ainsi contribué à la formation et à la diffusion d'un langage commun et d'une culture partagée qui est celle de la stratégie européenne de l'emploi[10].

Ces références communes sont toutefois définies de façon suffisamment large et ouverte pour autoriser des accents et déclinaisons différenciés selon les États-membres. S'ils pratiquent un langage commun lorsqu'ils se retrouvent dans le cadre européen, les responsables de la politique de l'emploi n'en sont pas moins porteurs d'une sensibilité et d'une vision nationales qui peuvent être parfois sensiblement différentes voire divergentes.

Ainsi, on voit aisément que derrière la formulation commune d'un objectif en apparence consensuel, tel que celui visant à rendre le travail financièrement profitable – *make work pay* –, peuvent coexister des conceptions significativement différentes quant au positionnement relatif et à l'articulation entre rémunération du travail et prestations sociales. De même la vision britannique et la vision danoise de l'« activation » du marché du travail sont-elles loin de coïncider.

[10] Sur cet effet de « socialisation » voir notamment les travaux de J Cl Barbier.

Son impact sur les politiques nationales reflète les potentialités et les limites d'un dispositif construit sur une compétence partagée entre les niveaux national et européen

La question de l'impact de la stratégie européenne de l'emploi sur les politiques nationales a donné lieu à d'abondants travaux et commentaires : rapports officiels d'évaluation élaborés sous l'égide de la Commission européenne, recherches et études universitaires, appréciations souvent critiques portées par les divers acteurs économiques et sociaux.

Plus que dans d'autres domaines de compétence communautaire, la question de l'impact se trouve posée par la forme même de cette intervention d'un genre nouveau qui repose sur des orientations sans caractère contraignant, dont la mise en œuvre est laissée à l'initiative nationale, sans possibilité d'exercer de sanctions juridiques ou financières à l'encontre des contrevenants.

De ce fait l'exercice d'évaluation s'avère difficile. Les méthodes classiques se révèlent peu aptes à mesurer l'effet de levier d'une procédure de coordination souple et non contraignante telle la stratégie européenne de l'emploi[11], certains allant même jusqu'à qualifier une telle entreprise de « projet voué à l'échec »[12].

Une interaction permanente entre niveau national et niveau européen

Le mécanisme de coordination mis en place dans le domaine de l'emploi sur la base du traité repose sur un processus intératif entre le niveau national et le niveau communautaire qui lie la définition des orientations européennes (lignes directrices annuelles) à l'examen des réalisations individuelles et collectives (rapport annuel sur l'emploi dans l'Union).

• *Engagements nationaux et surveillance par les pairs*

Sur la base des lignes directrices qu'ils ont adoptées à la majorité qualifiée, les États-membres matérialisent leurs engagements dans le cadre d'un plan national[13]. Ce document constitue la déclinaison nationale des orientations communautaires, adaptées à la situation spécifique de chaque pays.

La mise en œuvre de ces engagements donne lieu, aux termes du traité, à un rapport annuel remis par chaque État-membre et examiné dans le cadre de la « surveillance multilatérale ». Celle-ci se traduit par une procédure d'évaluation croisée où chaque rapport national fait l'objet d'un examen critique au sein

[11] Erhel C., Mandin L., Palier B. « The leverage effect » in « The open Method of Co-ordination in Action », P.I.E.-Peter Lang, Barbier J. C, 2004.

[12] Barbier J Cl, Sylla N.S. 2004.

[13] Le « plan national d'action pour l'emploi » des débuts a cédé la place depuis 2005 à un « programme national de réforme », document global abordant l'ensemble des mesures prises pour atteindre les objectifs définis à Lisbonne, dont ceux relatifs à l'emploi.

du comité de l'emploi, introduit par un rapporteur d'un autre État-membre. En pratique le temps très limité imparti à cet exercice entre les responsables des États-membres tend à reporter sur la Commission la fonction d'analyse. C'est sur cette base qu'est élaboré le rapport annuel prévu par le Traité sur « la situation de l'emploi dans la Communauté et la mise en œuvre des lignes directrices pour l'emploi », rapport conjoint que la Commission et le Conseil des ministres adressent chaque année aux chefs d'État et de gouvernement.

• Controverses autour des « sanctions »

À la différence de ce qui est prévu dans le domaine de la convergence économique, l'exécution des engagements dans le domaine de l'emploi ne connaît de sanction que politique, à travers la procédure dite des « recommandations » aux États-membres. Adoptées par le Conseil des ministres responsables de l'emploi, sur la base d'un travail d'analyse et de formulation effectué par la Commission en lien étroit avec chaque État-membre concerné, les recommandations mettent en évidence – en termes diplomatiquement pesés – les « défis » à relever dans les domaines où les performances nationales sont jugées insuffisantes.

Le caractère moins contraignant de la procédure emploi a dès l'origine été critiqué par de nombreux commentateurs qui y voient une faiblesse importante de la procédure, nuisant à sa crédibilité et à son efficacité. Le rapport Kok[14], procédant à l'examen à mi-parcours de la stratégie de Lisbonne, attribuait l'insuffisance des résultats atteints en matière d'emploi à une trop faible implication des États-membres et proposait d'accentuer la pression pesant sur eux par la publication d'un classement annuel « soulignant les bonnes performances et stigmatisant les mauvais résultats ». Très critiquée, cette logique de *« naming and shaming »* a été écartée par les chefs d'État et de gouvernement. Au total, la proposition semble avoir plutôt été contre-productive puisque, pour la première fois depuis 1998, il n'y a pas eu de recommandations aux États membres en 2005.

• La revanche du national ?

Dans ce processus complexe d'interaction entre le niveau national et l'échelon communautaire, on observe des phénomènes permanents de repositionnement qui tendent à déplacer le centre de gravité entre les États membres et Bruxelles.

La période de mise en place du processus de Luxembourg a été marquée par de tels ajustements successifs, traduisant l'européanisation d'un domaine fortement ancré dans la compétence nationale. Le traitement des lignes directrices a dû être précisé, pour s'opposer à la logique, revendiquée par certains États-membres, consistant à faire un tri en fonction de leurs propres priorités. Soutenue par une majorité d'États, la Commission s'est fermement opposée à cette

[14] Rapport publié en novembre 2004 par le « groupe de haut niveau » présidé par Wim Kok, ancien Premier Ministre néerlandais.

approche *« pick and choose »* : chaque État-membre devait répondre sur l'ensemble des lignes directrices, quitte à justifier, après analyse, de la non application de certaines d'entre elles au regard de sa propre situation. La publication par la Commission des premiers projets de recommandations a suscité des contestations parfois vives de la part de certains pays, peu désireux de voir ouvertement mis en cause leurs choix et leurs résultats en matière de chômage et d'emploi.

Les récents développements, qui se sont traduits par une refonte significative du processus institutionnel, comportent des éléments contrastés : d'un côté, ils accentuent le caractère opérationnel des orientations communes à travers le développement d'objectifs quantifiés ; de l'autre, ils insistent sur la diversité des situations nationales. Les États-membres se voient reconnaître une plus grande liberté d'appréciation et de choix dans la mise en œuvre de ces orientations, en même temps que la procédure des recommandations est à ce stade mise en sommeil.

Au total, il semble que le caractère directif de la procédure communautaire tende à s'atténuer et que le balancier revienne actuellement plutôt du côté national.

Une réorientation visible des politiques de l'emploi, imputable au moins partiellement à la stratégie européenne

La plupart des travaux se sont attachés à déterminer dans quelle mesure les tendances d'évolution des politiques nationales étaient convergentes entre elles et congruentes avec les orientations et priorités européennes.

• Des convergences certaines sur l'orientation des politiques

Selon la Commission, au terme des cinq premières années de mise en œuvre de la stratégie, « on observe une évolution sensible des politiques nationales de l'emploi, caractérisée par une convergence manifeste vers les objectifs communs définis dans les lignes directrices de la stratégie européenne de l'emploi »[15]. Si le lien suggéré avec le processus européen de convergence mérite sans doute de plus amples analyses (*cf.* ci-dessous), l'évolution des politiques de l'emploi est en revanche un fait tangible, qui fait clairement apparaître des tendances communes.

Parmi les réformes menées, beaucoup s'inscrivent dans le sens d'une « activation » des politiques du marché du travail : réorientation des dépenses « passives » d'indemnisation du chômage ou de préretraite vers des mesures plus dynamiques axées sur la formation ou la réinsertion, mise en place de contreparties à l'indemnisation, actions préventives dès les premiers mois de chômage pour limiter les risques de chômage de longue durée, selon le principe du « nouveau départ » figurant dans les lignes directrices européennes. Les ser-

[15] « Bilan de cinq années de stratégie européenne pour l'emploi », Communication de la Commission, COM (2002) 416 final.

vices de l'emploi ont été à la fois objets et vecteurs privilégiés de ces réformes, conduisant à des modes d'intervention plus individualisés et souvent contractualisés auprès des demandeurs d'emploi dont les dispositifs tels que le « PAPE » et le « PARE » fournissent des exemples en France.

Les incontestables convergences constatées dans l'évolution des politiques nationales de l'emploi, en concordance avec les orientations fixées dans le cadre européen, concourent de façon paradoxale à nourrir le scepticisme de ceux qui voient la méthode ouverte de coordination avant tout comme un « discours de légitimation » de politiques décidées par ailleurs[16].

Pourtant, les critiques même portées à l'encontre de la démarche européenne dans le domaine de l'emploi accréditent en quelque sorte sa capacité d'influence sur les politiques menées. Que ce soit pour déplorer, comme le rapport Kok, l'insuffisance des réformes structurelles, ou au contraire pour dénoncer dans la stratégie européenne de l'emploi le cheval de Troie du libéralisme conduisant à une flexibilisation excessive des marchés du travail.

• *Partiellement imputables à la stratégie européenne*

De fait la mise en évidence de telles convergences ne résout pas la question de leur imputabilité à la stratégie européenne.

Certains observateurs tendent à dénier tout véritable rôle moteur à la stratégie européenne de l'emploi en soulignant qu'elle se borne à reprendre, sur de nombreux points, les orientations préconisées dans d'autres enceintes comme l'OCDE. Dans cette perspective, la stratégie coordonnée pour l'emploi au niveau européen aurait tout au plus contribué à refléter et diffuser dans le contexte européen des thèses et des approches « étrangères », souvent identifiées à une vision néolibérale d'inspiration anglo-saxonne.

Il est de fait – comment pourrait-il en être autrement – que les lignes directrices européennes reflètent l'état du débat et les approches privilégiées dans l'arène internationale pour le traitement des questions d'emploi. On observe de nombreux recoupements entre la stratégie définie au niveau européen et celle prônée par l'OCDE : activation des politiques, réforme des systèmes fiscaux et sociaux, mise en cause des systèmes de retrait précoce de l'activité professionnelle, etc. Mais l'Union européenne développe également des perspectives qui lui sont propres à travers notamment la place importante faite, dès l'origine, à l'équilibre entre flexibilité et sécurité, à l'égalité entre hommes et femmes, thèmes dans lesquels on peut voir une forte influence du « modèle » nordique, ou à travers le développement progressif du concept de qualité de l'emploi. L'articulation des priorités, leur présentation et leur formulation obéissent également à une perspective spécifiquement européenne qui souligne les interactions entre l'économique et le social plutôt que d'opposer et de subordonner l'un à l'autre.

[16] Radaelli C. M, 2000, « logiques de pouvoir et récits dans les politiques publiques de l'Union européenne », « *Revue française de science politique* », nº 2, avril.

Au total, la question à poser si l'on veut apprécier l'impact de la stratégie européenne pour l'emploi est moins de savoir d'où provient l'inspiration initiale que de déterminer si et dans quelle mesure le processus européen a eu un effet sur la mise en œuvre effective des orientations : y a t-il ou non un effet de levier sur les politiques menées au niveau national par les États-membres dans le domaine de l'emploi et du marché du travail ?

Le bilan déjà cité tiré par la Commission européenne des cinq premières années, lui-même fondé sur les rapports d'évaluation des États-membres, souligne que « les politiques de l'emploi et le rôle des services publics de l'emploi ont été redéfinis à l'appui d'une approche active et préventive. Dans certains États membres, les systèmes d'imposition et d'allocations ont été adaptés conformément aux principes d'activation. La fiscalité du travail a amorcé une évolution plus favorable à l'emploi. Les systèmes d'éducation et de formation sont de plus en plus adaptés aux besoins du marché du travail. La modernisation de l'organisation du travail a progressé, notamment à travers des aménagements du temps de travail et des contrats de travail plus flexibles. L'intégration de la dimension d'égalité s'est généralisée, avec diverses initiatives en vue de réduire les écarts entre les femmes et les hommes, par exemple la mise à disposition de services d'accueil des enfants dans l'optique d'une meilleure conciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale. De nouveaux paradigmes communs tels que l'éducation et la formation tout au long de la vie et la qualité du travail ont été reconnus comme priorités d'action, et on a observé un début de convergence dans ces domaines. »

Les études menées dans le cadre de recherches extérieures et indépendantes débouchent sur des conclusions plus nuancées quant à l'impact effectif de la stratégie européenne pour l'emploi.

Ainsi le mouvement d'« activation » aurait dans la plupart des États membres débuté bien avant l'intervention des lignes directrices et serait attribuable à une tendance plus générale que la stratégie européenne pour l'emploi n'aurait pas fondamentalement accentuée[17].

Une autre étude[18] s'attache à la réalisation des objectifs assez exigeants définis en termes de formation professionnelle et émet des doutes quant à leur mise en œuvre par les États-membres, dont certains se seraient contentés de mesures « cosmétiques », tandis que d'autres semblent les avoir ignorés. La même étude souligne toutefois le rôle joué par l'introduction d'objectifs chiffrés en la matière qui a largement facilité le suivi. En effet, à travers les « jalons » (*benchmarks*) ainsi fixés et les procédures de suivi et d'évaluation périodique mises en place, la SEE crée une obligation de faire qui, si elle ne comporte pas de sanction juridique ou financière, n'en représente pas moins une réelle contrainte politique.

[17] Madsen (Per K.), *et al* in Muffel Rund Tsakloglov (Panos) « Employment Policies and Social Exclusion : Analysis of the Performance of the European Employment Regime », London, Edward Elgar, 2001.

[18] Mosher (James) et Trubeck (David M), « New governance, EU Employment Policy and the european Social Model », New York University School of Law, Jean Monnet Working paper n° 6/01, 2001.

Ainsi l'impact de la stratégie européenne de l'emploi semble s'être exercé par deux canaux essentiels :

– elle a « revisité » la doctrine dégagée par l'OCDE pour en donner une version plus adaptée aux priorités, à la sensibilité et au contexte européens
– elle a donné aux orientations ainsi définies un contenu opérationnel et engageant en les déclinant sous la forme d'objectifs précis, souvent chiffrés et faisant l'objet d'un suivi.

• À des degrés divers, reflétant la diversité des situations nationales

Il est toutefois nécessaire d'aller au-delà de l'analyse globale qui masque des différences très importantes entre États-membres, liées à la diversité des situations de départ par rapport aux orientations et objectifs européens.

Ainsi, les pays nordiques comme la Suède, le Danemark ou la Finlande, partisans résolus de l'introduction du titre emploi dans le traité, avaient déjà pour une large part résolu au niveau national le problème du chômage lors de l'adoption de la stratégie européenne de l'emploi. De ce fait ils ont beaucoup plus influencé les orientations de la SEE qu'ils n'ont été influencés par elle. Les objectifs chiffrés fixés sur la base d'une situation européenne moyenne ne les concernaient guère.

L'appréciation est nécessairement différente pour d'autres pays qui, comme la France ou l'Allemagne, n'avaient pas à l'époque entamé le même mouvement de réorientation de leur politique de l'emploi.

Des conséquences peu visibles sur le niveau du chômage et l'emploi

Si la stratégie coordonnée pour l'emploi a contribué à infléchir les politiques nationales de l'emploi, les effets de cette réorientation sur le niveau de l'emploi et du chômage semblent plus douteux. Il est vrai que la politique européenne de l'emploi peut difficilement être tenue pour responsable de l'insuffisance des résultats atteints dans ce domaine, qui relèvent de bien d'autres facteurs, notamment de la situation et des perspectives macro-économiques. Or, par construction, la stratégie coordonnée pour l'emploi, qui concerne essentiellement les politiques du marché du travail, n'a que peu d'effet sur les grandes orientations de politique économique fixées au niveau européen.

• Des résultats inférieurs aux objectifs en matière d'emploi et de chômage

Les performances en matière d'emploi et de chômage résultent d'une multiplicité de facteurs, dont l'application volontariste de la SEE ne peut constituer qu'un élément.

Comme le soulignait la Commission européenne dans son rapport sur les cinq premières années de la SEE, « il est malaisé de déterminer quelle part de l'amélioration globale des performances en matière d'emploi dans l'Union au

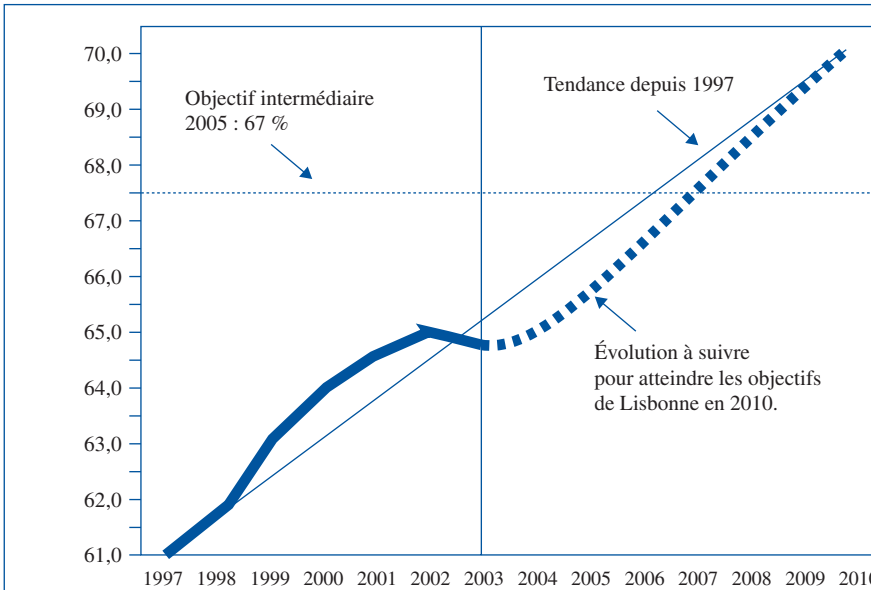
cours des cinq dernières années est attribuable à l'adoption de la stratégie européenne pour l'emploi et quelle part est due à l'amélioration de la situation économique »[19].

Dans sa communication de 2005 sur « un nouvel élan pour la stratégie de Lisbonne » le bilan dressé par la Commission de cette stratégie, qui dépasse il est vrai celle de l'emploi, apparaissait beaucoup moins optimiste qu'en 2002 : il est « au mieux, mitigé (…) concrètement, les résultats au niveau européen et national ont tout simplement été insuffisants ».

La Commission constatait en particulier une évolution des taux d'emploi sensiblement inférieure à ce que nécessiterait l'obtention des objectifs fixés à Lisbonne de 67 % en 2005 et 70 % en 2010.

Selon le rapport conjoint sur l'emploi 2004-2005, « le taux d'emploi global stagne à 63 % (…) il paraît de plus en plus difficile d'atteindre pour 2010 l'objectif de 70 % fixé à Lisbonne ». La situation est plus préoccupante encore pour le taux d'emploi des travailleurs « âgés » qui a tout juste dépassé 40 % en 2003, bien en deçà de l'objectif fixé pour 2010 de 50 %. Le taux d'emploi des femmes pourrait atteindre l'objectif de 60 % en 2010 si le rythme d'augmentation annuelle constaté de 1997 à 2003 est maintenu d'ici là.

Cheminement vers les objectifs de Lisbonne en matière de taux d'emploi : 1997-2010



(d'après le rapport de la task force présidée par Wim Kok, 2003)

Source : services de la Commission. Enquête européenne sur les forces de travail jusqu'en 2003. Pour 2003-2005 : taux d'emploi actualisé à l'aide des prévisions d'emploi de la DG « ECFIN » et des projections démographiques Eurostat. À partir de 2005 : taux d'emploi projeté sur la base d'une croissance annuelle constante.

[19] Communication de la Commission Com (2002) 416.

Pour expliquer ce déficit, la Commission estimait que « les conditions économiques difficiles observées depuis le lancement de l'agenda de Lisbonne ne sont pas les seules en cause : cette situation est le résultat d'un programme politique trop chargé, d'un manque de coordination et de priorités parfois conflictuelles ».

• Une articulation ambiguë entre objectifs pour l'emploi et orientations macro-économiques, qui ne remet pas en cause la prééminence de ces dernières

Une relative « autonomisation » de la politique de l'emploi qui reste toutefois subordonnée à la politique économique

L'affirmation dans le traité d'une politique de l'emploi autonome, le caractère central et transversal qu'il confère à l'objectif du plein-emploi (article 127) ne signifient pas que celle-ci échappe aux contraintes de la politique macro-économique : d'emblée le traité pose, dans son article 128, que les lignes directrices pour l'emploi doivent être « compatibles » avec les grandes orientations de politique économique (GOPE). La tendance constante de ces dernières vise à renforcer le « potentiel de croissance de l'Europe » par « des réformes structurelles permettant aux marchés de fonctionner plus efficacement », celui du travail n'étant pas traité différemment des autres.

Cette apparente subordination des lignes directrices pour l'emploi aux grandes orientations de politique économique a souvent été présentée par les critiques du dispositif comme une faiblesse congénitale. Toutefois l'examen des orientations prises par la stratégie européenne pour l'emploi dès son lancement et leur développement, où s'affirment de réelles marges d'autonomie, ne permettent pas de la réduire à une simple déclinaison ou un sous-produit de la stratégie économique et monétaire.

De fait, et quels que soient les efforts de rapprochement, l'exercice de la stratégie pour l'emploi a été l'objet d'une certaine rivalité que l'on peut qualifier de « structurelle »[20] entre les instances de la politique macro-économique et celles de l'emploi : celle-ci s'observe tant entre les deux directions générales de la Commission concernées, la DG « ECFIN » et la DG « Emploi », qu'entre les deux comités : le comité de politique économique et le comité de l'emploi.

Un objectif d'intégration des processus emploi et macro-économique qui ne remet pas en cause cette hiérarchie

À partir de 2003, la stratégie a fait l'objet d'une reconfiguration importante, destinée à en faire l'instrument d'une « gouvernance économique européenne »[21] à travers :

[20] Barbier-Sylla (2004).

[21] Romano Prodi, en présentant pour la première fois de façon concomitante les LDE et les GOPE « le paquet d'aujourd'hui constitue un premier pas vers une gouvernance économique européenne, visant à renforcer l'intégration économique dans l'Union comme deuxième pilier de notre intégration monétaire ».

– la synchronisation des cycles annuels :

Pour répondre au souci des chefs d'État et de gouvernement, lors du Conseil européen de Barcelone, de « rationaliser » les divers processus de coordination communautaire, il a été décidé de renforcer la cohérence entre les processus en harmonisant les calendriers annuels d'examen des politiques macro-économiques et les politiques de l'emploi.

L'année 2003 a marqué l'inauguration de ce nouveau calendrier procédural avec pour la première fois la présentation consolidée et concomitante des propositions de lignes directrices pour l'emploi et des grandes orientations de politique économique dans un « paquet orientation ».

– l'intégration des lignes directrices pour l'emploi et la politique économique :

La révision à mi-parcours de la stratégie de Lisbonne a conduit à aller plus loin dans la logique de fusion des exercices de coordination des politiques économiques et d'emploi. Le rapport Kok préconisait ainsi l'élaboration de vastes programmes nationaux d'action, sorte de « feuilles de route assortie d'étapes » couvrant l'ensemble des objectifs de Lisbonne. Cette proposition reprise par la Commission pour apporter un « nouvel élan » à la stratégie de Lisbonne, et validée par le Conseil européen de mars 2005, s'est traduite par l'établissement de « lignes directrices intégrées pour la croissance et l'emploi » (LDI) qui regroupent l'ensemble des orientations pour la politique économique et la politique de l'emploi. Parallèlement, les plans nationaux d'action présentés par les États-membres ont été regroupés en un document unique : le programme national de réforme (PNR)[22].

Un impact incertain sur le pilotage et le contenu de la politique de l'emploi

La nouvelle architecture peut être interprétée de diverses façons : il est possible d'y voir un simple effet de présentation, permettant à la fois d'alléger les obligations procédurales et d'assurer une meilleure lisibilité des orientations fixées au niveau communautaire. Ces objectifs font partie des intentions explicites du nouveau système tel qu'il est présenté par la Commission et se relient à la simplification des lignes directrices dont le nombre est significativement réduit : il s'agit de lutter contre une dérive bureaucratique souvent reprochée à la stratégie européenne pour l'emploi et, plus largement, à la méthode ouverte de coordination, accusée de « raportite »[23]. À l'appui de cette interprétation on peut remarquer que les nouvelles lignes directrices pour l'emploi s'inscrivent dans la continuité des précédentes : même si la formulation en est légèrement

[22] La nécessité toutefois de respecter la lettre du traité qui prévoit deux exercices distincts conduit à présenter les lignes directrices intégrées en deux parties, dont l'une – les grandes orientations de politique économique – relève du Conseil des ministres de l'économie et des finances, l'autre – les lignes directrice pour l'emploi – reste adoptée par le Conseil des ministres du travail et des affaires sociales, la synthèse se faisant au niveau d'une présentation commune en un document intégré et de son évocation dans le cadre du Conseil européen.

[23] Stéphane DE LA ROSA « stratégie européenne de l'emploi : les nouvelles orientations » *in Droit Social,* nº 12, décembre 2005.

modifiée, le contenu ne semble pas significativement affecté par cette nouvelle présentation.

À l'inverse on peut considérer que l'accent mis sur la nécessité d'une meilleure cohérence entre les orientations en matière de politique économique et les lignes directrices pour l'emploi comporte une critique implicite des axes antérieurs de la stratégie emploi qui ne tiendraient pas suffisamment compte des grandes orientations de politique économique et annonce un réalignement à venir. Ainsi la Commission insiste-t-elle sur la « place centrale » des grandes orientations de politique économique qui couvrent les politiques macro-économiques et impulsent les politiques structurelles de réforme, laissant au processus de Luxembourg le soin de « traiter plus en détail » du volet emploi.

À l'appui de cette interprétation on peut noter le rôle prééminent pris par les ministères de l'Économie et des finances dans nombre d'États-membres, dont la France, dans l'établissement des programmes nationaux de réforme.

Les interactions entre le niveau européen et le niveau national ont été particulièrement marquées dans le cas de la France

La France s'est fortement investie dans le processus européen de coordination des politiques de l'emploi

• Une influence décisive dans l'émergence du projet, plus limitée dans l'élaboration des orientations initiales

Si la pression politique exercée par le gouvernement français a fortement contribué à l'inscription d'un titre consacré à l'emploi dans le traité d'Amsterdam, et plus encore à sa mise en œuvre anticipée, quelques mois après, au sommet de Luxembourg, l'influence française sur le contenu de la stratégie emploi semble avoir été au moins au départ plus limitée[24]. Accordant une place prédominante aux concepts d'« employabilité » et d'« adaptabilité » sur le marché du travail celle-ci apparaît quelque peu décalée par rapport aux orientations prédominantes de la politique française de l'emploi de l'époque et traduirait plutôt, selon divers chercheurs qui se sont penchés sur la question, une alliance entre les modèles scandinaves et anglo-saxons, préparée par des discussions menées depuis le début des années 90[25]. La définition en quelques

[24] Pour Alan Larsson, ancien Ministre des finances suédois et Directeur Général de l'Emploi à la Commission européenne au moment de la mise en place de la SEE *« France helped in contributing to building up a » windows of oppportunity « in the political process by calling for the implementation of the EES priori to Traity ratification but the content was already there »*, propos cités par J Cl Barbier dans son rapport de recherche pour la DARES sur « la stratégie européenne pour l'emploi : genèse, coordination communautaire et diversité nationale, janvier 2004 ».

[25] Cf. les travaux de l'*European Employment Initiative* dans le cadre du parti socialiste européen (Barbier, 2004).

semaines des premières lignes directrices pour l'emploi aurait très largement puisé dans le référentiel politique disponible sur cette base. Par voie de conséquence les modèles dits « continentaux », tels que la France, se serait dès l'origine trouvé placé en porte-à-faux et dans la ligne de mire des recommandations de la Commission[26].

• Une participation active et de haut niveau au comité européen de l'emploi

Les responsables du ministère en charge de l'emploi ont d'emblée manifesté leur conscience des enjeux par une participation active au comité de l'emploi. La désignation de deux directeurs d'administration centrale – le délégué général à l'emploi et à la formation professionnelle et le directeur de l'animation de la recherche et des statistiques du ministère du Travail – et leur présence effective quasi systématique aux réunions de cette enceinte ont contribué d'une part, à positionner celle-ci par rapport aux autres instances comparables, tel que le comité de politique économique et d'autre part, à donner du poids aux points de vue et interventions françaises sur la politique de l'emploi. Le choix de deux responsables des politiques nationales d'emploi sur le plan opérationnel ou des études, et non de spécialistes des questions européennes, n'était pas non plus sans signification ni sans conséquence quant au type d'intervention et manifestait le souci de se positionner sur le contenu plutôt que sur les aspects de procédure, de compétence et de méthode communautaires.

• Un poids particulier sur certains dossiers : l'exemple de la qualité de l'emploi

Le dossier de la qualité de l'emploi est de ceux pour lesquels la France s'est fortement investie – au point d'être souvent identifiée à ce dossier par ses partenaires. Elle a pu de ce fait exercer une influence réelle sur la prise en compte de cette notion ainsi que sur son traitement dans le cadre européen. Comme le souligne une des études menées pour l'évaluation à mi-parcours de la stratégie européenne pour l'emploi[27] « les représentants français ont été constamment à l'offensive et à l'initiative » sur ce thème où leur travail met en lumière ce qu'il est possible de faire dans le cadre de la stratégie européenne pour l'emploi et ses limites. Ce travail, qui a exploité les opportunités offertes par la présidence française en 2000 en inscrivant le thème de la qualité de l'emploi dans l'agenda social adopté à Nice, s'est appuyé sur une stratégie d'alliance systématique avec d'autres délégations, en particulier belge et suédoise. Ces deux pays non seulement partageaient avec la France des conceptions proches sur le sujet mais aussi se trouvaient par ailleurs placés en position stratégique par leur exercice de la présidence en 2001. Plusieurs « non papiers » ont été produits par la délégation française dans le cadre du comité de l'emploi et ont été utilisés comme référence ou comme base de travail pour les négociations dans

[26] Pochet et Degryse, « Une stratégie faute d'ambition ? » NOTABENE n° 110 novembre 1999.

[27] Salais, Raveaud, Grégoire, « L'évaluation de l'impact de la Stratégie européenne pour l'emploi », étude pour la DARES, janvier 2002.

le cadre de ce comité et de son sous-groupe chargé des indicateurs. La position et l'argumentaire français ont été mis au point dans le cadre du ministère du travail et validés en interministériel par le SGCI.

Les grands axes de la négociation sur la qualité de l'emploi

1) Pertinence de la qualité de l'emploi en tant qu'objectif stratégique

Rejetant l'opposition dressée par plusieurs États-membres, entre le thème de la qualité et les objectifs quantitatifs en matière d'emploi, présentés comme antinomiques, l'argumentaire français a au contraire insisté sur le lien positif et indissociable entre quantité et qualité : la mobilisation de toutes les ressources en main-d'œuvre suppose de maintenir ou d'amener sur le marché du travail ceux qui en sont écartés : travailleurs vieillissants, femmes, personnes en marge. Une action qualitative sur les conditions d'emploi est donc indispensable pour parvenir aux objectifs fixés à Lisbonne d'élévation des taux d'emploi. Par ailleurs la qualité de l'emploi est un facteur clé de la performance économique, la valorisation des connaissances et des compétences, l'aménagement des conditions et de l'organisation du travail favorisant une meilleure productivité et une plus grande capacité d'adaptation au changement.

2) Définition de la qualité de l'emploi

La qualité de l'emploi s'étant rapidement imposée comme un thème incontournable de l'agenda européen, une deuxième ligne de front s'est ouverte, portant sur la définition du concept de qualité appliqué à l'emploi et opposant une vision minimaliste de la qualité dans l'emploi, se limitant au domaine consensuel des conditions de travail à une conception plus large de la qualité de l'emploi, comprenant la rémunération, la stabilité de l'emploi ou encore les garanties de représentation collective. La pression maintenue sur ces éléments tout au long de la négociation par la délégation française et ses alliés a servi de contrepoids à l'approche minimaliste, défendue notamment par le Royaume-Uni à travers la métaphore de l'échelle : ce qui compte c'est de mettre le pied sur le premier barreau. Elle a ainsi permis de parvenir à un compromis plus équilibré reprenant par exemple les critères de dialogue social et de participation des travailleurs, la part des emplois « atypiques » (temps partiel, CDD) et leur caractère volontaire ou contraint. Sur la rémunération, seuls ont été retenus les éléments relatifs à l'égalité hommes femmes, objectif inscrit dans le Traité et donc indiscutable.

3) Indicateurs de suivi

La mise au point des indicateurs, exercice technique en principe mais qui revêt souvent une importance stratégique, a de fait pris une place centrale dans la négociation sur la qualité. Au-delà des difficultés techniques importantes qu'ils ont pu rencontrer du fait de l'absence de données ou de leur manque de comparabilité, les experts ont en effet dû suppléer au moins partiellement au manque de consensus politique sur le contenu même du concept de qualité. La contribution française s'est notamment exprimée sous la forme d'un « non papier » très fourni comprenant des propositions d'indicateurs sur les dix thèmes dégagés par la Commission et une simulation de leurs résultats sur la base de l'enquête emploi française. Ce travail technique comprenait également des aspects nettement plus politiques tels que l'établissement d'indicateurs de « trajectoire » destinés, en reprenant la préoccupation exprimée par le Royaume-Uni et en la traduisant en termes de progression de carrière, à favoriser l'établissement d'un consensus.

Au total ce travail sur la qualité de l'emploi peut être considéré comme une illustration positive, sur la forme et sur le fond, des interactions entre Paris et

Bruxelles dans une négociation donnée. L'influence française sur ce dossier s'est appuyée sur une conjonction de facteurs positifs qui donnent à ce dossier une certaine valeur d'exemplarité :

– une position politique claire, exposée de façon explicite dans le cadre franco-français et exprimée de façon constante au niveau politique dans le cadre européen ;
– un argumentaire développé pour appuyer cette position, tenant compte et prenant appui sur les positions exprimées par les autres États-membres, connu et partagé par l'ensemble des acteurs au niveau français ;
– une recherche d'alliance systématique et continue avec les partenaires proches des conceptions françaises et la Commission ;
– une action de « lobbying » à long terme, s'étendant sur plusieurs présidences, et des initiatives informelles utilisant notamment la technique des « non papiers ».

Dans un tel contexte, les difficultés qui auraient pu surgir de la concurrence entre divers intervenants (perceptible notamment au travers des initiatives des deux principales directions concernées, la DGEFP et la DARES) se sont trouvées aplanies par l'existence d'un cadre de référence clair et commun, ce qui est loin d'être toujours le cas.

Les orientations européennes ont eu des répercussions significatives sur la politique française de l'emploi

Selon le rapport 2005 de la DARES, « il apparaît clairement que la stratégie européenne pour l'emploi a exercé une influence discrète mais importante sur les orientations, les priorités et la conduite de la politique de l'emploi. Cette manière reflète bien la nature profonde de la SEE : orienter et convaincre, plutôt que de contraindre ».

Pourtant la plupart des acteurs interrogés dans le cadre français sont réticents à faire état d'une influence directe de la méthode ouverte de coordination sur la formulation de la politique française[28].

Peut-être faut-il y voir une manifestation de son relativement faible niveau d'appropriation dans le cadre national, dénoncé par Wim Kok dans son rapport précité. À ce stade il semble que la stratégie européenne de l'emploi souffre d'un déficit important de notoriété à l'extérieur du cercle relativement étroit et fermé de ceux qui participent aux exercices européens : comme le souligne le rapport de la DARES « à l'aube de sa huitième année et de sa deuxième vie, la principale infortune de la stratégie européenne pour l'emploi est de demeurer encore largement inconnue des non initiés ».

[28] Erhel, Mandin, Palier, ouvrage précité.

La stratégie européenne de l'emploi a pourtant eu des effets indéniables tant sur les orientations que sur les modalités d'élaboration et de gestion de la politique française de l'emploi.

• Sur les orientations de fond

Les évolutions que l'on constate dans les politiques de l'emploi menées en France depuis la fin des années 90 ne sauraient être imputées en totalité à la stratégie européenne de l'emploi. L'effet de cette dernière s'est surtout fait sentir là où ses orientations correspondaient à des réflexions ou des débats déjà engagés au niveau national. Mais elle a servi de point d'appui, de caution et d'accélérateur à des évolutions qui n'auraient probablement pas connu sans elle la même amplitude ni la même intensité. Dans certains cas elle a véritablement joué un rôle de catalyseur en favorisant une prise de conscience et en maintenant une pression pour des mesures opérationnelles.

On notera en particulier :

une nouvelle approche en termes de taux d'emploi

La politique française de l'emploi a longtemps été dominée par une approche en termes de gestion sociale du chômage et par des mesures de retrait du marché du travail (préretraites, dispenses de recherche d'emploi, prolongation des études, aides aux mères désireuses de retourner au foyer…) bénéficiant d'un large consensus social. Dans ce contexte, l'accent mis au niveau européen non plus sur la réduction du taux de chômage, mais sur l'accroissement du taux d'emploi, insistant sur l'existence d'un potentiel de main-d'œuvre inemployé et s'attachant à faire venir sur le marché du travail des catégories de personnes qui s'en étaient retirées, s'apparentait à une véritable révolution copernicienne. On examinera ci-dessous ses effets sur les politiques françaises, qui sont réels, même si le taux d'emploi n'a pas supplanté le taux de chômage, qui demeure au plan national la référence de tous les acteurs politiques et sociaux.

une remise en cause des politiques de retrait du marché du travail

L'accent mis sur l'accroissement des taux d'emploi et sur la valorisation des ressources en main-d'œuvre conduisait, en termes opérationnels, à remettre en cause les mesures « passives » de retrait du marché du travail, et tout particulièrement les dispositifs de préretraite auxquels la France a un recours dans des proportions peu égalées. La plupart des responsables politiques et sociaux au plan national étaient conscients des inconvénients d'une telle situation, notamment en termes de coûts, mais n'envisageaient qu'avec beaucoup de prudence de s'y attaquer, compte tenu de l'attachement du corps social à ces dispositifs. On verra ci-dessous comment la stratégie européenne a joué un rôle d'aiguillon en la matière.

une gestion plus active et préventive du marché du travail

Les orientations définies au niveau européen, prenant appui sur l'objectif de « nouveau départ » pour les chômeurs, ont contribué à faire évoluer les modes de gestion du marché du travail au niveau national. Le service public de l'emploi qui s'était habitué à l'accompagnement des chômeurs de longue durée a dû s'adapter aux impératifs d'une approche à visée préventive, fondée sur une intervention plus précoce et plus systématique auprès d'un plus grand nombre de demandeurs d'emploi. L'ANPE a ainsi été directement touchée par les débuts de la stratégie européenne, qui se sont conjugués à des réflexions internes engagées sur la nouvelle offre de services de l'agence pour définir le « programme d'accompagnement personnalisé-nouveau départ » (PAP-ND). L'ensemble des exercices de communication et de mobilisation internes à l'Agence sur cette nouvelle offre de services se sont référés explicitement à cette filiation et à l'inscription du dispositif dans la logique européenne et dans le plan national d'action pour l'emploi (PNAE).

• Sur les moyens

Les engagements pris au niveau européen ont constitué pour le ministère en charge de l'emploi un argument et un levier puissant pour obtenir les moyens nécessaires à leur mise en œuvre. Les exigences de la stratégie européenne et la dynamique du sommet de Luxembourg ont beaucoup pesé dans les arbitrages budgétaires internes.

L'approche préventive et l'exigence de proposer un « nouveau départ » à tous les jeunes parvenant à six mois de chômage et à tous les adultes parvenant à un an de chômage ont dû être traduites en termes opérationnels et en effectifs supplémentaires : 2 500 emplois ont ainsi été créés sur cinq ans à l'ANPE dans le cadre de son troisième contrat de cinq progrès[29]. En interne, les agents recrutés dans ce cadre sont parfois même désignés sous le vocable d'« emplois Luxembourg ».

• Sur la gouvernance

C'est peut-être dans ce domaine, celui des conditions d'élaboration et de mise en œuvre de la politique française de l'emploi, que les divers acteurs et commentateurs s'accordent le plus aisément à reconnaître un impact significatif de la démarche communautaire.

L'élaboration et la publication, chaque année, à travers le plan national d'action pour l'emploi, d'un document de synthèse jusqu'alors « inédit »[30] présentant les objectifs de la politique de l'emploi et l'ensemble des mesures y concourant, accompagnés d'éléments financiers et d'indicateurs chiffrés ont

[29] Jean-Claude Barbier et Ndongo Samba Sylla, « Stratégie européenne pour l'emploi, représentation des acteurs en France », Rapport pour la DARES et la DGEFP, décembre 2001.

[30] Stratégie européenne et politique française de l'emploi, Cahier travail et emploi, La Documentation française

incontestablement contribué à une plus grande transparence et à une plus grande cohérence dans la présentation des politiques d'emploi, susceptibles de se répercuter au niveau de leur conception même et de leur articulation[31].

Le rapport d'évaluation publié par le ministère des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, en 2002, fait ainsi état d'une politique de l'emploi plus interministérielle et plus transversale dont la dimension locale s'est renforcée[32].

Au-delà d'éléments de transversalité qui existaient déjà, notamment sous l'angle de la « politique de la ville », la stratégie européenne a introduit de nouvelles perspectives horizontales telles que celle d'égalité entre les sexes qui suppose une approche « sexuée » de toutes les mesures.

La structure même des lignes directrices européennes et leur contenu ont renforcé la légitimité de certains départements ministériels, tels que le service des droits des femmes ou le ministère de l'Éducation, reconnus comme parties prenantes dans l'exercice d'élaboration du plan national pour l'emploi même si celui-ci restait, comme dans la plupart des État-membres jusqu'en 2005 essentiellement (excessivement selon la Commission européenne) axé sur le ministère en charge du travail.

Enfin la SEE a également favorisé, conformément à une orientation forte et constamment rappelée au niveau européen, une meilleure implication des partenaires sociaux dans la discussion des stratégies et mesures nationales en la matière. La participation des partenaires sociaux à la discussion de la stratégie européenne de l'emploi et plus largement de l'ensemble des dossiers débattus dans le cadre communautaire en matière de travail et d'emploi a été institutionnalisée par la création formelle en 1998 du comité du dialogue social européen et international (CDSEI).

Au total on peut dire que « la SEE a modifié en France la composition du système des acteurs de la politique de l'emploi et du marché du travail »[33].

Un avenir incertain de la stratégie européenne pour l'emploi

Il est difficile d'avoir aujourd'hui une vision claire sur les perspectives d'avenir de la SEE. Moins de dix ans après sa mise en place, avec une rapidité d'ailleurs étonnante dans le contexte communautaire, celle-ci a atteint un rythme de croisière. Il en résulte une certaine routine dans laquelle on peut voir un enlisement par rapport aux ambitions initiales dont l'élan semble quelque peu retombé. Mais on peut a contrario l'interpréter comme un indicateur de

[31] Barbier, 2001, rapport à la DARES.
[32] Holcblat, 2002.
[33] Barbier, 2004, rapport de recherche pour la DARES (Ministère du travail).

succès pour un processus au départ exceptionnel, qui a su faire sa place, dans un domaine relevant traditionnellement de la compétence nationale, jusqu'à faire aujourd'hui partie du paysage communautaire.

Quoi qu'il en soit, il est certain que l'effet de levier réel ou potentiel de la SEE sur les politiques nationales tend mécaniquement à s'estomper au fur et à mesure de leur rapprochement. Les orientations communes étant stabilisées et l'effort de convergence devenant moins nécessaire c'est le deuxième volet de la SEE, celui des échanges d'expérience et de bonnes pratiques, qui tend à prendre une importance croissante par rapport à celui de la coordination des politiques.

Parallèlement à cette « routinisation » le processus pour l'emploi tend également vers une certaine banalisation par rapport à sa spécificité initiale.

Banalisation de l'outil d'abord, puisque la méthode instituée par le traité pour le traitement des questions d'emploi a été, à partir 2000, étendue à des domaines de plus en plus nombreux, suscitant la controverse : la MOC est-elle un moyen d'élargir le périmètre d'action de l'Union dans des domaines où la compétence nationale doit être ménagée ce qui est souvent le cas dans le secteur social ? Est-elle au contraire un alibi pour éviter une forme d'intervention plus contraignante et prévenir les tentatives d'harmonisation par la voie législative ?

Banalisation de l'objet ensuite : la spécificité de la démarche et des objectifs pour l'emploi tend à disparaître avec leur fusion dans le cadre des « lignes directrices intégrées », ce qui peut paraître en contradiction sinon avec la lettre – formellement respectée – du moins avec l'esprit du traité, qui faisait de l'emploi l'objet d'une politique communautaire à part entière.

On peut d'ailleurs observer que le développement de la SEE a opéré un certain glissement de la politique de l'emploi vers la politique du marché du travail, dont la réforme du fonctionnement est rapidement apparue comme l'axe majeur et le pivot des lignes directrices pour l'emploi. Celles-ci ne se sont engagées sur d'autres terrains que de façon modeste et prudente, essentiellement dans le domaine de l'éducation, se limitant dans le domaine économique à préconiser une réorientation des systèmes sociaux et fiscaux dans un sens plus favorable à l'emploi.

C'est pourquoi l'articulation de l'objectif de plein-emploi avec les autres objectifs des politiques communautaires apparaît comme un enjeu majeur pour l'avenir du dessein né à Amsterdam. L'intégration des lignes directrices pour l'emploi et des grandes orientations de politique économique se veut un pas en avant dans la recherche d'une plus grande cohérence entre les politiques menées dans ces domaines. Les prochains exercices montreront si cette approche intégrée permet de faire prévaloir une meilleure prise en compte des aspects relatifs à l'emploi dans la définition des orientations macro-économiques, ou si elle contribue comme le craignent certains à une « dilution » de la stratégie emploi et à une plus grande subordination de cette dernière aux objectifs macro-économiques.

D'autres politiques communautaires influent sur la politique française de l'emploi

Europe et service public de l'emploi

Les acteurs du service public de l'emploi[34] jouent un rôle essentiel dans le fonctionnement du marché du travail et dans la mise en œuvre des politiques de l'emploi. Leur intervention, portant sur le marché du travail national, est par essence propre à chaque État-membre. Pour autant, elle s'inscrit dans un cadre européen et l'exemple du service public de l'emploi illustre que les influences peuvent s'exercer par plusieurs canaux et processus.

Service public de l'emploi et stratégie européenne pour l'emploi

On a vu plus haut que l'organisation et le fonctionnement des services publics de l'emploi ont été d'emblée placés sur le devant de la scène européenne, les premières lignes directrices mettant particulièrement l'accent sur l'évolution de leurs pratiques. Le choix au niveau européen d'une approche préventive dans la lutte contre le chômage a ainsi eu un impact organisationnel important, en conduisant à accompagner les demandeurs d'emploi plus en amont, sans attendre qu'ils se trouvent en difficulté pour retrouver un emploi.

Parmi les apports de cette évolution induite par l'Europe figurent l'utilisation de nouveaux indicateurs de résultats, tels les taux de sortie du chômage en fonction de sa durée, qui impliquent de nouveaux objectifs et de nouvelles méthodes. Le développement de la « co-traitance » (partenariat avec des structures comme les missions locales pour les jeunes et l'Agefiph pour les publics handicapés) s'inscrit également dans la logique des orientations communautaires.

L'influence européenne sur le fonctionnement des services publics de l'emploi ne s'étend cependant pas à l'ensemble des sujets. Certaines thématiques, telles le recours au secteur privé, le « profilage »[35] ou la décentralisation, restent marquées par des traitements nationaux très différenciés et ne font pas l'objet, faute de consensus, de recommandations européennes particulières. Par ailleurs, on ne peut que constater que les évolutions stratégiques actuelles de l'ANPE et les recrutements importants opérés afin d'intensifier l'accompagnement des demandeurs d'emploi et de mettre en place des entretiens mensuels, s'ils sont parfois justifiés par des comparaisons avec d'autres pays

[34] Qui comprend, selon les termes de la loi de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005, « le placement, l'indemnisation, l'insertion, la formation et l'accompagnement des demandeurs d'emploi ».

[35] Processus de détection des caractéristiques des demandeurs d'emploi et d'orientation des actions d'accompagnement en fonction de ces caractéristiques.

européens, ne se réfèrent plus aux recommandations formulées dans le cadre de la stratégie européenne pour l'emploi.

Réseau européen, projets européens et examen par les pairs

Le service public de l'emploi est depuis longtemps, et avant même la mise en place de la stratégie européenne pour l'emploi, un domaine privilégié d'échanges de pratiques au niveau européen.

– Une réunion des chefs de service public de l'emploi se tient régulièrement au niveau européen. Cette enceinte, à laquelle participe le directeur général de l'ANPE, est l'occasion de prises de position (« déclarations communes ») et de travaux d'échanges thématiques. Une récente réflexion sur les indicateurs de performance des services publics de l'emploi a par exemple été conduite, en lien avec le groupe indicateurs du comité de l'emploi. Par ailleurs, la Commission finance des études comparées sur les pratiques des services publics de l'emploi (profilage, utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication, articulation avec les services privés de placement, accompagnement des demandeurs d'emploi, etc.).

– Le réseau EURES réunit les services publics de l'emploi européens et la Commission qui le pilote. Il a pour objet de fournir des services aux travailleurs et aux employeurs, afin de favoriser la libre circulation et la mobilité des personnes. Il finance des projets transfrontaliers et s'appuie sur des « conseillers EURES » au sein des organismes nationaux. Ces derniers sont soit des organismes spécifiques financés par la Commission soit, comme en France, en Allemagne ou en Belgique, des agences locales de l'organisme national. En France, une trentaine d'agences locales de l'ANPE sont chargées du traitement des offres transfrontalières et de l'animation de la politique de mobilité, avec pour tête de réseau l'espace « emploi international ».

Service public de l'emploi et concurrence

Le service public de l'emploi intervient pour répondre à des objectifs d'intérêt général de mise en œuvre d'une politique favorable à l'emploi, mais son action s'inscrit également dans un environnement économique. Les acteurs du marché du travail n'échappent par conséquent pas aux règles de régulation économique, en particulier aux règles de concurrence désormais largement régies par le droit communautaire.

La jurisprudence de la Cour de justice européenne a progressivement défini les principes de conciliation entre respect des principes concurrentiels et prise en compte des exigences d'intérêt général[36] et le service public de l'emploi lui a fourni un secteur d'application privilégié.

[36] Conseil d'État, Rapport annuel 2002, « Collectivités publiques et concurrence ».

– La Cour a ainsi estimé dans son arrêt Höfner du 23 avril 1991, que l'Office allemand pour l'emploi, équivalent de l'ANPE s'agissant du placement des demandeurs d'emploi, exerçait son activité sur un marché économique et que, comme toute activité économique, elle devait être soumise aux règles de la concurrence, indépendamment du statut juridique de l'opérateur et de son mode de financement. La Cour a même estimé que le monopole de placement pour les cadres reconnu à cet organisme le conduisait, du fait de son incapacité à accomplir totalement cette mission, à se trouver dans une situation d'abus de position dominante. La Cour a adopté la même solution pour le placement dans son ensemble dans une décision ultérieure[37].
– Parallèlement, la Cour reconnaît que pour les opérateurs en charge d'un service d'intérêt économique général, les règles de concurrence ne s'appliquent que dans la mesure où « elles ne font pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ». En conséquence, des droits exclusifs et spéciaux peuvent être réservés aux opérateurs publics, notamment ceux du service public de l'emploi, à condition de constituer la contrepartie nécessaire et proportionnée de leurs obligations particulières.

Si la fin du monopole de placement de l'ANPE décidée par la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005 répondait à une obligation internationale souscrite dans le cadre de l'organisation internationale du travail[38] et n'a pas été imposée par les règles européennes, elle s'inscrivait néanmoins dans la logique générale du marché intérieur. Il n'est pas interdit de penser que si ce monopole avait été strictement interprété et appliqué, il aurait pu faire l'objet d'une contestation devant les instances européennes par les organismes privés intéressés et aurait pu être déclaré inopérant[39]. Pour autant, l'ANPE présente certaines spécificités de fonctionnement, notamment la gratuité du dépôt des offres par les entreprises et des services fournis aux demandeurs d'emploi, qui auraient pu appeler des réponses nuancées de ces instances. À cet égard, la loi du 18 janvier 2005 a autorisé l'Agence à créer des filiales susceptibles de fournir des services payants et s'inscrivant pour leur part totalement dans un cadre concurrentiel.

Dans un autre registre, les règles de concurrence sont susceptibles d'interroger les modes de relation entre opérateurs du service public de l'emploi. En particulier, le régime d'assurance chômage, qui finance des actions d'accompagnement des demandeurs d'emploi menées par l'ANPE, pourrait considérer qu'il est autorisé, par la loi française comme par les principes concurrentiels européens, à recourir à d'autres opérateurs privés et à mettre ceux-ci en concurrence avec l'ANPE. Des premières expériences de ce type ont d'ailleurs été conduites avec des organismes privés, mais en collaboration avec l'ANPE. Ce sujet, d'une réelle sensibilité politique, devait être traité dans le cadre de la convention tripartite État-UNEDIC-ANPE prévue par la loi de cohésion sociale.

[37] CJCE 11 décembre 1997, Job Center.
[38] Convention n° 181.
[39] F. Kessler, « Libre concurrence et protection sociale », in Le Monde, 19 mars 2001.

Une forme de droits exclusifs, au sens communautaire du terme, pourrait alors être reconnue à l'ANPE, ce qui reste cohérent avec le droit communautaire de la concurrence dès lors que ces droits sont nécessaires et proportionnés à l'objectif d'intérêt général. Mais il est clair qu'en ce domaine comme dans d'autres, l'intervention nationale ne peut faire abstraction du contexte communautaire.

La situation de l'AFPA (Association de formation professionnelle des adultes) en fournit un nouvel exemple. Dans un avis de 2000[40], le conseil de la concurrence avait émis certaines réserves sur les risques d'atteinte à la concurrence résultant de l'appartenance au service public de l'emploi de cette association bénéficiant de financements publics et intervenant sur un marché très concurrentiel. Dans le contexte de la décentralisation des crédits de formation professionnelle, l'intervention de l'AFPA, qui par certaines de ses missions constitue un service d'intérêt économique général au sens communautaire, devra s'inscrire dans un cadre renouvelé et les régions pourraient être amenées à la mettre plus ou moins systématiquement en concurrence avec d'autres organismes. Des subventions pourront néanmoins venir compenser les charges d'intérêt général de la structure.

Enfin, la vigilance des autorités communautaires sur le respect du droit de la concurrence peut les amener à remettre en cause des dispositifs nationaux concernant des organismes concourant à la politique de l'emploi. À la fin de l'année 2005, la Commission s'est ainsi par exemple interrogée sur la compatibilité au regard du droit communautaire :

– de l'obligation pour les collectivités locales ne gérant pas directement leurs régimes d'aides financières et d'accompagnement (notamment pour les stagiaires de la formation professionnelle) de confier cette gestion au CNASEA (Centre national pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles, qui gère de nombreux dispositifs de contrats aidés)[41] ;
– des financements publics dont bénéficie l'APEC (Association pour l'emploi des cadres), dans la mesure où cet organisme conduit à la fois des missions de service public et des missions pleinement situées dans le champ concurrentiel. Certains de ses concurrents considèrent manifestement que ces deux champs sont insuffisamment séparés et se sont tournés vers la Commission qui procède à des vérifications.

Politique structurelle et politique de l'emploi

La mise en œuvre du fonds social européen en lien avec la stratégie pour l'emploi

Depuis les débuts de la stratégie européenne pour l'emploi, le fonds social européen, dont la création remonte au traité de Rome de 1957, en est systé-

[40] Avis n° 00-A-31 du 12 décembre 2000.
[41] Cette obligation résulte de l'article 220 de la loi du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux.

matiquement présenté comme l'instrument et le levier financier. Sur la période 2000-2006, la dotation totale du FSE pour l'UE à 15 s'est établie à 64,5 milliards d'euros. L'enveloppe française au titre du FSE sur cette période était de l'ordre de 7 milliards d'euros, soit environ un milliard d'euros par an. Cette somme est relativement limitée en comparaison à la dépense publique totale pour l'emploi, supérieure à 60 milliards d'euros par an en France, mais l'apport financier du FSE est significatif sur certains segments de la politique d'emploi et de formation professionnelle, en particulier au niveau local.

Des efforts pour articuler l'intervention du FSE avec les orientations de la stratégie européenne pour l'emploi ont été opérés, notamment dans la construction des documents de référence européens et nationaux (lignes directrices et plan national d'action pour l'emploi d'un côté, règlements FSE et document unique de programmation de l'autre). Dans le cadre français, ces efforts sont identifiables :

– le « document unique de programmation » (DOCUP[42]) sur la période 2000-2006 a été construit, dans son architecture d'ensemble, sur la base des lignes directrices de l'époque de la stratégie européenne pour l'emploi ;
– chaque année le PNAE comprenait des explications, pour les lignes directrices pertinentes, sur la contribution du FSE et un tableau récapitulatif listait l'ensemble des financements du FSE consacrés aux priorités exposées ;
– les évaluations de la mise en œuvre de la stratégie européenne pour l'emploi (celle de 2001-2002 et celle qui s'est achevée fin 2005) comprennent chacune des développements sur la contribution du FSE aux actions menées ;
– en vue de la prochaine programmation, le département FSE de la délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle a choisi un processus de réflexion reposant largement sur l'animation d'ateliers thématiques par les sous-directeurs directement en charge des politiques concernées. Cette pratique n'a pu que faciliter l'appropriation réciproque et la convergence des priorités des politiques publiques d'une part et d'intervention du FSE d'autre part.

Mais, ainsi que l'avait relevé l'IGAS dans un audit du département FSE, conduit en 2004 pour le compte de la commission interministérielle de contrôle des fonds communautaires, cet exercice de synergie est resté, en large part artificiel. Il se heurte en effet à d'importantes contraintes, qui s'expriment d'ailleurs aussi au niveau européen :

– les calendriers des processus sont très différents. Si le DOCUP 2000-2006 s'est basé sur les lignes directrices européennes, celles-ci ont évolué plusieurs fois au cours de la période couverte, avant de se fondre dans les lignes directrices intégrées. De même, le nouveau programme national de réformes (PNR) a vocation à couvrir la période 2005-2008, chevauchant ainsi deux périodes de programmation du FSE. Dans le cadre de l'élabora-

[42] Document élaboré par les autorités nationales et soumis pour validation à la Commission européenne.

tion du cadre stratégique pour la nouvelle programmation, les références au programme national de réformes n'ont été intégrées que tardivement et en guise d'introduction générale ;

– les logiques d'élaboration des priorités peinent à converger : si les priorités thématiques peuvent se rencontrer relativement aisément, la mise en œuvre du FSE repose sur une logique largement territoriale qui rend délicate la concentration à la fois thématique et géographique des crédits. D'après la Commission, cette dimension territoriale est particulièrement forte en France en comparaison d'autres États membres, y compris de taille comparable. Le FSE a par conséquent une tendance naturelle à tout financer partout, sans mettre particulièrement l'accent sur les principales priorités de la politique de l'emploi. Celles-ci n'impliquent d'ailleurs pas toujours une intervention financière spécifique et peuvent passer par des évolutions institutionnelles et normatives ;

– les processus de concertation divergent également : alors que pour les plans nationaux d'action pour l'emploi les partenaires sociaux sont consultés, pour les documents liés à la politique structurelle la concertation concerne surtout les collectivités locales, particulièrement les régions, qui ne sont pas associées à la préparation de la politique de l'emploi nationale ;

– les problèmes récurrents de gestion du FSE, alliés aux difficultés à trouver des porteurs de projets, conduisent enfin à une certaine sous-consommation des crédits et à une délicate adéquation entre les priorités initialement définies et les actions effectivement financées. Les dispositifs nationaux déclinant les priorités de politiques publiques n'intègrent pas toujours suffisamment en amont de leur conception les exigences nécessaires à un possible abondement par le FSE pour leur mise en œuvre.

L'impact des politiques structurelles européennes sur les politiques liées au marché du travail et à l'emploi est au final le plus aisément identifiable dans des domaines où les actions nationales étaient au préalable relativement peu développées. Ainsi, le FSE conduit à doubler les financements nationaux sur l'égalité hommes/femmes et l'initiative Equal qui offre un cadre relativement souple pour des projets innovants a notamment été utilisée de manière intéressante pour des actions en faveur de l'emploi des seniors (*cf. infra*). Les interactions entre FSE et priorités pour l'emploi sont également fortes dans des actions situées à la rencontre entre territoires et individus : des dispositifs tels que les PLIE (plans locaux pour l'insertion et l'emploi) ou des organismes comme les missions locales ont largement bénéficié du FSE pour mieux accompagner les publics en difficulté, conformément aux orientations des PNAE successifs.

• Le fonds d'ajustement à la mondialisation : un nouvel instrument de la politique structurelle dédié à l'accompagnement des mutations économiques

Dans le cadre des négociations des perspectives financières 2007-2013 et en lien avec ses réflexions sur les restructurations, la Commission européenne

a proposé au premier semestre 2005 la création d'un « fonds d'ajustement à la mondialisation », parfois appelé « fonds anti-chocs ». L'objectif d'un tel fonds était de fournir une assistance complémentaire aux travailleurs qui perdent leur emploi en raison des modifications majeures de la structure du commerce mondial, afin de les aider dans leur reconversion professionnelle et dans les efforts qu'ils déploient pour chercher un emploi.

Les délégations nationales ont dans un premier temps réagi avec prudence face à cette proposition, craignant sans doute de prendre une position définitive dans un contexte très tendu de négociation des perspectives financières. La France n'a pas dérogé à cette position initiale sur la réserve. Mais elle a ensuite pris un positionnement plus favorable, exprimé notamment par le ministre délégué à l'emploi lors du conseil informel sur les restructurations organisé par la présidence luxembourgeoise. Certaines opérations de restructuration de grande envergure ont finalement conduit la France à se placer au premier rang des États-membres favorables à ce fond, ainsi que l'a exprimé le Premier ministre, lors du comité interministériel sur l'Europe du 11 octobre 2005.

Le Conseil européen des 15 et 16 décembre 2005 a marqué son accord sur la création de ce fonds d'ajustement à la mondialisation et invité le Conseil à fixer, sur la base d'une proposition de la Commission, les conditions d'intervention de ce fonds. Le montant maximum des dépenses consenties par le fonds sera de 500 millions d'euros par an, qui seront financés au moyen de sommes non utilisées parmi les autres rubriques de dépenses, notamment sur les fonds structurels.

L'Union européenne se dote ainsi d'un nouveau levier financier directement lié aux problématiques d'emploi et de mutations économiques. Il reste à en négocier les modalités d'application et à se donner les moyens, dès l'amont, d'en prévoir l'utilisation la plus efficace lorsque la France aura à solliciter ce fonds.

Politique de concurrence, développement de l'emploi et mutations économiques

La politique de concurrence est un des piliers de la construction économique européenne et elle ne peut qu'avoir une influence sur les dispositifs visant à développer ou à maintenir l'emploi en soutenant les entreprises. L'anticipation et l'accompagnement des mutations économiques et des restructurations constituent notamment une dimension essentielle de la politique de l'emploi, dans un contexte de compétition mondiale et de délocalisations. Sur ces sujets, l'évolution de l'intervention européenne est intéressante à défaut d'être décisive : s'exerçant d'abord surtout par l'application des règles de concurrence, notamment par la surveillance des aides d'État aux entreprises, elle tend à s'intéresser plus directement aux problèmes des restructurations et à l'appui aux politiques nationales.

Aides publiques et règles de concurrence : le traitement de la dimension emploi

Le soutien des pouvoirs publics aux entreprises et aux secteurs professionnels, notamment ceux en difficultés économiques, doit s'exercer dans le respect des règles européennes en matière de droit de la concurrence et en particulier d'aides d'État. La surveillance de la Commission dans ces domaines est traditionnellement étroite et vigilante, pour éviter que la concurrence entre entreprises soit faussée, conformément à l'article 87 du traité[43]. Une procédure de notification à la Commission des aides octroyées par les États-membres est organisée à cette fin.

Pour autant, il apparaît que les préoccupations liées à l'emploi sont prises en compte au niveau européen dans l'application de ces règles et tendent d'ailleurs à l'être de plus en plus, par différents canaux.

– En premier lieu, les mesures à caractère général ne sont pas considérées comme des mesures faussant la concurrence, dans la mesure où elles bénéficient à toutes les entreprises remplissant les conditions du dispositif. Dans des lignes directrices et une communication publiées en 1995, la Commission précisait que ces mesures générales devaient être susceptibles de bénéficier à toutes les entreprises, dans tous les secteurs d'activité et sans que les pouvoirs publics disposent d'un pouvoir discrétionnaire. De nombreux dispositifs de la politique de l'emploi en faveur des entreprises, à commencer par les allègements de charges sociales par exemple, constituent ainsi des mesures générales compatibles avec le droit communautaire. Le régime de cessation anticipée d'activité CATS[44] a ainsi été notifié et déclaré valide par la Commission dans la mesure où il ne s'adressait pas à un secteur spécifique et où les pouvoirs publics ne disposaient pas d'un pouvoir discrétionnaire. À l'inverse, le plan sectoriel mis en place par la France en 1996 en faveur du textile a été considéré comme contraire aux règles européennes par la Commission, et les aides ont dû faire l'objet de remboursement.

– Suivant la même logique, les aides dont bénéficient les personnes, par exemple les demandeurs d'emploi embauchés par une entreprise, ne sont pas considérées comme des aides d'État susceptibles d'altérer la concurrence entre entreprises ; d'une manière générale, les aides aux entreprises qui ne dépassent pas un seuil dit *« de minimis »*[45] sont également considérées comme compatibles avec le droit communautaire, ce qui permet de couvrir un nombre très important d'aides.

[43] L'article 87 TCE déclare en principe incompatibles avec le droit communautaire *« les aides accordées par les États membres au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. »*

[44] Cessation d'activité de certains travailleurs salariés, ayant eu une carrière longue dans des secteurs où l'activité est pénible.

[45] Seuil actuellement fixé à 100 000 euros sur 3 années glissantes.

– Ensuite, des mesures d'aides a priori susceptibles de fausser la concurrence peuvent faire l'objet de dispositifs d'exemption amenant à les considérer comme compatibles avec le droit communautaire et à les dispenser de toute notification. Prévu par l'article 87 § 3 du Traité, le règlement n° 994/98 du Conseil du 7 mai 1998 a pour la première fois habilité la Commission à adopter de tels règlements d'exemption. En plus des aides aux PME, deux règlements ont ainsi été pris en 2001 pour les aides à la formation[46] et pour les aides à l'emploi[47]. Ils définissent des intensités maximales d'aides, permettant par exemple des aides jusqu'à un million d'euros pour des projets de formation. S'agissant des aides à l'emploi, il s'agit principalement d'exempter de toute notification européenne les aides à l'embauche de travailleurs défavorisés ou handicapés et les aides pour compenser le surcoût lié à l'emploi de travailleurs handicapés. Par exemple, pour les aides à l'embauche de travailleurs défavorisés, les intensités maximales sont exprimées en pourcentage des coûts salariaux, toutes charges comprises, de l'emploi aidé pendant deux années et ne doivent pas dépasser 15 % pour les petites entreprises[48] et 7,5 % pour les entreprises de taille moyenne[49]. Des majorations sont prévues lorsque les emplois sont créés dans les régions et dans les secteurs pouvant bénéficier des aides à finalité régionale.

– S'agissant particulièrement des aides d'État à des entreprises en difficulté (cas de sauvetage ou de restructuration), la Commission s'est fixé des lignes directrices dans l'appréciation de leur compatibilité avec le droit communautaire[50], qui tiennent directement compte des problèmes sociaux et d'emploi. Ainsi, les aides destinées à couvrir les coûts sociaux de la restructuration ne sont pas intégrées dans le montant des aides d'État, si elles ne vont pas au-delà des aides normalement attribuées par la réglementation nationale aux salariés licenciés. De même, la Commission émet systématiquement un avis favorable aux aides qui servent à financer, dans un contexte de restructuration, des actions de formation, d'orientation ou d'aide à la création d'entreprise bénéficiant aux salariés concernés.

– Enfin, la Commission peut également considérer comme compatibles avec le droit communautaire « des aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun[51] ». C'est en particulier sur ce fondement et de manière inhabituelle qu'elle a validé en décembre 2004 le dispositif français d'allègement

[46] n° 68/2001 du 12 janvier 2001.

[47] n° 2204/2002 du 12 décembre 2002.

[48] Entreprises de moins de 50 salariés et dont, soit le chiffre d'affaires n'excède pas 7 millions d'euros, soit le total du bilan n'excède pas 5 millions d'euros.

[49] Entreprises qui comptent moins de 250 salariés et dont, soit le chiffre d'affaires n'excède pas 40 millions d'euros, soit le total du bilan n'excède pas 27 millions d'euros.

[50] Lignes directrices sur les aides d'État au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté, C 288/16 du 09/10/1999 révisé par C244 publié au JOCE du 1/10/2004.

[51] Article 87 § 3 c) du TCE.

de charges pour le secteur de la restauration, en mettant en balance les objectifs de la mesure en matière d'emploi et son impact limité sur la concurrence. Dans son argumentation, la Commission se réfère de manière intéressante aux objectifs du Traité en matière d'emploi et constate que le dispositif français, qui prévoit notamment en contrepartie aux aides la suppression du SMIC hôtelier et la revalorisation des salaires, s'inscrit dans le cadre des lignes directrices pour l'emploi visant à rendre l'emploi plus attractif.

Au final, les exigences européennes de concurrence ont profondément modifié la donne et doivent être prises en compte lors de la conception des dispositifs d'emploi, ce que les administrations nationales n'ont pas encore totalement et dans tous les cas perçu. Les mécanismes d'emplois aidés doivent en particulier être ciblés sur des publics en difficultés, ne pas atteindre des intensités d'aide trop importantes ou ne pas dépendre de logiques discrétionnaires d'attribution.

Plusieurs dimensions de la politique européenne permettent néanmoins d'insérer des logiques d'emploi dans la mise en œuvre de la politique de concurrence. Alors que la Commission envisage de revoir les principes de sa politique en matière d'aides d'État[52], et notamment favoriser le ciblage de ces aides sur les objectifs de la stratégie de Lisbonne (notamment innovation et recherche), il conviendra de s'assurer que la dimension emploi de cette stratégie continue d'être prise en compte. La révision des règlements d'exemption, qui expirent fin 2006, constitue également un chantier à suivre de près.

Restructurations et politique de compétitivité européenne

L'interpellation systématique de l'Europe face aux cas emblématiques de restructuration ou de délocalisation n'est pas nouvelle et, de Vilvoorde à Hewlett-Packard, elle s'est traduite par l'émergence progressive de ces préoccupations dans le champ communautaire. Ses effets concrets restent encore limités, ce qui s'explique notamment par l'absence de compétences communautaires spécifiques en la matière et par le fait que la libre circulation des capitaux est une des libertés européennes fondamentales. L'élargissement et le souhait des nouveaux États-membres d'accueillir des investissements en provenance des anciens États-membres constituent également une nouvelle ligne de fracture.

Les premières interventions communautaires ont emprunté la voie législative, sur le registre de l'information et de la consultation des travailleurs. En plus de la directive de « droit commun » sur le sujet, la directive créant le comité d'entreprise européen visait précisément à permettre l'exercice de ces garanties pour les salariés dans un cadre transfrontalier.

[52] Elle a en 2005, présenté un Plan d'action en la matière visant « des aides d'État moins nombreuses et mieux ciblées ».

Le thème des mutations économiques est ensuite progressivement devenu une des composantes de la nouvelle politique industrielle que la Commission s'est efforcée de construire, par le biais d'une communication publiée en 2004 sur le thème *« accompagner les mutations structurelles, une politique industrielle pour l'Europe élargie »*. Une nouvelle communication de 2005 vise à *« anticiper et accompagner les restructurations pour développer l'emploi »*. Elle insère ces problématiques dans la politique européenne de compétitivité et développement du capital humain et met l'accent sur la mobilisation des instruments européens sur ces sujets. La Direction générale Emploi et affaires sociales est chargée de coordonner ces sujets au sein de la Commission, en lien avec la DG Entreprises.

Par ailleurs, la France a obtenu que la stratégie européenne pour l'emploi prenne en considération la dimension des restructurations et depuis 2002, dans le cadre de la ligne directrice promouvant l'adaptabilité et la mobilité sur le marché du travail, les États membres sont chargés de promouvoir « la gestion anticipative et positive du changement et des restructurations économiques ». En 2004, suite aux préconisations de la task-force pour l'emploi, la France a d'ailleurs reçu comme recommandation de « mettre en place un système plus efficace d'anticipation et de gestion des restructurations ».

Enfin la création du fonds d'ajustement à la mondialisation décrit ci-dessus pourrait favoriser l'émergence progressive d'une politique européenne en la matière.

Libre circulation et dispositifs de la politique de l'emploi

La jurisprudence européenne a progressivement étendu les droits des travailleurs et des citoyens européens dans l'accès aux marchés du travail nationaux

Les principes de libre circulation des travailleurs posés depuis le traité de Rome ont connu une importante application et ont progressivement été étendus par la jurisprudence de la Cour de justice de Luxembourg, y compris dans une période récente. Ils offrent aux ressortissants communautaires un large accès aux marchés du travail des États membres, avec des droits différenciés selon leurs statuts.

Le niveau le plus élevé de droits est reconnu aux « travailleurs », au sens de l'article 39 du traité, ainsi qu'à leur famille. Ils bénéficient, en application également du règlement 1612/68 du 15 octobre 1968[53], d'une égalité totale de traitement dans l'accès à l'emploi, les conditions de travail ou les avantages fiscaux ou sociaux par rapport aux ressortissants nationaux. La jurisprudence est large en la matière :

[53] Relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté.

– la notion de travailleur est entendue largement et peu importent la nature publique ou privée de l'employeur (seuls les emplois touchant à l'exercice de la souveraineté nationale sont exclus), le niveau de rémunération, la nature de l'activité[54] ou la qualification du contrat de travail ;
– la qualité de travailleur est reconnue dès lors que l'activité est réelle et effective, même si celle-ci est brève : elle a été ainsi été reconnue pour un emploi à durée déterminée de deux mois[55]. Parallèlement, le statut de travailleur ne se perd pas automatiquement lorsque la relation de travail s'achève ; la directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 précise ainsi par exemple qu'un ressortissant communautaire conserve la qualité de travailleur dans un autre État-membre que le sien, s'il est au chômage après avoir travaillé plus d'un an (il la conserve pendant au moins six mois s'il a travaillé moins d'un an).

À un niveau de droits moindre se situent les demandeurs d'emploi, c'est-à-dire les ressortissants communautaires qui se rendent dans un État-membre autre que le leur pour rechercher un emploi. La CJCE a considéré qu'ils pouvaient bénéficier d'une partie des droits des travailleurs et notamment d'un droit au séjour pour une durée raisonnable (de quelques mois) leur permettant d'effectuer leurs recherches, sans avoir à démontrer préalablement le caractère suffisant de leurs ressources. Pendant cette période, ils bénéficient d'une égalité de traitement dans l'accès à l'emploi au même titre que les travailleurs[56].

Enfin, la jurisprudence a progressivement fait émerger une troisième catégorie juridique, en s'appuyant sur la citoyenneté européenne reconnue par le traité de Maastricht. La Cour de Luxembourg estime que « le statut de citoyen européen a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États-membres »[57] et elle lui confère des droits au-delà de ceux liés à la libre circulation et à la qualité de travailleur. Un citoyen européen peut ainsi en tout état de cause demander l'application du principe de *non discrimination*, en raison de la nationalité reconnue par l'article 12 du traité[58]. Toutefois, les droits reconnus aux « simples » citoyens européens n'ayant pas le statut de travailleur (ou n'appartenant pas à la famille d'un travailleur) sont plus limités :

– ils ne bénéficient ainsi pas d'une liberté de séjour absolue et peuvent devoir justifier de ressources suffisantes pour ne pas représenter « une charge pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil » ;

[54] Seules des activités très limitées ne constituant qu'un moyen de rééducation ou de réinsertion de personnes très éloignées du marché du travail peuvent ne pas conférer la qualité de travailleur (CJCE, 31 mai 1989 Bettray).

[55] CJCE, 6 novembre 2003, Franca-Ninni Orasche.

[56] CJCE, 23 mars 2004, Collins.

[57] CJCE 20 septembre 2001, Grzelczyk.

[58] CJCE 12 mai 1998, Martinez Sala : l'administration allemande ne peut refuser l'octroi d'une prestation accordée à toute personne résidant en Allemagne à une résidente espagnole au motif qu'elle ne dispose pas d'une carte de séjour, document qui n'est pas exigé des ressortissants allemands. CJCE 20 septembre 2001, Grzelczyk : l'administration belge ne peut refuser l'accès à un revenu minimum à un Français étudiant en Belgique du simple fait qu'il n'est pas ressortissant belge.

– le principe de *non discrimination* n'offre pas les mêmes droits que celui de l'égalité de traitement : si un État-membre ne peut imposer de condition (à une prestation par exemple) qui ne s'imposerait pas à ses propres ressortissants, il peut poser des règles lui permettant de s'assurer d'un lien réel entre le citoyen européen et son marché du travail. Les conditions fixées doivent néanmoins être proportionnées, claires et fixées à l'avance[59]. Il peut par exemple s'agir d'un critère de résidence sur le territoire pendant plusieurs mois et de preuves de recherche d'emploi.

Un impact sur les dispositifs nationaux de la politique d'emploi, comme en attestent les récents débats français sur l'accès des ressortissants communautaires aux contrats aidés

Les incidences de la libre circulation des travailleurs et des citoyens européens concernent principalement les régimes de protection sociale, mais elles touchent également les dispositifs de la politique de l'emploi.

À l'intersection entre protection sociale et retour à l'emploi, les systèmes nationaux d'indemnisation du chômage sont en premier lieu concernés. Deux arrêts récents de la Cour de justice européenne l'illustrent, en développant l'idée que les droits reconnus aux travailleurs peuvent s'appliquer aux ressortissants communautaires demandeurs d'emploi. Dans l'affaire Collins déjà citée, la Cour s'est prononcée sur l'accès aux « allocations de recherche d'emploi » britanniques. L'affaire Ionnadis[60] concernait quant à elle les « allocations d'attente » belges destinées aux jeunes chômeurs à la recherche de leur premier emploi. Dans les deux cas, la Cour a estimé que ces allocations devaient être attribuées sans distinction de nationalité, directe ou indirecte. Elle a ainsi déclaré incompatible avec le droit communautaire le dispositif belge qui réservait l'octroi des allocations aux seuls détenteurs d'un diplôme du secondaire obtenu en Belgique[61], critère susceptible de défavoriser les non-Belges. Mais dans les deux cas, la Cour a admis que les États-membres pouvaient fixer des critères permettent d'apprécier le lien réel entre le demandeur et le marché national du travail et il leur appartient donc de configurer les dispositifs dans un sens compatible avec les règles européennes.

Les débats récents en France sur l'accès des ressortissants communautaires aux contrats aidés illustrent également cet impact des exigences communautaires sur la conception des dispositifs de la politique de l'emploi. Une circulaire interministérielle du 22 février 1996 relative à la libre circulation des travailleurs dans l'Union européenne prévoyait que pour bénéficier d'un contrat aidé, un ressortissant communautaire devait avoir déjà occupé un

[59] CJCE, 23 mars 2004, Collins.

[60] CJCE, 15 septembre 2005, Ionnadis.

[61] Les jeunes chômeurs ayant obtenu leur diplôme dans un autre État membre n'avait accès à la prestation que s'ils appartenaient à la famille d'un « travailleur » communautaire résidant en Belgique.

emploi en France pendant une durée d'au moins douze mois, ou appartenir à la famille d'un travailleur se trouvant dans cette situation. Cette durée correspondait à celle exigée pour l'octroi de la carte de séjour de travailleur ressortissant de l'Union européenne.

À la suite de la loi du 26 novembre 2003, les citoyens européens ne sont plus tenus de détenir un titre de séjour. Cette évolution, conjuguée aux positions de la Cour de Luxembourg, a amené les directions concernées au sein des ministères sociaux[62] à se poser la question de la compatibilité de la réglementation française au regard du droit communautaire. Les consultations juridiques demandées, notamment à la mission juridique du Conseil d'État auprès du ministère, ont confirmé que ces règles devaient évoluer. En effet, la condition de douze mois de travail en France constitue une condition d'accès aux contrats aidés qui ne s'impose pas aux ressortissants français.

D'une manière générale, les ressortissants communautaires qui ont la qualité de travailleurs en France, ainsi que leurs familles (conjoints et enfants à charge de moins de 21 ans), doivent pouvoir accéder de la même façon que les travailleurs nationaux à ces contrats aidés, sans qu'aucune condition de lien avec le marché du travail français puisse leur être imposée. Lorsque l'accès aux dispositifs est lié à des périodes de chômage, le droit communautaire impliquerait également sans doute de prendre en compte de telles périodes dans le pays d'origine.

Pour les autres citoyens européens, il reste possible de déterminer des critères établissant un lien avec le marché du travail français, en tout cas pour les dispositifs correspondant à une relation de travail dans le secteur marchand ou *non marchand*. Pour l'apprentissage ou l'accès à des dispositifs de formation professionnelle, ces exigences sont moins évidentes. La vérification du fait que le citoyen européen dispose de ressources suffisantes et ne ferait pas peser de charge déraisonnable sur le système d'assistance sociale ne peut, quant à elle, intervenir qu'en amont, au stade de la reconnaissance du droit au séjour, et ne peut être opérée pour refuser l'accès à un contrat aidé.

Sur ces bases et en lien avec le ministère de l'Intérieur, de nouvelles règles seront définies en 2006. Si les implications concrètes de l'évolution de ces règles ne seront assurément pas massives, dans un contexte de dispositifs budgétairement contingentés, elles n'en sont pas moins symboliquement et politiquement fortes, notamment dans la perspective de la fin des périodes transitoires limitant la liberté de circulation avec les nouveaux États-membres.

[62] Direction de la population et des migrations, compétente sur l'entrée et le séjour en France, Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle, compétente sur les dispositifs de contrats aidés.

Chapitre 2

La focalisation européenne sur les taux d'emploi a eu un impact sur les politiques françaises

La stratégie européenne pour l'emploi a progressivement fait du taux d'emploi un indicateur central

Le taux d'emploi s'est substitué au taux de chômage pour la formulation des objectifs européens

Dans le cadre des débats nationaux, la situation de l'emploi et l'efficacité des politiques conduites sont généralement mesurées à l'aune du taux de chômage[63]. Sans ignorer totalement cet indicateur, la stratégie européenne pour l'emploi a pour sa part accordé une place prépondérante au taux d'emploi[64]. Si cette substitution ne doit pas faire l'objet de surinterprétations, elle est loin d'être anodine et purement sémantique.

Le glissement entre taux de chômage et taux d'emploi s'est opéré entre Luxembourg et Lisbonne. Significativement, la définition d'un objectif chiffré en termes de taux de chômage avait été envisagée lors de la préparation du Conseil européen extraordinaire de Luxembourg de l'automne 1997. La France y était alors particulièrement favorable et l'objectif d'un taux de chômage ramené à 7 % avait été évoqué[65]. Cette idée n'a cependant pas été retenue, certains États membres la considérant comme irréaliste tandis que d'autres satisfaisaient déjà à cet objectif. Mais même en l'absence d'une telle cible, les lignes

[63] Qui exprime le rapport entre le nombre de chômeurs et la population active.

[64] Qui correspond au rapport entre le nombre de personnes en emploi et le total de la population d'âge actif, soit généralement de 15 à 64 ans. Le lien entre taux de chômage et taux d'emploi est fait par la notion de taux d'activité, rapport entre la population active et la population d'âge actif, selon la relation suivante : Taux emploi = Taux activité (1 – Taux de chômage).

[65] Robert Salais, « La politique des indicateurs. Du taux de chômage au taux d'emploi dans la stratégie européenne pour l'emploi. » *in* B. Zimmermann (dir), 2004, *Les sciences sociales à l'épreuve de l'action.*

directrices définies à Luxembourg étaient centrées sur une logique de lutte contre le chômage et de retour à l'emploi des demandeurs d'emploi.

Moins de trois ans plus tard à Lisbonne (mars 2000), les chefs d'État et de gouvernement se sont entendus pour faire du taux d'emploi l'indicateur central de la stratégie. Le Conseil européen adopte alors les objectifs de porter en 2010 le taux d'emploi global à 70 % (contre 61 % en 2000) et le taux d'emploi des femmes à 60 % (contre 51 %). Le Conseil européen de Stockholm de mars 2001 ajoute l'objectif d'amener en 2010 le taux d'emploi des seniors (55-64 ans) à 50 %, contre 37,5 % en 2000. Aujourd'hui, le glissement est tel que le taux de chômage ne figure plus parmi les quatorze indicateurs structurels dits de la « *short list* », seul le chômage de longue durée étant pris en compte comme indicateur de cohésion sociale et non comme indicateur de la politique d'emploi.

Cette évolution rapide peut s'expliquer par plusieurs facteurs :

– entre Luxembourg et Lisbonne, la conjoncture économique s'était nettement améliorée et le chômage massif, qui avait atteint un pic en 1997, avait reculé à un rythme inespéré. Le débat se focalisait au moment de Lisbonne sur les voies et moyens de retour au plein-emploi et sur la mobilisation des catégories les moins actives pour éviter les premières difficultés de recrutement ;

– dans une optique comparative, le taux de chômage apparaît rapidement comme un indicateur insuffisant dans la mesure où chaque pays développe des stratégies différenciées (par exemple recours aux préretraites, à l'invalidité, à la maladie, à la formation) pour diminuer les chiffres du chômage sans pour autant, augmenter l'emploi ;

– dans une perspective de croissance à moyen et long terme, les enseignements de la théorie économique mettent l'accent sur la mobilisation maximale de la population active, les mesures de retrait d'activité apparaissant à cet égard coûteuses économiquement. Dès lors, l'objectif en termes de taux d'emploi est compatible avec l'idée d'une croissance soutenable et non inflationniste.

Au total, le taux d'emploi a donc pu être érigé comme indicateur central dans un consensus relativement large et sans réel débat[66].

La France s'est efforcée d'enrichir l'usage de cet indicateur

Les indicateurs ont, malgré leur grande technicité, une fonction profondément politique et donnent fréquemment lieu à Bruxelles, au sein du groupe compétent mandaté par le comité de l'emploi, à des débats intenses. Les dis-

[66] Jacques Freyssinet « Taux de chômage ou taux d'emploi, retour sur les objectifs européens », *Travail, Genre et Sociétés*, nº 11 avril 2004.

cussions sur les indicateurs de qualité de l'emploi, de poids des *working poors* ou de politique salariale en attestent.

S'agissant du taux d'emploi, ces débats n'ont cependant pas été particulièrement vifs, malgré des implications majeures en termes de visibilité. Cette situation tient sans doute au fait qu'il s'agit d'un indicateur dont la vocation est précisément d'être moins « manipulable » que le taux de chômage. Elle s'explique également par des éléments de calendrier : les débats sur le taux d'emploi au groupe indicateurs ont en effet principalement eu lieu entre 1997 et 2000, avant qu'il ne devienne l'indicateur central.

L'utilisation exclusive de l'indicateur brut que constitue le taux d'emploi pose néanmoins quelques questions, notamment par rapport à la qualité de l'emploi ainsi retracé ou pour certaines catégories d'âge pour lesquelles les différences entre pays peuvent renvoyer à des choix sociaux divergents.

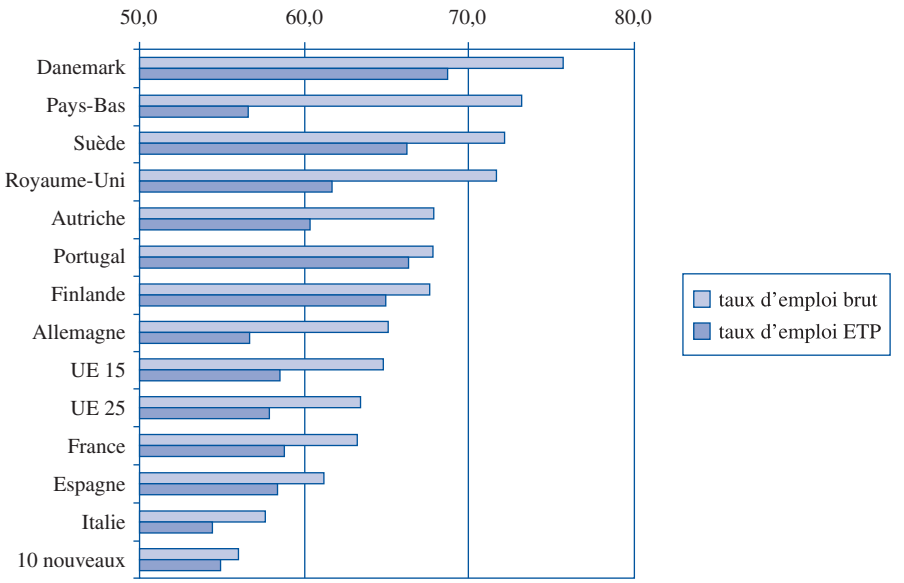
Taux d'emploi brut ou taux d'emploi en équivalent temps plein[67] ?

Les performances en termes de taux d'emploi varient sensiblement selon que l'on raisonne de manière brute ou en équivalent temps plein. En effet, l'indicateur brut tend à privilégier les États qui ont un recours intensif au temps partiel. Le graphique suivant le confirme clairement, les résultats de pays tels le Royaume-Uni, l'Autriche et surtout les Pays-Bas étant moins favorables en raisonnant en équivalent temps plein. Ainsi, le Royaume-Uni passe par exemple du 4e au 9e rang et les Pays-Bas du 2e au 20e rang de l'UE à 25 en raisonnant en équivalent temps plein. De son côté, la France présente un taux d'emploi brut inférieur à la moyenne de l'UE à 15 (63,1 % contre 64,7 %) mais un taux d'emploi équivalent temps plein légèrement supérieur (58,7 % contre 58,5 %). Pour l'emploi féminin, le passage en équivalent temps plein ramène le taux d'emploi de la France de 57,4 à 50,5 %, mais celui du Royaume-Uni de 65,6 à 50,8 %, soit un niveau comparable (les Pays-Bas passent pour leur part de 65,8 % à 41,5 %).

Afin de pouvoir établir des comparaisons solides et cohérentes, la France s'est par conséquent attachée à obtenir la définition d'un indicateur retraçant le taux d'emploi en équivalent temps plein. Elle a été soutenue par plusieurs pays sur ce point (y compris par certains États membres recourant beaucoup au temps partiel) et cet indicateur a été mis en place malgré les réticences de certains États membres qui avaient tendance à faire valoir des arguments méthodologiques dissimulant mal des oppositions de fond. Il s'agit néanmoins d'un simple « indicateur de contexte », et le taux d'emploi brut reste l'indicateur privilégié et sans cesse utilisé. Les objectifs fixés à Lisbonne reposent d'ailleurs sur le taux d'emploi brut.

[67] Le taux d'emploi brut se base sur l'ensemble des personnes en emploi, quelle que soit la durée de cet emploi qui peut être très réduite. Le taux d'emploi en équivalent temps plein rapporte le nombre total d'heures travaillées au nombre d'heures habituellement travaillées dans le cadre d'emplois à plein temps avant de diviser le résultat par la population en âge de travailler.

Comparaisons taux d'emploi brut ou en équivalent temps plein en 2004



Quelles tranches d'âge pour le taux d'emploi ?

Le taux d'emploi est généralement construit par les organismes internationaux sur la tranche d'âge des 15-64 ans, considérée comme couvrant la population en âge de travailler. Dans le cadre de la stratégie européenne pour l'emploi, c'est ce cadre de référence qui a été retenu, sans réel débat. On peut néanmoins relever qu'aux États-Unis, la tranche considérée comme pertinente débute à 16 ans et non à 15[68].

Parallèlement, l'attention portée au niveau européen à la question de l'emploi des seniors a conduit à l'adoption d'un indicateur clé de taux d'emploi des 55-64 ans. Un autre indicateur, de contexte cette fois-ci, porte sur le taux d'emploi des 15-24 ans. Sur ces deux tranches d'âge, la France présente des résultats particulièrement médiocres, que les comparaisons européennes ont aidé à mettre en évidence. Mais elle présente en revanche de bons résultats sur la tranche 25-54 ans.

Se posait néanmoins la question du degré de comparabilité en termes de performance de politiques de l'emploi de l'indicateur global de taux d'emploi des 15-64 ans, notamment par rapport aux différences de systèmes d'éducation pour les jeunes et de retraites pour les seniors. Sur ce point, la France a hiérarchisé ses priorités :

[68] De même, les États-Unis continuent, comme le faisait l'Union européenne avant 2000, à utiliser comme numérateur dans le calcul du taux d'emploi l'ensemble des personnes en emploi et non seulement celles de moins de 65 ans.

– elle s'est battue pour obtenir un indicateur limitant l'impact de différences institutionnelles sur les jeunes, les pays ayant un système d'apprentissage développé obtenant mécaniquement un taux d'emploi des 15-19 ans plus élevé que ceux où l'alternance emploi formation initiale est rare[69]. Elle a également fait valoir le risque d'incohérence entre un accroissement du taux d'emploi de ces tranches d'âge et l'objectif d'accroissement du niveau général de formation. La France a ainsi obtenu la définition d'un indicateur de contexte du taux d'emploi des 20-64 ans qui la ramène au niveau de la moyenne de l'UE à 15, sans changer fondamentalement la hiérarchie entre pays. Surtout, cet indicateur de contexte reste assez peu usité par rapport à l'indicateur de taux d'emploi global.

– sur les 60-64 ans en revanche, la France n'a pas formulé de demande particulière tendant à exclure cette tranche d'âge en forgeant un nouvel indicateur, par exemple des 20-59 ans. La situation française sur l'emploi des seniors est moyenne sur la tranche 55-59 ans, du fait des retraits anticipés d'activité, mais elle est nettement plus dégradée sur la tranche 60-64 ans, en lien avec la retraite à 60 ans. Pour autant, la France aurait été particulièrement isolée dans des revendications d'un indicateur excluant les 60-64 ans, a fortiori après la fixation d'un objectif spécifique pour les travailleurs vieillissants. Ses représentants au comité de l'emploi et au groupe indicateurs ont préféré ne pas mener ce combat qui aurait assurément été vain et perçu comme étant d'arrière-garde.

En s'appuyant sur le taux d'emploi, la stratégie européenne pour l'emploi a contribué au renouvellement des approches nationales, notamment sur l'emploi des seniors

L'Union européenne n'est pas la seule à se fonder de manière privilégiée sur le taux d'emploi, l'OCDE y ayant aussi fréquemment recours. Mais la stratégie européenne est allée beaucoup plus loin dans cette direction, en particulier depuis Lisbonne, en conférant une portée d'engagement politique à cet indicateur. Elle a ainsi donné une visibilité accrue à des problématiques sensibles dans de nombreux États membres, sur les femmes, les jeunes, les seniors.

Si le taux d'emploi n'est jamais que la résultante de la combinaison du taux de chômage et du taux d'activité et si les comparaisons opérées sur ce dernier fournissaient déjà des éléments de connaissance de spécificités natio-

[69] En 2004, le taux d'emploi des 15-24 ans était de 30,4 % en France, 41,9 % en Allemagne, 65,9 % aux Pays-Bas.

nales sur ces publics, la convergence autour d'un indicateur synthétique a conféré une force plus grande à ces sujets. C'est en particulier le cas pour l'emploi des seniors, problématique dont l'émergence a manifestement été facilitée par la conduite de l'exercice européen. La France présentait en effet en la matière un retard certain dans sa prise de conscience et dans ses résultats : avec un taux d'emploi des 55-64 ans de 28,8 % en 1999, elle ne devançait que l'Italie et la Belgique parmi les quinze États-membres et restait très en dessous éloignée de la moyenne européenne (37,1 % dans l'UE à 15[70]).

Les recommandations européennes et les plans nationaux témoignent de la prise de conscience émergente du sujet de l'emploi des seniors

L'analyse des plans nationaux d'action pour l'emploi français et des recommandations européennes adressées à la France montre que la question des salariés âgés et de leur niveau d'emploi n'apparaît que progressivement au cours de la période, avant de devenir une thématique centrale.

La question n'apparaît pas en tant que telle dans le PNAE de 1998

S'inscrivant dans le cadre des lignes directrices définies au niveau européen, le premier PNAE met en 1998 l'accent sur la lutte contre le chômage et notamment sur l'idée du nouveau départ pour les chômeurs jeunes ou de longue durée. La problématique de l'emploi des seniors est inexistante, la seule référence aux plus de 50 ans portant sur leur niveau de chômage « inférieur à la moyenne nationale, mais cela tient beaucoup à des retraits de plus en plus précoces du marché du travail des salariés les plus âgés. La proportion de chômeurs de longue durée est très importante parmi les chômeurs de plus de 50 ans ».

Dans le PNAE de 1999, l'emploi des seniors est évoqué sous la rubrique du passage à des mesures actives

L'insertion de la problématique de l'emploi des seniors apparaît en 1999, sous la ligne directrice n° 4 « faciliter la reprise d'emploi des bénéficiaires de minima sociaux et favoriser un vieillissement actif ». Le PNAE inscrit l'action française en la matière dans quatre directions :

– la diminution engagée des préretraites publiques, mieux ciblées sur les situations les plus difficiles ;
– la réflexion sur les carrières pénibles ;

[70] Cf. graphique infra pour des comparaisons avec d'autres États membres et l'évolution relative de la situation en 2004.

– l'alourdissement de la « contribution Delalande » qui pèse sur les entreprises licenciant des salariés de plus de 50 ans ;
– la réflexion à venir sur les systèmes de retraite et sur un passage plus progressif de l'activité à la retraite.

En 2000, le maintien en emploi des salariés âgés constitue la première recommandation adressée à la France

Le Conseil a en effet adopté le 14 février 2000 des recommandations concernant la mise en œuvre des politiques de l'emploi des États-membres, et la recommandation n° 1 à l'égard de la France est la suivante : « reconsidérer les régimes de prestations existants, notamment ceux qui favorisent les départs en retraite anticipée, afin d'inciter les travailleurs les plus âgés à rester plus longtemps dans la vie active ».

Dans son PNAE, la France déplore que les entreprises aient fait des dispositions de cessation anticipée d'activité un mode de gestion des ressources humaines et souligne que la réduction et l'aménagement du temps de travail fournissent une opportunité de reconsidérer les pratiques en la matière. Elle rappelle que les conditions de licenciement des salariés âgés ont été durcies avec le doublement de la contribution Delalande et que les dispositifs de préretraite publique ont été resserrés sur les situations difficiles. Elle évoque le nouveau dispositif de départs ciblés, dans le cadre d'accords de branche, sur les carrières pénibles et responsabilisant davantage les entreprises d'un point de vue financier. Enfin, elle mentionne les réflexions conduites dans le cadre des missions Charpin et Taddéi sur la recherche de formes différenciées de transition entre activité et retraite.

En 2001, l'intensification des efforts visant à réduire les départs précoces du marché du travail reste la première recommandation à l'égard de la France

La recommandation 1 invite la France à intensifier ces efforts en « élaborant une approche plus globale intégrant les partenaires sociaux ».

Dans son PNAE, la France se fixe un objectif de taux d'emploi global et pour les femmes, conformément aux conclusions du Conseil européen de Lisbonne. Aucun objectif n'est fixé pour les 55-64 ans, mais la France indique qu'elle a répondu à la recommandation du Conseil à ce sujet, au travers des mesures prévues au titre de la nouvelle ligne directrice n° 3 intitulée « Maintenir dans l'emploi les travailleurs expérimentés ».

Le PNAE évoque notamment la poursuite du resserrement des dispositifs de préretraites gérés par l'État et les partenaires sociaux. Dans le document, ces derniers font explicitement part d'une « prise de conscience partagée des difficultés à traiter ce problème compte tenu des habitudes profondément

ancrées quant aux départs anticipés des travailleurs dans un contexte de restructurations à l'œuvre depuis de longues années ». Le PNAE indique qu'il a été convenu, au sein du CDSEI, de poursuivre les discussions sur ce thème, diverses pistes d'action possibles ayant été évoquées, en particulier des mesures en faveur de la formation et de la mobilité des salariés contribuant à anticiper le prolongement de l'activité ou le développement du tutorat des travailleurs âgés auprès des débutants.

Le PNAE rappelle ensuite que les négociations sur l'aménagement et la réduction du temps de travail peuvent conduire les entreprises à repenser globalement l'organisation et les conditions de travail et que le recours au compte épargne temps est susceptible de favoriser des transitions plus progressives et différenciées entre l'emploi et la retraite.

Le PNAE de 2001 évoque également le développement de dispositifs de maintien dans l'emploi pouvant particulièrement bénéficier aux salariés âgés, tels que l'aide à la formation en entreprise, la validation des acquis de l'expérience ou la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences. Parallèlement, pour le retour à l'emploi, les plus de 50 ans sont identifiés parmi les publics à risque dans le cadre du dispositif PAP-ND.

Enfin, le PNAE précise que la problématique « Âge et travail » a fait l'objet de travaux au sein du conseil d'orientation des retraites, qui réunit de multiples partenaires.

Le plan 2002 s'inscrit dans la continuité des orientations antérieures

La recommandation n° 1 adressée à la France reste dans la même logique : « intensifier les efforts visant à limiter le retrait précoce des travailleurs âgés de la vie active en élaborant une approche plus globale en faveur du vieillissement actif, en y associant les partenaires sociaux ».

Le PNAE de 2002 confirme le constat d'une spécificité du modèle français de l'activité, « qui consiste en quelque sorte à ne faire travailler qu'une seule génération à la fois ». Il relève les progrès effectués autour des trois axes de maîtrise des différents dispositifs de cessation d'activité, de politiques de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences dans les entreprises et des politiques actives de maintien dans l'emploi au-delà de 50 ans. Il reprend dans le cadre de la ligne directrice n° 3 (maintenir dans l'emploi les travailleurs expérimentés) les principales mesures évoquées dans le PNAE pour 2001. Il mentionne par ailleurs le soutien du FSE, avec l'initiative Equal, à une cinquantaine de projets innovants centrés sur le maintien en activité des salariés ayant une longue expérience professionnelle. Il constate enfin que le diagnostic sur la situation est aujourd'hui mieux partagé, notamment grâce aux travaux du conseil d'orientation des retraites (COR) et du Conseil économique et social.

En 2003, un renouvellement relatif des approches européenne et française

La problématique de l'emploi des seniors s'inscrit dans la ligne directrice n° 5 « développer l'offre de travail et promouvoir le vieillissement actif ». La recommandation européenne correspondante pour la France devient la recommandation n° 3, ainsi formulée : « mener une politique cohérente afin d'accroître sensiblement la participation des travailleurs âgés sur le marché du travail, notamment en offrant des incitations à la prolongation de la vie active, en facilitant l'accès à la qualification et en réformant les régimes de retraite anticipée ».

Réitérant le diagnostic d'une situation française dégradée, considérant les difficultés sectorielles de recrutement, et le futur départ à la retraite des baby boomers, le PNAE se fixe une stratégie d'action conçue comme le prolongement de la réforme des retraites venant d'être adoptée. Il envisage un « plan de mobilisation nationale en faveur des salariés de plus de 55 ans », en relevant le nécessaire changement de culture de tous les acteurs et l'indispensable transformation des modalités de gestion des âges dans les entreprises. Le PNAE indique que l'État a encouragé les partenaires sociaux à négocier sur ces sujets, au travers de négociations de branches sur les conditions de travail des salariés expérimentés, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et la prise en compte de la pénibilité. Une conférence tripartite sur la gestion des âges, associant l'État, les régions et les partenaires sociaux était envisagée à l'automne 2003. Des actions de communication et d'information devaient également être engagées, reposant notamment sur la valorisation des expériences positives dans certaines entreprises et sur la capitalisation des expériences conduites au niveau européen.

Parallèlement, le PNAE rappelle l'engagement dans la voie d'une réduction du recours aux préretraites, de la part de l'État comme des partenaires sociaux, prolongé par la réforme des retraites qui taxe les régimes de préretraite d'entreprises, abroge les préretraites progressives et accentue la prise en compte de la pénibilité et des conditions de restructurations dans les dispositifs de préretraites publiques.

S'agissant du maintien en activité des personnes de plus de 50 ans, le PNAE mentionne notamment :

- les actions visant à faciliter leur accès à la formation et à la validation des acquis de l'expérience ;
- le soutien apporté à la gestion anticipée des emplois et des compétences, notamment dans les PME ;
- les incitations au maintien en emploi au-delà de 60 ans.

Pour le retour à l'emploi, le PNAE fait référence à l'aménagement de la contribution Delalande opéré pour éviter ses effets pervers sur l'embauche des plus de 45 ans, les actions de soutien à la reprise d'activité par les chômeurs

de plus de 50 ans, le renforcement du contrat initiative-emploi (CIE) pour les embauches de personnes de plus de 50 ans, l'ouverture du droit au versement de l'aide dégressive à l'employeur (ADE), prévue par les partenaires sociaux du régime d'assurance chômage pour l'embauche de tout demandeur d'emploi âgé de plus de 50 ans indemnisé depuis plus de trois mois, l'accueil par l'AFPA d'une proportion plus importante d'actifs en deuxième partie de carrière.

Le PNAE affiche enfin des objectifs chiffrés :

– relever de 5 points à horizon de cinq ans le taux d'emploi des travailleurs de 55 à 64 ans ;
– reculer de un an et demi l'âge moyen de cessation d'activité (ainsi porté de 57,5 ans à 59 ans) d'ici 2008.

Une consolidation des orientations s'opère en 2004

La recommandation européenne pertinente tend à poursuivre un certain recul dans la hiérarchie et devient la recommandation n° 4 : « surveiller les répercussions de la réforme des pensions sur l'âge de départ à la retraite et élaborer une stratégie globale de vieillissement actif visant à maintenir les travailleurs âgés plus longtemps sur le marché du travail, grâce à l'adaptation des conditions de travail, un meilleur accès à la formation et la réduction résolue du recours aux régimes de retraite anticipée ».

Le PNAE 2004 souligne une fois encore la poursuite de la politique de réduction du recours aux préretraites, souligne qu'à la suite de la réforme des retraites plusieurs branches professionnelles ont engagé des négociations sur la gestion des âges, rappelle les dispositifs de la réforme des retraites susceptibles de produire des effets sur l'allongement des carrières.

Le PNAE présente ensuite les grandes lignes de la réforme de la formation professionnelle en estimant que l'action en faveur de la formation tout au long de la vie profitera aux salariés âgés qui en bénéficient généralement le moins. Le bilan de compétences rendu obligatoire après vingt ans de carrière et à partir de 45 ans va notamment dans ce sens.

Le PNAE insiste sur l'adaptation des conditions de travail, rappelant les négociations prévues sur la pénibilité et annonçant un plan gouvernemental sur la santé au travail.

Enfin, le PNAE précise que les opérateurs du service public de l'emploi (ANPE, AFPA) ont élargi leur offre à l'égard des salariés âgés.

Le programme national de réformes de 2005 annonce une nouvelle ambition

Confirmant les orientations antérieures, le PNR indiquait qu'après avoir privilégié la voie du dialogue social, avec des négociations en cours sur la péni-

bilité et un accord en octobre 2005 sur l'emploi des seniors, le gouvernement français entendait mettre en œuvre un plan d'action concerté pour l'emploi des seniors. Ce plan procédera notamment à la révision de tous les dispositifs désincitatifs au maintien dans l'activité ou au retour à l'emploi des salariés expérimentés.

Le PNR souligne ensuite l'action en faveur du maintien dans l'activité, par la formation tout au long de la vie ou par l'amélioration des conditions de travail (la gestion des âges est affirmée comme la première priorité de l'agence nationale de l'amélioration des conditions de travail dans son contrat de progrès 2004-2008). Il rappelle également les orientations données au service public de l'emploi pour diversifier l'offre proposée aux plus de 50 ans et l'impact attendu de la réforme des retraites pour inciter à l'allongement de la vie active, parallèlement à la limitation de l'accès aux préretraites privées et publiques.

Si l'Europe n'est pas le seul facteur d'émergence de la politique en faveur de l'emploi des seniors, elle en a été une référence permanente

L'analyse des recommandations européennes et des plans nationaux montre qu'au-delà de grandes orientations permanentes, la politique en faveur de l'emploi des seniors a gagné en consistance et en visibilité dans les priorités, peu à peu et non sans prudence face à un consensus social installé de longue date. La France s'est approprié cet impératif et continue à tenter d'y donner de nouvelles impulsions.

La stratégie européenne pour l'emploi n'explique pas seule l'émergence de cette priorité en faveur de l'emploi des seniors, qui découle presque naturellement du constat de la situation française dégradée sur ces tranches d'âge et des exigences liées au retournement démographique et au financement du vieillissement de la population. Ces problématiques étaient d'ailleurs présentes dès 1960, dans le rapport de la commission d'étude des problèmes de la vieillesse, présidée par Pierre Laroque. Mais elles sont clairement revenues sur le devant de la scène au tournant des années 2000 et l'ensemble des réflexions et initiatives françaises conduites depuis lors se sont explicitement référées aux objectifs européens et aux recommandations adressées à la France.

C'est notamment le cas des travaux conduits par le conseil d'orientation des retraites, qui ont joué un rôle majeur dans la prise de conscience nationale. Dès 2001, les actes du colloque organisé par le COR et son premier rapport se réfèrent d'emblée à la priorité fixée au niveau européen d'élévation des taux d'emploi des seniors et aux objectifs fixés à Lisbonne et à Stockholm. Le rapport du Conseil économique et social, présenté en 2001 par Bernard

Quintreau[71], se réfère lui aussi directement à ces objectifs et l'institution du palais d'Iéna a toujours suivi de près les implications de la stratégie de Lisbonne. Plus récemment, le rapport annuel de l'IGAS sur la gestion des âges[72] accordait une place importante aux développements européens et à leur impact sur la politique nationale.

Au-delà des réflexions, les objectifs européens ont fait l'objet d'une pleine appropriation par les partenaires sociaux signataires de l'accord national interprofessionnel du 13 octobre 2005 sur l'emploi des seniors. Dès l'introduction, le texte de l'accord se réfère à la faiblesse des taux d'emploi français par rapport à la moyenne européenne et aux autres pays européens, puis invoque les objectifs fixés dans le cadre de la stratégie de Lisbonne. L'accord affirme ensuite l'engagement des partenaires sociaux à s'inscrire dans la ligne de cet objectif : « *Par le présent accord, les parties signataires entendent participer, dans leur domaine de compétence, à la réalisation de cet objectif en contribuant au maintien ou à la reprise d'emploi des seniors* ».

Les résultats de ces actions nationales aiguillonnées par la stratégie européenne sont encore incertains. Le taux d'emploi des 55-64 ans est certes passé de 29 % en 1999 à 37 % en 2004, mais cette hausse traduit surtout, selon la DARES, un effet de composition : l'entrée des classes d'âge nombreuses du baby-boom dans cette tranche d'âge tend à accroître en son sein le poid des moins de 60 ans qui restent relativement plus actifs. Avec leur départ en retraite, l'amélioration du taux d'emploi des seniors ne se poursuivra pas, la DARES anticipant un pic en 2006 autour de 38,5 % puis une légère décrue jusqu'en 2011 à hauteur de 37 %. Les efforts et les réformes méritent donc d'être poursuivis.

[71] Conseil économique et social, 2001 « Dynamique de la population active et emploi, la gestion prévisionnelle des âges à l'horizon 2010 ».
[72] IGAS – Rapport annuel 2004 – « La gestion des âges ».

Rapport thématique 3

La protection sociale française et les politiques communautaires

Sommaire

Introduction 221

Cadrage général 223

La souveraineté des états membres en matière de protection sociale 223
Les traités affirment la souveraineté des États membres en matière de protection sociale 223
Les systèmes nationaux de protection sociale demeurent marqués par des différences significatives 225

L'impact de la création du marché unique sur la protection sociale 227
Le régime de coordination favorise la libre circulation tant des travailleurs nationaux que des ressortissants des autres États membres 227
Les principes de la coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale et leur application par le juge communautaire 227
Le nouveau règlement 883/2004 ne comporte pas d'apports significatifs sur le champ d'application matériel ... 231
La mise en concurrence des systèmes nationaux de protection sociale suscite des craintes de « dumping social » 233
La liberté de choix de l'assuré dans le champ de la protection sociale a été étendue par le droit communautaire 233
L'application du droit de la concurrence exige une clarification des règles applicables à la protection sociale française 237
Bilan : vertus et dangers de la mise en concurrence 239
De la convergence spontanée à l'harmonisation ? 246

L'impact de la constitution de l'Union économique et monétaire sur la protection sociale 247
La mise en place de l'Union économique et monétaire exige la maîtrise des dépenses de protection sociale 247
Toutefois, les règles budgétaires européennes reflètent essentiellement une contrainte économique plus globale 248

Les méthodes ouvertes de coordination 250

Dossiers approfondis 251

L'application de la jurisprudence kohll et decker 251
Les principes de la coordination des régimes de sécurité sociale ont été remis en cause par la jurisprudence Kohll et Decker 251
Les principes de la coordination posés par le règlement n°1408/71 en matière d'assurance maladie 251
Les principes de la jurisprudence Kohll et Decker : la création d'une procédure parallèle de remboursement 252
Une adaptation très progressive de la réglementation française sous pression communautaire 254
L'application de la jurisprudence Kohll et Decker a élargi le choix des patients au prix d'une grande complexité des règles applicables 257
Du point de vue des patients, la jurisprudence a élargi leur liberté de choix en matière de soins ambulatoires et leur permet d'en optimiser la prise en charge 257
Du point de vue des caisses d'assurance maladie, l'application de la jurisprudence Kohll et Decker aux différents actes et biens médicaux se paie d'une grande complexité 259
L'application de la jurisprudence Kohll et Decker a constitué une opportunité de clarification des règles applicables aux soins hospitaliers et aux conventions transfrontalières 262
La mobilité des patients à destination ou en provenance de France reste globalement faible 264

Les perspectives d'évolution et difficultés concrètes non résolues 268
Questions en suspens 268
La réflexion communautaire relative à la mobilité des patients pourrait répondre à certaines de ces préoccupations 270

La réforme des retraites (loi du 21 août 2003) 273
L'impact de la MOC retraites sur la réforme des retraites en France est faible 273
Le principe de l'égalité de traitement hommes / femmes a conduit à des adaptations de la législation relative aux retraites 277

Conclusion 280

Introduction

Aux termes des dispositions des traités européens, le droit communautaire ne semble pas avoir d'impact sur les systèmes nationaux de protection sociale, puisque les États-membres ont conservé la souveraineté en la matière.

En réalité, la protection sociale est affectée, certes indirectement, mais de façon considérable, par des dispositions de caractère économique des traités, liées à la construction du Marché unique et à la mise en place de l'Union économique et monétaire.

Ce contexte particulier suscite plusieurs interrogations.

En l'absence de préoccupations sociales des traités originaux, les résultats des politiques communautaires ne doivent-ils être mesurés qu'en fonction de critères économiques ? Si oui, l'impact de ces politiques sur la protection sociale française s'est-il traduit par des avancées en termes de libre circulation et de coordination des politiques économiques nationales ?

Si l'on s'efforce toutefois d'apprécier cet impact à l'aune de critères dits sociaux, quel est le bilan en termes de niveau de couverture des assurés, de qualité des prestations et d'égalité entre les citoyens ? Le risque de « dumping social » est-il avéré ?

Au-delà, l'objectif de la France est-il de maintenir la protection sociale telle qu'elle existe ou de l'adapter aux évolutions économiques et sociales ? À cet égard, l'Union européenne constitue-t-elle un bouclier face à la mondialisation ou en accentue-t-elle les effets ?

En l'absence de compétence communautaire en la matière, peut-on parler de convergence « spontanée » des systèmes nationaux de protection sociale sous l'effet des autres politiques communautaires ? Si oui, cette convergence va-t-elle dans le sens souhaité par la France ou doit-elle s'accompagner d'initiatives en faveur d'une harmonisation ?

L'IGAS ne peut répondre exhaustivement à ces interrogations dans ce rapport. Dans une première partie, elle s'efforce de présenter un panorama des effets des politiques communautaires sur la protection sociale nationale et de poser les termes du débat. Le terme de protection sociale recouvre dans ce rapport l'ensemble des mécanismes assurantiels ou d'assistance qui interviennent dans le revenu ou dans les conditions d'existence de l'individu ou de sa famille ; il comprend donc aussi bien les régimes obligatoires de sécurité sociale que les assurances complémentaires.

La deuxième partie analyse deux dossiers :

– la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) *Kohll* et *Decker*, son application en France et les enjeux qui y sont liés ;

– l'impact des politiques communautaires sur la réforme des retraites conduite en France au début des années 2000.

Cette analyse a pour objet d'illustrer l'impact des politiques communautaires sur la protection sociale française. Elle distinguera plusieurs points de vue : celui des organismes de protection sociale, celui des responsables de l'organisation du système de soins et, dans la mesure du possible, celui du citoyen français dans sa qualité d'assuré social, de patient et de contribuable. En effet, si les politiques communautaires peuvent influer sur la protection sociale, il importe d'apprécier si c'est à l'avantage ou en la défaveur du citoyen.

Chapitre 1

Cadrage général

La souveraineté des États-membres en matière de protection sociale

Les traités affirment la souveraineté des États-membres en matière de protection sociale

La dimension sociale de la construction européenne était quasi absente des traités fondateurs. Ainsi, s'il assigne à la Communauté « *l'objectif d'une amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre, permettant leur égalisation dans le progrès* » (article 117), le traité instituant la Communauté européenne consacre la souveraineté des États en matière de protection sociale. En effet, l'article 118 n'invite la Commission qu'à « *promouvoir une collaboration étroite entre les États-membres* » et ne prévoit pas de procédures permettant d'adopter des règles communes. L'harmonisation des systèmes nationaux de sécurité sociale est censée résulter d'un processus de convergence spontanée dans le cadre du marché[1]. La coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale n'est abordée que sous l'angle de la libre circulation des travailleurs et requiert une décision à l'unanimité[2].

Il faut souligner que, en vertu du principe de subsidiarité, la souveraineté des États-membres en matière de protection sociale n'a été remise en cause ni par la CJCE[3], ni par les traités ultérieurs. Certes, progressivement, l'action

[1] Article 117 : « *Les États membres conviennent de la nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre permettant leur égalisation dans le progrès. Ils estiment qu'une telle évolution résultera tant du* ***fonctionnement du marché commun, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux****, que des procédures prévues par le présent traité et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives* ».

[2] Article 51 : « *Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, adopte dans le domaine de la sécurité sociale les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs, en instituant notamment un système permettant d'assurer aux travailleurs migrants et à leurs ayants droit :*

a) la totalisation, pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations, ainsi que pour le calcul de celles-ci, de toutes périodes prises en considération par les différentes législations nationales,

b) le paiement des prestations aux personnes résidant sur les territoires des États membres. »

[3] Arrêts *Duphar* (C-238/82) du 7 février 1984, *Sodemare e. a.* (C-70/95) du 17 juin 1997, Kohll (C-158/96) du 28 avril 1998 et *Smits-Peerbooms* (C-157/99) du 12 juillet 2001.

communautaire en matière de protection sociale n'est plus subordonnée à l'objectif de libre circulation des personnes ; elle acquiert une finalité propre. Ainsi, en 1989, la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs a consacré un droit à la sécurité sociale au bénéfice des travailleurs communautaires. Puis, le traité d'Amsterdam, qui se réfère explicitement à la charte, a assigné à la Communauté l'objectif de promotion d'une « *protection sociale adéquate* » (article 136 CE, ex-article 117).

Cependant, les pouvoirs de l'Union européenne demeurent limités. L'article 137.1 souligne d'emblée le caractère subsidiaire de l'action de l'Union en matière sociale : cette dernière ne fait que « *soutenir et compléter* » l'action des États-membres. L'article 137.2 limite, en outre, la portée de l'action normative de l'Union. En matière de politique sociale en effet, les directives du Conseil ne peuvent fixer que des « *prescriptions minimales* », applicables « *progressivement* » et « *évitant d'imposer des contraintes administratives, financières et juridiques telles qu'elles contrarieraient la création et le développement des petites et moyennes entreprises* ». Dans le domaine spécifique de la protection sociale, l'adoption de ces prescriptions minimales exige de toute façon un vote unanime du Conseil, sous le régime de la codécision. En subordonnant l'adoption de normes communes à l'existence d'un consensus politique entre les États-membres, cette règle affaiblit la portée de l'article 137.2, sur le fondement duquel aucun acte n'a jusqu'ici été adopté.

Le traité de Nice a apporté une restriction supplémentaire à l'action communautaire. Un nouvel article 137.4 précise en effet que les mesures adoptées sur le fondement de l'article 137.2 « *ne portent pas atteinte à la faculté reconnue aux États-membres de définir les principes fondamentaux de leur système de sécurité sociale et ne doivent pas en affecter sensiblement l'équilibre financier* ».

En outre, la Commission a rappelé, dans un communiqué du 27 octobre 2004 que *« les États-membres conservent l'entière maîtrise de l'organisation de leur système de protection sociale ; cela vaut en particulier pour toute l'étendue des dispositions légales et réglementaires concernant la sécurité sociale* ».

Ni la convention, qui a établi le projet de traité constitutionnel, ni la conférence intergouvernementale qui a approuvé ce traité constitutionnel en juin 2004 n'ont prévu d'évolution dans le domaine de la protection sociale. La règle de l'unanimité en particulier devrait continuer à prévaloir.

Encadré 1 : les principales normes communautaires en matière de protection sociale

L'absence de compétence communautaire en matière de protection sociale explique que les normes qui ont un impact sur la protection sociale sont adoptées sur des bases juridiques relevant d'autres secteurs (libre circulation essentiellement) :

– les règlements de coordination n° 1408/71 et n° 883/2004 ;
– les directives assurance non-vie : première directive non-vie n° 73/239/CEE, deuxième directive non-vie n° 88/357/CEE et directive du Conseil n° 92/49/CEE ;
– la directive n° 2003/41 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle ;
– la directive n° 98/49 relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté ;
– la directive n° 79/7 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière de sécurité sociale ;
– la directive n° 86/378 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels.

Les systèmes nationaux de protection sociale demeurent marqués par des différences significatives

Preuve de l'autonomie dont jouissent les États membres pour organiser leur système de protection sociale est la persistance d'une diversité de systèmes. Plusieurs typologies peuvent être utilisées pour classer les systèmes européens de protection sociale. Même s'il n'existe plus de système social correspondant exactement au modèle théorique, les lignes de partage ayant tendance à s'estomper (voir infra), on oppose ainsi traditionnellement en Europe :

– un modèle dit bismarckien, comportant des assurances professionnelles obligatoires (l'Allemagne par exemple). Les prestations sociales sont assimilées à des salaires différés : elles sont donc financées en théorie essentiellement par des cotisations sociales assises sur les salaires et les prestations chômage et retraite sont fonction du montant des cotisations ;
– un modèle dit beveridgien, qui offre une couverture universelle à tous les citoyens (le Danemark par exemple). Les prestations sociales sont assimilées à des transferts publics : elles sont donc financées essentiellement par impôts et les prestations chômage et retraite sont en principe largement forfaitaires. Le Royaume-Uni présente des caractéristiques proches de ce modèle mais vise un niveau de redistribution plus faible.

Le tableau ci-dessous, inspiré des travaux du chercheur Bruno Palier[4], décrit une autre typologie des modèles sociaux qui recoupe partiellement la précédente.

[4] Palier, Gouverner la sécurité sociale, PUF, 2005, p 27.

Tableau 1 : Les modèles sociaux en Europe

Répertoire d'État-providence	Résiduel	Institutionnel	Industriel
Référence géographique	Anglo-saxonne	Scandinave	Continentale
Objectifs	Lutte contre la pauvreté et le chômage	Assurance d'un revenu à chacun	Maintien du revenu des travailleurs
Technique	Ciblage	Redistribution	Assurance sociale
Critère d'accès aux prestations	Pauvreté	Citoyenneté	Statut professionnel
Nature de la prestation	Différentielle, sous condition de ressources	Forfaitaire, accès à des services sociaux	Contributive, proportionnelle
Mode de financement	Impôts	Impôts	Cotisations assises sur le salaire
Structure de décision et de gestion	État central	État central et collectivités locales	Partenaires sociaux

Pour marquer sa souveraineté en la matière, le gouvernement français s'est attaché à rappeler les principes fondateurs de l'ordonnance du 4 octobre 1945 lors des récentes réformes des retraites et de l'assurance maladie. Ainsi, la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites dispose, dans son article 1, que *« La Nation réaffirme solennellement le choix de la retraite par répartition au cœur du pacte social qui unit les générations »* et l'article 1er de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie a inséré la disposition suivante dans le code de la sécurité sociale : *« La Nation affirme son attachement au caractère universel, obligatoire et solidaire de l'assurance maladie ».*

Même si la protection sociale relève de la souveraineté des États, elle est influencée par d'autres dispositions des traités européens :

– la constitution du Marché unique, fondée sur les principes de libre circulation des marchandises, de libre prestation de services et libre circulation des travailleurs (partie 2) ;

– la mise en place de l'Union économique et monétaire (partie 3) ;

– et, plus récemment, l'instauration des méthodes ouvertes de coordination (partie 4).

L'impact de la création du Marché unique sur la protection sociale

Le régime de coordination favorise la libre circulation tant des travailleurs nationaux que des ressortissants des autres États-membres

En l'absence de compétence communautaire en la matière, l'Union européenne n'a pas légiféré en vue d'une harmonisation des systèmes de sécurité sociale et la diversité de ceux-ci a persisté. Toutefois, l'intervention communautaire a pu s'appuyer sur une autre base juridique. En effet, sur la base des articles 42 et 308 du Traité CE, afin de garantir l'effectivité de la liberté de circulation des travailleurs, le législateur communautaire a édifié un régime de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale en faveur des travailleurs migrants.

Les principes de la coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale et leur application par le juge communautaire

Les règlements principaux dans ce domaine sont les règlements 1408/71/CE du 14 juin 1971 et 574/72 du 21 mars 1972, qui définissent respectivement les principes et les procédures de la coordination des systèmes de sécurité sociale.

Les principes de la coordination, posés par le règlement 1408/71, sont les suivants :

– l'égalité de traitement entre les nationaux et les étrangers ;
– le maintien des droits acquis, qui permet d'exporter des prestations de sécurité sociale et suppose la totalisation des périodes d'assurance, de résidence ou d'emploi accomplies dans un État-membre, en vue de l'ouverture d'un droit dans un autre État-membre ;
– l'unicité de la législation applicable ; le critère de détermination de la législation applicable est celui du *lex locis laboris* : les travailleurs migrants sont affiliés dans l'État de travail. Dans cette logique, le règlement exige la levée des clauses de résidence dans les législations nationales de sécurité sociale.

Encadré 2 : Les droits concrets d'un travailleur migrant

Monsieur Schmidt, après avoir travaillé quinze ans en Allemagne et cinq ans en Belgique, décide de s'installer en France pour y poursuivre son activité. Sa femme et ses deux enfants restent en Allemagne. Les conséquences pour la couverture sociale de Monsieur Schmidt et de sa famille sont les suivantes :

– en matière d'assurance maladie, il est affilié en France. Dans l'hypothèse où pendant ses vacances en Allemagne, il tomberait malade, il pourrait utiliser sa carte européenne d'assurance maladie, délivrée par

la caisse française de sécurité sociale, et bénéficier de soins dans les mêmes conditions qu'un assuré d'une caisse allemande ; Madame Schmidt et ses enfants, qui résident en Allemagne, ont droit aux prestations d'assurance maladie du régime allemand, mais à la charge du régime français ;
– en matière d'assurance vieillesse, il accumule les droits à la retraite dans les différents pays dans lesquels il travaille, en proportion de la durée de travail dans chaque pays ; ses droits seront totalisés au moment de la liquidation de sa retraite[5] ;
– en matière de prestations familiales, il perçoit des allocations familiales françaises pour ses deux enfants qui résident en Allemagne.

Le juge communautaire a précisé l'application de ces principes, en particulier celle du principe d'égalité de traitement entre nationaux et ressortissants communautaires, qui interdit aussi bien les discriminations directes que les discriminations indirectes. Par disposition indirectement discriminatoire, il faut entendre une disposition « *susceptible, par sa nature même, d'affecter davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux* » (CJCE, arrêt C-278/94 du 12 décembre 1996, *Commission C/ Royaume de Belgique*). Parmi les critères indirectement discriminatoires identifiés par la CJCE[6], on peut citer :

– le lieu de naissance, d'origine ou de résidence habituelle ;
– la durée de résidence sur le territoire national ;
– la langue du travailleur ;
– la nationalité des enfants du travailleur ;
– le lieu de résidence des enfants.

Sur ce dernier point, l'arrêt *Pinna* (arrêt C-41/84 du 15 janvier 1986) a eu des conséquences importantes puisqu'il a conduit à des adaptations de la législation tant communautaire que française. Dans cet arrêt, la CJCE a invalidé l'ancien article 73 § 2 du règlement n° 1408/71 au motif qu'il excluait l'octroi de prestations familiales françaises aux travailleurs soumis à la législation française pour les membres de leur famille qui résidaient sur le territoire d'un autre État-membre. La Cour a considéré qu'il s'agissait d'une forme indirecte de discrimination dans la mesure où les critères de résidence étaient plus difficiles à remplir pour un non-ressortissant que pour un national. Dans un deuxième arrêt *Pinna* (arrêt C-359/87 du 2 mars 1989), la CJCE a précisé qu'en l'attente de la modification prévue à l'époque du règlement n° 1408/71, les règles applicables aux autres États-membres devaient immédiatement s'étendre à la France. La Cour de cassation française (Soc. 24 mai 1989) en a tiré les conséquences en condamnant la caisse d'allocations familiales concernée à rétablir M. Pinna dans ses droits.

[5] Chaque État membre liquide sa ou ses pensions (en cas de multiplicité de régimes et d'exercice d'activités relevant de plusieurs régimes) selon sa législation nationale, mais en appliquant les règles communes de coordination, dont la totalisation des périodes.

[6] A. Geulette, « De la discrimination indirecte telle qu'appréhendée par la Cour de justice des communautés européennes au regard du règlement 1408/71/CEE et de la directive 79/7/CEE », Revue belge de sécurité sociale, 2e trimestre 2003.

L'affaire Pinna a finalement conduit à l'adoption d'un règlement n° 3427/89 du 30 octobre 1989, qui généralise à tous les États-membres le principe de l'application de la loi du pays d'emploi. La règle est par conséquent la suivante : le travailleur soumis à la législation d'un État-membre a droit aux prestations familiales prévues par la législation dudit État, même si les membres de sa famille résident sur le territoire d'un autre État-membre (article 73 nouveau).

Encadré 3 : les institutions de la coordination

Au niveau européen, une commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants (CA. SS. TM), composée d'un représentant gouvernemental de chacun des États-membres, est chargée de traiter toute question administrative ou d'interprétation découlant des dispositions du règlement n° 1408/71, ainsi que de promouvoir et développer la collaboration entre les États membres en matière de sécurité sociale par le biais de la modernisation des procédures d'échange d'informations.

Dans le cadre de cette dernière mission, la CA. SS. TM. a encouragé les travaux du programme *Télématiques pour la sécurité sociale* (TESS), visant à transférer les échanges de données vers des supports électroniques, sans que ces travaux n'aboutissent pour l'instant à des réalisations significatives. Le projet de remplacer la carte européenne d'assurance maladie actuelle (carte plastique non électronique) par une carte à puce en est également à ses prémisses.

Un comité consultatif, composé de représentants des gouvernements et de représentants des organisations syndicales de travailleurs et d'employeurs, formule à l'intention de la commission administrative des avis et des propositions en vue de l'éventuelle révision des règlements.

En France, les relations administratives et financières avec les organismes de sécurité sociale des autres États-membres sont assurées par le centre des liaisons européennes et internationales de sécurité sociale (CLEISS).

Depuis 1971, le règlement n° 1408/71 a été modifié à de multiples reprises afin d'être adapté aux évolutions des législations nationales et de la jurisprudence. Lors du Conseil d'Édimbourg de 1992, la nécessité d'une révision plus générale a été reconnue, au regard de la complexité des mécanismes de coordination. C'est la présidence belge de l'UE, durant la seconde moitié de 2001, qui a donné le coup d'envoi définitif de la réforme qui a abouti à l'adoption du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale. Ce nouveau règlement n'entrera pas en vigueur avant la finalisation de son règlement d'application.

Le nouveau règlement 883/2004 parachève l'extension du champ d'application personnel du régime de coordination à tous les citoyens européens.

D'abord limité aux travailleurs migrants, le champ d'application a été progressivement étendu à de nouvelles catégories : les travailleurs indépendants (règlement n° 1390/81), les fonctionnaires (règlement n° 1606/98), les étudiants (règlement n° 307/99), et certains ressortissants d'États tiers (règlement n° 859/2003). Le règlement révisé n° 883/2004 entérine cette évolution en pré-

voyant l'extension du champ d'application à tous les assurés de l'Union européenne, indépendamment de leur statut (salarié, indépendant, étudiant).

Par ailleurs, une autre avancée importante en faveur des droits de l'ensemble des citoyens européens migrants a été la création de la carte européenne de l'assurance maladie (CEAM), sur décision du Conseil européen de Barcelone (15 et 16 mars 2002). En effet, la mise en place de la CEAM constitue un progrès en matière :

– d'amélioration des droits : le règlement n° 631/2004, entré en vigueur au 1er juin 2004, concomitamment avec le lancement de la CEAM, a réalisé un alignement des droits en matière de séjour pour toutes les personnes couvertes par le règlement n° 1408/71. Cet alignement s'est traduit par une amélioration des droits pour la majorité des intéressés[7] ;
– de simplification des procédures : la CEAM remplace les formulaires papier qui étaient nécessaires pour bénéficier de soins dans un autre État-membre[8]. Grâce à l'alignement des droits, tous les formulaires, à l'exception du E112, ont pu être fusionnés au sein de la CEAM.

Encadré 4 : l'utilisation de la carte européenne d'assurance maladie

Monsieur Schmidt, affilié en France, compte se rendre en Allemagne. Avant son départ, et quel que soit son statut (touriste, étudiant, travailleur détaché ou demandeur d'emploi), il demande à sa caisse de sécurité sociale française de lui délivrer une carte européenne d'assurance maladie. Celle-ci est valable un an. Si, pendant son séjour en Allemagne, Monsieur Schmidt tombe malade et consulte un médecin généraliste, il peut présenter à la caisse locale allemande d'assurance maladie sa carte européenne d'assurance maladie et obtenir le remboursement des soins, d'examens ou de médicaments.

Parallèlement à la mise en place de la CEAM, certaines zones frontalières ont pu bénéficier du dispositif « transcards » : c'est par exemple le cas de part et d'autre de la frontière franco-belge, dans la région de la Thiérache. Les assurés de cette région sont dispensés d'utiliser la CEAM et le formulaire E112. Les cartes nationales d'assurance maladie (SESAM Vitale et SIS, respectivement) sont reconnues comme équivalentes à la CEAM en cas de soins inopinés et permettent d'éditer automatiquement un formulaire d'autorisation (E112) en cas de soins programmés. La simplification des procédures administratives et l'interopérabilité des cartes d'assurés maladie ont été vérifiées. L'extension d'un tel dispositif doit cependant être réservée aux régions où l'on constate un déficit dans l'offre de soins, en particulier dans le secteur hospitalier. De ce point de vue, un recensement des régions frontalières déficitaires en offre de soins hospitaliers est en cours.

[7] Le pensionné séjournant dans un autre État membre pouvait, par exemple, obtenir, sans autorisation préalable, la prise en charge de soins devenus nécessaires à l'occasion du séjour alors que pour le travailleur salarié ces soins devaient être immédiatement nécessaires. Désormais, la situation du travailleur est alignée sur celle, plus favorable du pensionné.

[8] Il s'agit des formulaires suivants : les formulaires E111 et E111B (utilisés par les touristes) ; le formulaire E110 (utilisé par les transporteurs internationaux) ; le formulaire E128 (utilisé par les travailleurs détachés dans un autre État membre et les étudiants) ; le formulaire E119 (utilisé par les chômeurs qui sont à la recherche d'un emploi dans un autre État membre).

Le nouveau règlement n° 883/2004 ne comporte pas d'apports significatifs sur le champ d'application matériel

Le champ d'application matériel du règlement n° 1408/71 comprend toutes les branches des régimes généraux et spéciaux, contributifs et non contributifs. Les régimes conventionnels et individuels sont en revanche exclus du champ d'application[9], ainsi que les prestations d'assistance sociale.

Cependant, le concept communautaire de sécurité sociale est plus large que celui en vigueur en droit français[10]. En effet, selon la jurisprudence de la CJCE, relève du régime de la sécurité sociale au sens des règlements communautaires toute prestation qui confère à ses bénéficiaires une position légalement définie, qui se rapporte à l'un des risques énumérés à l'article 4 du règlement 1408/71 (qui énumère les différentes branches de la sécurité sociale), et qui complète des prestations de sécurité sociale.

Ainsi, à la suite de l'arrêt *Biason* (C-24/74, arrêt du 9/10/74), l'allocation supplémentaire du fonds national de solidarité, aujourd'hui financée par le fonds de solidarité vieillesse, et l'allocation adulte handicapé ont été intégrées dans le champ d'application du règlement de coordination. Plus récemment, ont été considérées comme des prestations de sécurité sociale les prestations de dépendance en nature, dans la mesure où elles complètent les prestations maladie (*Molenaar*, arrêt C-160/96 du 5 mars 1998, et *Jauch*, arrêt C-215/99 du 8 mars 2001). En revanche, les prestations telles que le revenu minimum d'insertion ne sont pas concernées par les règles de coordination. La CJCE a confirmé par l'arrêt *Scrivner* (C-122/84, arrêt du 27 mars 1985), à propos du « minimex » belge, que les systèmes de revenu minimum garanti n'étaient pas des prestations de sécurité sociale, dans la mesure où ils ne peuvent pas être rattachés à une des branches de la sécurité sociale.

Le principal enjeu relatif au champ d'application matériel est celui de l'exportabilité des prestations, c'est-à-dire la possibilité pour un travailleur migrant d'acquérir un droit dans un État-membre, et d'en bénéficier dans un autre État-membre.

D'un côté, certaines prestations, comprises dans le champ d'application du règlement, ne sont pas concernées par le principe d'exportabilité. La section consacrée à la France de l'annexe VI du règlement 1408/71 précise que « *nonobstant les articles 73 et 74 du présent règlement, les allocations de logement et le complément de libre choix du mode de garde (prestation d'accueil du jeune enfant) ne sont accordées qu'aux intéressés et aux membres de leur famille résidant sur le territoire français* ».

[9] Les régimes conventionnels adoptés pour mettre en œuvre une obligation légale entrent dans le champ d'application du règlement 1408/71, à condition qu'un État membre en formule la demande. C'est le cas de l'AGIRC et l'ARRCO depuis le 1er janvier 2000.

[10] M. Laroque, « L'impact du droit communautaire sur les concepts de protection sociale française », *Droit social*, no 11, novembre 1997.

Par ailleurs, compte tenu de la conception communautaire extensive de la sécurité sociale, le règlement n° 1247/92 du Conseil du 30 avril 1992 prévoit une dérogation au principe d'exportabilité pour « les prestations spéciales en espèces à caractère non contributif ». Ces prestations, servies exclusivement aux personnes résidentes, sont énumérées, pays par pays, dans une annexe II bis du règlement. Pour la France, il s'agit de l'allocation supplémentaire du fonds spécial d'invalidité et du fonds de solidarité vieillesse (loi du 30 juin 1956, codifiée au livre VIII du code de la sécurité sociale), l'allocation aux adultes handicapés (loi du 30 juin 1975, codifiée au livre VIII du code de la sécurité sociale) ainsi que l'allocation spéciale (loi du 10 juillet 1952, codifiée au livre VIII du code de la sécurité sociale). L'enjeu est désormais de déterminer quelles prestations peuvent être classées par les États-membres dans cette catégorie, dans le cadre du règlement révisé. Par exemple, dans les arrêts *Jauch* et *Molenaar* précités, la Cour, en jugeant que les prestations dépendance allemandes et autrichiennes pouvaient être assimilées à des prestations d'assurance maladie, a décidé qu'elles étaient par conséquent exportables.

D'un autre côté, la Commission s'est efforcée d'étendre le principe d'exportabilité à des prestations situées hors du champ d'application matériel du règlement, en l'espèce les droits à la retraite complémentaire. En effet, alors que les dispositions du règlement n° 1408/71 permettent aux travailleurs migrants de conserver pleinement leurs droits à pension accumulés au sein des régimes obligatoires, il est apparu que la non-portabilité des droits à pension au titre des régimes complémentaires, tant volontaires qu'obligatoires, pouvait entraver la libre circulation des travailleurs. La directive n° 98/49 du 29 juin 1998 a pour objectif de lever cet obstacle en prévoyant la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté.

En 2005, le Parlement européen et le Conseil ont proposé une nouvelle directive relative à l'amélioration de la portabilité des droits à pension complémentaire[11]. En France, cette directive vise les régimes dits de deuxième pilier qui complètent les régimes de base et les régimes complémentaires obligatoires par répartition. Ce texte suscite de nombreuses réserves de la part des États-membres, et il n'est par conséquent pas certain qu'il soit finalement adopté. En effet, ses dispositions ne sont notamment pas compatibles avec les régimes à prestations définies dont le service est lié à la présence dans l'entreprise au moment du départ à la retraite. Par définition, les droits de ces régimes (en France, les régimes « article 39 CGI / 137-1 CSS ») ne peuvent être ni remboursés ni transférés en cours de carrière. Si le projet de directive pose des dif-

[11] La proposition de directive a pour objet de réduire tout à la fois les entraves à la libre circulation entre États-membres comme à la mobilité à l'intérieur d'un État-membre créées par certaines dispositions des régimes complémentaires de pension. Ces entraves concernent : les conditions d'acquisition des droits à pension, les conditions de préservation des droits à pension dormants, la transférabilité des droits acquis. En plus, la proposition vise à améliorer l'information fournie aux travailleurs sur les conséquences de la mobilité pour les droits à pension complémentaire.

ficultés pour certains régimes français, il serait en revanche bénéfique pour les travailleurs migrants français qui ne peuvent actuellement préserver l'ensemble des droits acquis dans d'autres États-membres.

En ce qui concerne les prestations chômage, le nouveau règlement n° 883/2004 a précisé les règles relatives à leur exportabilité : l'exportation des prestations de chômage dans un autre État membre pour y trouver un emploi est possible pendant trois mois. Cette période peut être étendue par les services ou institutions compétentes, jusqu'à un maximum de six mois.

En revanche, le règlement 883/2004 n'a pas introduit de modifications substantielles quant au champ d'application matériel du régime de coordination (non inclusion explicite de l'assurance dépendance par exemple).

Au total, en dépit d'insuffisances quant au champ matériel d'application, le régime de coordination favorise la libre circulation des ressortissants des États-membres de l'Union européenne. Pourtant la mobilité reste faible : selon les estimations de la Commission, seuls 2 % des travailleurs européens travaillent dans un autre État-membre. Pour cette raison, la Commission a lancé, en février 2006, « l'année européenne de la mobilité » dont une des mesures phares est la mise en place d'une plate-forme européenne, EURES, qui publie près d'un million d'offres d'emplois.

À noter qu'en 2004, le CLEISS a payé, au titre de ressortissants des États de l'espace économique européen[12], 2,38 milliards d'euros, dont environ 70 % au titre des retraites de base et 23 % au titre des retraites complémentaires. Les montants transférés en matière de retraite ont augmenté de 51 % entre 1995 et 2005 ; ils concernent essentiellement l'Espagne, le Portugal, l'Italie et la Belgique. En matière de prestations familiales, en revanche, le nombre de familles concernées a diminué sensiblement (de 2 880 à 2 085 entre 1995 et 2004) ainsi que les montants correspondants (de 9,5 à 5 millions d'euros).

La mise en concurrence des systèmes nationaux de protection sociale suscite des craintes de dumping social

La liberté de choix de l'assuré dans le champ de la protection sociale a été étendue par le droit communautaire

Dans le champ de la protection sociale, la liberté de choix du prestataire par l'assuré français dépend du type de prestation considéré.

En ce qui concerne l'assurance de base de sécurité sociale, l'assuré est obligé d'adhérer à la caisse de sécurité sociale dont il dépend (selon des critères professionnels et géographiques). Dans les arrêts *Poucet et Pistre* (C-159

[12] L'Espace économique européen (EEE) comprend les États membres de l'Union européenne ainsi que la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein.

et 160/91, arrêts du 17 février 1993) la CJCE a rejeté le recours de deux travailleurs indépendants qui avaient cessé de cotiser à la sécurité sociale pour souscrire à une assurance privée. La direction de la sécurité sociale est également périodiquement amenée à rappeler ces règles, dès lors que *« un certain nombre de mouvements incitent les assurés sociaux à quitter la sécurité sociale et souscrire à des assurances privées, auprès d'organismes assureurs établis dans d'autres États de l'Union européenne* » (communication de la DSS de 2005).

Le caractère obligatoire de l'adhésion et le monopole dont disposent les régimes de base de sécurité sociale à cet égard, sont justifiés par l'objectif social poursuivi par les caisses et par le respect d'un principe de solidarité (financement proportionnel au revenu et indépendant de l'état de santé, absence de sélection des risques, couverture des plus pauvres sans cotisation). La Cour a fait valoir que la soutenabilité financière de ce système implique la mise en place d'un monopole et d'une obligation de cotisation. Autrement dit, les régimes de base de sécurité sociale ne sont pas soumis au droit de la concurrence européen. Les directives européennes sur l'assurance excluent d'ailleurs explicitement *« les assurances comprises dans un régime légal de sécurité sociale »*[13] de leur champ.

En ce qui concerne l'assurance complémentaire, dès lors qu'elle est facultative, l'assuré a le choix de l'organisme auquel il souhaite adhérer. Le droit de la concurrence s'applique à l'assurance complémentaire offerte par les organismes d'assurance complémentaire facultative. La distinction entre l'assurance obligatoire de base, exclue de l'application des règles de la concurrence, et l'assurance complémentaire volontaire, qui y est soumise, a été précisée dans de nombreux arrêts par la CJCE. Ainsi, dans l'arrêt *Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA)*, aussi appelé *Coreva* (C-244/94, arrêt du 16 novembre 1995), concernant un régime complémentaire facultatif de retraite géré par une caisse du régime obligatoire (la mutualité sociale agricole, en l'occurrence), la Cour a estimé que les règles de concurrence devaient être pleinement appliquées, en particulier en raison du caractère facultatif de cette couverture (le principe de solidarité exigeant que l'affiliation soit obligatoire).

Cependant, cette distinction reste délicate dans des cas particuliers et illustre l'imbrication étroite entre les différents systèmes d'assurance. Ainsi, l'assurance volontaire se substitue-t-elle parfois à l'assurance obligatoire. En Allemagne et aux Pays-Bas par exemple, une couverture substitutive, sous forme d'une assurance maladie volontaire privée, est proposée aux personnes disposant de hauts revenus, aux indépendants et aux fonctionnaires ; ces personnes sont alors exemptées de l'adhésion au régime public obligatoire de base. Aux Pays-Bas, la liberté de choix a été étendue à l'ensemble de la population, puisque les assurés dépendant de l'assurance obligatoire peuvent désormais

[13] Directive 73/239/ CEE.

choisir librement leur assureur parmi les caisses publiques. Afin de garantir l'accès à l'assurance, la législation communautaire autorise les États à intervenir en vue de l'intérêt général, en imposant aux assureurs maladie d'offrir des couvertures, comparables à celles qui existent dans de système public, à des prix standards.

En application du principe de libre prestation de services et du droit de la concurrence, le marché de l'assurance, y compris celui de la protection sociale complémentaire, a été libéralisé progressivement par le biais de trois générations de directives : premières directives non-vie 73/239/CEE du 16 août 1973 et vie du 5 mars 1979, deuxièmes directives non-vie 88/357/CEE du 22 juin 1988 et vie du 22 juin 1988 et troisièmes directives du Conseil, non-vie 92/49/CEE du 18 juin 1992 et vie 92/96 du 10 novembre 1992. L'assuré français peut donc librement chercher un assureur complémentaire, pour les risques maladie ou retraite par exemple, sur un marché de l'assurance unique et complètement ouvert.

Encadré 5 : les principes liés à la mise en œuvre des directives « assurance »

Applicables aux institutions de prévoyance régies par le code de la sécurité sociale et aux mutuelles du code de la mutualité, les directives « assurance » constituent le socle juridique du marché intérieur dans ce secteur. L'exercice de trois libertés fondamentales (mouvements des capitaux, établissement et prestation de services) doit en découler.

Depuis les premières directives (1973), les entreprises d'assurance pouvaient ouvrir des établissements dans tout État-membre, aussi facilement que dans leur État d'origine, grâce à l'harmonisation des conditions exigées sur le territoire communautaire. Les troisièmes directives (1992) instaurent un régime de libre prestation de service élargi, fondé sur trois principes :

– octroi d'un agrément unique valable dans toute la communauté et contrôle de l'ensemble de l'activité d'une entreprise par l'État-membre d'origine ;

– coordination des règles de surveillance prudentielle et financière ;

– reconnaissance mutuelle des agréments des entreprises d'assurance et des systèmes de contrôle des différents États-membres.

Le principe de l'agrément unique vaut également pour l'exercice en libre établissement, les autorités de l'État-membre du siège de l'entreprise disposant d'un simple droit d'opposition motivée. Ce sont ces mêmes autorités qui sont compétentes pour l'exercice en libre prestation de services, avec un même droit d'opposition ; les autorités de l'État-membre où les risques sont situés étant simplement informées.

La coordination des règles prudentielles applicables aux entreprises d'assurance constituait un préalable indispensable au dispositif de licence unique d'exercice (exigence de constitution d'une marge de solvabilité et de provisions techniques suffisantes, harmonisation minimale de la réglementation des placements). Cette coordination va de pair avec une reconnaissance mutuelle des systèmes de contrôle et participe d'une protection réelle des assurés communautaires. C'est le principe du « home country control » qui est consacré par les directives, avec la compétence exclusive de l'autorité de contrôle du siège social pour la surveillance prudentielle de l'entreprise sur le territoire communautaire.

Enfin, la liberté de choix de l'assuré se développe en matière de prestation de soins. Dans l'arrêt *Kohll* et *Decker*, le juge communautaire a ainsi explicitement assimilé les activités médicales à des services au sens de l'article 50 CE (« *Au sens du présent traité, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes* ») et ouvert la possibilité aux assurés de bénéficier, sans autorisation préalable, de soins ambulatoires dans un autre État-membre. La CJCE admet toutefois que des impératifs de santé publique, de planification hospitalière ou d'équilibre financier puissent justifier le maintien de certaines entraves à la libre prestation de services (par exemple, le maintien de l'autorisation préalable pour pouvoir bénéficier de soins hospitaliers dans un autre État-membre, voir *infra*), tout en encadrant strictement ces pratiques.

À la suite de la publication du livre vert puis du livre blanc sur les services d'intérêt général, la Commission, en coopération avec les États-membres, à travers le comité de protection sociale[14], a engagé une réflexion sur la nécessité d'accorder un régime juridique particulier aux services d'intérêt général sociaux et de santé. Une communication de la Commission, relative aux services sociaux d'intérêt général, a finalement été présentée le 26 avril 2006. Les services de santé feront l'objet d'une communication ultérieure.

Dans cette communication, la Commission a reconnu la spécificité des services sociaux d'intérêt général, « piliers de la société et de l'économie européenne » et y a classé notamment les régimes légaux et les régimes complémentaires de protection sociale. Néanmoins, elle n'entend ni faire de ces services une catégorie juridique, ni les soustraire aux règles du droit communautaire de la concurrence et du marché intérieur. La Commission précise néanmoins les conditions d'application des règles communautaires, répondant ainsi à une demande pressante que les États membres et les organisations de la société civile avaient exprimée lors des procédures de consultation.

– La définition des missions d'intérêt général. Conformément au principe de subsidiarité, les États membres sont libres de définir les missions de service public, ainsi que les principes d'organisation. Si les pouvoirs publics attribuent une mission sociale d'intérêt général à un organisme extérieur, ils doivent, au minimum, respecter les principes de transparence, d'égalité de traitement et de proportionnalité.

– La compensation financière des missions d'intérêt général, confiées à un opérateur externe. À la suite d'un arrêt de la CJCE[15], la Commission a pris

[14] Le Comité de la protection sociale (CPS) a été créé en 2000 pour servir de moyen d'échange et de coopération entre la Commission européenne et les États-membres de l'Union européenne dans le domaine de la modernisation et de l'amélioration des systèmes de protection sociale. Il comprend deux représentants désignés par chaque État membre et deux représentants de la Commission. Le Comité a créé un sous-groupe « Indicateurs » chargé d'élaborer des indicateurs et des statistiques pour l'aider dans ses tâches.

[15] Affaire C-280/00, arrêt Altmark Trans du 24 juillet 2003.

en novembre 2005 une décision clarifiant et simplifiant le régime juridique applicable[16]. Dans la communication du 26 avril 2006, la Commission rappelle cette décision et estime qu'elle fixe « *des seuils et des critères tels, que les compensations reçues par une grande majorité de services sociaux sont d'office considérées étant compatibles avec les règles de la concurrence, et donc exemptées de l'obligation de notification préalable* ».

– La liberté d'établissement et la libre prestation de services. Il est possible aux pouvoirs publics d'invoquer des « raisons impérieuses d'intérêt général » afin de déroger aux règles générales. En effet, la CJCE a reconnu que l'exercice des libertés fondamentales pouvait être restreint pour des « raisons impérieuses d'intérêt général » et que les objectifs de politique sociale constituaient de telles raisons. Les restrictions doivent toutefois être fondées sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance.

Quant au projet de directive relative aux services dans le marché intérieur, présenté par la Commission en janvier 2004, il a été amendé en février 2006 par le Parlement européen, qui a exclu de son champ d'application les services sociaux et les soins de santé. La nouvelle proposition de la Commission du 4 avril 2006 reprend les amendements du Parlement européen.

L'application du droit de la concurrence exige une clarification des règles applicables à la protection sociale française

Les possibilités d'intervention de l'État dans le libre fonctionnement du marché sont limitées par l'application des règles de concurrence : l'octroi d'aides d'État ainsi que l'attribution de « droits exclusifs » (tels qu'un monopole de compétence) sont encadrés par le droit et la jurisprudence.

Par exemple, à la suite de l'arrêt *Coreva*, le Conseil d'État, dans un arrêt du 8 novembre 1996, a annulé pour excès de pouvoir les dispositions du décret confiant à cet organisme la gestion du régime complémentaire de retraite des professions agricoles non salariées au motif qu'il pouvait ainsi abuser d'une position dominante, contrairement à l'article 82 du traité, et qu'il disposait de droits exclusifs non justifiés par une mission particulière, contrairement à l'article 86-1[17].

Le cas des mutuelles de la fonction publique illustre également l'impact effectif et potentiel des règles communautaires de la concurrence.

Encadré 6 : les mutuelles de la fonction publique.

Sous l'influence du droit communautaire, une séparation plus claire des différentes activités exercées par les mutuelles semble inéluctable, d'abord dans les comptes (mise en place d'une comptabilité analytique),

[16] JO L312 du 29 novembre 2005, pages 67-73.

[17] Article 86-1 du traité CE : Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 12 et 81 à 89 inclus.

puis peut-être sous la forme d'une nouvelle organisation des structures. Les mutuelles de la fonction publique sont en effet soumises à plusieurs titres aux règles communautaires de concurrence.

– La délégation de gestion du régime obligatoire des fonctionnaires. La loi n° 47-649 du 9 avril 1947, dite « loi Morice », a confié de droit aux mutuelles de la fonction publique la gestion du régime obligatoire de sécurité sociale des fonctionnaires. Cette délégation s'inscrit dans le contexte historique : il s'agissait de compenser pour des mutuelles souvent anciennes la perte de la gestion de régimes de base du fait de la création de la sécurité sociale obligatoire par l'ordonnance du 4 octobre 1945. Pour l'instant, le principe de cette délégation sans mise en concurrence préalable n'a pas été remis en cause pour la Commission et la CJCE n'a pas été saisie à ce sujet[18].

– L'octroi par la CNAM de remises de gestion. Dans la mesure où les mutuelles de la fonction publique gèrent le régime obligatoire pour le compte de la CNAM, celle-ci leur accorde des remises de gestion. Dans un courrier du 20 juillet 2005, la Commission européenne souligne le risque de financement croisé des activités concurrentielles également exercées par les mutuelles sur le marché de l'assurance complémentaire. A priori, ces remises de gestion ne paraissent pas excéder significativement les coûts de gestion effectivement supportés. En revanche, la justification de ces coûts doit être améliorée.

– La délégation de gestion de prestations sociales interministérielles. L'État a confié le droit exclusif à la mutualité de la fonction publique (MFP-Services) de gérer certaines prestations sociales interministérielles, notamment les chèques-vacances. Outre le fait que le suivi analytique des remises de gestion accordées au titre de ces aides est très lacunaire, les modalités de la délégation elle-même sont remises en cause. Ainsi, en dépit de la validation par le Conseil d'État[19] de la procédure d'attribution de ce droit exclusif à MFP-Services, l'administration a préféré recourir à un appel d'offres pour attribuer la délégation de gestion du titre emploi-service au printemps 2005.

– Les aides que les mutuelles de la fonction publique reçoivent de l'État employeur. Ces aides ont été récemment remises en cause au plan national : le Conseil d'État a en effet déclaré illégale, le 26 septembre 2005, la base réglementaire de certaines subventions. En outre, au plan communautaire, la Commission européenne a demandé, par son courrier du 20 juillet 2005, de faire cesser toute aide réservée aux mutuelles de fonctionnaires. Une réflexion a été engagée par l'administration française afin de rendre les aides conformes à la réglementation.

La Commission et la CJCE veillent par ailleurs à supprimer les entraves au bon fonctionnement du Marché unique. Ces entraves peuvent être de plusieurs ordres : régimes d'autorisation préalable (exemple de la jurisprudence *Kohll* et *Decker*, voir *infra*), normes de qualité jugées excessives, fiscalité. Sur ce dernier sujet, on peut rappeler que la Commission avait déféré la France devant la CJCE au sujet de personnes, fiscalement domiciliées en France et percevant des salaires d'un autre État-membre et qui payaient donc à la fois la CSG et la CRDS en France et les cotisations sociales dans l'autre État-membre. Dans les arrêts *Commission contre République française* (C-34/98 et C-169/98, arrêts du 15 février 2000), la CJCE a condamné la France au motif que la double contribution au financement de la sécurité sociale de deux États-

[18] Le même constat est valable pour les autres délégations de gestion de régime obligatoire existantes : celle du régime des étudiants aux mutuelles des étudiants et celle du régime des indépendants à des organismes complémentaires.

[19] Avis du Conseil d'État, *Fondation Jean Moulin*, 23 octobre 2003.

membres constituait un obstacle à la libre circulation. La question du financement n'a pas été intégrée dans le règlement de coordination 883/2004.

Enfin, les principes de libre circulation et de libre établissement supposent la reconnaissance mutuelle des normes et des qualifications (principe du pays d'origine). L'annexe du rapport consacrée à la santé présente l'exemple de la reconnaissance mutuelle de la qualification des professions sanitaires (médicales, paramédicales et pharmaceutiques). Tout en s'efforçant de garantir la libre circulation des professionnels de santé et la libre prestation de services, le traité reconnaît leurs spécificités et leur applique un régime dit « sectoriel ». Ainsi, l'article 47.3 TCE prévoit que « *la libération progressive des restrictions sera subordonnée à la coordination de leurs conditions d'exercice dans les États membres* ».

Le principe de reconnaissance mutuelle s'applique également aux institutions de retraite professionnelles (directive fonds de pension[20]) et au secteur de la protection sociale complémentaire (directives assurance). Sont affirmés, d'une part, le principe du contrôle par l'État d'origine (l'État membre où se situe le siège de la compagnie est chargé de l'agrément et du contrôle financier) et, d'autre part, celui de la reconnaissance mutuelle de l'autorisation et des systèmes de contrôle prudentiels (*cf. supra*).

Bilan : vertus et dangers de la mise en concurrence

Au-delà des adaptations ponctuelles de la législation nationale qu'elle induit et en dépit des limitations posées par le juge et le législateur communautaires, la construction du Marché unique conduit à s'interroger sur la « compétitivité » de la protection sociale française, en distinguant les régimes obligatoires de base et les régimes complémentaires, les prestations servies (assurance et soins) et leur mode de financement.

En ce qui concerne la mise en concurrence des prestations d'assurance, il faut tout d'abord rappeler que, en vertu du principe de solidarité, les régimes obligatoires de sécurité sociale ne sont pas soumis au droit de la concurrence et que leur monopole n'est pas contesté.

Quant à l'assurance complémentaire, la concurrence peut théoriquement induire des comportements de sélection des risques sur des bases financières ou pathologiques, qui se traduisent soit par des primes excessivement élevées pour les « mauvais risques » (dans le cas d'une tarification au risque), soit par leur exclusion (si les tarifs sont fixés à des niveaux uniformes), soit par l'apparition de deux systèmes d'assurance parallèles (en fonction des revenus par

[20] L'ordonnance n° 2006-344 du 23 mars 2006 fixe le cadre prudentiel applicable aux institutions de retraite supplémentaire et aux activités transfrontalières de ces institutions. Elle procède ainsi à la transposition en droit interne de la directive n° 2003/641 du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2003.

exemple). Dans un tel schéma, deux principes fondateurs de notre système de sécurité sociale sont remis en cause : la solidarité entre bien portants et malades et la solidarité entre riches et pauvres. En outre, la concurrence complète entre assureurs, sur le marché de l'assurance maladie, n'apparaît pas comme une garantie d'amélioration de l'efficacité, compte tenu des caractéristiques du risque maladie (il n'est pas toujours individuel et aléatoire et la tarification au risque est difficile)[21].

C'est la raison pour laquelle les pays, qui ont déjà introduit des mécanismes de concurrence dans leur système de santé, encadrent les activités des assureurs. L'Allemagne et les Pays-Bas par exemple ont défini un panier de biens et de services obligatoirement couverts par les assurances et mis en place des systèmes de péréquation des risques entre assureurs, afin d'éviter la sélection des risques et de garantir la solidarité du système[22]. Un tel encadrement de la concurrence est accepté par la Commission. Elle considère qu'un État membre peut avoir recours à la notion d'intérêt général pour imposer le respect de sa propre réglementation à une entreprise d'assurance qui souhaite y exercer son activité.

En France, après avoir reconnu que l'assurance complémentaire était devenue indispensable pour une bonne couverture des risques (selon les comptes 2004 de la protection sociale, les dépenses des assurances complémentaires facultatives représentent 17 % des dépenses de protection sociale), le gouvernement s'est efforcé de garantir l'accès à une couverture complémentaire satisfaisante grâce à des dispositifs incitatifs : la couverture maladie universelle complémentaire (CMUC), le crédit d'impôt d'aide à l'acquisition d'une assurance maladie complémentaire ou les dispositions fiscales avantageuses pour l'épargne retraite.

En ce qui concerne la mise en concurrence des prestations de soins, elle peut avoir des effets positifs si elle conduit les responsables de l'organisation du système de soins à chercher le meilleur rapport coût/efficacité (notamment rapport coût/qualité des soins), en fonction de la préférence des patients et de leur mobilité. Dans cette hypothèse, la qualité des soins n'est pas directement menacée. D'autres problèmes subsistent néanmoins :

– des risques d'inégalité si les assurés ne sont pas bien informés des possibilités de soins à l'étranger et si leur mobilité n'est pas accompagnée (problème de langue et de coût des transports) ;
– la rigidité de l'offre de soins qui ne permet pas des ajustements fins à la demande (en raison par exemple de la planification hospitalière ou du *numerus clausus*). Par conséquent, il est possible que l'offre devienne excéden-

[21] A. Bocognano, A. Couffinhal, M. Grignon, R. Mahieu, D. Polton, « Mise en concurrence des assureurs dans le domaine de la santé. Théorie et bilan des expériences étrangères », *Questions d'économie de la santé*, n° 15, novembre 1998.

[22] S. Cohu, D. Lequet-Slama, P. Volovitch, « Réformes des systèmes de santé allemand, néerlandais et suisse et introduction de la concurrence », *Études et résultats*, n° 445.

taire sur tel segment de soins, ce qui entraînerait des difficultés financières, ou *a contrario* qu'elle se retrouve déficitaire, ce qui pourrait créer des difficultés d'accès aux soins (files d'attente par exemple) ;

– le risque que les outils de maîtrise médicalisée des dépenses deviennent inopérants si les patients ou les professionnels de santé peuvent les contourner (non respect du parcours de soins par exemple).

On peut également imaginer une mise en concurrence organisée, les caisses de sécurité sociale devenant, pour le compte de leurs assurés, des « acheteurs de soins », y compris de soins dispensés à l'étranger[23]. Une telle évolution pourrait être bénéfique pour des soins très spécialisés ou pour pallier les déficits d'offre dans certaines zones frontalières. En revanche, il apparaît difficile pour les caisses de sécurité sociale d'exercer un contrôle sur les coûts et sur la qualité des soins dispensés dans un autre État-membre.

La libre circulation favorise la concurrence sociale et fiscale. En effet, si elles jugent les charges sociales excessives, les entreprises peuvent jouer sur deux leviers :

– les délocalisations d'entreprises dans d'autres États membres ;

– les règles du détachement qui permettent, dans le cadre de la libre prestation de services, à des entreprises implantées dans d'autres États-membres de soustraire leurs employés détachés en France aux cotisations sociales françaises (voir encadré 7).

Le coût du travail n'est pourtant qu'un facteur parmi d'autres dans les stratégies de localisation des entreprises. Il est vrai que si l'on s'intéresse au coût du travail dans les différents États-membres, on constate aujourd'hui de fortes disparités du salaire horaire brut[24], notamment dans les secteurs de l'industrie et des services : celui-ci varie de 2,83 € en moyenne dans les nouveaux États-membres à 14,18 € en moyenne dans les 15 autres États-membres, le niveau français se situant à 14,42 € , et celui de la Hongrie, par exemple, à 2,44 €.

Ces fortes disparités sont dues en partie aux différences de taux de cotisations sociales. À cet égard, la France se trouve dans une situation peu favorable. Les cotisations sociales y constituent une part significative du coût du travail (composé du salaire net et des charges sociales) : de l'ordre de 38 %, soit le poids le plus important dans l'Union européenne, la moyenne étant de 29,3 %[25]. Le tableau ci-dessous présente une comparaison plus complète, rapportant les cotisations sociales au salaire net. Il fait apparaître que les nouveaux États membres ne sont pas ceux où le prélèvement social est le plus faible : la République tchèque et la Pologne ont un prélèvement social élevé alors que

[23] La principale expérience dans ce domaine est constituée des Health Maintenance Organisations (HMO) aux États-Unis.

[24] « Salaires bruts en Europe, principaux résultats de l'enquête sur la structure des salaires 2002 », Eurostat, Statistiques en bref, 12/2005.

[25] Conseil des impôts, La concurrence fiscale et l'entreprise, rapport 2004.

celui du Danemark et de l'Irlande est faible. La comparaison du prélèvement social sur salaire reflète surtout les choix opérés par chaque État membre en matière de financement de la protection sociale : nature du prélèvement (social ou fiscal) et niveau de prélèvement.

Tableau 2 : Comparaison des cotisations sociales[26]

État membre	Cotisations/coût salarial net (%)	France base 100
France	75,4	100
Rép. tchèque	73	97
Pays-Bas	67,8	90
Pologne	62,5	83
Allemagne	53	70,3
Italie	47	62,5
Belgique	43,6	57,9
Espagne	39,5	52,3
Lettonie	36,4	48,2
Suède	36,2	48
Royaume-Uni	26,7	35,5
Irlande	17,8	23,6
Danemark	8,7	11,5

Toutefois, l'intérêt d'une telle approche, limitée au coût horaire brut du travail, est faible au total. Celle-ci doit en effet être corrigée de l'effet de la productivité, beaucoup plus élevée dans les anciens États membres. Ainsi, le coût salarial unitaire[27] est beaucoup moins dispersé que le salaire horaire : la France se situe à peine au-dessus de la valeur moyenne observée au sein de l'Europe à 25 (indice 107, pour un indice européen moyen à 100), l'Allemagne se situant à 129, la Suède à 135, le Royaume-Uni à 112, la Pologne à 50, la République tchèque à 43. L'écart entre la France et la Hongrie, de 1 à 6 en termes de coût horaire brut est ramené de 1 à 3 en termes de coût salarial unitaire. On peut donc dire que la France est bien placée face à ses grands concurrents de l'ouest de l'Europe, grâce à une productivité du travail élevée, mais que l'écart avec les nouveaux États membres reste important.

[26] Source A. Math, « L'envoi de migrants détachés dans le cadre de la libre prestation de services transfrontalière », *Revue de droit de la sécurité sociale*, n° 5, 2005. Les taux de cotisations retenus sont les plus significatifs des législations comparées, incluant CSG et CRDS pour la France, hors cotisations accidents du travail et maladies professionnelles, hors cotisations retraites professionnelles complémentaires résultant d'accords collectifs.

[27] Rapport du coût horaire brut et de la productivité. Source : Annuaire Eurostat 2004, d'après Bouba-Olga, *Les nouvelles géographies du capitalisme*, Seuil, 2006.

Faut-il en déduire que les délocalisations de production sont inéluctables et que le coût du travail en France, malgré le niveau et les gains de productivité, reste insupportable face à la concurrence mondiale et même intra-européenne ? Une conclusion aussi hâtive ignorerait les ressorts réels des stratégies de production et de localisation des entreprises contemporaines, soumises à une « triple dictature »[28] des moyens de financement, des compétences et des coûts. Dans leurs décisions de (dé) localisations, les entreprises obéissent en réalité à de multiples déterminants, parmi lesquels le coût du travail joue un rôle non négligeable, mais loin d'être prépondérant. Un différentiel de coût du travail peut être plus que compensé non seulement par des gains de productivité importants, mais aussi par les avantages « spécifiques » de l'entreprise (brevets, taille, expertise, ressources), ceux liés à sa localisation (qualité des facteurs de production, et notamment du travail, infrastructures de communication, de formation, distance par rapport aux marchés visés, stabilité et sécurité générale des conditions de production), ceux liés à ses pratiques managériales ou à son organisation (économies sur les coûts de transaction, présence d'entreprises complémentaires). Là où une simple réponse en termes de flexibilité des coûts pourrait échouer, l'entreprise peut également choisir de « différencier » ses produits, soit par des efforts de recherche et développement, où l'ouest de l'Europe a des atouts importants (capacité d'autofinancement et de financement externe, taille, expérience, effort public de recherche, présence de chercheurs qualifiés, possibilités d'alliances…), soit en accumulant des savoir-faire et des modes d'organisation qui permettront de constituer un avantage concurrentiel durable. Enfin, l'économie industrielle moderne identifie des développements en réseau ou en « grappe », qui s'appuient sur la présence locale simultanée de marchés, de sites de formation performants, de centres de recherche, d'infrastructures adaptées et d'entreprises complémentaires : la région toulousaine dans le domaine de l'aéronautique en est un exemple patent. Au total, même si les nouveaux États membres de l'Europe peuvent tirer partie de leurs avantages, notamment en termes de coût du travail, l'avenir des sites industriels de l'ouest européen n'en est pas – de ce seul fait – obéré. Au demeurant, il semble que le flux d'investissements directs étrangers vers les nouveaux États-membres ne constitue qu'une part très faible des flux sortant des « anciens États membres »[29], de l'ordre de 4 % en 2004.

Demeure néanmoins le problème du « coin socio-fiscal » et de la « délocalisation » des cadres supérieurs. Les individus, dès lors qu'ils sont mobiles, peuvent, en raison de la concurrence fiscale, choisir de s'installer dans le pays où la combinaison de prélèvements et de couverture sociale est la plus proche de leurs préférences (Tiebout, 1956[30]). La résidence de certains cadres supérieurs ou la localisation de directions générales d'entreprises transnationales

[28] Bouba-Olga, *Les nouvelles géographies du capitalisme*, Seuil, 2006.

[29] Communication de la commission : *L'élargissement deux ans après, une réussite économique*, com (2006) 200 final, 3/5/2006.

[30] C. Tiebout, « A Pure Theory of Local Public Expenditures », *Journal of Political Economy*, 64 : 416-24, 1956.

peuvent être déterminées en prenant ce facteur en considération. Ce n'est pas alors le seul prélèvement social qui importe, mais le taux d'imposition global du travail[31], qui inclut l'ensemble des impôts pesant sur le salaire. La France se situe au-dessus de la moyenne des 25 États membres (42,4 % contre 35,9 %), les écarts les plus sensibles étant notés avec d'autres États membres de l'ouest européen (Royaume-Uni, Irlande, Espagne situés entre 25 et 30 %). Le taux moyen d'imposition peut en outre cacher d'importantes variations de la charge fiscale, en fonction de la répartition des revenus ou du nombre de personnes à charge : la progressivité de l'impôt sur le revenu ou l'utilisation de quotients familiaux peuvent par exemple l'expliquer. L'écart entre le coût brut salarial pour l'entreprise et le salaire net après impôt perçu par le cadre peut s'avérer très important[32] et le handicap français est généralement mis en évidence. Cependant, le coût de la vie dans chaque lieu de résidence (prix à la consommation, immobilier, services…), ainsi que l'analyse de l'environnement (infrastructures offertes, agrément…) entreront également et largement en compte et pourront contrebalancer l'effet du seul « coin socio-fiscal ».

Plus généralement, des travaux ont mis en évidence le risque d'un moins-disant fiscal sous-optimal ou d'un report des prélèvements obligatoires sur les facteurs les moins mobiles (travailleurs peu qualifiés notamment). Le rapport 2004 du Conseil des prélèvements obligatoires, *La concurrence fiscale et l'entreprise*, n'a toutefois pas révélé pour l'instant « *de remise en question fondamentale et systématique du financement des États et de la répartition de la charge fiscale entre les contribuables* ».

Au total, la mise en concurrence des systèmes nationaux de protection sociale a été rendue possible par la création du Marché unique. Autant il est possible d'identifier les risques associés pour l'organisation des régimes de protection sociale et du système de soins et les enjeux pour les assurés, autant il est difficile d'évaluer la probabilité qu'ils se produisent. Une telle évaluation suppose en effet de poser des hypothèses relatives, d'une part, au comportement des assurés (mobilité des patients, préférence pour la qualité et/ou le faible coût ; autrement dit, les assurés font-ils jouer la concurrence et, si oui, dans quel sens) et, d'autre part, à la stratégie des acteurs concernés (spécialisation du système de soins, encadrement de la concurrence…).

Or, sur la plupart des sujets, le manque de données se conjugue à des stratégies des pouvoirs publics encore embryonnaires. Le cas des détachements illustre ces insuffisances (voir encadré 7). Par ailleurs, l'IGAS s'efforce d'éclairer le débat sur un dossier précis, à savoir l'application de la jurisprudence de la CJCE *Kohll* et *Decker* (voir la deuxième partie).

[31] Communiqué Eurostat, 62/2006 : *Rapport sur la fiscalité dans l'UE de 1995 à 2004.*

[32] Étude de l'association Paris-europlace, citée dans… : pour assurer un même revenu net après impôt (de l'ordre de 70 000) à un résident célibataire, un employeur en France devait dépenser de 50 à 90 ons alternatives ; l'écart s'atténue mais reste important lorsque le résident a des enfants.

Encadré 7 : Le détachement

Dans le cadre de la sécurité sociale, on entend par détachement le fait de maintenir au régime de protection sociale du pays habituel d'emploi un travailleur qui va, durant un temps déterminé, exercer son activité professionnelle sur le territoire d'un autre État. Il s'agit donc d'une dérogation au principe de la *lex locis laboris*, dont l'objectif est de promouvoir la libre prestation de services au bénéfice des entreprises qui en font usage en envoyant des travailleurs dans d'autres États membres que ceux dans lesquels elles sont établies.

Le règlement n° 1408/71 prévoit les conditions du détachement[33]. Concrètement, l'employeur d'un salarié détaché ne paie pas les cotisations sociales dans l'État d'emploi. En contrepartie, le salarié ne peut prétendre aux prestations sociales accordées dans cet État, y compris les prestations familiales ; en particulier, il n'acquiert pas de droits à la retraite. S'il a recours à des soins, ceux-ci seront remboursés par l'État d'affiliation, conformément aux principes de la coordination. À cet égard, l'introduction de la CEAM et l'entrée en vigueur du règlement n° 631/2004 ont conduit à un alignement des droits des travailleurs détachés sur ceux des autres personnes couvertes par le règlement.

À l'origine conçue comme une simplification pour des personnes amenées à travailler temporairement dans un autre État membre, la réglementation relative au détachement se situe désormais au cœur du débat sur le « dumping social ». En effet, l'élargissement de l'Union européenne à dix nouveaux États membres ainsi que la présentation du projet de directive « services dans le marché intérieur » (SMI), dite directive Bolkestein, ont ravivé le débat relatif au détachement sans que ses termes ne soient toujours clairement posés.

Les règles relatives au détachement s'appliquent aux ressortissants des nouveaux États-membres depuis le 1er mai 2004. En effet, les périodes transitoires en matière de libre circulation des personnes n'ont pas d'impact sur les mouvements de main-d'œuvre qui s'effectuent dans le cadre de la libre prestation de services. Compte tenu du niveau généralement plus faible des cotisations sociales dans les nouveaux États membres, il est donc pertinent de dire que l'élargissement a accru la possibilité que des personnes viennent travailler en France sans être affiliées à la sécurité sociale française (donc sans y payer de cotisations sociales).

Quant à la directive SMI, la principale nouveauté qu'elle introduisait en matière de détachement, par rapport à la législation communautaire (règlement n° 1408/71 et directive 96/71/CE) et à la législation nationale (articles L. 341-5, D. 341-5 et R. 517-1-1 du code du travail), consistait à interdire l'exigence de déclaration préalable des prestations de services auprès des autorités de l'État-membre où elles sont effectuées. Non seulement cette disposition privait l'État-membre d'emploi des informations sur les prestations effectuées par des prestataires étrangers ainsi que sur leurs modalités (nombre de travailleurs détachés, durée du détachement), mais surtout elle rendait le contrôle et la lutte contre la fraude encore plus difficiles[34].

La problématique du détachement est par ailleurs révélatrice des lacunes dans la connaissance des phénomènes et de l'absence de stratégie française.

[33] L'article 14 (§ 1) du règlement 1408/71 pour les salariés et l'article 14 bis (§ 1) du même règlement pour les non salariés prévoient que le maintien d'assujettissement à la législation de l'État d'emploi habituel sera accordé de plein droit à condition que la durée prévisible de ce travail n'excède pas douze mois et que le travailleur ne soit pas envoyé en remplacement d'une autre personne parvenue au terme de sa période de détachement. L'article 17 prévoit les procédures applicables en matière de détachement exceptionnel pour certaines catégories de travailleurs.

[34] L'obligation de déclaration des salariés détachés auprès des DDTEFP n'est que très partiellement respectée.

Les administrations manquent de données objectives, susceptibles d'éclairer la décision politique. Il n'existe de données fiables et exhaustives, ni sur l'ampleur du phénomène, ni sur le profil des travailleurs détachés. Ces lacunes concernent aussi bien les travailleurs détachés en France que les travailleurs français détachés dans un autre État membre, les administrations françaises ne connaissant pas les pratiques des entreprises françaises dans ce domaine[35]. Il est par conséquent impossible d'établir un bilan coûts (perte de ressources pour la sécurité sociale) / avantages (prestations « économisées »)[36].

La position officielle française sur le sujet du détachement n'a pas été suffisamment clarifiée. Les velléités de lutter contre le « dumping social » réel ou supposé se heurtent à la nécessité de renforcer l'attractivité de la France. Or, dans ce cadre, le statut réservé aux cadres étrangers envoyés en France constitue un élément important. Le séminaire gouvernemental sur l'attractivité, organisé en février 2005, a insisté sur la nécessité d'améliorer l'accueil des personnes étrangères de haute qualification, notamment grâce à la signature de conventions bilatérales de sécurité sociale, en l'occurrence avec le Japon et la République de Corée.

De la convergence spontanée à l'harmonisation ?

Le traité instituant la Communauté européenne suggérait que l'harmonisation des systèmes de sécurité sociale résulterait d'un processus de convergence spontanée dans le cadre du marché. Il est vrai que, sans que l'on puisse parler de l'avènement d'un modèle européen de protection sociale, les lignes de partage traditionnelles tendent à s'estomper, en particulier en matière de ressources[37].

Les systèmes bismarckiens adoptent des traits bévéridgiens : augmentation de la part des prélèvements fiscaux dans les ressources de la protection sociale, introduction de prestations universelles. En France, la création de la contribution sociale généralisée (CSG) et du fonds de solidarité vieillesse (FSV) ainsi que les exonérations de charges sur les bas salaires financées par le budget de l'État vont dans ce sens. La contribution des recettes fiscales au financement de la protection sociale est passée de 17 % à 30 % entre 1990 et 2001. *A contrario*, certains systèmes bévéridgiens augmentent, à l'instar du Danemark, la part des cotisations sociales (de 13 % en 1990 à 30 % en 2001) afin de diversifier leurs ressources.

Cependant, ces réformes ne tiennent pas tant à la construction européenne qu'à des préoccupations internes. En France, l'allègement du coût du travail vise essentiellement à compenser les effets du salaire minimum sur l'emploi des travailleurs peu qualifiés, d'une part, et à atténuer l'impact de la réduction

[35] Les certificats de détachement (E101) qui sont normalement établis par l'État d'affiliation ne sont pas centralisés dans l'UE et ne sont pas systématiquement transmis à l'État de séjour (le CLEISS par exemple ne reçoit pour l'instant des informations régulières que de la part de quatre autres États membres).

[36] En matière d'assurance maladie, on peut supposer que le bilan est défavorable pour la sécurité sociale française dans la mesure où les salariés détachés constituent plutôt des « bons risques ».

[37] K. Julienne, M. Lelièvre, « L'évolution du financement de la protection sociale à l'aune des expériences britannique, française et danoise », *Revue française des affaires sociales*, 2004, nº 3.

du temps de travail, d'autre part. En outre, la fiscalisation des ressources est cohérente avec l'universalité des prestations sociales (prestations familiales et couverture maladie).

Cette fiscalisation n'est toutefois une solution ni suffisante, ni satisfaisante à terme. Les contraintes économiques et les risques d'alignement sur le « moins-disant » concernent en effet l'ensemble des prélèvements obligatoires. Si l'on veut éviter que l'ajustement ne porte alors que sur le niveau de couverture sociale, l'harmonisation des systèmes de protection sociale, au-delà de leur mouvement de convergence spontanée, pourrait être un objectif de long terme.

La voie de l'harmonisation a déjà été explorée au niveau communautaire sur des sujets précis tels que les cadres prudentiels des institutions de retraite complémentaire (directive n° 2003/41). Cette harmonisation était en effet apparue indispensable pour garantir les droits des assurés, compte tenu du poids économique[38] et du caractère très long terme de leurs activités.

Aller plus loin impliquerait cependant pour les États-membres un abandon partiel de leur souveraineté et la plupart d'entre eux y est hostile. En outre, les velléités d'harmonisation de la fiscalité se heurtent à la règle de l'unanimité qui prévaut en ce domaine.

L'impact de la constitution de l'Union économique et monétaire sur la protection sociale

La mise en place de l'Union économique et monétaire exige la maîtrise des dépenses de protection sociale

Lors de la mise en place de la monnaie unique, les États membres ont convenu que le bon fonctionnement de l'Union économique et monétaire (UEM) exigeait une coordination des politiques budgétaires nationales. Il est notamment apparu nécessaire d'éviter qu'un État-membre ne mène une politique budgétaire trop laxiste, et en fasse porter le coût à l'ensemble de l'UEM (stratégie de « passager clandestin »). C'est la raison pour laquelle le pacte de stabilité et de croissance impose un plafond pour le déficit annuel des administrations publiques (3 % du PIB) et une valeur de référence en matière d'endettement (60 % du PIB).

[38] Les institutions de retraite professionnelle (fonds de pension et caisses de retraites) couvrent environ 25 % de la population active de l'UE et gèrent des actifs dont la valeur atteint 2 500 milliards d'euros, soit l'équivalent de 29 % environ du PIB de l'Union.

Dans ce cadre, la France est tenue de présenter des programmes de stabilité qui retracent ses engagements en vue du respect de ces objectifs. Or, le poids des finances sociales au sein des finances publiques est considérable (les dépenses des organismes de sécurité sociale ont représenté 46 % des dépenses publiques en 2004 et ont contribué pour deux tiers à la croissance de la dépense publique en 2005[39]) ; le respect des règles européennes suppose donc une amélioration significative des comptes sociaux, qui elle-même ne peut être atteinte que par le biais de réformes d'envergure. À cet égard, il n'est pas anodin que la mise en œuvre de l'Union économique et monétaire ait été concomitante avec le lancement de la méthode ouverte de coordination relative aux retraites (dont l'un des principaux axes est la viabilité financière des systèmes de retraite).

Quant à la structure des prélèvements obligatoires, l'article 33 de la directive[40] du 17 mai 1977 fait interdiction aux États membres de créer ou de maintenir des impositions nationales ayant le caractère de taxe sur le chiffre d'affaires ; il pourrait par conséquent compromettre le projet de création d'une contribution sur la valeur ajoutée (CVA), annoncé en janvier 2006. La jurisprudence de la CJCE à ce sujet devrait être précisée en juillet 2006, lorsque la Cour se prononcera sur une affaire concernant une imposition italienne aux caractéristiques similaires (affaire C-475/03, *Banca popolare di Cremona*).

Toutefois, les règles budgétaires européennes reflètent essentiellement une contrainte économique plus globale

Si les règles communautaires budgétaires peuvent être invoquées pour expliquer les évolutions récentes de la protection sociale française, leur véritable impact doit être relativisé.

Premièrement, les apports positifs de l'UEM ne doivent pas être occultés. Elle a servi de bouclier face aux pressions des marchés des changes. On peut même arguer que, sans l'UEM, la contrainte sur la politique budgétaire française aurait été au moins aussi forte. Ainsi, le rapport Camdessus rappelle que « *L'avènement de l'euro a désarmé la fonction de surveillance permanente assumée par les marchés des changes qui leur imposaient jusqu'ici soit une prudence plus grande dans leur gestion macroéconomique, soit – dans la crise – des ajustements brutaux. L'entrée dans l'euro nous a probablement épargné une ou deux crises de cette nature ; elle a malheureusement aussi laissé se produire, dans l'impunité, un relâchement budgétaire regrettable* »[41].

Deuxièmement, la maîtrise, voire la réduction des déficits sociaux, qui ont figuré parmi les principaux objectifs des réformes récentes, sont indispensables

[39] *Rapport économique, social et financier*, projet de loi de finances pour 2006.
[40] Directive n° 77/388/CEE du 17 mai 1977 en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires.
[41] Groupe de travail présidé par Michel Camdessus : « Le sursaut : vers une nouvelle croissance pour la France », 2004.

afin de garantir la viabilité du système français de protection sociale. Ainsi que le met en exergue le rapport Pébereau, *« la remise en ordre de nos finances publiques est indispensable non seulement pour préserver, mais surtout pour renforcer notre potentiel de croissance et notre cohésion sociale »*[42]. De même, le gouvernement français reconnaît, dans son programme national de réforme présenté en octobre 2005, que l'accroissement de l'endettement public « *compromet la pérennité du système de protection sociale* » et « *rompt le principe d'équité et de solidarité entre les générations* » ; « *une croissance durable et équitable, indispensable au développement de l'emploi, passe d'abord par la consolidation des finances publiques* ». Les règles budgétaires européennes n'ont donc pas créé cette nécessité de « soutenabilité ». En revanche, elles l'ont probablement accentuée en exigeant que les États membres rendent compte des efforts accomplis en ce sens.

Néanmoins, s'agissant de la France, aucun des sept programmes de stabilité précédents n'a été respecté et les procédures pour déficits excessifs n'ont pas abouti à des pénalités. Le dernier « programme pluriannuel des finances publiques » prévoit une progression de + 1 % en volume des dépenses sociales sur la période 2007-2009, sans toutefois préciser les moyens qui seront employés pour respecter cet objectif.

Troisièmement, les possibilités d'ajustement du niveau des prélèvements obligatoires sont limitées indépendamment de l'Union européenne. En effet, schématiquement, en dépit des dépenses qu'ils permettent de financer, les prélèvements obligatoires, dès lors qu'ils atteignent un niveau élevé, peuvent freiner la croissance économique en pesant sur la consommation, les investissements ou l'offre de travail. La concurrence fiscale exacerbe ces contraintes, la mobilité des facteurs conduisant à un « moins-disant fiscal ».

Le bilan de l'impact de l'UEM sur la protection sociale française est plus nuancé que celui de la construction du Marché unique. Non seulement, il n'apparaît pas certain que l'UEM ait créé une contrainte budgétaire supplémentaire, mais en outre on ne constate pas d'assainissement significatif des finances publiques, notamment par la maîtrise des dépenses sociales.

Toutefois, on observe quelques éléments de convergence des systèmes nationaux de protection sociale sous l'effet de réformes visant à la maîtrise des dépenses sociales. En matière d'assurance vieillesse, on note par exemple une tendance commune à élever l'âge de la retraite ; en matière d'assurance maladie, des mécanismes d'achat public éclairé, une participation financière accrue des assurés ou le développement des médicaments génériques. Toutefois cette convergence va au-delà de l'Union européenne et concerne tous les pays de l'OCDE, ainsi que l'illustre, pour les retraites, le rapport de l'OCDE de mai 2005[43].

[42] Commission présidée par Michel Pébereau. *Des finances publiques au service de notre avenir. Rompre avec la facilité de la dette publique pour renforcer notre croissance et notre cohésion sociale*, décembre 2005.
[43] OCDE, *Les pensions dans les pays de l'OCDE : panorama des politiques publiques*, mai 2004.

Les méthodes ouvertes de coordination

Le bilan de l'impact du Marché unique et de l'UEM leur apparaissant insuffisant d'un point de vue social et afin de répondre aux risques engendrés par la mise en concurrence, les États membres et la Commission ont convenu de renforcer la dimension sociale de l'Union européenne.

Dans le domaine de la protection sociale, les États membres se sont toutefois montrés soucieux de préserver leur souveraineté. Les traités d'Amsterdam et de Nice n'ont pas créé de compétence nouvelle de l'Union européenne en la matière. Par conséquent, l'action de l'Union européenne a emprunté la voie de la méthode ouverte de coordination (MOC), testée dans le domaine de l'emploi (voir annexe correspondante).

La MOC protection sociale concerne essentiellement les systèmes de retraite. Le thème santé commence tout juste à être développé. L'IGAS a procédé à une analyse de la MOC retraites et de son impact sur la réforme des retraites françaises conduite au début des années 2000. Les résultats de cette analyse sont présentés en deuxième partie.

Il est à noter que la Commission a entrepris, conjointement avec les États membres, de rationaliser à partir de 2006 la coordination ouverte dans le domaine de la protection sociale. Les exercices MOC relatifs à l'inclusion et aux pensions sont fusionnés ; la santé et les soins de longue durée y sont adjoints. En 2006, les États membres doivent présenter des rapports nationaux sur la protection sociale et l'inclusion qui remplacent les plans nationaux d'action pour l'inclusion et les rapports de stratégie nationale pour les pensions. L'instrument clé du processus rationalisé est ensuite un rapport conjoint sur la protection sociale, incluant les trois volets.

Chapitre 2

Dossiers approfondis

L'application de la jurisprudence Kohll et Decker

Les principes de la coordination des régimes de sécurité sociale ont été remis en cause par la jurisprudence Kohll et Decker

Les principes de la coordination posés par le règlement n° 1408/71 en matière d'assurance maladie

Les États membres ont posé le principe de territorialité des prestations en nature de l'assurance maladie (en France, article L. 332-3 du code de la sécurité sociale), ceci afin de se préserver la possibilité de garantir la qualité des soins, de planifier les infrastructures et de maîtriser l'équilibre financier du système. Conformément à ce principe, un assuré social ne peut obtenir le remboursement des frais de soins que si ces derniers ont été délivrés sur le territoire national.

Afin de garantir la libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne, le règlement n° 1408/71 prévoit une exception à ce principe de territorialité : les personnes concernées par le règlement peuvent bénéficier du remboursement de soins dispensés à l'étranger à condition de se soumettre aux régimes d'autorisation prévus à l'article 22 du règlement. Les patients sont alors assimilés aux patients affiliés dans l'État de séjour et le remboursement est effectué aux tarifs de l'État de séjour, directement entre les assureurs, par le biais des systèmes de liaison nationaux (voir graphique).

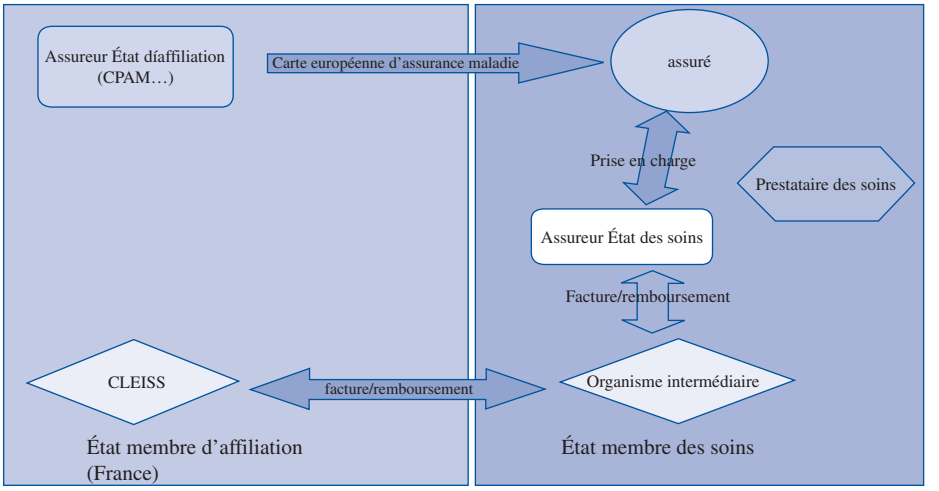
L'article 22 vise deux situations distinctes :

– **les soins transfrontaliers urgents** (point 1 a) : un travailleur ou un membre de sa famille qui séjourne temporairement dans un autre État membre que l'État d'affiliation et dont l'état de santé vient à nécessiter des soins immédiats, peut se faire soigner sur place pour le compte de son État de résidence. Le droit d'accès aux soins dans son État de résidence est certifié par la carte européenne d'assurance maladie (anciennement un formu-

laire E111) qui est délivrée, de manière automatique, par l'institution compétente d'assurance maladie. Les prestations sont alors accordées au patient par l'institution de l'État de séjour « comme s'il y était affilié ».

– **les soins transfrontaliers programmés**[44] (point 1 c) : le travailleur ou le membre de sa famille qui souhaite recevoir des soins dans un autre État membre doit obtenir une autorisation préalable de son institution d'assurance maladie compétente, attestée par le formulaire E 112, et la présenter à l'institution du lieu de séjour.

Prise en charge de soins dispensés à l'étranger



Les principes de la jurisprudence Kohll et Decker : la création d'une procédure parallèle de remboursement

Dès la fin des années 70, la CJCE s'est attaquée à l'interprétation restrictive de l'article 22 du règlement 1408/71 sur le fondement de la libre circulation des travailleurs. Dans deux arrêts *Pierik* (C-117/77, arrêt *Pierik I* du 16 mars 1978, et C-182/78, arrêt *Pierik II* du 31 mai 1979), elle a précisé que l'autorisation de bénéficier de soins à l'étranger doit être accordée dans tous les cas où les soins contribuent à améliorer l'état médical du patient, sans que d'autres considérations, notamment financières, puissent entrer en ligne de compte. Elle a précisé par ailleurs que les critères de délivrance de l'autorisation préalable doivent être objectifs, non discriminatoires et connus par avance.

[44] Dans ce second cas, le règlement prévoit que l'autorisation ne peut être refusée si les deux conditions suivantes sont remplies :

• le traitement souhaité par l'intéressé fait partie du panier de soins couverts par le système de protection sociale en matière de santé.

• le traitement ne peut lui être dispensé dans son État de résidence dans le délai acceptable sur le plan médical, compte tenu de son état actuel de santé et de l'évolution probable de la maladie.

Dans ses arrêts *Kohll* et *Decker*, la CJCE est allée plus loin en considérant que le fait même de subordonner le remboursement de soins (Kohll) ou de produits de santé (Decker) à l'obtention préalable d'une autorisation administrative était constitutif d'une entrave au sens des articles 28 TCE (libre circulation des marchandises) et 49 TCE (liberté de prestation de services). Si elle s'est abstenue d'invalider l'article 22 du règlement, sur lequel repose le régime d'autorisation préalable, elle en a ainsi neutralisé l'effet en considérant que la procédure d'autorisation ne constituait qu'une faculté pour le patient. Elle lui offre ainsi une nouvelle voie d'accès aux systèmes de soins étrangers, concurrente de la première.

Encadré 8 : présentation des cas d'espèce Kohll et Decker

Affaire Kohll : Monsieur Kohll, ressortissant luxembourgeois, affilié à une caisse de maladie luxembourgeoise, souhaitait faire suivre à sa fille mineure un traitement orthodontique en Allemagne. La législation luxembourgeoise, en conformité avec l'article 22 du règlement n° 1408/71, subordonnait le remboursement des soins reçus dans un autre État membre à l'autorisation de l'organisme assureur du patient. La caisse maladie de Monsieur Kohll lui avait refusé cette autorisation au motif que le traitement n'était pas urgent et qu'il pouvait être aisément obtenu au Luxembourg. La conformité de cette législation aux règles communautaires relatives à la libre prestation des services a alors été questionnée devant la CJCE et a donné naissance à la « jurisprudence *Kohll* ».

Affaire Decker : Monsieur Decker, également ressortissant luxembourgeois, s'était heurté au refus de sa caisse maladie luxembourgeoise d'effectuer le remboursement du coût d'une paire de lunettes achetée, sur ordonnance délivrée par un ophtalmologue luxembourgeois, auprès d'un opticien à Arlon (Belgique). La caisse motivait son refus par l'absence de demande d'autorisation préalable.

Cette jurisprudence conduit la CJCE à examiner la compatibilité de l'ensemble des règles d'organisation de l'offre de soins avec le principe communautaire de libre prestation de services. La Cour vérifie ainsi que ces règles et procédures ne sont pas discriminatoires et que les critères d'octroi ou de refus d'une autorisation sont définis à l'avance. Elle vérifie également qu'ils poursuivent un objectif légitime et qu'ils sont proportionnés à la réalisation de cet objectif. Ces objectifs légitimes peuvent en particulier être la protection de la santé publique[45] ou la préservation de l'équilibre financier des régimes de sécurité sociale[46]. À ce titre, elle ne remet pas en cause les procédures qui concernent les soins hospitaliers et le recours « aux équipements matériels lourds » (PETSCAN, IRM notamment)[47].

[45] Ainsi, la CJCE permet aux États membres de restreindre la libre prestation des services médicaux pour permettre le maintien d'une capacité de soins ou d'une compétence médicale sur le territoire national nécessaires à la santé publique (C-385/99, arrêt *Müller – Fauré* du 13 mai 2003).

[46] Dans son arrêt *Müller – Fauré*, la Cour a examiné concrètement l'impact de sa jurisprudence sur la mobilité des patients et par répercussion sur les finances sociales.

[47] Dans son arrêt *Smits et Peerbooms* (C-157/99, arrêt du 12 juillet 2001), la CJCE a reconnu que *« l'exigence de l'autorisation préalable pour la prise en charge financière par le système de sécurité sociale de soins hospitaliers dispensés dans un autre État membre apparaît comme une mesure tout à la fois nécessaire et raisonnable »*.

Au total, depuis les arrêts *Kohll* et *Decker*, les citoyens européens souhaitant recevoir des soins ambulatoires dans un autre État membre que leur État d'affiliation ont le choix entre deux procédures :

- soit la procédure prévue par l'article 22 du règlement n° 1408/71 : la personne demande une autorisation préalable et est indemnisée comme si elle était un assuré de l'État de séjour (donc aux tarifs de celui-ci et éventuellement sans avance de frais) ;
- soit la procédure, issue des articles 49 et 50 CE, ouverte par la jurisprudence : la personne peut bénéficier de soins dans un autre État membre sans autorisation préalable et ensuite en demander le remboursement aux tarifs de l'État d'affiliation.

Pour les soins hospitaliers programmés, le principe de l'autorisation préalable est maintenu.

Cette jurisprudence a suscité de vives réticences de la part des États membres, soucieux de maintenir leur souveraineté dans un domaine aux forts enjeux politiques, sociaux et financiers. La réglementation française n'a par conséquent été adaptée que très progressivement, sous l'effet de la pression communautaire.

Une adaptation très progressive de la réglementation française sous pression communautaire

Les arrêts *Kohll* et *Decker* ont fait l'objet de multiples commentaires et analyses[48]. Ils ont souvent été présentés comme un bouleversement pour les mécanismes traditionnels de coordination des systèmes de sécurité sociale. Le ministre allemand de la santé de l'époque a souligné, par exemple, dans une interview accordée à l'hebdomadaire *Der Spiegel* : « *Nous risquons l'explosion* »[49]. La principale crainte était le développement du « tourisme médical », les ressortissants communautaires choisissant l'offre de soins selon sa qualité et/ou son coût. Une telle mise en concurrence aurait des conséquences sur la tarification des actes et produits de santé ainsi que sur les normes de qualité.

Dans ce contexte, le gouvernement français a adopté, immédiatement après les arrêts *Kohll* et *Decker,* une mesure conservatoire, sous la forme de la lettre circulaire du 29 juin 1998. Il était demandé aux organismes de sécurité sociale de ne pas tenir compte de la jurisprudence communautaire tant que celle-ci ne faisait pas l'objet d'un dispositif d'application concerté avec les autres États membres.

Or, la concertation entre États membres, menée au sein du CA. SS. TM, n'a pas abouti. En particulier, il n'a pas été possible d'intégrer les nouvelles

[48] Kessler et Lhernould, « L'impact sur le droit de la protection sociale de la jurisprudence de la CJCE relative à la libre prestation de services », *Droit social*, n° 7/8, 2002 ; Kessler, « Frais de soins d'urgence, priorité des règles sur la libre prestation de services », *Droit social*, n° 6, 2002 ; Van Raepenbusch, « Tendances récentes de la jurisprudence de la CJCE », *Droit social*, n° 9/10, 2003.

[49] *Der Spiegel*, N° 19 du 4 mai 1998.

modalités de remboursement dans le nouveau règlement de coordination[50]. En effet, de fortes résistances des États membres sont apparues. Les États qui ont des systèmes de santé nationaux, tels que la Grande-Bretagne et les Pays-Bas, ont estimé qu'ils n'étaient pas concernés, dans la mesure où la prestation de soins ne fait pas l'objet d'un remboursement à l'assuré. Pourtant, l'arrêt *Smits et Peerbooms* du 12 juillet 2001 avait fait clairement entendre que ces systèmes devaient eux aussi chercher à traduire les principes établis par la jurisprudence. Le Danemark, la Finlande et la Grèce ont reconnu une applicabilité partielle et limitée de la procédure à leur système[51]. Seuls le Luxembourg, auquel s'appliquaient les premiers arrêts, et la Belgique ont adapté assez rapidement leurs procédures pour les soins ambulatoires.

La position française n'étant pas conforme au droit européen, un groupe de travail, composé de représentants de la caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS) et des administrations concernées, a alors été constitué en 2000 à l'initiative de la direction de la sécurité sociale, afin de recenser les difficultés et potentialités d'une application de la jurisprudence. Le rapport issu des travaux de ce groupe mettait en évidence un impact variable selon les biens et services considérés[52]. Il soulignait que la concurrence entre offres de soins pourrait, à certaines conditions, conduire à une diminution des prix des biens et services, une amélioration de la qualité et à une meilleure utilisation de l'offre de soins. Mais elle pourrait aussi remettre en cause les outils de régulation puisque les caisses ne maîtriseraient ni le coût, ni la qualité des soins ou produits de santé à rembourser. Quant à l'ouverture du marché national à des assurés d'autres États membres, elle rendrait la planification hospitalière plus complexe et pourrait accroître l'inégalité dans l'accès aux soins. En conclusion, le rapport préconisait, plutôt qu'une ouverture du marché sanitaire européen, une inscription dans le traité du principe de solidarité en matière de protection sociale et une révision du règlement communautaire de coordination.

Au regard de l'échec des discussions au niveau communautaire et sous la pression de la Commission européenne, qui multipliait les avis motivés et les mises en demeure à son encontre, la France a décidé d'adapter, par étapes, sa réglementation et ses pratiques à la jurisprudence de la Cour :

– Les circulaires DSS/DACI/2001/120 du 1er mars 2001, DSS/DACI/2003/286 du 16 juin 2003 et DSS/DACI/2004/134 du 23 mars 2004 ont défini les conditions de remboursement des produits de santé (médicaments et dispositifs médicaux), des prestations hospitalières et des soins ambulatoires

[50] En revanche, le projet de directive « services dans le marché intérieur » prévoyait, dans son article 23, de les codifier dans le droit communautaire. Quant au règlement d'application du nouveau règlement de coordination 883/2004, des discussions au sujet de son contenu sont en cours ; il est envisageable que la jurisprudence soit finalement intégrée dans le chapitre relatif à l'assurance maladie.

[51] R. Baeten, « Mobilité des patients et réponses politiques de l'UE », Revue belge de sécurité sociale, 4e trimestre 2002.

[52] Rapport du groupe de travail sur les incidences des arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière de remboursement des soins reçus dans un pays de l'Union européenne. Juillet 2000.

(notamment des actes des professionnels de santé et des analyses de biologie médicale) facturés dans un autre État membre.

– Les dérogations au principe de territorialité ont été précisées. L'article L. 332-3 du code de la sécurité sociale, qui pose le principe de territorialité du service des prestations en nature de l'assurance maladie, a été modifié par l'ordonnance n° 2004-329 du 15 avril 2004. L'objectif était d'exclure plus clairement de l'application du principe de territorialité la prise en charge des soins reçus en UE-EEE et de la distinguer de la prise en charge de soins reçus hors UE-EEE[53].

– Le décret, prévu à l'article L. 332-3 CSS, a été publié en 2005 (décret n° 2005-386 du 19 avril 2005), complété par la circulaire d'application DSS/DACI/2005/235 du 19 mai 2005. Il parachève l'intégration en droit interne de la jurisprudence communautaire en déterminant les conditions de prise en charge des soins reçus à l'étranger (distinction entre UE-EEE et hors UE-EEE).

Encadré 9 : la mise en conformité de la réglementation nationale sous la pression communautaire : exemple de la plainte n° 2000/4562

La plainte n° 2000/4562, déposée auprès de la Commission, émane d'un assuré français qui a acheté dans un autre État membre un médicament qui lui avait été prescrit par un médecin français. Lorsqu'il en a demandé le remboursement à la caisse de sécurité sociale française à laquelle il était affilié, celle-ci le lui a refusé au motif que la législation française n'autorisait pas le remboursement de médicaments prescrits en France et achetés à l'étranger.

Les étapes de la mise en conformité de la réglementation nationale ont été les suivantes :

– Par lettre du 16 décembre 2002, la Commission a demandé à la France communication de sa législation et de la justification des éventuelles restrictions imposées au remboursement des médicaments ;

– Dans une réponse du 29 janvier 2003, la France a indiqué que des modifications législatives et réglementaires étaient en cours de préparation ;

– Dans un courrier du 3 avril 2003, la Commission a mis la France en demeure de se conformer aux articles 28 et 30 du traité CE relatifs à la libre circulation des marchandises ;

– Par courrier du 26 juin 2003, en réponse à la mise en demeure, la France a fait parvenir à la Commission la circulaire du 16 juin 2003 qui mettait en conformité les pratiques administratives de remboursement ;

– Le 16 décembre 2003, la Commission a à nouveau mis la France en demeure, estimant en particulier que la circulaire du 16 juin 2003 ne présentait pas une sécurité juridique suffisante et ne répondait pas complètement aux exigences du droit communautaire ;

– Par courriers du 1er mars 2004 et du 20 avril 2004, la France a informé la Commission de la modification de sa législation par l'ordonnance du 15 avril 2004 et de la parution de la circulaire du 2 mars 2004 ;

[53] Dans l'article L. 332-3, les termes « à l'étranger » ont été remplacés par les termes « hors d'un État membre de l'UE-EEE » et un alinéa complémentaire, spécifique aux soins reçus dans un autre État membre, a été ajouté : *« Un décret en Conseil d'État fixe les conditions dans lesquelles des dérogations peuvent être apportées au principe posé à l'alinéa précédent dans le cas où l'assuré ou ses ayants droit tombent malades inopinément au cours d'un séjour hors d'un État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou lorsque le malade ne peut recevoir en France les soins appropriés à son état. Ce décret fixe également les adaptations nécessaires à la prise en charge des soins lorsque ceux-ci sont dispensés dans un État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen ».*

– Le 14 décembre 2004, la Commission a adressé aux autorités françaises un avis motivé leur demandant de finir la mise en conformité en levant, d'une part, la condition de territorialité et en autorisant, d'autre part, le remboursement des dispositifs médicaux facturés dans un autre État membre sans restriction liée aux spécifications techniques ;
– La lettre de la France du 22 avril 2005 a apporté une première série de réponses, notamment sur l'aménagement du principe de territorialité ;
– L'envoi, le 19 décembre 2005, de l'arrêté modificatif du 9 décembre 2005 relatif aux spécifications techniques a permis le classement définitif de la plainte.

La France applique désormais la jurisprudence *Kohll* et *Decker* et l'a intégrée dans son droit national. En revanche, d'autres États membres, tel que le Royaume-Uni, s'opposent à la Commission en continuant à considérer que leur système de santé n'est pas concerné. Pourtant, dans l'affaire C-372/04 dite *Watts*, la CJCE a suivi, dans l'arrêt du 16 mai 2006, les conclusions de l'avocat général qui avait estimé que les dispositions du traité relatives à la libre prestation de services s'appliquaient au National health system (NHS) : « *le fait que le NHS soit un organisme purement public, financé par l'État et dispensant des prestations de santé gratuitement au lieu de délivrance des soins, est sans incidence sur la question de savoir si un cas relève ou non du traité* »[54].

L'application de la jurisprudence Kohll et Decker a élargi le choix des patients, au prix d'une grande complexité des règles applicables

L'analyse de la jurisprudence a fait ressortir que, pour les soins hospitaliers programmés, le principe de l'autorisation préalable était maintenu. Les principales évolutions étant intervenues dans le domaine des soins ambulatoires, ce sont elles qui font ici l'objet d'une analyse approfondie.

Du point de vue des patients, la jurisprudence a élargi leur liberté de choix en matière de soins ambulatoires et leur permet d'en optimiser la prise en charge

Un patient affilié dans un État membre décide de bénéficier de soins ambulatoires dispensés dans un autre État membre. Si, conformément au règlement n° 1408/71, il présente sa carte européenne d'assurance maladie, il est pris en charge selon le droit de l'État des soins et obtient le remboursement des soins directement auprès de l'assurance maladie de l'État où ils ont été prodigués (voir graphique supra).

[54] Cour de justice des communautés européennes : Communiqué de presse n° 112/05, 15 décembre 2005, Conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-372/04.

Toutefois, si cette formalité n'a pas été accomplie, à son retour, l'assuré dispose, conformément à l'article 34 du règlement n° 574/72, de la possibilité de demander à la caisse à laquelle il est affilié le remboursement des soins[55]. Or, le formulaire *Soins reçus à l'étranger, déclaration à compléter par l'assuré* (Cerfa 12267*01), que lui fait parvenir la caisse, offre, pour les soins d'un montant inférieur à 1 000 euros, une option à l'assuré : l'application de la législation de l'État de soins ou l'application de la législation de l'État d'affiliation. C'est ce choix qui est fait dans la quasi-totalité des cas en raison de la rapidité de la liquidation. Pour les soins supérieurs à 1 000 euros, s'applique la législation de l'État de soins.

Désormais, grâce à la jurisprudence *Kohll* et *Decker*, l'assuré peut par ailleurs demander l'application de la législation de l'État d'affiliation quel que soit le montant des soins et qu'ils soient inopinés ou pas.

Autrement dit, en combinant les procédures issues, d'une part, du règlement de coordination et, d'autre part, de la jurisprudence, l'assuré a le choix de la législation qui s'applique et se trouve donc en situation d'optimiser les conditions de prise en charge des soins dont il a bénéficié. En effet, à la demande de l'assuré, le droit de l'État des soins peut être choisi s'il s'avère plus avantageux, soit parce qu'il prévoit le remboursement d'actes ou biens non pris en charge dans l'État membre d'affiliation, soit parce que la tarification est plus avantageuse.

Par exemple, un assuré français choisit de bénéficier d'un soin en Belgique. Ce soin est tarifé 80 euros en Belgique et intégralement remboursé ; l'assuré débourse 80 euros. Or, ce soin est remboursé 60 euros en France. Un différentiel de 20 euros, dans la limite des frais réellement engagés, serait alors versé à l'assuré, à sa demande. *A contrario*, en ce qui concerne le remboursement des transports sanitaires, la législation française est fréquemment plus favorable que les législations des autres États membres ; les assurés peuvent alors demander l'application de la législation française en invoquant soit la libre prestation de services, soit l'article 34 du règlement n° 574/72.

L'option est donc laissée à l'assuré *a posteriori*, dans la mesure où le choix de la législation applicable n'a pu être opéré en connaissance de cause *a priori*. Ce défaut d'information pourrait sans doute être imputé aux caisses. Il laisse en toute hypothèse subsister des inégalités selon le degré d'information des assurés.

La complexité juridique et pratique des dossiers de remboursement de soins ambulatoires dispensés à l'étranger peut être résumée dans le tableau ci-dessous. Cette complexité pour l'assuré se double d'une complexité pour les caisses d'assurance maladie, chargées de liquider les dossier en appliquant les règles de remboursement appropriées.

[55] L'article 34 prévoit que, si l'assuré n'a pas présenté sa carte européenne d'assurance maladie dans l'État des soins, il peut demander que les frais exposés soient remboursés aux tarifs qui y sont applicables ; par dérogation, l'État membre d'affiliation peut décider, avec l'accord de l'assuré et en deçà d'un certain montant de frais (1 000 euros), d'appliquer ses propres tarifs, à condition bien sûr que « ces tarifs permettent le remboursement ».

Tableau 3 : procédures de remboursement des soins ambulatoires

Autorisation préalable	Base juridique	Acte ou bien	Droit du remboursement
Oui	(1) Art. 22 du règlement n° 1408/71		Droit de l'EM des soins*
Non	LPS art. 49/50 TCE	(2) remboursable dans l'EM d'affiliation	Droit de l'EM d'affiliation**
		(3) non remboursable dans l'EM d'affiliation	Renvoi à (5) ou (6)
Non	art. 34 du règlement n° 574/72	(4) x < 1 000 et remboursable	Droit EM d'affiliation**
		(5) x < 1 000 et non remboursable	Droit EM des soins
		(6) x > 1 000	Droit EM des soins*

* en cas de prise en charge moins favorable que dans l'EM d'affiliation, le remboursement en LPS peut être demandé.
** en cas de prise en charge moins favorable que dans l'EM des soins, le versement d'un différentiel peut être demandé.

Du point de vue des caisses d'assurance maladie, l'application de la jurisprudence Kohll et Decker aux différents actes et biens médicaux se paie d'une grande complexité

Dans le cas de l'application de la législation de l'État de soins, la caisse d'assurance maladie française adresse un formulaire communautaire à la caisse de l'État membre dans le ressort de laquelle ont été prodigués les soins, en lui demandant le périmètre de remboursement et les tarifs applicables.

Dans le cas de l'application de la législation de l'État d'affiliation, la législation française en l'occurrence, les soins ambulatoires sont pris en charge dans les mêmes conditions que s'ils avaient été réalisés sur le territoire national : les références sont donc le périmètre des soins remboursables en France et les tarifs applicables, avec un remboursement dans la limite des dépenses réellement engagées. Les caisses procèdent alors à une recherche, par assimilation, des soins, actes ou médicaments « équivalents », à partir des bases de données nationales disponibles[56]. L'attention porte prioritairement sur la validité des pièces justificatives produites et les actes ou produits particulièrement onéreux. En cas de difficultés, le médecin conseil de la caisse peut être sollicité.

Le problème essentiel lié à cette méthode est l'application de conditions de remboursement, posées par la législation française, à des soins délivrés, dans des conditions différentes, dans un autre État membre. Les solutions retenues diffèrent selon les soins ou actes remboursables :

[56] Classification commune des actes médicaux, CCAM, nomenclature générale des actes des praticiens, NGAP résiduelle, nomenclature des actes de biologie médicale, NABM, liste des produits et prestations, LPP, base des médicaments remboursables.

– Pour **les consultations de médecins**, la France avait, dans un premier temps, décidé de les rembourser sur la base des tarifs d'autorité, les professionnels de santé des autres États membres n'étant pas conventionnés (circulaire DSS/DACI/2003/286 du 16 juin 2003). Finalement, la France a renoncé à appliquer strictement les règles nationales aux praticiens étrangers. Ainsi, depuis le décret du 19 avril 2005, les professionnels de santé étrangers sont réputés conventionnés et leurs actes sont désormais remboursés sur la base des tarifs conventionnels[57]. La signature d'une convention spécifique (qui est en cours d'élaboration) sera cependant nécessaire pour les praticiens souhaitant acquérir le statut de médecin traitant.

– Pour **les médicaments**, les caisses d'assurance maladie doivent vérifier que les médicaments ont été prescrits et figurent sur la liste des médicaments remboursables. Les vérifications peuvent être rendues très délicates par les différences de dénomination commerciale et de présentation (formes galéniques, dosages…) des spécialités d'un État membre à l'autre. Il est vraisemblable que, compte tenu de leur complexité, de nombreuses caisses n'effectuent pas ces vérifications pour les médicaments peu coûteux et remboursent directement sur la base du taux de 65 %[58]. L'achat du médicament auprès d'un pharmacien installé dans un autre État membre est possible et ne constitue pas une violation du monopole de délivrance des pharmaciens nationaux. La vente par correspondance ou internet est par contre prohibée, si elle n'est pas le fait d'un pharmacien (voir encadré n° 10).

– Pour **les analyses de biologie médicale**, les caisses d'assurance maladie doivent vérifier que le laboratoire est autorisé selon les normes françaises (nouvel article L. 6211-2-1 du code de la santé publique). Les difficultés concrètes de mise en œuvre de cette procédure devront être mesurées (voir infra). En revanche, on ne vérifiera pas la qualité du laboratoire dans le cadre du règlement n° 1408/71 qui conduit à l'application du droit de l'État des soins.

– Pour **les actes ou biens qui nécessitent une entente préalable** en droit interne, cette obligation peut s'imposer aussi à la prise en charge d'un produit ou d'un service sanitaire obtenus dans un autre État membre, à condition de ne pas créer, par une application non proportionnée ou non adaptée, d'entrave à la libre circulation des marchandises et à la libre prestation de services. Par exemple, l'adaptation peut se traduire par la charge donnée à l'assuré lui-même de faire le lien avec sa caisse pour une entente préalable et de lui fournir le support matériel correspondant.

[57] Eu égard à la difficulté de déterminer les équivalences, il est envisageable que certains types d'actes médicaux non remboursés en France soient pris en charge, telles que les consultations téléphoniques en Allemagne. *A contrario*, la tarification complexe des consultations en Suisse (par paliers de durée de la consultation) pourra conduire au remboursement d'une seule consultation dans le cadre de la tarification nationale.

[58] En cas de refus de remboursement (médicament non remboursable en France), la demande de prise en charge selon le droit de l'État des soins est envisageable (application de l'article 34 du règlement n° 574/72).

Encadré 10 : Les possibilités de se procurer des médicaments par internet dans d'autres États membres

Un assuré français peut acheter un médicament sur prescription à l'étranger et obtenir un remboursement. Un assuré français ne peut pas en France transmettre une prescription par internet à une pharmacie virtuelle et se faire livrer un médicament. Mais pourrait-il se faire livrer un médicament prescrit, par une pharmacie internet d'un pays où celles-ci sont autorisées (Pays-Bas par exemple) et se faire rembourser ?

Cette opération ne paraît pas envisageable au regard de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (C-322/01, arrêt du 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband c/ Doc Morris*). En l'espèce, la société Doc Morris dirigée par M. Waterval, pharmacien aux Pays-Bas, offrait la vente sur internet de médicaments soumis ou non à prescription. L'activité officinale de Doc Morris était autorisée et contrôlée par les autorités néerlandaises. Sur saisine préjudicielle d'un tribunal allemand, le juge communautaire s'est prononcé clairement en faveur du commerce transfrontalier de médicaments par internet, considérant qu'une interdiction serait constitutive d'une entrave à la libre circulation des biens. Mais, du fait des risques potentiels liés à l'achat de médicaments sur internet (livraison de produits non autorisés, de produits contrefaits ou périmés, de produits soumis à prescription dans l'État de livraison mais en « accès libre » dans l'État de la pharmacie virtuelle, livraison sans examen de la prescription…), il l'a encadré de plusieurs conditions :

– seuls les médicaments dûment autorisés dans l'État membre de destination peuvent y être commercialisés ;

– la possibilité d'achat de médicaments sur internet est réservée aux médicaments non soumis à prescription ; pour les médicaments soumis à prescription[59], l'interdiction peut être justifiée (dans les législations nationales) pour des raisons de protection de la santé publique (notamment « la nécessité de pouvoir vérifier de manière efficace et responsable l'authenticité des ordonnances ») voire d'équilibre financier de la sécurité sociale ;

– enfin, la CJCE n'autorise la vente de médicaments sur internet qu'aux pharmacies traditionnelles, trouvant dans l'ouverture d'un site une extension commerciale ; les considérations de santé publique sont là

[59] Extraits de l'arrêt Doc Morris :

117 En ce qui concerne les médicaments qui sont soumis à prescription médicale, l'approvisionnement du public nécessite un contrôle plus strict. Un tel contrôle pourrait être justifié au regard, d'une part, des dangers plus graves que peuvent présenter ces médicaments et, d'autre part, du système de prix fixes applicable à cette catégorie de médicaments, qui fait partie du système de santé allemand.

119 Au vu des risques pouvant s'attacher à l'utilisation de ces médicaments, la nécessité de pouvoir vérifier d'une manière efficace et responsable l'authenticité des ordonnances établies par les médecins et d'assurer ainsi la délivrance du médicament soit au client lui-même, soit à une personne chargée par ce dernier de venir le chercher, serait susceptible de justifier une interdiction de la vente par correspondance. Le fait de permettre la délivrance des médicaments soumis à prescription médicale après réception préalable d'une ordonnance et sans autre contrôle pourrait augmenter le risque que des prescriptions médicales fassent l'objet d'un usage abusif ou incorrect. Par ailleurs, la possibilité réelle que l'étiquetage du médicament acheté auprès d'une pharmacie établie dans un État membre autre que celui dans lequel réside l'acheteur se présente dans une langue autre que celle de ce dernier peut avoir des conséquences plus néfastes dès lors qu'il s'agit de médicaments soumis à prescription médicale.

120 L'Apothekerverband a en outre soulevé des arguments portant sur l'intégrité du système de santé allemand, en ce sens que, étant donné que les pharmacies allemandes sont contraintes par l'APO de vendre les médicaments soumis à prescription médicale à des prix fixes, permettre la vente transfrontalière de tels médicaments à des prix libres porterait atteinte à leur survie, et donc à l'intégrité dudit système.

122 À cet égard, bien que des objectifs de nature purement économique ne puissent justifier une entrave au principe fondamental de la libre circulation des marchandises, il ne saurait être exclu qu'un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale puisse constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier pareille entrave. Au demeurant, un marché national des médicaments soumis à prescription médicale pourrait être caractérisé par des facteurs non commerciaux, de sorte qu'une réglementation nationale fixant les prix auxquels certains médicaments sont vendus devrait, dans la mesure où elle fait partie intégrante du système de santé national, être maintenue.

encore prépondérantes, conduisant à intégrer la vente sur internet de médicaments au monopole pharmaceutique et à interdire son exercice à toute personne qui ne serait pas pharmacien titulaire d'une officine.

Au total, il est possible de se procurer des médicaments par internet s'ils ne sont pas soumis à prescription, mais dans des conditions très encadrées par la jurisprudence communautaire et le droit national de délivrance (publicité, garantie de confidentialité des informations échangées, intervention d'un pharmacien dans l'acte de vente...). Une législation nationale peut autoriser la vente par internet de médicaments soumis à prescription ; mais elle peut à bon droit s'y opposer en invoquant des raisons d'intérêt général dans les domaines économiques ou de santé publique.

Compte tenu de la complexité des règles et des risques d'erreur de traitement, de retards ou de fraudes qu'elle engendre, la CNAM a décidé d'organiser un traitement centralisé, au sein d'une caisse pivot, de l'ensemble des dossiers relatifs à des soins dispensés à l'étranger.

Encadré 11 : La désignation d'une caisse pivot chargée de liquider les prestations de soins à l'étranger.

L'application du règlement n° 1408/71 et de la jurisprudence *Kohll* et *Decker* donnaient lieu à des disparités de traitement importantes entre les caisses primaires du régime général. Seules quelques-unes d'entre elles, compte tenu de montants totaux liquidés plus importants, avaient pu doter leurs services de liquidation de spécialistes de ces questions, en particulier en Île-de-France ou en région PACA. L'identification de situations de fraudes s'en trouvait évidemment facilitée. Soucieuse de résorber ces disparités, la CNAM a réuni par ailleurs un groupe d'experts qui a pu mettre au point un logiciel de référence (RECITAL), synthétisant l'ensemble des règles de liquidation applicables.

Aux termes de la logique de rationalisation des procédures de liquidation de cette catégorie particulière de dossiers, représentant 27 millions d'euros de dépenses remboursées en 2004 pour le seul régime général, le choix a été fait de les confier spécifiquement à la seule caisse primaire de Vannes, désignée après appel à candidature interne à la branche maladie. Ce dispositif centralisé vise essentiellement à obtenir un traitement homogène, plus rapide, grâce à un personnel formé et spécialisé, et surtout de détecter d'éventuelles fraudes. Un meilleur service aux usagers, un contrôle efficace des dossiers et un suivi statistique amélioré sont en effet parmi les objectifs centraux du nouveau dispositif de liquidation.

L'application de la jurisprudence Kohll et Decker a constitué une opportunité de clarification des règles applicables aux soins hospitaliers et aux conventions transfrontalières

Ainsi que l'autorise la jurisprudence, hors situation de soins inopinés, l'autorisation préalable du contrôle médical reste requise pour toute intervention programmée dans un cadre hospitalier ou tout recours à un équipement matériel lourd (IRM, PET-SCAN). Le décret du 19 avril 2005 précise que cette autorisation est réputée accordée dans un délai de deux semaines. Les décisions de refus doivent non seulement être dûment motivées mais aussi accom-

pagnées de l'indication précise donnée à l'assuré de l'établissement susceptible de l'accueillir dans des délais compatibles avec son état de santé[60].

Les accords transfrontaliers permettant la délivrance de soins hospitaliers à l'étranger constituent une dérogation à ces règles puisque, dans leur cadre, l'autorisation préalable n'est plus requise. Plusieurs accords de ce type ont été conclus au cours des dernières années. Or, certains d'entre eux pouvaient s'analyser comme un simple contournement du principe d'autorisation préalable et les filières de soins hospitaliers ainsi créées pouvaient faire l'objet de transferts financiers sans contrôle *a priori*, en l'absence d'autorisation préalable, ou *a posteriori*.

C'est pourquoi, le décret du 19 avril 2005 soumet désormais la signature des accords transfrontaliers à l'autorisation des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale[61]. Des accords-cadres ont par ailleurs été conclus avec l'Allemagne et la Belgique et sont en voie de ratification[62] ; les accords antérieurs signés localement seront revus. L'offre de soins concernée sera prise en compte dans les schémas régionaux d'organisation sanitaire. Afin d'apprécier l'opportunité de nouveaux accords transfrontaliers, le ministère de la santé a par ailleurs prévu de solliciter les agences régionales pour l'hospitalisation pour un recensement des zones frontalières déficitaires en offre hospitalière.

Encadré 12 : la convention entre les centres hospitaliers de Dinant (Belgique) et de Charleville-Mézières

Cet exemple d'un accord transfrontalier, antérieur à la fois au décret du 19 avril 2005 et à l'accord-cadre signé avec la Belgique, illustre les clarifications qu'il était nécessaire d'apporter aux conventions transfrontalières.

La fermeture de la maternité de Revin et l'arrêt de l'activité chirurgicale de la clinique de Givet au début des années 2000 ne permettaient plus à la population des cantons frontaliers de Givet et Fumay (Ardennes) d'accéder à des soins hospitaliers dans des conditions de délai satisfaisantes. Dès lors, l'agence régionale de l'hospitalisation Champagne-Ardennes s'est mise en devoir de rechercher les modalités de coopération transfrontalière permettant de pallier cette situation.

[60] Art. R-332-4 du code de la sécurité sociale : « *Cette autorisation ne peut être refusée qu'à l'une des deux conditions suivantes :*

1° Les soins envisagés ne figurent pas parmi les soins dont la prise en charge est prévue par la réglementation française ;

2° Un traitement identique ou présentant le même degré d'efficacité peut être obtenu en temps opportun en France, compte tenu de l'état du patient et de l'évolution probable de son affection.

Les décisions de refus sont dûment motivées et susceptibles de recours dans les conditions de droit commun devant le tribunal des affaires de sécurité sociale compétent. »

[61] Art. R-332-5 du code de la sécurité sociale : « *Des conventions passées entre les organismes de sécurité sociale et certains établissements de soins établis dans un État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen peuvent, après autorisation conjointe du ministre chargé de la sécurité sociale et du ministre chargé de la santé, prévoir les conditions de séjour dans ces établissements de malades assurés sociaux ou ayants droit d'assurés sociaux qui ne peuvent recevoir en France les soins appropriés à leur état, ainsi que les modalités de remboursement des soins dispensés.*

Les assurés sociaux qui bénéficient de ces conventions sont dispensés, lorsqu'il s'agit de soins hospitaliers, d'autorisation préalable. »

[62] Un accord identique est en préparation avec l'Espagne.

Après une première convention signée en novembre 2001, limitée au service d'obstétrique, la convention du 15 juin 2004 a permis l'extension à l'ensemble du champ médecine-chirurgie-obstétrique et spécialités coûteuses, en hospitalisation complète ou de jour. Elle s'est appuyée en particulier sur les dispositions de l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 qui prévoient que le schéma d'organisation sanitaire « tient compte de l'offre de soins des régions limitrophes et des territoires frontaliers ». L'objectif est de permettre aux habitants des cantons de Givet et Fumay une prise en charge dans les mêmes conditions que s'ils étaient soignés dans un hôpital français.

Le principe de facturation est que « l'hôpital de Dinant est considéré comme une extension du centre hospitalier de Charleville-Mézières », qui reçoit les factures (établies sur la base de la tarification belge) et crédite le compte de l'hôpital de Dinant. Le centre hospitalier de Charleville-Mézières enregistre par ailleurs ces séjours « comme s'ils avaient eu lieu dans ses propres services », les valorise pour transmission aux caisses d'assurance maladie et tient un registre d'activité spécifique pour les hospitalisations à Dinant. Le forfait hospitalier et les tickets modérateurs éventuels restent à la charge des patients et il appartient au centre hospitalier de Charleville-Mézières de les recouvrer en application des règles de facturation applicables en France. Un bilan trimestriel de l'application de la convention est présenté aux comités de suivi administratif et médical.

Le projet d'accord-cadre soumis à ratification et signé entre les gouvernements belge et français le 1er juin 2005 ne devrait pas changer la situation des patients, qui se verront délivrer « automatiquement l'autorisation des soins par l'institution de sécurité sociale compétente ». Toutefois le circuit administratif mis en place devra être modifié. Le rôle d'intermédiaire joué par le centre hospitalier de Charleville-Mézières serait supprimé et les factures établies par l'hôpital de Dinant « sur la base des tarifs du lieu des soins » seraient prises en charge directement par la caisse d'assurance maladie compétente. La différence de tarification existante entre la France et la Belgique pouvait en effet faire apparaître dans les comptes du centre hospitalier de Charleville-Mézières des soldes spécifiques positifs ou négatifs liés à l'application de la convention.

Si l'application de la jurisprudence *Kohll* et *Decker* est désormais effective en France, il subsiste des interrogations relatives, d'une part, à l'évolution des règles de remboursement et, d'autre part, à la réorganisation de l'offre de soins. Avant d'aborder ces questions, il convient de tenter de mesurer l'ampleur de la mobilité des patients ainsi que les tendances récentes. En effet, c'est de la mobilité des patients que dépend la mise en concurrence effective des systèmes de santé.

La mobilité des patients à destination ou en provenance de France reste globalement faible

A priori les mouvements de patients semblent rester de faible ampleur, même s'ils existent, qu'il s'agisse de soins inopinés reçus au cours d'un bref séjour, ou de soins programmés. Si la mobilité des patients est globalement faible, on peut toutefois raisonnablement considérer qu'elle est fortement concentrée sur quelques usagers (notamment les personnes atteintes de maladies rares), des zones géographiques (notamment les zones transfrontalières) ou des segments de l'offre de soins (par exemple, les activités de transplanta-

tion, de cardiologie interventionnelle, certaines consultations de génétique, la prise en charge de certains cancers).

L'IGAS n'a pas eu connaissance d'étude globale et exhaustive sur la mobilité des patients à destination ou en provenance de France. Outre le recensement d'études parcellaires existantes, elle a par conséquent procédé à deux enquêtes propres relatives aux mouvements de patients : une exploitation spécifique de la base de données hospitalières du programme de médicalisation du système d'information (PMSI) et une enquête rapide auprès de deux caisses primaires d'assurance maladie frontalières.

Les résultats de l'ensemble de ces études sont les suivants :

– Une étude de l'Association européenne de la mutualité réalisée en 1990 estimait que l'ensemble des soins transfrontaliers représentait entre 0,3 et 0,5 % des dépenses totales de santé. La France détenait environ 40 % du total des créances, en raison des flux touristiques et de main-d'œuvre, mais aussi de l'attractivité du système de soins français.

– Une synthèse des dettes et créances de la France, dans le cadre de l'application du règlement n° 1408/71, établie à partir des données disponibles au CLEISS, confirme à la fois la faiblesse des mouvements de patients et l'attractivité de la France. Elle fait par ailleurs apparaître la concentration des dépenses sur les soins hospitaliers, d'une part, et sur les ressortissants de certains États membres, d'autre part.

Encadré 13 : créances et dettes françaises de soins (source CLEISS)

Les frais de soins exposés par des ressortissants français dans d'autres États membres, ou par des ressortissants communautaires en France, **dans le cadre du règlement n° 1408/71**, génèrent des dettes ou des créances retracées par le CLEISS.

Pour l'exercice 2005, les créances nouvelles introduites se montent à 551 millions d'euros et les dettes à 201 millions d'euros, soit un solde, structurellement favorable à la France, de 350 millions d'euros, preuve de son attractivité.

S'agissant des dettes, les principaux États membres créanciers de la France sont la Belgique, l'Allemagne, l'Espagne, la Suisse, l'Italie et le Portugal. Une analyse des fichiers de factures présentées montre la part dominante des frais d'hospitalisation, supérieurs à 50 % des frais exposés, sauf pour la Belgique où les soins ambulatoires sont plus importants.

S'agissant des créances françaises, elles évoluent à un rythme soutenu : +35 % de 1999 à 2004 pour les remboursements sur factures[63], le nombre de bénéficiaires passant de 384 000 à 458 000 sur la période. Les principaux États membres d'origine des patients communautaires soignés en France sont le Luxembourg (29 %

[63] Les dettes et créances portent à la fois sur :
– des forfaits, représentant les frais exposés par les pensionnés et leur famille installés dans un État membre autre que leur État d'affiliation, et par les membres de la famille du travailleur, salarié ou non, ne résidant pas avec ce dernier et n'ouvrant pas droit à prestation dans l'État de résidence (articles 94 et 95 du règlement 574/72) ;
– des factures présentant une demande de remboursement, dans toutes les autres situations ; les créances sur facture représentent environ 75 % du total.

des créances en montant), l'Allemagne (24 %), la Belgique (13 %), l'Italie (12 %) et le Royaume-Uni (10 %). Les dépenses sont fortement concentrées : les factures d'un montant supérieur à 5 000 euros représentent 2 % des factures en nombre mais 46 % en montant. Les frais d'hospitalisation représentent 47 % du total, les soins médicaux 20 % et les médicaments 14,5 %. Les principales régions concernées sont les régions frontalières (Alsace, 40 % du total, Lorraine, 10 %, PACA, 7 %, Nord Pas-de-Calais, 7 %) et l'Île-de-France (12 %).

Quant aux créances forfaitaires, elles progressent très fortement (+50 % entre 1999 et 2004) essentiellement du fait des dépenses des retraités et de leur famille, installés en France. Les principaux débiteurs sont le Royaume-Uni (33 %), la Belgique (28 %), l'Allemagne (9 %) et l'Italie (8 %).

– Une enquête réalisée à la demande de la direction de la sécurité sociale en 2000 auprès de 16 caisses d'assurance maladie et de 12 agences régionales de l'hospitalisation frontalières fait ressortir, malgré le manque de précision de ses résultats, le caractère attractif de certaines régions : Alpes-Maritimes compte tenu du faible nombre de spécialistes italiens dans la zone frontalière et de la réputation du secteur médical local ; Pyrénées-Atlantiques, Nord et Haut-Rhin, notamment pour bénéficier de traitements spécifiques (traitement des stérilités, pour des raisons de confidentialité, soins homéopathiques indisponibles en Belgique, soins dentaires moins coûteux en France qu'en Suisse). La région lyonnaise paraît également attirer de nombreux patients ressortissants communautaires ; à l'inverse, le Pas-de-Calais semble « exportateur » de patients.

S'agissant du secteur hospitalier, on note l'existence de filières de soins attractives dans des hôpitaux publics français, même de petite taille : oncologie à l'institut de Reims, système nerveux au centre hospitalier de Perpignan, appareil circulatoire à l'hôpital de Lourdes. À l'inverse, il existerait un flux régulier de patients français demandant à bénéficier de soins hospitaliers à l'étranger compte tenu des files d'attente existantes en France : ainsi en Alsace – Moselle en direction de l'Allemagne. D'autres zones frontalières sont également concernées : les Ardennes en direction de la Belgique par exemple.

– L'exploitation de la base de données PMSI, demandée par l'IGAS, a permis d'identifier les patients communautaires venus se faire soigner dans des hôpitaux nationaux. L'analyse de leur séjour révèle la faible part qu'ils représentent par rapport à l'ensemble des séjours (0,13 % du total) et la prédominance des États membres voisins de la France. Par ailleurs, la plupart des séjours sont liés à des accidents ou à des maladies graves ; ce constat infirme l'hypothèse du « tourisme médical » pour des affections bénignes.

Encadré 14 : exploitation de la base de données PMSI

Les résultats de l'exploitation spécifique de la base de données du « programme de médicalisation du système d'information » hospitalier, que l'IGAS a commandité à la DREES, afin d'apprécier la part des séjours de patients de l'Union européenne dans l'activité des services hospitaliers en 2004, sont les suivants :

– 17 657 ressortissants de l'UE ont été hospitalisés en France en 2004, sur un total de 11,3 millions de patients ; 27 760 séjours hospitaliers ont été enregistrés pour ces mêmes ressortissants soit environ 0, 13 % du total ;

– Les États membres les plus représentés sont, par ordre décroissant d'importance, l'Italie (22,5 % des séjours de ressortissants communautaires), le Royaume-Uni (20,7 %), la Belgique (14 %), l'Allemagne (9,5 %), les Pays-Bas (8,3 %), l'Espagne (5,8 %), le Portugal (5,3 %) et le Luxembourg (5,1 %) ;
– La part des séjours de ressortissants de l'UE ne dépasse 1 % du total que pour un nombre limité de pathologies (groupes homogènes de malades) : les commotions cérébrales, les autres affections cérébro-vasculaires, les brûlures, les traumatismes graves (multiples, thoraciques, intracrâniens), les fractures, entorses et luxations (bras, jambe, bassin, hanche), les transplantations (hépatiques, pancréatiques, pulmonaires, rénales), les lymphomes ou leucémies (âge des patients inférieur à 18 ans), les séances d'irradiation externe, les autres affections des reins et des voies urinaires. Ces résultats permettent de distinguer les hospitalisations en cours de séjour, notamment touristique (fractures, traumatismes, brûlures…) et les hospitalisations programmées (transplantations, traitement de certains cancers…) ;
– L'analyse de la part de chaque motif d'hospitalisation fait apparaître une forte dispersion, avec néanmoins près de 10 % des séjours pour des malades atteints de cancers, 2,3 % pour des séances d'épuration extrarénale et 2 % pour des séjours de moins de 2 jours liés à une maladie rénale ou des voies urinaires, près de 2 % pour des séjours courts liés à des commotions cérébrales, 2 % également pour des affections de l'appareil circulatoire, et 3 % au total pour les interventions sur la hanche, le fémur, l'humérus et le membre inférieur.

– L'enquête auprès d'une CPAM frontalière et de la CPAM de Paris a permis à l'IGAS de noter l'extrême faiblesse des données quantitatives disponibles relatives aux soins dispensés à l'étranger.

Encadré 15 : enquête CPAM

L'IGAS relève l'impossibilité d'obtenir des informations standardisées relatives aux soins dispensés à l'étranger, au sein d'une caisse primaire d'assurance maladie. Il est aujourd'hui possible d'obtenir les dépenses totales de soins à l'étranger. Mais aucune décomposition par code pays ou par code acte n'est envisageable. On ne peut ainsi isoler par exemple les dépenses effectuées en Europe de celles engagées aux États-Unis. On ne peut distinguer les dépenses hospitalières des dépenses ambulatoires. Une enquête par sondage menée directement auprès du service chargé de la facturation est aujourd'hui le seul moyen d'obtenir ce type d'informations.

Au total, il apparaît que les assurés européens font pour l'instant peu usage du libre choix que la jurisprudence leur a ouvert et qu'ils ne mettent donc pas effectivement les systèmes de santé en concurrence. Toutefois, cette faiblesse de la mobilité tient probablement en partie à un défaut d'information et est susceptible d'évoluer au cours des prochaines années. Ces données reflétant l'existence de flux de patients réels mais relativement faibles, contrastent avec les intentions déclarées par les ménages lorsqu'on les interroge : selon un sondage Eurobaromètre commandé par la Commission en 2002, 64 % des Européens se déclarent prêts à se faire soigner dans un État voisin[64].

[64] Eurobaromètre, n° 183-7, *The health of adults in the European Union.*

Les perspectives d'évolution et difficultés concrètes non résolues

Questions en suspens

• Vers des nomenclatures d'actes et de biens médicaux remboursables communs ?

En principe, chaque État membre définit librement le périmètre des soins et biens remboursables dans sa législation. Toutefois, au regard de la jurisprudence de la CJCE, un refus de prise en charge d'un soin prodigué en libre prestation de services et fondé sur le caractère « non usuel » du traitement devrait, pour être validé, prendre en considération « la littérature et les études scientifiques disponibles au plan international » (arrêt *Smits et Peerbooms*[65]).

Cela signifie-t-il que l'autonomie des États membres dans la définition du panier des biens et services remboursables pourrait être remise en cause ? Ou qu'elle serait encadrée par le consensus scientifique international sur le « bien-fondé médical » d'un bien ou service ? Encore faudrait-il que de tels consensus soient suffisamment évidents et que le service médical rendu soit clairement établi. La méthodologie scientifique conduit habituellement à distinguer, dans l'analyse d'un bien ou service médical, le ratio bénéfice/risque.

Un seul secteur a fait l'objet d'un rapprochement méthodologique, celui du médicament, où le principe est celui de la reconnaissance mutuelle des autorisations de mise sur le marché délivrées par les États membres et où des autorisations sont même délivrées au plan communautaire par l'Agence européenne d'évaluation du médicament[66].

Mais la décision d'admission au remboursement tient compte d'autres critères que la « qualité pharmaceutique », « l'efficacité » et la « sécurité d'emploi ». La jurisprudence *Kohll* et *Decker* admet d'ailleurs que les risques d'atteinte à l'équilibre financier de la sécurité sociale peuvent constituer une raison d'intérêt général susceptible de justifier une entrave à la libre prestation de services. Encore ceux-ci devraient-ils être suffisamment étayés. Mais l'argument, qui est sous-tendu par le principe général de subsidiarité applicable au secteur de la sécurité sociale, apparaît encore aujourd'hui suffisamment solide.

[65] La Cour a amené les États à prendre en charge, sans autorisation préalable, des actes dont le remboursement n'était pas prévu par leur législation nationale dès lors que le traitement administré est *« suffisamment éprouvé et validé par la science internationale »*.

[66] L'accès au marché communautaire est, depuis le 1er janvier 1998, soumis soit à la **procédure centralisée**, soit à la **procédure de reconnaissance mutuelle**. Depuis le 1er janvier 1998, l'enregistrement d'un médicament dans plus d'un État membre doit obligatoirement passer par l'une ou l'autre de ces deux procédures :

• la procédure centralisée (obligatoire pour les produits issus des biotechnologies, et progressivement pour les nouvelles substances actives destinées au traitement de maladies graves) : la demande d'enregistrement est déposée à l'Agence Européenne pour l'Évaluation des Médicaments (EMEA). Si l'autorisation est octroyée, elle est d'emblée valable pour tous les pays membres de l'Union Européenne.

• la procédure de reconnaissance mutuelle : le dossier est déposé dans l'un des États membres. Si l'autorisation est accordée, elle peut être étendue aux autres États membres par une procédure de reconnaissance mutuelle.

On ne peut sans doute exclure néanmoins un rapprochement ou au moins une convergence des « paniers de biens et services remboursables ». En ce sens on note l'apparition dans le droit communautaire de la notion de « valeur thérapeutique ajoutée »[67], qui appelle la comparaison entre substances et semble proche du « service médical rendu » français.

• Vers un rapprochement des règles d'agrément et de fonctionnement ?

Le cas des analyses de biologie médicale illustre l'absence de coopération des États membres en faveur de l'établissement de normes minimales d'agrément communes. En effet, les frais d'analyses et d'examens de laboratoire réalisés par des laboratoires établis dans d'autres États membres de l'UE-EEE ne sont remboursés par les caisses d'assurance maladie françaises qu'à condition que ces laboratoires disposent d'une autorisation de droit français.

Or, dans un arrêt *Commission contre France* (C-496/01, arrêt du 11 mars 2004), la CJCE a condamné la France pour sa réglementation relative à l'agrément des laboratoires d'analyses de biologie médicale, issue du décret n° 76-1004 du 4 novembre 1976, qui prévoit une condition de siège d'exploitation en France pour bénéficier de cet agrément. La CJCE a jugé que cette réglementation constituait une entrave irrégulière à la liberté de prestation de services, dans la mesure où des conditions moins restrictives auraient pu être exigées des laboratoires[68].

À la suite de cet arrêt, les normes de qualité et de sécurité imposées aux laboratoires n'étant pas harmonisées, la loi a prévu un nouveau dispositif d'autorisation des laboratoires étrangers (L. 6211-2-1 du code de la santé publique). Le décret d'application n° 2006-306 du 16 mars 2006 (nouveaux articles R 6211-46 et 6211-47 du code de la santé publique) précise les exigences : un laboratoire communautaire souhaitant obtenir une autorisation de fonctionnement de droit français doit présenter, en français, un dossier complet sur les règles juridiques et les normes techniques de fonctionnement ; le nombre d'actes réalisés au cours de l'année précédant la demande ; le nombre, la formation et la spécialisation des personnes employées ; les contrôles auxquels le laboratoire est soumis ; la description de l'organisation, des matériels, des équipements ; les référentiels en matière d'assurance qualité…

Le décret d'application venant d'être publié, aucune autorisation n'a pu pour l'instant être délivrée. Toutefois, on peut d'ores et déjà prévoir des diffi-

[67] Article 60, règlement (CE) 726/2004 du 31 mars 2004.

[68] Notamment : *« la République française peut exiger des laboratoires d'analyses de biologie médicale,..., qu'ils se soumettent, conformément à la législation française, à une autorisation, afin d'effectuer,..., des prestations de service au profit de personnes résidant en France »* (point 70) sans que les *« conditions à respecter pour obtenir une telle autorisation ne fassent double emploi avec les conditions légales équivalentes déjà remplies dans l'État d'établissement »* (point 71) ; *« ce régime d'autorisation pourrait notamment imposer la condition que les laboratoires... fassent en sorte que leurs rapports d'analyses puissent être compris par les médecins exerçant en France »* (point 72) ; *« il reste néanmoins possible d'exiger de ces laboratoires (…) qu'ils prouvent, à la satisfaction des autorités françaises, que les contrôles auxquels ils sont soumis par les autorités compétentes de l'État membre de leur siège d'exploitation ne sont pas moins sévères que ceux en vigueur en France et portent sur le respect de dispositions garantissant au moins le même niveau de protection de la santé »* (point 74).

cultés d'application. La Commission a décidé, le 19 avril 2006, d'adresser un avis motivé à la France pour non exécution de l'arrêt de la Cour du 11 mars 2004 ; elle juge en effet que la nouvelle législation n'assure pas cette exécution, dans la mesure où « elle n'apporte pas la sécurité juridique nécessaire aux laboratoires établis dans d'autres États membres et désireux d'offrir leurs services sur le territoire français ». En outre, des laboratoires étrangers pourraient plaider que les exigences et les procédures d'autorisation sont trop lourdes et constituent des entraves à la libre concurrence. *A contrario*, si les établissements étrangers n'étaient pas tenus de respecter la réglementation française, les établissements nationaux seraient susceptibles de la contester au motif d'une discrimination entre nationaux et étrangers.

Il apparaît donc que les États membres peuvent difficilement imposer aux acteurs des systèmes de soins étrangers les mêmes exigences en matière de qualité, de respect des règles de régulation budgétaire qui s'appliquent au niveau national. En outre, les possibilités de contrôle sont limitées. La voie qui s'ouvre est sans doute celle d'une claire distinction entre, d'une part, les normes d'agrément et de fonctionnement dans le domaine de la santé publique et, d'autre part, les règles applicables en matière de remboursement des actes et soins.

La voie communautaire d'une reconnaissance mutuelle des agréments et des contrôles applicables aux différents services médicaux, dans un cadre d'harmonisation minimale apparaît comme la seule envisageable à terme.

• *Vers une remise en cause de l'édifice conventionnel ?*

Depuis l'entrée en vigueur du décret du 19 avril 2005, les caisses chargées de rembourser des consultations dispensées à des assurés français par des praticiens étrangers considèrent que ceux-ci sont conventionnés. Or, dès lors qu'un patient français qui va consulter un praticien d'un autre État membre est mieux remboursé que s'il va voir un praticien français non conventionné ou même en secteur 2, n'y a-t-il pas fragilisation de l'édifice conventionnel ?

Certains commentateurs indiquent que la jurisprudence de la CJCE affaiblit le système de conventionnement. En effet, la suppression de l'exigence d'autorisation préalable pour la délivrance de soins ambulatoires dans un autre État membre conduit les caisses à rembourser de manière automatique des soins délivrés par des prestataires étrangers, par définition non conventionnés. En se prévalant d'une discrimination sur le fondement de la nationalité telle que prohibée par le traité, les prestataires non conventionnés nationaux ne pourraient-ils pas prétendre à un traitement identique ? Cet argument paraît *a priori* largement discutable, les médecins communautaires exerçant dans un autre État membre et les médecins français non conventionnés se trouvant placés dans des conditions d'exercice très différentes. Dans le second cas, il s'agit d'un choix du praticien, qui décide personnellement de sa situation au regard du droit conventionnel national. Dans le premier, il s'agit de permettre à l'assuré de recevoir des soins dans un autre État membre, sa situation en matière de

remboursement des frais médicaux engagés étant alors régie par le droit communautaire. Dans ce cadre, l'intérêt à agir du médecin non conventionné français paraît ténu.

Si, néanmoins, le principe d'égalité apprécié au niveau communautaire venait à prévaloir, seule la voie d'un conventionnement sélectif resterait ouverte, pour tous les médecins, y compris ceux installés sur le territoire français.

Le raisonnement suivi vaut à l'identique pour toutes les professions médicales et paramédicales conventionnées avec l'assurance maladie.

• *Vers une mise en concurrence de l'offre de soins française ?*

La libre prestation de services conduit à une mise en concurrence potentielle des offres de soins des différents États membres, même si, on l'a vu, la mobilité des patients est encore faible.

Il est possible *a priori* d'identifier les critères déterminants de cette mise en concurrence, qui tiennent :

– à la facilité d'accès au produit ou au soin : certains produits ou services sont plus aisément accessibles : soins en ambulatoire et médicaments ;
– au reste à charge de l'assuré : le coût net du soin ou du produit pour l'assuré détermine évidemment son intérêt strictement économique à s'adresser à tel système de soin national plutôt qu'à un autre ;
– à la qualité ou au caractère exceptionnel d'un soin ou produit.

De manière très simplifiée, on peut en déduire que les soins courants tant hospitaliers qu'en ambulatoire sont peu susceptibles de conduire à des flux importants de patients, compte tenu de la qualité du système de soins français, sauf dans les régions frontalières souffrant le cas échéant de déficits d'offre ponctuels. À l'inverse, les soins hospitaliers de pointe peuvent conduire à des déplacements de patients, compte tenu de l'expertise spécialisée acquise par telle équipe hospitalière. Il faut rappeler toutefois que les soins hospitaliers relèvent toujours d'une autorisation préalable. Quant aux soins intermédiaires (analyses médicales, soins dentaires, auxiliaires médicaux en ambulatoire), ils peuvent le cas échéant conduire à des déplacements importants dans les régions frontalières. Les conséquences en termes d'offre pourraient y être significatives.

La réflexion communautaire relative à la mobilité des patients pourrait répondre à certaines de ces préoccupations

La résistance des États membres à examiner la politique de santé au niveau communautaire s'est amoindrie au cours des dernières années. Plusieurs initiatives politiques ont vu le jour. La présidence belge de l'Union européenne du second semestre 2001 a organisé une conférence sur le thème *« Intégration européenne et systèmes nationaux de soins de santé : un défi pour la politique*

sociale ». La présidence espagnole au premier semestre 2002 a organisé, sur le thème de la mobilité des patients, une réunion informelle des ministres de la santé, suivie d'une réunion d'experts. Lors du conseil des ministres de la santé du 26 juin 2002, il a été décidé de lancer un *« processus de réflexion de haut niveau »* sur la mobilité des patients. Le rapport final du processus de réflexion à haut niveau présenté le 9 décembre 2003 a précédé la communication en réponse de la Commission, du 20 avril 2004. Pour conduire le processus de coopération, un groupe de haut niveau sur les services de santé et les soins médicaux a été créé.

Les objectifs de cette coopération tels que définis par la Commission sont les suivants : *« Il y a lieu de mettre en place une stratégie européenne pour faire en sorte que les citoyens puissent exercer leur droit à se faire soigner dans d'autres États membres, s'ils le souhaitent »*. Respectant le principe de subsidiarité, le droit communautaire ne porte que sur le remboursement de soins prodigués dans un autre État membre que l'État d'affiliation. Le premier objectif est de « *fournir aux citoyens européens une vision plus claire du cadre juridique en vigueur concernant l'accès aux soins de santé et le remboursement des soins dispensés dans un autre État membre* ».

Ce cadre se fonde notamment sur le principe selon lequel : « *Si un citoyen souhaite bénéficier d'un traitement à l'étranger, les autorités sanitaires dont il dépend peuvent lui communiquer des informations sur la manière d'obtenir l'autorisation de se faire soigner dans un autre État membre, sur les niveaux de remboursement qui seront appliqués, et, le cas échéant, sur la façon de faire appel de certaines décisions. »*

Par ailleurs plusieurs objectifs concrets complémentaires sont déclinés :

– La connaissance plus précise de la mobilité des patients sur le territoire communautaire et l'information sur les motivations ;
– Le partage des capacités de soins disponibles, l'identification de régions performantes dans le domaine de la coopération sanitaire transfrontalière[69], un état des lieux des « centres européens de référence » en matière de soins ;
– Plus largement, le développement des moyens d'information sur l'offre de soins de santé disponibles, les législations applicables, les procédures et les coûts ;
– Le développement, confié à l'Agence européenne pour l'évaluation des médicaments, d'une base de données sur les médicaments ayant fait l'objet d'une autorisation au sein de l'Union ;
– Un plan d'action « santé en ligne »[70] : aboutir à l'interopérabilité des systèmes d'information médicale, permettre l'identification d'un patient et la transmission d'informations médicales le concernant, faire évoluer pour ce faire la carte européenne d'assurance maladie.

[69] Le rapport du groupe de haut niveau sur les services de santé et les soins médicaux en date du 18 novembre 2005 comporte en annexe, un cadre référentiel pour la conclusion d'accords de coopération sanitaire transfrontière (« achat de soins tranfrontaliers »).
[70] Communication de la Commission 356 du 30 avril 2004.

Au total, la mise en œuvre de la jurisprudence *Kohll* et *Decker* montre que l'intervention communautaire a un impact différencié puisque, dans le cas d'espèce, elle constitue :

– un progrès pour le libre choix des citoyens européens, qui peuvent à la fois choisir de bénéficier de prestations de soins dispensés dans un autre État membre et optimiser la prise en charge de ces soins ;

– une opportunité pour les responsables de l'offre de soins qui peuvent trouver dans des accords transfrontaliers la solution aux problèmes de déficits ou d'excédents de l'offre et qui, pour des segments très spécialisés, peuvent se positionner sur un marché étendu aux vingt-cinq États membres (exemple des maladies rares) ;

– un aiguillon pour la restructuration de certains secteurs, tels que les laboratoires d'analyses de biologie médicale ;

– un risque potentiel pour les outils de contrôle de qualité et de régulation budgétaire.

La réforme des retraites (loi du 21 août 2003)

On peut identifier trois vecteurs d'influence communautaire sur la réforme des retraites française : le Pacte de stabilité et de croissance et la maîtrise des dépenses sociales que son respect implique, la MOC retraites et, enfin, la jurisprudence communautaire relative à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière de rémunération.

Plusieurs Conseils européens, à compter de celui de Lisbonne, avaient mis l'accent sur le défi que représentait pour les sociétés et les économies européennes le vieillissement de la population. En effet, celui-ci risque de conduire non seulement au déséquilibre des finances publiques sous l'effet combiné de la diminution des recettes et l'augmentation des dépenses sociales mais aussi au ralentissement du potentiel de croissance en raison de la diminution de la population active.

Par ailleurs, les systèmes d'assurance vieillesse doivent s'adapter aux évolutions sociales et économiques, communes aux pays européens, telles que l'augmentation du taux d'activité des femmes, la croissance du taux de chômage, le développement de carrières professionnelles irrégulières.

L'impact de la MOC retraites sur la réforme des retraites en France est faible

Pour faire face à ces défis, des orientations ont été retenues en commun au niveau communautaire. À l'instar des processus à l'œuvre dans les champs de

l'emploi et de l'inclusion sociale, le Conseil de Laeken de décembre 2001 a décidé d'appliquer la méthode ouverte de coordination aux pensions, sur la base de trois grandes orientations : préserver la capacité des systèmes à atteindre leurs objectifs sociaux ; maintenir leur viabilité financière ; répondre à l'évolution des besoins de la société.

Encadré 17 : grands objectifs communs et méthode de travail dans le domaine des pensions, arrêtés au conseil de Laeken en novembre 2001

Dans le strict respect du principe de subsidiarité, la méthode ouverte de coordination prévoit « *la fixation d'objectifs communs, la traduction de ces objectifs dans des stratégies politiques nationales et, dans le cadre d'un processus d'apprentissage mutuel, un suivi périodique sur la base d'indicateurs définis en commun* ».

S'agissant des *objectifs*, la cohérence doit être garantie avec d'autres processus de coordination : grands objectifs de politique économique, pacte de stabilité et de croissance, stratégie européenne pour l'emploi, processus d'inclusion sociale. Les trois objectifs communs retenus en matière de pensions tiennent à :
– « l'adéquation » des pensions : préservation de la capacité des systèmes de pensions à réaliser leurs objectifs sociaux en veillant notamment à ce que les personnes âgées ne soient pas exposées au risque de pauvreté, et à ce que les individus aient accès à des dispositifs de pensions appropriés permettant le maintien d'un niveau de vie en relation avec celui de la période d'activité ;
– la « viabilité financière » des systèmes de pensions, notamment grâce à un niveau d'emploi élevé et à des incitations à des départs à la retraite plus tardifs, et des réformes qui « maintiennent un équilibre équitable entre population active et retraités » ;
– la « modernisation » des systèmes de pensions en réponse à l'évolution des besoins de l'économie, de la société et des individus, en garantissant notamment l'égalité de traitement entre hommes et femmes et une information transparente vis-à-vis des citoyens.

Quant à la *méthode*, les États membres doivent élaborer un rapport sur leur stratégie nationale, comprenant un diagnostic des principaux défis, des informations sur les réformes engagées ou en préparation. Les rapports ont vocation à être analysés et présentés dans un rapport conjoint Conseil/Commission ; les deux instances doivent tendre à améliorer la coopération dans le domaine des retraites, en développant l'utilisation d'indicateurs communs et des projections sur les perspectives à long terme des systèmes de retraite. L'animation technique de ce dispositif est confiée au comité de protection sociale et au comité de politique économique.

Les déclinaisons nationales de ces orientations communes sont convergentes. Ainsi, le rapport conjoint sur des pensions viables et adéquates, élaboré par la Commission et le Conseil au printemps 2003 sur la base des rapports nationaux de stratégie, a relevé les principales caractéristiques et tendances d'évolution communes :

– la préoccupation de maintenir un niveau de vie et de redistribution inter et intragénérationnelle satisfaisant ;
– les efforts entrepris en faveur de la viabilité des systèmes de retraite notamment par le relèvement de l'âge effectif de départ à la retraite, la réduction de la dette ;

– l'adaptation progressive des régimes de pensions aux évolutions des formes d'emploi et des rôles socio-économiques des hommes et des femmes.

Après avoir porté une appréciation globale plutôt positive (« *bien que les impératifs financiers aient constitué le principal aiguillon des réformes, les États membres ont respecté les objectifs sociaux de leurs régimes de pension et s'efforcent d'adapter ces régimes à l'évolution des besoins de la société »),* le rapport a invité les États membres à poursuivre les processus de réforme en insistant sur l'importance des incitations pour les travailleurs âgés à rester dans l'emploi et la nécessité de consolider l'assise financière des régimes de pension par un accroissement des financements publics et privés.

En 2005, les États membres ont présenté une deuxième génération de rapports nationaux de stratégie. Le conseil européen de mars 2006 a reçu le rapport de synthèse des travaux menés dans le cadre de la méthode ouverte de coordination, dans les secteurs retraites, inclusion sociale et santé.

Une première évaluation de la MOC dans le secteur des retraites peut être tentée, en tenant compte de ce deuxième cycle en cours.

– La MOC constitue un exercice d'échange d'expériences et d'informations qui s'inscrit dans un contexte de subsidiarité marquée, que la France, comme d'autres États membres rappelle de manière claire et systématique ; son ambition, pour importante qu'elle soit, s'en trouve donc forcément encadrée.
– La présentation par chaque État membre de sa stratégie nationale répond désormais à des préconisations communes[71] qui rendent les rapports plus facilement comparables, exploitables et globalement de meilleure qualité ; l'exercice de « revue par les pairs » en est facilité et revêt ainsi un intérêt d'autant plus grand.
– L'élaboration du rapport de stratégie nationale français a été encadrée par la direction de la sécurité sociale et réalisée conjointement avec la DREES et les services du ministère de l'Économie et des Finances (DGTPE, INSEE) ; l'absence de réunion interministérielle formellement consacrée à l'approbation du document final témoigne d'une coordination de qualité entre services ; les partenaires sociaux ont été consultés dans le cadre du comité du dialogue social européen et international (CDSEI) ; cette collaboration élargie entre sphères sociale et économique contribue, au même titre que les travaux nationaux du Conseil d'orientation des retraites, à une « fertilisation croisée », corroborée au niveau communautaire par le caractère conjoint des travaux du comité de protection sociale et du comité de politique économique.

[71] *Indications pour la préparation des rapports de stratégie nationale pour des pensions adéquates et viables, document conjoint* CPS/CPE.

– Les travaux réalisés en 2002 et 2003 n'ont pas eu une influence directe sur la réforme des retraites en France, préparée de longue date[72] ; néanmoins, ils ont contribué à sensibiliser les décideurs et les partenaires sociaux aux comparaisons internationales, en rendant facilement accessible l'information sur les réflexions et réformes en cours ou envisagées dans les autres États membres ; la réalité d'une adaptation quasi générale des systèmes de retraites européens confrontés aux mêmes évolutions démographiques et économiques s'en est trouvée mieux appréhendée.

– Sans être déterminants, les travaux réalisés dans le cadre de la MOC ont sans doute permis de confirmer la nécessité et l'importance de certaines adaptations concrètes : relèvement du taux d'emploi des personnes âgées de plus de 55 ans, évolution progressive des régimes, dans le cadre d'un pilotage permanent des réformes ou encore information transparente des assurés sur le niveau des pensions servies.

– Ces travaux ont également permis de fixer en commun de manière équilibrée les objectifs assignables aux systèmes de retraite, en soulignant bien sûr la nécessité de maintenir des régimes viables en termes financiers, mais aussi en insistant sur la notion nouvelle « d'adéquation » des pensions qui fait référence à un objectif, de nature sociale, exprimable concrètement en termes de taux de remplacement ou de revenu suffisant ; une vision partagée des défis et adaptations nécessaires a pu émerger, permettant de préserver la confiance placée dans les systèmes de retraite et d'éviter une réduction trop forte et brutale des prestations attendues ; enfin ces travaux ont sans doute contribué à pacifier le débat classique entre partisans de retraites financées par répartition et tenants d'un financement en capitalisation ; en toute hypothèse ils ont placé au premier plan les objectifs à atteindre en termes de soutenabilité et d'adéquation, en renvoyant aux États membres, au nom de la subsidiarité, le choix des méthodes de financement et des combinaisons possibles entre « piliers ».

– De ce point de vue, la production d'indicateurs permet une approche à la fois plus fine et plus neutre des systèmes de retraites, permettant de juger des résultats avant d'appréhender les méthodes de financement et techniques de calcul.

Encadré 18 : l'indicateur du taux de remplacement

Le choix d'un indicateur destiné à illustrer l'objectif 2 a suscité de vif débats au sein du sous-groupe « Indicateurs » du comité de protection sociale[73]. Alors que la France, soutenue, parfois avec des réserves, par le Danemark, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas et la Suède, souhaitait le calcul du taux de remplacement

[72] Le premier rapport français, présenté en septembre 2002, présentait les grandes orientations de la future réforme des retraites, sans que davantage de précisions aient pu être données à la Commission à ce stade des consultations.

[73] L'objectif 2 en matière de pensions : *« Donner à tous les individus accès à des dispositifs de pensions appropriés, publics et privés, permettant d'acquérir des droits à pension qui leur donnent les moyens de maintenir leur niveau de vie après le départ en retraite, dans des limites raisonnables »*.

au niveau individuel, le Royaume-Uni et l'Irlande désiraient privilégier la mesure du niveau de vie des ménages. En février 2004, au bout de trois années de discussions, la France, représentée par la DREES, a finalement obtenu gain de cause. Ces discussions, d'apparence très technique, sont intéressantes à plusieurs égards.

– Le choix des indicateurs reflète les différences entre les modèles nationaux de protection sociale. Les systèmes bismarckiens conçoivent les pensions comme un salaire différé, dont le montant est par conséquent corrélé à celui du revenu d'activité. Les systèmes beveridgiens, en revanche, se préoccupent essentiellement du niveau de vie des personnes âgées et du rapport entre ce niveau de vie et celui des personnes actives. Cette distinction n'est pas anodine dans la mesure où les politiques peuvent diverger en fonction de l'objectif retenu. Ainsi, la France s'assure que les retraites apportent une contribution déterminante au niveau de vie des retraités et que ce niveau de vie soit en corrélation avec celui antérieur à la retraite. Le Royaume-Uni, pour sa part, ne se fixe pas d'objectif de taux de remplacement mais s'efforce de mettre à disposition des individus les outils nécessaires, le cas échéant, à compléter leurs revenus (dispositifs d'épargne privée, encouragement des solidarités familiales).

– L'adoption de l'indicateur de taux de remplacement illustre la préoccupation du comité de protection sociale de faire valoir l'objectif d'adéquation des systèmes de retraite par rapport à celui de viabilité. Après une première phase dominée par le souci de garantir la viabilité des systèmes de retraite (les projections financières, élaborées par le groupe vieillissement du comité de politique économique, occupaient alors le devant de la scène), le comité de protection sociale a mis l'accent sur l'adéquation des systèmes de retraite, c'est-à-dire leur capacité à assurer les individus contre le risque vieillesse. Dans les exercices de projection ultérieurs, l'évolution des taux de remplacement pourra être mise en regard de la situation financière des régimes.

– Les discussions relatives à l'adoption de l'indicateur du taux de remplacement révèlent les stratégies nationales en matière de réforme des retraites et leur articulation avec la MOC. La France a fortement plaidé pour l'adoption de cet indicateur dans la mesure où il fait l'objet d'un suivi régulier par le conseil d'orientation des retraites (COR), notamment à la demande des partenaires sociaux. Les projections de l'évolution de ce taux servent à justifier l'allongement des durées de cotisation mais aussi le développement de l'épargne retraite. Aucun objectif de taux de remplacement n'a toutefois été retenu. Le Royaume-Uni, *a contrario*, a exprimé des fortes réserves ne souhaitant pas mettre en évidence la faiblesse des pensions publiques, alors que la commission présidée par Lord Turner s'apprêtait à proposer une refonte du système d'assurance vieillesse britannique (rapport publié fin novembre 2005). Les tensions qui sont parfois apparues entre les délégations britanniques et françaises témoignent finalement de l'attention accordée à la MOC.

Le principe de l'égalité de traitement hommes/femmes a conduit à des adaptations de la législation relative aux retraites

L'article 141 du traité instituant la Communauté européenne pose le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de rémunération des salariés[74]. La directive 86/378 du 24 juillet 1986 transcrit pour les

[74] La rémunération est définie comme « le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier ».

régimes professionnels les principes et dispositions de l'article 141 : quasiment toute différenciation entre hommes et femmes pour l'attribution des prestations est interdite. Quant aux régimes dits légaux, la directive 79/7 du 19 décembre 1978 prévoit au contraire de nombreuses possibilités de dérogations au principe d'égalité hommes/femmes. La contrainte communautaire varie par conséquent pour les régimes d'assurance vieillesse français en fonction de leur classement dans telle ou telle catégorie.

Or, dans l'arrêt *Barber* (C-262/88, arrêt du 17 mai 1990), au terme d'une évolution jurisprudentielle d'une vingtaine d'années, la CJCE a considéré que les pensions de retraite fondées sur un critère d'emploi (à savoir celles qui sont fonction du temps de service accompli et de la rémunération perçue) et qui sont spécifiques à une ou à des catégories particulières de travailleurs ne relèvent pas de la directive 79/7 mais de l'article 141 du traité et de la directive 86/378. Le Conseil en a tiré les conséquences en adoptant la directive 96/97/CEE du 20 décembre 1996, modifiant la directive 86/378 en supprimant les dérogations au principe d'égalité précédemment autorisées. Cette directive a été transposée dans le code de la sécurité sociale (nouvel article L. 913-1) par l'ordonnance n° 2001-178 du 22 février 2001.

En France, deux catégories de régimes d'assurance vieillesse sont concernées :

– les régimes de retraite complémentaire obligatoires AGIRC et ARRCO ;
– les régimes de retraite spéciaux.

À la suite de l'arrêt *Barber*, les régimes AGIRC et ARRCO ont été contraints de supprimer les dispositions discriminatoires relatives aux conditions d'octroi des pensions de réversion (conditions d'âge différentes pour les femmes et les hommes). L'AGIRC s'est mise en conformité à compter du 1er mars 1994 et l'ARRCO à compter du 1er juillet 1996. Dans l'arrêt *Podesta* (C-50/99, arrêt du 25 mai 2000), la CJCE a confirmé le classement de l'AGIRC et l'ARRCO parmi les régimes de retraite professionnels.

Dans les arrêts *Griesmar* (C-366/99 du 29 novembre 2001) et *Mouflin* (arrêt C-206/00 du 13 décembre 2001), la CJCE a considéré que relevait de l'article 141 et de la directive 86/378 le régime spécial de retraite des fonctionnaires de l'État. Cette jurisprudence est transposable à tous les autres régimes spéciaux de retraite. Trois dispositions sont apparues discriminatoires dans les régimes spéciaux des fonctions publiques :

– la majoration de la durée d'assurance pour enfants, forfaitaire et réservée aux femmes ;
– les pensions de réversion : le droit était différé (60 ou 65 ans) et parfois soumis à une condition de ressources pour les hommes ; parfois le droit des orphelins prévalait sur le droit du veuf ;
– la retraite anticipée pour les mères de trois enfants.

La mise en conformité s'est effectuée en deux phases. Premièrement, la loi du 21 août 2003 a aligné le droit des hommes sur celui des femmes pour la

majoration de la durée d'assurance, mais instauré une exigence de cessation d'activité. Pour les pensions de réversion, la loi de 2003 a supprimé les conditions d'âge, de ressources et la priorité donnée parfois aux orphelins. Deuxièmement, la loi de finances rectificative de 2004 et le décret n° 2005-449 du 10 mai 2005 ont étendu la retraite anticipée aux pères de trois enfants tout en instaurant une condition de cessation d'activité.

Il est à noter que l'instauration d'une condition de cessation d'activité pour les majorations de durée d'assurance conduit *de facto* à limiter l'utilisation de cette disposition par les hommes, tout en réduisant les avantages accordés aux femmes. Le régime est désormais plus favorable pour les salariées affiliées au régime général, qui bénéficient d'un forfait de deux ans par enfant sans condition de cessation d'activité.

S'agissant des régimes spéciaux autres que ceux de la fonction publique, seul le régime spécial des clercs et employés de notaires (CRPCEN) fait actuellement l'objet d'une adaptation pour se conformer à la jurisprudence communautaire. Des contentieux sont en cours dans les régimes spéciaux des industries électriques et gazières (IEG) et de la CRPCEN. Une réforme des avantages familiaux des régimes spéciaux sera donc nécessaire au cours des prochaines années.

Quant au régime général et aux régimes de base des travailleurs non salariés non agricoles, ils continuent pour l'instant à relever de la directive 79/7 et des dérogations qu'elle prévoit. La principale disparité de traitement qui y subsiste est la majoration de durée d'assurance de deux ans par enfant, réservée aux femmes.

Conclusion

La conjugaison de l'absence de compétence communautaire en matière de protection sociale et la prédominance de dispositions à vocation essentiellement économique expliquent que l'impact des politiques communautaires sur les politiques sociales nationales doit être mesuré à l'aune de critères tant économiques que sociaux et en se plaçant du point de vue tant de l'assuré social que du travailleur mobile, du patient ou du contribuable.

En résumé, la politique communautaire a contribué à :

- lever les entraves à la libre circulation des personnes, dès lors que ces entraves étaient liées à la protection sociale ;
- offrir aux personnes un plus grand choix en matière de soins (possibilité d'aller se faire soigner à l'étranger) et de couverture sociale (mise en concurrence des assurances sociales complémentaires) ;
- placer les entreprises du secteur de l'assurance complémentaire en situation de concurrence, les obligeant ainsi à se repositionner, voire à se restructurer, mais leur donnant aussi la possibilité de se développer sur un marché de taille communautaire ;
- faire prendre conscience à l'opinion publique de la nécessité d'une maîtrise des dépenses publiques sociales ;
- préciser les dérogations possibles aux règles de la concurrence (solidarité, impératifs de santé publique ou d'équilibre financier) et relancer le débat sur les caractéristiques des services publics.

Si un impact similaire peut être observé dans les autres États membres, on ne peut pour autant observer de convergence des systèmes nationaux de protection sociale vers un modèle social européen. L'application du principe de subsidiarité permet en effet aux États membres de continuer à définir une protection sociale qui corresponde aux préférences de ses ressortissants.

Rapport thématique 4

La politique française de lutte contre les exclusions et les politiques communautaires

Sommaire

Introduction 285

Cadrage général 287

L'impact de la création du marché unique sur la politique de lutte contre les exclusions 287

Les droits accordés à un ressortissant communautaire, en vertu des principes de libre circulation des travailleurs et de non-discrimination, sont variables selon son statut 287

Les minima sociaux n'entrent pas dans le champ de la coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale 287

L'ouverture de l'accès aux minima sociaux aux ressortissants communautaires est strictement encadrée 288

L'ouverture de l'accès aux contrats aidés aux ressortissants communautaires fait encore l'objet d'incertitudes juridiques 291

La mise en œuvre de la lutte contre les exclusions doit être compatible avec les règles de concurrence et la libre prestation de services 292

La mise en place de la méthode ouverte de coordination (MOC) 297

Au terme d'une lente évolution, l'action communautaire en matière de lutte contre les exclusions s'est articulée autour de la méthode ouverte de coordination 297

Les premières actions communautaires dans le domaine de l'inclusion ont permis de faire émerger des principes fondateurs, repris dans la MOC 297

Appliquée par les États membres depuis 2001, la MOC inclusion a fait face au double enjeu de l'élargissement et de la rationalisation du processus de Lisbonne 299

La méthode ouverte de coordination a un impact diffus sur les politiques nationales de lutte contre les exclusions 301

Les caractéristiques de l'exercice MOC et de la politique d'inclusion doivent être prises en compte dans l'évaluation 301

À défaut de pouvoir évaluer précisément l'impact de la MOC inclusion sur le contenu des politiques nationales d'inclusion, on peut percevoir des influences sur la gouvernance 302

Dossiers approfondis 306

L'impact de la MOC inclusion sur la gouvernance en matière de lutte contre les exclusions 306

La MOC inclusion a permis de consolider le caractère interministériel de la lutte contre les exclusions 306

La MOC inclusion a élargi le champ de la politique française de lutte contre les exclusions à la lutte contre les discriminations 306

Le travail interministériel s'est formalisé autour de l'élaboration et du suivi des PNAI 307

La logique de la LOLF n'est pas encore complètement appliquée aux politiques de lutte contre les exclusions communautaire et nationale 308

Le regroupement de toutes les actions concourant à la lutte contre les exclusions dans le document de politique transversale 308

L'absence de priorité entre les objectifs aussi bien au niveau national que communautaire 310

L'absence d'objectifs chiffrés 311

La mise en cohérence des indicateurs est en cours 312

La MOC inclusion donne aux associations et aux personnes en situation d'exclusion une nouveau canal d'expression 313

La participation des associations et des partenaires sociaux est plus faible pour l'élaboration des PNAI que pour la définition des politiques nationales 313

La participation des personnes en situation d'exclusion n'est pas organisée de manière systématique 315
La MOC inclusion s'articule difficilement avec la décentralisation de compétences sociales aux collectivités locales 316
Vers une MOC nationale entre État et collectivités locales ? 320

L'impact de la MOC inclusion sur la prise en compte de la pauvreté des enfants 326

Conclusion 332

Introduction

Longtemps réduite à la problématique de la lutte contre la pauvreté monétaire, la politique de lutte contre les exclusions se fondait dans la protection sociale ou la politique de l'emploi et n'était pas traitée comme une politique à part entière.

Hormis les plans « pauvreté » lancés de façon épisodique par la Commission européenne, l'Union européenne ne se saisit du sujet qu'à la fin des années 90[1]. Sous l'influence de la France qui venait d'adopter la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions, la nécessité d'une approche multidimensionnelle de la lutte contre les exclusions et l'opportunité d'une intervention communautaire dans ce domaine ont été reconnues par le conseil européen de Lisbonne. Celui-ci a décidé à cette occasion d'appliquer la méthode ouverte de coordination à la promotion de l'inclusion sociale.

L'inclusion sociale est définie par la Commission comme « *un processus qui garantit que les personnes en danger de pauvreté et d'exclusion obtiennent les possibilités et les ressources nécessaires pour participer pleinement à la vie économique, sociale et culturelle, et qu'elles jouissent d'un niveau de vie et de bien-être considéré comme normal pour la société dans laquelle elles vivent. L'inclusion sociale leur garantit une meilleure participation aux processus de prise de décision qui affectent leur vie et un meilleur accès à leurs droits fondamentaux* ».

Dans ce rapport, les termes d'inclusion sociale (terminologie européenne) d'une part, et de lutte contre les exclusions (terminologie française) d'autre part, seront utilisés indifféremment, même si la politique européenne de l'inclusion est plus vaste que l'approche française de lutte contre les exclusions. D'ailleurs, le gouvernement français actuel privilégie le concept de « cohésion sociale ».

La lutte contre les exclusions va au-delà de la lutte contre la pauvreté dans la mesure où elle promeut l'accès à l'ensemble des droits fondamentaux et pas seulement la garantie d'un niveau de vie et de conditions de vie jugés suffisants. Elle mobilise par conséquent des instruments divers : les prestations de protection sociale (minima sociaux, prestations familiales), les avantages fiscaux (prime pour l'emploi, allègements de charges), les services sociaux (par exemple les centres d'hébergement et de réadaptation sociale) ainsi que les dispositifs d'accès à l'emploi (contrats aidés, mécanismes d'intéressement)…

[1] L'impact des fonds structurels, en particulier du fonds social européen, sur les politiques d'inclusion sociale fait l'objet d'une annexe à part.

Ce caractère multidimensionnel explique en grande partie que la conduite de la politique de lutte contre les exclusions repose sur de multiples partenariats entre le ministère de l'Emploi, de la cohésion sociale et du logement et :

- les autres administrations de l'État : ministères de la Santé, des Finances, de l'Éducation nationale, de la Justice, de la Culture, de l'Équipement ;
- les collectivités locales : régions, départements, intercommunalités et communes ;
- les associations œuvrant dans le domaine de la lutte contre les exclusions ;
- les partenaires sociaux.

Sans pouvoir répondre exhaustivement à l'ensemble des interrogations, l'IGAS s'efforcera, dans ce rapport, d'éclairer les problématiques suivantes :

- La prédominance de la dimension économique de la construction européenne a-t-elle eu un impact indirect sur la politique de lutte contre les exclusions ? Si oui, comment apprécier cet impact, à l'aune de critères économiques ou sociaux ?
- L'élargissement de l'Union européenne induit-il une nouvelle approche de la pauvreté, compte tenu des écarts de niveaux de vie entre les anciens et les nouveaux États membres ? A-t-il des conséquences sur le niveau des dépenses sociales, liées en particulier aux prestations sociales non contributives ?
- À condition de pouvoir l'évaluer, le processus communautaire de MOC impulsé par la France a-t-il désormais un impact sur la politique française ? S'accompagne-t-il d'une convergence des politiques de lutte contre les exclusions ?
- À défaut d'impact sur le contenu, peut-on déterminer l'impact de la MOC sur les procédures ou plus largement sur la gouvernance de la politique française de lutte contre les exclusions ?
- La politique d'inclusion sociale est-elle remise en cause par la rationalisation du processus de Lisbonne ou s'oriente-t-on vers des approches plus stratégiques avec des priorités clairement identifiées et la fixation d'objectifs chiffrés ?
- Comment l'État peut-il mener une politique de lutte contre les exclusions alors que la majorité des compétences sociales est décentralisée ? Comment associer les partenaires locaux aux exercices MOC ? Peut-on concevoir de copier l'exercice MOC pour garantir une bonne articulation entre les niveaux national et local ? La France peut-elle, à cet égard, s'inspirer de pratiques d'autres États membres ?

Après avoir brossé un tableau général en première partie, l'IGAS procédera à l'analyse de deux dossiers particuliers :

- l'impact de la méthode ouverte de coordination sur la gouvernance de la politique française de lutte contre les exclusions ;
- l'impact de la méthode ouverte de coordination sur la prise en compte de la pauvreté des enfants.

Chapitre 1

Cadrage général

La dimension sociale de la construction européenne était quasi absente des traités fondateurs. Le traité instituant la Communauté européenne a consacré la souveraineté des États membres en matière de protection sociale et, partant, en matière de lutte contre les exclusions. Jusqu'aux années 90, l'action communautaire a été subordonnée à l'objectif de libre circulation des travailleurs et libre prestation de services.

L'impact de la création du Marché unique sur la politique de lutte contre les exclusions

Les droits accordés à un ressortissant communautaire, en vertu des principes de libre circulation des travailleurs et de non-discrimination, sont variables selon son statut

En application du principe de libre circulation des travailleurs et du principe de non-discrimination selon la nationalité, le droit communautaire accorde des droits aux ressortissants communautaires, différents selon le statut de celui-ci (travailleur ou « simple » citoyen).

Les minima sociaux n'entrent pas dans le champ de la coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale

Les prestations d'assistance sociale n'entrent pas dans le champ d'application matériel du règlement n° 1408/71 relatif à la coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale. Cependant, le concept communautaire de sécurité sociale est plus large que celui en vigueur en droit français[2]. En effet, selon la jurisprudence de la CJCE, relève du régime de la sécurité sociale au sens des règlements communautaires toute prestation qui confère à ses bénéficiaires

[2] M. Laroque, « L'impact du droit communautaire sur les concepts de protection sociale française », *Droit social*, n° 11, novembre 1997.

une position légalement définie, qui se rapporte à l'un des risques énumérés à l'article 4 du règlement 1408/71 (qui énumère les différentes branches de la sécurité sociale) et qui complète des prestations de sécurité sociale.

Ainsi, à la suite de l'arrêt *Biason* (C-24/74, arrêt du 9 octobre 1974), l'allocation supplémentaire du fonds national de solidarité, aujourd'hui financée par le fonds de solidarité vieillesse, et l'allocation pour adultes handicapés ont été intégrées dans le champ d'application du règlement de coordination. Toutefois, ces mêmes prestations ont par la suite été classées dans la catégorie des « prestations spéciales en espèces à caractère non contributif » et ne sont donc pas exportables, conformément au règlement n° 1247/92 (voir rapport sur la protection sociale).

Quant aux prestations telles que le revenu minimum d'insertion, elles ne sont pas concernées par les règles de coordination. La CJCE a confirmé par l'arrêt *Scrivner* (arrêt C-122/84 du 27 mars 1985), à propos du « minimex » belge, que les systèmes de revenu minimum garanti n'étaient pas des prestations de sécurité sociale, dans la mesure où elles ne peuvent pas être rattachées à une des branches de la sécurité sociale.

Le principe d'égalité de traitement des travailleurs, posé par le règlement de coordination 1408/71, s'applique néanmoins également aux prestations d'assistance puisque ce principe a été élargi par le règlement n° 1612/68 du 15 octobre 1968 aux bénéficiaires d'avantages sociaux. C'est en référence à ce dernier règlement, ainsi qu'au principe de non-discrimination, qu'est examiné le droit des ressortissants communautaires aux minima sociaux.

L'ouverture de l'accès aux minima sociaux aux ressortissants communautaires est strictement encadrée

La question du droit des ressortissants communautaires résidant en France aux minima sociaux, en particulier au revenu minimum d'insertion (RMI), a fait l'objet de polémiques récentes. Or, l'analyse des règles, telles qu'elles ont été précisées ces dernières années par la législation tant communautaire que nationale, montre que la crainte d'une forte augmentation de ressortissants communautaires, bénéficiaires du RMI, est infondée[3].

Il est vrai que, autant le droit des travailleurs n'était pas contesté, autant la question de savoir si un ressortissant communautaire peut demander, au titre du principe de non-discrimination, le bénéfice d'un minimum social a fait l'objet d'interprétations évolutives.

Dans une première décision, concernant l'accès d'une personne au bénéfice du minimex belge[4], la CJCE a jugé, dans son arrêt du 18 juin 1997, *CPAS*

[3] En 2005, par exemple, 3 000 Polonais avaient demandé le RMI à la CAF de Paris. Celle-ci a rejeté les demandes constatant une absence de droit au séjour ; depuis cette date, il n'y a plus eu de demande massive.

[4] En qualité d'ayant-droit de son père ayant exercé une activité en Belgique et y ayant exercé ses droits à la retraite.

de Courcelles contre Mme Lebon (C-316/85), que *« l'égalité de traitement en ce qui concerne les avantages sociaux et fiscaux ne profite qu'aux travailleurs et non pas aux ressortissants des États-Membres qui se déplacent pour chercher un emploi »*. Elle considérait alors que le principe de non-discrimination posé par l'article 39 TCE ne concernait que les travailleurs, à l'exclusion des ayant droit (conformément au règlement n° 1612/68 du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la communauté).

Dans un second temps, la consécration dans le traité du principe général de non discrimination, applicable à tous les citoyens de l'Union (art. 12 TCE) l'a conduit à remettre en cause cette jurisprudence dans l'arrêt *Grzelczyk* du 20 septembre 2001 (C-184/99). Dans un récent arrêt *Trojani* du 7 septembre 2004 (C-456/02), la CJCE a confirmé cette jurisprudence en rappelant « qu'*un **citoyen** de l'Union européenne qui ne bénéficie pas dans l'État membre d'accueil d'un droit de séjour au titre des articles 39 CE (libre circulation des travailleurs) (…) peut, en sa seule qualité de citoyen de l'Union, y bénéficier d'un droit de séjour par application directe de l'article 18 (citoyenneté)* » et que « *une fois vérifié qu'une personne se trouvant dans une situation telle que celle du requérant au principal dispose d'une carte de séjour, cette personne peut se prévaloir de l'article 12 CE (non-discrimination) afin de se voir accorder le bénéfice d'une prestation d'assistance sociale telle que le minimex* ».

Le principe de non-discrimination prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais aussi les discriminations indirectes qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat[5].

Pour les ressortissants communautaires, le bénéfice d'un minimum social ne peut ainsi être conditionné qu'à trois types de règles :

– des règles générales, également applicables aux nationaux (par exemple, la signature d'un contrat d'insertion) ;
– une condition de résidence en France (article L. 262-1 du code de l'action sociale et des familles) ;
– la vérification de l'existence d'un droit au séjour (article L. 262-9-1 du code de l'action sociale et des familles).

Pour décider de l'attribution du RMI à un ressortissant communautaire, il faut donc apprécier son droit au séjour. Or, si celui-ci est inconditionnel pour les travailleurs (article 39), il ne l'est pas pour le citoyen de l'Union européenne (article 18). Ainsi, en France, le droit au séjour des citoyens est subordonné à *« la possession de ressources suffisantes et d'une assurance maladie couvrant*

[5] CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, C-152/73 ; CJCE, 27 novembre 1997, *Meints*, C-57/96 ; CJCE, 26 juin 2001, *Commission c/ Italie*, C-212/99 ; CJCE, 15 mars 2005, *Dany Bidar*, C-209/03.

l'ensemble des risques » (art. L. 121-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers)[6].

En pratique, il ressort de ces dispositions :

– que un citoyen communautaire qui s'installe sur le territoire français alors qu'il est dépourvu de ressources suffisantes n'y dispose pas d'un droit au séjour et n'a par conséquent pas le droit de bénéficier du RMI. La levée des mesures transitoires des traités d'adhésion des nouveaux États membres ne conduirait donc pas à un afflux de nouveaux bénéficiaires du RMI.

– que le RMI ne doit donc être attribué qu'aux demandeurs qui, alors qu'ils disposent déjà d'un droit au séjour, connaissent un accident de vie tel que perte d'emploi, séparation d'un conjoint ou cessation de vie maritale. En effet, la CJCE considère qu'il existe « *une certaine solidarité financière des ressortissants de l'État d'accueil avec ceux des autres États membres, notamment si les difficultés que rencontre le bénéficiaire du droit au séjour sont d'ordre temporaire »* ; la limite de cette solidarité réside dans le fait que *« les bénéficiaires du droit au séjour ne doivent pas devenir une charge déraisonnable pour les finances publiques de l'État d'accueil » (CJCE, 2001, Grzelczyk, précité).* Une directive 2004/38/CE (article 14 § 1) transpose en droit dérivé cette jurisprudence sur la notion de charge déraisonnable sans en définir le contenu.

L'application de cette réglementation étant complexe, le ministère de l'Emploi, de la cohésion sociale et du logement a fait parvenir en 2005 aux conseils généraux, aux caisses d'allocations familiales et aux caisses de la mutualité sociale agricole une note d'information précisant les règles en vigueur (note n° DGAS/1C/2005/165 du 24 mars 2005).

Les caisses d'allocations familiales continuent néanmoins à faire état de difficultés dans l'instruction des dossiers individuels. La détermination du droit au séjour est en effet délicate dans la mesure où elle implique l'appréciation de « ressources suffisantes » (montant, durée à retenir, nature des revenus à prendre en compte). L'interprétation de la notion de « charge déraisonnable » est également difficile. Dans l'attente de précisions, les CAF procèdent de la manière suivante :

– Pour les demandeurs de RMI disposant d'un titre de séjour, le séjour régulier en France étant réputé acquis, un droit au RMI peut être ouvert ;

– Pour les autres demandeurs, c'est-à-dire sans titre de séjour, le dossier est soumis au conseil général, pour une décision en opportunité ;

– Pour les demandes présentant des difficultés particulières, les services des préfectures peuvent être consultés à titre exceptionnel, pour déterminer la condition de droit au séjour.

[6] La notion de droit au séjour ne doit pas être confondue avec la possession d'un titre de séjour (CJCE, 25 juillet 2002, *MRAX/ État belge*, C-459/99). Modifié par la loi « maîtrise de l'immigration » du 26 novembre 2003, l'article L. 121-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers précise que la détention d'un titre de séjour n'est plus obligatoire pour les ressortissants de l'Union européenne. Ceux-ci peuvent néanmoins demander un tel titre qui, en justifiant leur droit au séjour, pourra faciliter leurs démarches administratives.

La loi n° 2006-339 du 23 mars 2006 relative au retour à l'emploi et sur les droits et les devoirs des bénéficiaires de minima sociaux a instauré une condition supplémentaire pour les ressortissants communautaires, dérogeant ainsi au principe d'égalité – cette dérogation étant permise par l'article 24 § 1 de la directive no 2004/38/CE du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. Désormais, le droit à l'allocation est subordonné à une condition de résidence de trois mois, sauf pour les personnes qui exercent une activité professionnelle, ou en ont exercé une, ainsi que pour leur famille. Une nouvelle note d'information devrait être produite par la DGAS dans les prochains mois pour rendre compte des évolutions législatives récentes.

Au total, la part des ressortissants communautaires dans l'ensemble des allocataires du RMI est faible : 1,7 % au 31 décembre 2005, soit moins de 20 000 personnes. Si cette part augmente régulièrement depuis 1999 (+5 000 personnes en six ans), l'adhésion des nouveaux États membres, le 1er mai 2004, n'a pas accentué la tendance.

L'ouverture de l'accès aux contrats aidés aux ressortissants communautaires fait encore l'objet d'incertitudes juridiques

Confronté à des difficultés d'interprétation de la jurisprudence communautaire, le ministère de l'Emploi, de la cohésion sociale et du logement a demandé à la mission juridique du Conseil d'État de préciser les règles relatives à l'accès des ressortissants de l'Union européenne aux dispositifs aidés d'emploi et de formation en alternance et aux stages de formation professionnelle (note du 26 septembre 2005).

Les modalités d'exercice de la libre circulation des travailleurs, consacrée à l'article 39 du traité, ont été précisées par le règlement n° 1612/68 du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté. Ce règlement indique notamment que les travailleurs ressortissants des autres États membres ont droit à l'égalité de traitement dans l'accès à l'emploi et les conditions de travail. Les points 2 et 3 de l'article 7 prévoient par ailleurs qu'ils bénéficient, d'une part, des mêmes avantages sociaux et fiscaux et, d'autre part, au même titre et dans les mêmes conditions que les tra-

[7] Nouvelle rédaction de l'article L. 262-9-1 du CASF : « *Pour l'ouverture du droit à l'allocation, les ressortissants des États membres de l'Union européenne et des autres États parties à l'accord sur l'Espace économique européen doivent remplir les conditions exigées pour bénéficier d'un droit de séjour et avoir résidé en France durant les trois mois précédant la demande. Cependant, cette condition de résidence n'est pas opposable :*
– aux personnes qui exercent une activité professionnelle déclarée conformément à la législation en vigueur ;
– aux personnes qui ont exercé une telle activité en France et soit sont en incapacité temporaire de travailler pour raisons médicales, soit suivent une formation professionnelle au sens des articles L. 900-2 et L. 900-3 du code du travail, soit sont inscrites sur la liste visée à l'article L. 311-5 du même code ;
– aux ascendants, descendants et conjoints des personnes mentionnées aux deux alinéas précédents. »

vailleurs nationaux, de l'enseignement des écoles professionnelles et des centres de réadaptation ou de rééducation[8].

Il résulte de ces dispositions que les ressortissants communautaires qui ont la qualité de travailleurs au sens du règlement 1612/68 doivent pouvoir accéder aux contrats aidés et aux stages de formation professionnelle dans des conditions de parfaite égalité avec les travailleurs nationaux[9]. Ni eux, ni leurs familles (conjoints et enfants à charge ou de moins de 21 ans) ne doivent donc avoir à démontrer de « lien réel avec le marché du travail français ».

Pour les ressortissants communautaires qui ne peuvent invoquer « que » leur qualité de citoyen, la jurisprudence de la CJCE admet que l'État d'accueil puisse instaurer des conditions d'accès « fondées sur des considérations objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national ». L'État d'accueil peut notamment s'assurer d'un lien réel avec le marché de l'emploi (C-138/02, arrêt *Brian Collins* du 23 mars 2004 ; C-258/04, arrêt *Ionnadis* du 15 septembre 2005). Une condition de résidence peut refléter ce lien réel mais la durée de résidence requise doit seulement servir à vérifier que le demandeur est effectivement à la recherche d'un emploi en France. Quant au critère de durée du chômage en France, il pourrait sans doute également être utilisé tout en restant proportionné à l'objectif poursuivi et sans être indirectement discriminatoire. Au total, il apparaît que les incertitudes juridiques subsistent.

La mise en œuvre de la lutte contre les exclusions doit être compatible avec les règles de concurrence et la libre prestation de services

En droit français, il est généralement reconnu que les organismes intervenant dans le domaine de la lutte contre les exclusions accomplissent des missions d'intérêt général. Ainsi, aux termes de la loi no 2002-2 du 2 janvier 2002, l'action sociale et médico-sociale « *s'inscrit dans des missions d'intérêt général et d'utilité sociale* ». Or, ainsi que l'ont montré les vives discussions relatives au projet de directive relative aux services dans le marché intérieur en 2005 et 2006, les politiques communautaires ont potentiellement un impact sur les services sociaux : remise en cause des régimes d'autorisation, mise en concurrence… Il s'agit par conséquent d'examiner la compatibilité de l'accomplissement de ces missions d'intérêt général avec les règles du droit communautaire.

[8] La CJCE a défini la formation professionnelle largement comme toute forme d'enseignement qui prépare à une qualification pour une profession, un métier ou un emploi spécifique, ou qui confère l'aptitude particulière à exercer tels profession, métier ou emploi (CJCE, 13 février 1985, *Gravier*, C-293/83).

[9] Il s'agit en effet de dispositifs qui peuvent être assimilés à des avantages sociaux au sens de l'article 7.2 du règlement 1612/68 ou sont couverts par l'article 7.3 relatif à la formation professionnelle.

Il faut tout d'abord préciser que le droit communautaire a une conception du service public différente de celle qui prévaut en droit administratif français puisqu'il distingue :

– les services économiques auxquels s'appliquent les dispositions du traité sur la libre concurrence[10] ;
– les services économiques d'intérêt général (SIEG) auxquels les dispositions du traité sur la libre concurrence ont vocation à être appliquées mais sous réserve d'aménagements : la CJCE a défini ces SIEG comme *« toute activité économique présentant un intérêt majeur pour l'État et dont l'exploitation est nécessaire pour la satisfaction de l'intérêt général »* (arrêt du 21 mars 1974, *BRT/SABAM*, C-127/73 et arrêt du 11 avril 1989, *Ahmed Saeed*, C-66/86) ; les SIEG comprennent essentiellement les industries de réseaux, tels que les communications électroniques, la production, le transport, la distribution de l'électricité ou du gaz, ou encore les services postaux ;
– les services d'intérêt général (SIG) non économiques (système d'éducation publique par exemple) placés hors du champ d'application des dispositions du traité sur la libre concurrence (article 80 TCE).

On ne trouve pas trace dans les traités de la notion de services sociaux d'intérêt général (SSIG). Ceux-ci constituent une sorte de zone grise entre les services d'intérêt général et les services économiques d'intérêt général : proches des SIG par leur philosophie et leur mode de fonctionnement, les SSIG fournissent des prestations qui doivent être considérées comme des « activités économiques » au sens des articles 43 et 49 du traité (libre prestation de services et liberté d'établissement). En effet, la CJCE a défini les activités économiques comme des prestations fournies normalement contre rémunération sans que le droit communautaire exige que le service soit payé directement par le bénéficiaire[11].

Au cours des dernières années, la Commission s'est engagée, en coopération avec les États membres, à travers le comité de protection sociale, dans une réflexion sur les services sociaux d'intérêt général et de santé et sur la nécessité de leur accorder un régime juridique particulier. À la suite de la publication d'un livre vert puis d'un livre blanc sur les services d'intérêt général, la Commission a finalement présenté, le 26 avril 2006, une communication relative aux services sociaux d'intérêt général. Les services de santé feront l'objet d'une communication ultérieure.

Sans en faire une catégorie juridique à part, la Commission a reconnu, dans cette communication, la spécificité des services sociaux d'intérêt général,

[10] Il convient de rappeler toutefois que le droit communautaire de la libre concurrence ne s'applique que si le commerce intra-communautaire est susceptible d'être affecté. Selon la CJCE (affaire C-215/96, *Bagnasco*), il n'y a effet sur le commerce intra-communautaire que dès lors qu'il est possible de prévoir avec un degré suffisant de probabilité et sur la base d'un ensemble de facteurs objectifs, qu'une réglementation, un fait ou une conduite peut avoir une influence telle qu'il pourrait compromettre la réalisation du but que constitue la réalisation d'un marché unique entre tous les États membres.

[11] Affaire C-352/85, *Bond van Adverteerders*.

« piliers de la société et de l'économie européenne ». La Commission ne donne pas de définition précise de ces services mais met en évidence les principes d'organisation communs, fondés sur la solidarité (non-sélection des risques, absence d'équivalence à titre individuel entre cotisations et prestations), le caractère personnalisé de la prestation et l'absence de but lucratif. Deux grands groupes peuvent être distingués :

– les régimes légaux et les régimes complémentaires de protection sociale ;
– les autres services essentiels fournis directement à la personne ; les services offerts dans le cadre de la lutte contre les exclusions entrent dans cette catégorie.

Dans la mesure où elle n'en fait pas une catégorie juridique à part, la Commission n'entend pas soustraire les services sociaux d'intérêt général aux règles du droit communautaire de la concurrence et du marché intérieur. En effet, elle escompte de l'application de ces règles une plus grande transparence, une plus grande efficacité et donc un meilleur usage des ressources budgétaires ainsi qu'une amélioration de la qualité et de la variété des services offerts.

La Commission précise néanmoins les conditions d'application des règles communautaires, répondant ainsi à une demande pressante que les États membres et les organisations de la société civile avaient exprimée lors des procédures de consultation.

(a) La définition des missions d'intérêt général

Conformément au principe de subsidiarité, les États membres sont libres de définir les missions de service public ainsi que les principes d'organisation. Le statut des opérateurs peut par exemple faire l'objet de restrictions de la part de l'État membre d'accueil (C-70/95, arrêt *Sodemare* du 17 juin 1997)[12].

Les pouvoirs publics peuvent choisir de fournir le service eux-mêmes ou par l'intermédiaire d'un tiers (entreprise publique ou privée). Dans ce deuxième cas, l'organisme public qui attribue à un organisme extérieur une mission sociale d'intérêt général doit, au minimum, respecter les principes de transparence, d'égalité de traitement et de proportionnalité[13]. Parfois, les directives « marchés publics », telles que la directive 2004/18/CE, imposent des obligations plus concrètes, notamment la définition, par les pouvoirs adjudicataires, des objectifs à atteindre.

(b) Les aides d'État

L'accomplissement d'une mission d'intérêt général peut générer, pour l'opérateur extérieur, des charges supplémentaires par rapport aux charges

[12] Arrêt *Sodemare* : Un État membre peut « *dans le cadre de sa compétence retenue pour aménager son système de sécurité sociale, considérer qu'un système d'assistance sociale implique nécessairement, en vue d'atteindre ses objectifs, que l'admission d'opérateurs privés à ce système en tant que prestataires de services d'assistance sociale soit subordonnée à la condition qu'ils ne poursuivent aucun but lucratif* ».

[13] En application du principe de proportionnalité, la mesure doit être nécessaire pour réaliser l'objectif invoqué.

résultant d'un fonctionnement normal du marché. Si l'autorité publique décide de les compenser, se pose la question de la compatibilité de cette compensation avec les règles communautaires relatives aux aides d'État. Or, à ce sujet, à la suite d'un arrêt de la CJCE[14], la Commission a pris en novembre 2005 une décision clarifiant et simplifiant le régime juridique applicable[15]. Dans la communication du 26 avril 2006, la Commission rappelle cette décision et estime qu'elle fixe « *des seuils et des critères tels, que les compensations reçues par une grande majorité de services sociaux sont d'office considérées comme étant compatibles avec les règles de la concurrence, et donc exemptées de l'obligation de notification préalable* ». La Commission rappelle que ces règles sont applicables à condition que les services se soient vu attribuer *a priori* par un « acte légal » une mission explicite d'intérêt général.

(c) La liberté d'établissement et la libre prestation de services

Les services exclus du champ d'application de la directive relative aux services dans le marché intérieur (voir encadré 1) continuent à relever de l'application des règles relatives :

– au principe de la liberté d'établissement (article 43 du traité CE), selon lequel un opérateur peut exercer une activité économique au moyen d'une installation stable dans un autre État membre pour une durée indéterminée ; c'est souvent le cas pour les services sociaux qui nécessitent une infrastructure (le logement social par exemple) ou une relation continue de proximité ;

– au principe de la libre prestation de services (article 49 du traité CE), qui permet soit à un opérateur économique de fournir des services de manière temporaire dans un autre État membre sans y être établi, soit à un usager de recourir aux services fournis par un prestataire établi dans un autre État membre.

La Commission rappelle que les articles 43 et 49 s'opposent non seulement aux règles nationales discriminatoires, mais également à toute règle qui gênerait l'application de ces libertés.

Cependant, il faut souligner que, dans ce secteur, les risques de « dumping social » liés à la libre prestation de services apparaissent limités. En effet, le secteur n'est pas très lucratif ; les prestations qui en relèvent sont de longue durée et de proximité et nécessitent la présence effective de personnes. Enfin, il est possible aux pouvoirs publics d'invoquer des « raisons impérieuses d'intérêt général » afin de déroger aux règles générales de la liberté d'établissement et de libre prestation de services. En effet, la CJCE a reconnu que l'exercice des libertés fondamentales pouvait être restreint pour des « raisons impérieuses d'intérêt général » et que les objectifs de politique sociale constituaient de telles raisons. Les restrictions doivent toutefois être fondées sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance. Toutes les procédures d'autorisation et d'agrément applicables en France aux services sociaux

[14] Affaire C-280/00, arrêt *Altmark Trans* du 24 juillet 2003.
[15] JO L312 du 29 novembre 2005, pages 67-73.

et médico-sociaux ou aux services à la personne doivent par conséquent être examinées à la lumière de leur compatibilité avec le droit communautaire.

Encadré 1 : Le champ d'application de la directive relative aux services dans le marché intérieur, dite directive Bolkenstein.

Le projet de directive relative aux services dans le marché intérieur, présenté par la Commission en janvier 2004, incluait tous les services économiques[16], y compris ceux d'intérêt général. Les services relevant du secteur social et médico-social entraient donc dans son champ d'application.

Compte tenu des oppositions soulevées par le projet de directive, le Parlement européen l'a amendé en février 2006. Conservant l'inclusion des services économiques d'intérêt général, il a exclu en revanche du champ d'application de la directive les services sociaux d'intérêt général ainsi que les soins de santé. La nouvelle proposition de la Commission du 4 avril 2006 a repris l'amendement du Parlement européen relatif à l'exclusion de ces services.

Cependant, les positions de la Commission et du Parlement européen divergent quant à la portée donnée à l'exclusion. Le Parlement estime que tous les services sociaux sont concernés, dans la mesure où ils sont « *une manifestation des principes de cohésion sociale et de solidarité* » et cite en exemple les services de logement social, les services de garde d'enfants et les services familiaux. La Commission, en revanche, a privilégié, dans son projet du 4 avril, une approche plus restrictive puisque l'exclusion n'est pas générale et ne concerne que les trois types de services sociaux que le Parlement avait pris comme exemples. Le Conseil, lors de sa réunion du 29 mai 2006, est revenu à la position initiale du Parlement.

Encadré 2 : Le financement du logement social

Un exemple concret de l'impact de l'Union européenne sur les règles de financement des services publics est donné par la question de la compatibilité avec les règles communautaires du financement du logement social. En effet, pour la Commission, la compatibilité des aides accordées aux « entreprises de logement social » est aujourd'hui conditionnée à :

– la qualification par le droit interne de l'État-membre du logement social en tant que service d'intérêt général sur la base d'une mission spécifique clairement établie ;

– le mandatement des entreprises de logement social par un acte officiel ;

– le respect du principe de base de « juste compensation », c'est-à-dire que l'aide accordée à l'entreprise de logement social pour mettre en œuvre les missions relevant des SIG se limite à couvrir les coûts induits par les obligations de service public.

Le respect de ce principe de base est laissé à la responsabilité de l'État-membre mais les possibilités de recours restent ouvertes pour les tiers. Ces règles supposent bien entendu une séparation comptable entre les activités relevant des services d'intérêt général et les activités concurrentielles pouvant être exercées par ailleurs, conformément aux dispositions de la directive transparence. À noter que le contrôle de la juste compensation ne s'opère pas opération par opération mais au niveau de l'entreprise de logement social de façon à conserver la possibilité de péréquation.

[16] Le service y était en effet défini comme « *toute activité économique non salariée consistant à fournir une prestation qui fait l'objet d'une contrepartie économique* » sans que cela exige que le service soit payé par ceux qui en bénéficient et indépendemment du mode de financement.

Au total, il apparaît que le droit communautaire de la concurrence et les règles relatives à la libre prestation de services n'ont pas eu pour l'instant d'impact majeur sur l'organisation du secteur social et médico-social. Les clarifications apportées par la communication de la Commission du 26 avril ainsi que l'exclusion des SSIG du champ d'application de la directive relative aux marchés dans le service intérieur ne laissent pas présager un accroissement de la pression du droit communautaire. En revanche, le droit communautaire a contraint les États-membres à faire preuve de davantage de transparence et à définir explicitement les missions d'intérêt général (ou missions de service public), les modalités de délégation de celles-ci ainsi que l'éventuelle compensation financière des coûts qu'elles engendrent.

La mise en place de la méthode ouverte de coordination

Au terme d'une lente évolution, l'action communautaire en matière de lutte contre les exclusions s'est articulée autour de la méthode ouverte de coordination

La prédominance, dans l'intégration européenne, de dispositions à vocation essentiellement économique explique l'émergence tardive de préoccupations plus sociales. La lutte contre les exclusions n'a été reconnue comme politique en tant que telle qu'à la fin des années 90.

Les premières actions communautaires dans le domaine de l'inclusion ont permis de faire émerger des principes fondateurs, repris dans la MOC

En l'absence de base juridique spécifique, quelques actions avaient toutefois été menées dans les domaines de la pauvreté et de l'exclusion sociale. Des programmes d'action « Pauvreté » ont été mis en place à partir des années 70 ; faiblement dotés, ils consistaient principalement en la commande et la réalisation d'études. En 1993, l'Allemagne et le Royaume-Uni ont invoqué l'efficacité discutable de ces programmes ainsi que la violation du principe de subsidiarité qu'ils impliquent pour s'opposer à l'adoption du programme « Pauvreté IV », qui aurait dû couvrir la période 1994-1999. Par ailleurs, la Commission a constitué un réseau européen d'experts indépendants (Observatoire des politiques de lutte contre les exclusions) et soutenu la constitution de *l'European Anti-Poverty Network* (EAPN), réseau d'organisations non gouvernementales œuvrant dans le domaine de la lutte contre les exclusions.

La charte sociale des travailleurs communautaires, adoptée en 1989, contenait un article relatif à la protection sociale, traitant notamment des personnes exclues du marché du travail et des personnes âgées. En 1992, le Conseil a adopté des recommandations : l'une en matière de protection sociale en général, l'autre concernant l'élaboration de critères communs relatifs à des ressources et à des prestations suffisantes[17].

En dépit du caractère non contraignant de ces dispositions, des principes importants ont émergé pendant cette période :

– la convergence est préférée à l'harmonisation ; en effet, si la convergence est justifiée par le souci de limiter les risques de « dumping social » et l'existence de défis communs, les États membres souhaitent préserver leur propre modèle social ;
– la convergence porte sur les objectifs et non sur les arrangements institutionnels, dans le respect de la diversité des modèles sociaux et du principe de subsidiarité ;
– en parallèle avec la mise en place de l'union monétaire, se développe un processus de comparaison systématique.

En 1999, la Commission a adopté une communication pour une stratégie concertée en matière de protection sociale en invoquant trois éléments de contexte : l'intégration économique et l'union monétaire, la stratégie de Luxembourg et l'élargissement. Parmi les domaines identifiés comme prioritaires pour une action concertée au niveau communautaire, apparaît l'inclusion sociale.

Depuis le traité d'Amsterdam, la lutte contre les exclusions est classée parmi les objectifs de la Communauté et les États membres (article 136). L'article 137 dispose spécifiquement que le Conseil, statuant à la majorité qualifiée conformément à la procédure de codécision, peut « *adopter des mesures destinées à encourager la coopération entre États membres par le biais d'initiatives visant à améliorer les connaissances, à développer les échanges d'informations et de meilleures pratiques, à promouvoir des approches novatrices et à évaluer les expériences afin de lutter contre l'exclusion sociale* ».

En mars 2000, le conseil européen de Lisbonne a décidé de faire de la lutte contre les exclusions un axe essentiel de la stratégie globale de l'Union européenne pour atteindre, d'ici 2010, l'objectif de « *devenir l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique au monde, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale* ». La nécessité d'une bonne articulation entre les politiques économiques et sociales est ainsi mise en évidence.

[17] On peut signaler à cet égard que, dès cette recommandation de 1992, il est acté que le niveau minimal dont devrait disposer tout individu ne peut s'apprécier que de manière relative, en tenant compte du niveau de vie et du niveau des prix dans chaque État membre concerné. Autrement dit, il n'est pas défini de seuil de pauvreté européen mais un seuil de pauvreté propre à chaque État membre.

Les commentateurs s'accordent pour attribuer une influence déterminante en la matière à la France. En effet, le gouvernement de l'époque souhaitait transposer au niveau communautaire l'approche multidimensionnelle de la lutte contre les exclusions qui caractérisait la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions.

En application du principe de subsidiarité, le Conseil européen a par ailleurs décidé que l'intervention de l'Union européenne dans ce domaine prendrait la forme de la méthode ouverte de coordination. Ce choix correspond aux principes qui s'étaient dégagés, courant des années 90.

Appliquée par les États membres depuis 2001, la MOC inclusion a fait face au double enjeu de l'élargissement et de la rationalisation du processus de Lisbonne

La méthode ouverte de coordination inclusion s'organise autour :

1) Des objectifs communs. Le Conseil européen de Nice en décembre 2000 a adopté quatre grands objectifs dans ce domaine : promouvoir la participation à l'emploi et l'accès de tous aux ressources, aux droits, aux biens et services ; prévenir les risques ; agir pour les plus vulnérables ; mobiliser l'ensemble des acteurs.

2) Des plans nationaux d'action pour l'inclusion. Sur le modèle des PNAE, les États membres ont déposé en juin 2001 des plans d'action nationaux inclusion (PNAI), couvrant la période 2001-2003. Les PNAI ont été analysés par des experts externes à la Commission. Ils ont également été présentés par chaque État membre dans une séance de *peer review* en juillet 2001. La Commission a ensuite élaboré un rapport commun, présenté au Conseil européen de Laeken en décembre 2001. Les PNAI du deuxième cycle (2003-2005) ont été présentés en juin 2003 ; le rapport conjoint a été adopté par le conseil en mars 2004. Des actualisations des PNAI ont été présentées par certains États membres, dont la France, en 2004 et 2005. Un rapport conjoint sur la protection sociale et l'inclusion sociale a été présenté par la Commission en janvier 2005. À noter que les PNAI comportent en annexe des exemples de « bonnes pratiques » nationales.

3) Des indicateurs. Le Conseil européen de Laeken de décembre 2001 a adopté 18 indicateurs communs pour mesurer les progrès accomplis en matière de pauvreté monétaire relative, emploi, santé et éducation. En juillet 2003, le comité de protection sociale a amendé certains indicateurs de Laeken et en a adopté un nouveau relatif aux travailleurs pauvres. Ces indicateurs constituent un socle commun que chaque État membre est libre de compléter.

4) Un programme d'action communautaire. Le programme d'action communautaire a été établi pour une période de quatre ans (2002-2006) et doté d'un budget de 75 millions d'euros. Contrairement aux programmes « Pauvreté » antérieurs, il ne s'agit plus de financer des expérimentations mais de combler deux

lacunes : la connaissance des phénomènes d'exclusion et la mobilisation des acteurs. Le programme 2002-2006 a notamment permis la création de la nouvelle base de données (EU-SILC) qui doit se substituer au Panel communautaire des ménages[18]. Enfin, il s'agit aussi de promouvoir les échanges et la coopération entre États membres en réalisant des études et en organisant des *peer reviews*.

Encadré 3 : Les indicateurs des politiques d'inclusion

Pour les indicateurs, un travail considérable a été fourni par le sous-groupe « Indicateurs » du comité de protection sociale, afin de décrire l'exclusion dans ses différentes dimensions et afin d'adopter des méthodologies communes. Les indicateurs retenus au Conseil de Laeken s'articulent autour de la pauvreté monétaire, l'accès à l'emploi et la santé[19].

Toutefois, la réflexion autour des indicateurs est permanente et le travail du sous-groupe indicateurs doit s'articuler autour des préoccupations suivantes[20] :

– Enrichir la liste des indicateurs : l'enjeu est d'aller au-delà des indicateurs de pauvreté pour décrire aussi bien certains domaines non abordés jusqu'à présent (le logement) comme les inégalités (notamment géographiques), la précarité (approche longitudinale) et les représentations des personnes ; on constate en effet que l'absence d'indicateur affaiblit les politiques correspondantes ;

– affiner les indicateurs en exploitant de nouvelles sources de données (notamment EU-SILC) ou en utilisation des mesures complémentaires (par exemple, élargir l'indicateur des travailleurs pauvres pour juger de la polarisation de l'emploi) ;

– améliorer l'utilisation des indicateurs que ce soit à des fins de comparaison entre États membres ou en vue d'une appropriation au niveau national.

Ainsi constituée, la MOC inclusion a été intégrée dans l'acquis communautaire que les dix nouveaux États membres devaient reprendre au moment de l'élargissement de l'Union européenne. En juillet 2004, les nouveaux États membres ont ainsi présenté leur premier engagement commun en faveur de l'inclusion (*Joint Memoranda on social inclusion*), suivi de plans d'action nationaux pour la période 2004-2006. Il est apparu à cette occasion que les situations de pauvreté étaient plus accentuées que dans l'Europe des 15. Ainsi, si le taux de pauvreté monétaire est similaire, le niveau du seuil de pauvreté par rapport auquel celui-ci est calculé est bien inférieur (moins de la moitié du seuil moyen de l'Europe des 15)[21]. Néanmoins, les objectifs prioritaires que se sont fixés les nouveaux États membres sont très proches des stratégies nationales des autres États de l'Union européenne ; ils s'articulent autour des politiques de retour à l'em-

[18] L'enquête EU-SILC (*Community statistics on income and living conditions*), créée à la demande de la Commission sous le pilotage d'Eurostat, vise à obtenir les indicateurs structurels dans les domaines de la répartition des revenus, du nombre de pauvres et d'exclus et de la composition de ce groupe social dans les États membres.

[19] En outre, l'annexe statistique au PNAI 2003-2005 français se caractérise par sa richesse.

[20] A.B. Atkinson, B. Cantillon, E. Marlier et B. Nolan : *Taking forward the social inclusion process*, rapport indépendant commandé par la présidence luxembourgeoise de l'Union européenne, juin 2005.

[21] DREES, « Protection sociale : un aperçu de la situation des dix nouveaux membres de l'Union européenne », *Études et résultats*, n° 336, août 2004.

ploi, de la modernisation du système de protection sociale, de la lutte contre la pauvreté des enfants et de l'accès au logement et aux services publics[22].

À la suite de l'élargissement, dans le contexte de la révision de la stratégie de Lisbonne[23] et après avoir consulté les États membres et les autres intervenants au sujet du fonctionnement des méthodes ouvertes de coordination[24], la Commission européenne a proposé de rationaliser les processus existants. Cette rationalisation consiste en une fusion des MOC inclusion sociale, retraite et santé. L'objectif affiché par la Commission est double : « *créer un processus plus fort et assurer une meilleure intégration avec le processus de Lisbonne, notamment avec les grandes orientations des politiques économiques (GOPE) et la stratégie européenne en faveur de l'emploi (SEE)* »[25]. Autrement dit, la cohésion sociale est non seulement un objectif en soi mais elle a aussi vocation à soutenir la croissance économique. *A contrario*, la croissance économique permet le progrès social.

Aux fins d'une meilleure coordination, le format des comptes rendus a été harmonisé et le calendrier des trois exercices a été synchronisé. Après une période de transition en 2005, un rapport national de stratégie unique portant sur les thèmes inclusion, retraites et santé devra être présenté par chaque État membre en septembre 2006. Ainsi, les questions pertinentes pourront être intégrées dans les programmes nationaux de réforme d'octobre 2006.

La méthode ouverte de coordination a un impact diffus sur les politiques nationales de lutte contre les exclusions

Les caractéristiques de l'exercice MOC et de la politique d'inclusion doivent être prises en compte dans l'évaluation

Plusieurs éléments plaident en faveur d'une évaluation adaptée de la MOC inclusion. Autrement dit, elle doit être évaluée au regard de ce qu'on pouvait en escompter.

[22] *Report on social inclusion 2005 : an analysis of the National Action Plans on social inclusion (2004-2006) submitted by the 10 new Member States*. Commission européenne, Direction générale de l'emploi et des affaires sociales, février 2005.

[23] La stratégie de Lisbonne révisée se concentre sur les politiques destinées à favoriser la croissance et l'emploi.

[24] La Commission avait demandé aux États membres, aux partenaires sociaux, aux ONG et aux institutions de protection sociale de remplir un questionnaire sur la MOC. La synthèse des réponses fait apparaître que les parties intéressées :
– sont attachées à la MOC en ce qu'elle met en valeur la dimension sociale de l'Union européenne ainsi que l'importance des politiques de protection et d'inclusion sociales ;
– sont favorables à un processus plus ciblé qui ne conduise pas pour autant à une dilution des politiques ;
– apprécient particulièrement les mécanismes d'échanges et d'apprentissage mutuels ;
– insistent sur l'importance des liens entre la MOC et les autres processus communautaires ;
– se félicitent de l'encouragement de la bonne gouvernance et de l'ouverture dans l'élaboration des politiques.

[25] Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au comité des régions : *Travailleur ensemble, travailler mieux : un nouveau cadre pour la coordination ouverte des politiques de protection sociale et d'inclusion sociale dans l'Union européenne*. COM (2005) 706 du 22 décembre 2005.

– À la différence des directives et règlements utilisés pour la mise en œuvre des principes de libre circulation, la méthode ouverte de coordination est un instrument relevant de la *soft law* donc par définition non contraignant ; l'impact ne peut être mesuré par les transpositions en droit interne des dispositions communautaires.
– Tout en s'en inspirant, la méthode ouverte de coordination inclusion se différencie de la stratégie européenne pour l'emploi par la nature de ses objectifs et le faible pouvoir de la Commission. Ainsi, les objectifs fixés en commun au niveau communautaire sont très généraux alors que les PNAE s'articulent autour de lignes directrices et répondent à des objectifs chiffrés en matière d'employabilité (notamment un taux d'emploi de 70 % et un taux d'emploi des travailleurs âgés de 50 % à l'horizon 2010). En outre, en l'absence d'articles du traité définissant la procédure à suivre, l'impulsion politique en matière d'inclusion est donnée par les déclarations successives des Conseils européens et la légitimité de la Commission à intervenir dans ce domaine est fragile. Elle n'a notamment pas vocation à évaluer les PNAI, ainsi que le lui rappellent les États membres. Il est précisé dans l'introduction du premier rapport conjoint que « *ce rapport n'évalue pas l'efficacité des systèmes déjà en place dans les différents États membres. Il se concentre plutôt sur l'analyse des différentes approches adoptées par les États membres* ». La Commission dispose tout au plus d'un pouvoir d'interpellation.
– La politique de l'inclusion se caractérise par ailleurs, d'une part, par son imbrication étroite avec les politiques économique et de l'emploi et, d'autre part, par le rôle très important dévolu aux collectivités locales et aux associations.

Au total, la MOC n'a pas vocation à conduire à une politique d'inclusion unifiée avec des modes d'intervention harmonisés, mais à aider les États membres à trouver des solutions au défi commun de l'exclusion, en s'inspirant des mesures et pratiques des autres États membres.

À défaut de pouvoir évaluer précisément l'impact de la MOC inclusion sur le contenu des politiques nationales d'inclusion, on peut percevoir des influences sur la gouvernance.

L'analyse de l'impact de la MOC inclusion sur les politiques nationales d'inclusion fait apparaître les éléments suivants.

– La MOC est un processus peu visible et mal connu en dehors des mondes administratif et associatif, ainsi qu'en témoignent les débats au moment du référendum sur la Constitution européenne.
– L'impact de la MOC inclusion sur le contenu des politiques publiques et, au-delà, sur les situations de pauvreté et d'exclusion ne peut être évalué précisément mais apparaît faible, compte tenu de la persistance des situations

d'exclusion. Il est vrai que les résultats des politiques d'inclusion sont étroitement liés à la conjoncture économique et à la situation des marchés de l'emploi et du logement. À cet égard, on ne peut que souhaiter une meilleure articulation, aussi bien au niveau communautaire que national, avec les politiques économiques et les politiques de l'emploi. Dans ce contexte, il aurait peut-être été intéressant de rapprocher la MOC inclusion de la MOC emploi plutôt que de la fusionner avec les MOC retraites et santé.

– Le processus d'apprentissage mutuel est à ce stade limité. D'une part, les exemples de bonnes pratiques, qui figurent en annexe des PNAI, n'ont pas la fonction pédagogique qui pourrait être la leur. En effet, en l'absence de recommandations communautaires sur leur contenu, ils sont présentés de manière disparate et peu exploitable. Les exercices d'évaluation par les pairs présentent un intérêt plus grand. Plébiscités par les participants, ils permettent d'approfondir des sujets précis et inspirent régulièrement des réformes dans d'autres États membres[26]. Par exemple, la *peer review* organisée en Irlande sur le surendettement a influencé des adaptations des législations allemande, hongroise et danoise. En ce qui concerne la France, on remarque sa prédilection pour une présentation de réformes très récentes, avant même qu'elles n'aient fait la preuve de leur efficacité : le revenu minimum d'activité (PNAI 2003-2005), le contrat d'accueil et d'intégration (fin 2004), le document de politique transversale (juin 2006).

– À défaut de pouvoir évaluer l'effet de la MOC sur les politiques nationales et encore moins sur les situations de pauvreté et d'exclusion, on peut se demander si elle s'accompagne d'une convergence des politiques. À ce sujet des thèmes communs peuvent être effectivement identifiés : le renforcement de l'action en faveur des sans-abris, la compensation du handicap, l'activation des dépenses en matière d'emploi (voir encadré 4). La promotion de l'égalité hommes / femmes est également devenue une préoccupation commune. À l'occasion de la construction d'indicateurs, des divergences de conception continuent néanmoins à apparaître. Pour l'indicateur des travailleurs pauvres par exemple, le choix de l'unité de référence pour la mesure de la pauvreté (individu ou ménage) a fait l'objet de débats.

– L'impact est plus évident sur les procédures et la gouvernance. La MOC inclusion n'a pas tant généré des réformes que rejoint et renforcé des préoccupations qui émergeaient au niveau national : la mise en œuvre d'une logique de performance par la loi organique relative aux lois de finances (fixation d'objectifs, mesure des résultats par des indicateurs), la nécessité d'une bonne articulation entre différents niveaux de décision, dans le contexte de décentralisation des compétences sociales, la participation des usagers.

[26] *Peer review 2005 Assessment report,* www.peer-review-social-inclusion.net.

Encadré 4 : la convergence illustrée par l'activation des minima sociaux

Schématiquement, la lutte contre la pauvreté mobilise deux instruments principaux : les transferts sociaux et les mesures d'accès à l'emploi. Les États membres utilisent généralement les deux approches mais ont tendance à mettre l'accent sur l'une plutôt que sur l'autre. Dans son programme de réduction de la pauvreté des enfants, le Royaume-Uni par exemple a donné la priorité à l'accès à l'emploi des parents, tout en ayant recours par ailleurs à des prestations familiales et à des aides fiscales.

Les orientations définies en commun dans le cadre de la méthode ouverte de coordination s'articulent plutôt autour du retour à l'emploi. Ainsi, le dernier *Rapport conjoint sur la protection sociale et l'inclusion sociale* de 2006 insiste sur la primauté de cet objectif : « *Remettre les gens au travail, maintenir les travailleurs sur le marché de l'emploi et accroître la participation à ce marché et les facultés d'emploi sont trois éléments clé pour la réalisation des objectifs de la stratégie de Lisbonne* ».

Ces préconisations communautaires se sont conjuguées avec une mise en évidence, dans les États membres de l'Union européenne, des phénomènes de trappes à inactivité[27]. Dans ce contexte, on a observé au cours des dernières années une convergence des politiques nationales vers une activation des prestations sociales[28]. Autrement dit, l'objectif est de rendre le travail rémunérateur (« making work pay »). En France, cette politique d'activation s'est traduite notamment par la mise en place du revenu minimum d'activité (RMA) par la loi n° 2003-1200 du 18 décembre 2003 et la réforme des mécanismes d'intéressement par la loi n° 2006-339 du 23 mars 2006.

Ces politiques d'incitation au travail se heurtent toutefois à deux limites.

Si l'emploi constitue le meilleur rempart contre le risque de pauvreté, il n'est pas toujours suffisant pour échapper à celle-ci. Ainsi, le phénomène des travailleurs pauvres a été mis en lumière aussi bien au niveau national, notamment par les rapports de l'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale, qu'au niveau communautaire. Un indicateur spécifique, relatif à la pauvreté des personnes en situation d'emploi, a été ajouté en 2003 à la liste des indicateurs de Laeken. Selon cet indicateur, la France se situe dans une position médiocre avec 8 % de travailleurs pauvres contre une moyenne de 7 % dans l'Union européenne. Un rapport remis en mai 2006 par le docteur X. Emmanuelli et le préfet B. Landrieu met par ailleurs en évidence que 16 % des personnes hébergées en centres d'hébergement d'urgence en région parisienne disposaient d'un contrat de travail. Lors du CILE du 12 mai 2006, le gouvernement a annoncé le développement d'une offre de logement adaptée à ces personnes.

Certaines personnes sont trop éloignées du marché du travail pour pouvoir espérer un retour rapide à l'activité. Conscient de ce problème, la Commission a lancé en février 2006 une consultation sur une action à mener au niveau communautaire pour promouvoir l'inclusion active des personnes les plus éloignées du marché du travail. Le principal défi identifié est de « *s'assurer que les systèmes de protection sociale contribuent efficacement à mobiliser les personnes capables de travailler, tout en parvenant plus largement à garantir un niveau de vie décent à ceux qui sont ou resteront en marge du marché du travail* ».

[27] Les trappes à inactivité signifient que le retour à l'emploi pour des bénéficiaires de minima sociaux peut se traduire par une diminution des revenus en raison des coûts liés à la reprise d'emploi (les transports, les frais de garde d'enfants) et la perte d'avantages connexes. Dans ce cas, les bénéficiaires de minima sociaux n'ont pas d'incitation financière à reprendre un emploi.

[28] B. Joly, « Politiques de l'emploi en Europe : les grandes tendances chez les voisins de la France », *Droit social*, n° 1, janvier 2005.

Ces éléments d'appréciation sur la méthode ouverte de coordination dans le domaine de l'inclusion, globalement positifs, ne permettent pas en revanche de déterminer le rapport coût / efficacité du processus. Devant l'impossibilité de déterminer l'influence de la MOC sur les politiques nationales, on ne peut pas se prononcer sur l'adéquation entre les résultats obtenus et les moyens engagés dans ces exercices. À cet égard, la rationalisation du processus de Lisbonne ouvre de nouvelles perspectives à la politique de lutte contre les exclusions, sans que l'on puisse déterminer s'il agit d'une opportunité (relance de la politique d'inclusion avec une définition d'objectifs stratégiques) ou une menace (la problématique de l'inclusion se diluant au sein des enjeux de protection sociale).

Chapitre 2

Dossiers approfondis

La MOC inclusion n'a pas d'effet visible et mesurable sur les politiques d'inclusion sociale et au-delà sur les situations de pauvreté et d'exclusion. En revanche, on perçoit nettement son influence dans le domaine de la gouvernance et il paraît pertinent d'affirmer que les processus à l'œuvre aux niveaux communautaire et national se consolident et se légitiment mutuellement.

L'impact de la MOC inclusion sur la gouvernance en matière de lutte contre les exclusions

La MOC inclusion a permis de consolider le caractère interministériel de la lutte contre les exclusions

La MOC inclusion a élargi le champ de la politique française de lutte contre les exclusions à la lutte contre les discriminations[29]

Sous l'effet de l'influence française, la MOC inclusion reprend l'approche multidimensionnelle de la lutte contre les exclusions, telle qu'elle était mise en évidence par la loi du 29 juillet 1998 : « *La présente loi tend à garantir sur l'ensemble du territoire l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux dans les domaines de l'emploi, du logement, de la protection de la santé, de la justice, de l'éducation, de la formation et de la culture, de la protection de la famille et de l'enfance* » (article 1er). Les objectifs déterminés en commun par la Commission et les États membres rappellent qu'outre la lutte contre la pauvreté monétaire, il s'agit de promouvoir l'accès aux droits fondamentaux. Les plans nationaux doivent contenir des mesures relevant des différents domaines.

La principale différence de périmètre entre la loi du 29 juillet 1998 et la MOC inclusion concerne la problématique de l'égalité des chances et de la lutte contre les discriminations. Cette dernière est conçue de manière beaucoup plus large au plan communautaire, dans la mesure où elle va au-delà du champ étroit de la rela-

[29] Voir aussi sur ce sujet l'annexe relative à la non-discrimination.

tion aux personnes étrangères en matière d'emploi ou de logement pour aborder les sujets de l'âge ou du handicap. Lors de l'élaboration des PNAI 2003-2005, la Commission a ainsi invité les États membres à intégrer de manière explicite la dimension de l'égalité entre hommes et femmes dans l'analyse de l'exclusion sociale et à mettre en lumière les difficultés spécifiques des immigrants.

On peut estimer que l'action communautaire dans ce domaine a contribué à intégrer l'égalité des chances et la lutte contre les discriminations dans les politiques françaises de lutte contre les exclusions et même à les ériger au rang de priorités politiques. Les mesures du plan de cohésion sociale, de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, ainsi que la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances en témoignent.

Le plan de cohésion sociale illustre la richesse du concept d'égalité des chances : égalité des chances à l'école (création d'équipes de réussite éducatives), égalité des chances entre les territoires (réforme de la dotation de solidarité urbaine), accueil et intégration des populations immigrées (généralisation du contrat d'accueil et d'intégration), lutte contre les discriminations (création de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité).

Toutefois, à force d'étendre le champ de la politique d'inclusion, émerge le risque de perdre de vue la spécificité de l'exclusion. La lutte contre les discriminations fondées sur le sexe par exemple est très différente de la lutte contre la pauvreté monétaire : les femmes ne constituent ni une minorité, ni une population en situation d'exclusion. Il est vrai toutefois qu'elles sont davantage touchées par la pauvreté que les hommes.

En outre, la volonté de cohérence entre les périmètres des politiques nationale et communautaire doit être nuancée. Certes, elle est clairement affichée dans le document de politique transversale (DPT) (voir encadré 5). L'architecture interne de celui-ci s'articule en effet autour des objectifs communs du PNAI : promouvoir la participation à l'emploi et l'accès de tous aux ressources, aux droits, aux biens et services ; prévenir les risques ; agir pour les plus vulnérables ; mobiliser l'ensemble des acteurs. Autrement dit, les objectifs des programmes concourant au DPT sont réorganisés autour des axes du PNAI. Cependant, si ce choix est en apparence le fruit d'une volonté politique de faire du PNAI la référence des orientations stratégiques retenues pour lutter contre les exclusions, la dynamique est en réalité inverse puisque les PNAI ne sont pour l'instant que le reflet des politiques nationales définies antérieurement.

Le travail interministériel s'est formalisé autour de l'élaboration et du suivi des PNAI

En dépit du regroupement de toutes les compétences relatives à la cohésion sociale, y compris le logement, dans un même ministère, la politique de lutte contre les exclusions reste intrinsèquement interministérielle. Ainsi, le DPT com-

prend 27 programmes relevant de 10 missions différentes : solidarité et intégration ; ville et logement ; travail et emploi ; enseignement scolaire ; justice ; santé ; politique des territoires ; culture ; sport, jeunesse et vie associative ; outre-mer.

Certes, la coordination interministérielle dans ce domaine est indispensable, sans qu'il soit nécessaire d'invoquer la MOC inclusion. Une instance de concertation interministérielle, appelé comité permanent du comité interministériel de lutte contre les exclusions (CILE), a d'ailleurs été mise en place à la suite de la loi du 29 juillet 1998, avant même le Conseil européen de Lisbonne. Toutefois, l'élaboration des PNAI a renforcé et légitimé le caractère multidimensionnel de la politique de lutte contre les exclusions et a contribué à la relance de la politique en 2004.

Ainsi, le gouvernement a décidé en 2004 de réactiver le comité interministériel de lutte contre les exclusions (CILE). Créé par le décret n° 99-104 du 12 février 1999, il ne s'était pas réuni de manière formelle depuis 1999[30]. Une première réunion du CILE, au niveau ministériel, s'est tenue le 6 juillet 2004 et a conduit à l'adoption d'une série de mesures, dont la création d'un DPT. L'organisation d'un deuxième comité interministériel, présidé par le Premier ministre, le 12 mai 2006, est la preuve de son instauration à un rythme bisannuel.

Toutefois, cette organisation ne tient pas compte de la multiplication des agences intervenant dans le domaine de la lutte contre les exclusions, telles que l'Agence nationale de rénovation urbaine (ANRU), l'Agence nationale d'accueil des étrangers et des migrations (ANAEM), la Haute Autorité pour la lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), l'Agence nationale de lutte contre l'illettrisme (ANLCI) ou la nouvelle Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances, créée par la loi du 31 mars 2006[31].

La logique de la LOLF n'est pas encore complètement appliquée aux politiques de lutte contre les exclusions communautaire et nationale

Le regroupement de toutes les actions concourant à la lutte contre les exclusions dans le document de politique transversale (DPT)

De la même manière que la MOC inclusion a permis d'affirmer le caractère interministériel de la lutte contre les exclusions, elle s'est conjuguée à

[30] En ce qui concerne le PNAI 2003-2003, le document a été rédigé par la DGAS en concertation avec les autres directions concernées, validé par le comité permanent, soumis au CNLE le 11 juin 2003 puis présenté au conseil des ministres du 16 juillet avant transmission à la Commission européenne.

[31] L'agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances a pour mission générale de contribuer à des actions en faveur des personnes rencontrant des difficultés d'insertion sociale ou professionnelle (article L. 121-14 nouveau du code de l'action sociale et des familles). En fait, son action est surtout orientée vers les habitants des quartiers prioritaires de la politique de la ville. Elle absorbe certaines compétences du Fonds d'action et de soutien pour l'intégration et la lutte contre les discriminations (FASILD), mais devra s'articuler avec la Délégation interministérielle à la ville (DIV), qui assure sa co-tutelle.

l'adoption de la loi organique relative aux lois de finances du 1er août 2001 pour promouvoir un mode de pilotage rénové. La logique de la LOLF repose sur la détermination d'actions dont les objectifs, le coût et les résultats escomptés sont précisément décrits ; la performance est ensuite mesurée au moyen d'indicateurs[32].

La lutte contre les exclusions ne bénéficie pas de programme spécifique. La dénomination du programme « politiques en faveur de l'inclusion sociale » de la mission solidarité et intégration est trompeuse puisque ce programme ne réunit que les crédits de la direction générale de l'action sociale destinés à l'urgence sociale et à la lutte contre la précarité.

La création du DPT relatif à l'inclusion sociale constitue néanmoins un progrès. En effet, en regroupant, au sein d'un même document, tous les programmes et crédits afférents à la lutte contre les exclusions, le DPT offre au gouvernement et au Parlement une appréciation transversale des moyens mis en œuvre.

Au niveau territorial, la circulaire du 2 janvier 2006 relative à la réforme de l'administration départementale de l'État ouvre la voie, dans le domaine de la cohésion sociale, aux délégations interservices avec ordonnancement secondaire[33].

Encadré 5 : Le document de politique transversale « Inclusion sociale »

Le comité interministériel de lutte contre les exclusions (CILE), le 6 juillet 2004, a décidé la création d'un DPT « Inclusion sociale », avec pour chef de file le ministre de l'Emploi, de la cohésion sociale et du logement.

En effet, la politique de lutte contre les exclusions correspond à la définition d'une politique transversale au sens de la LOLF : politique publique interministérielle financée à un niveau significatif par l'État, identifiée par le Premier ministre, dont la finalité concerne plusieurs programmes relevant de différents ministères et n'appartenant pas à une même mission.

Le DPT est présenté sous forme d'annexe générale au projet de loi de finances de l'année. Il développe la stratégie mise en œuvre et regroupe les objectifs et indicateurs des différents programmes y concourant. Il définit des objectifs transversaux. Il comporte également une présentation détaillée de l'effort financier consacré par l'État à ces politiques.

Le ministre chef de file, en l'espèce le ministre de l'Emploi, de la cohésion sociale et du logement, a la responsabilité de coordonner les activités de l'État relevant des différents programmes concernés. Le DPT « Inclusion sociale » comporte 27 programmes relevant de 10 missions différentes.

Le document de politique transversale sera présenté aux autres États membres lors d'une évaluation par les pairs organisée en juin 2006.

[32] Le nouveau cadre de la gestion publique repose en particulier sur des missions (ensemble de programmes concourant à une politique publique définie) et des programmes (regroupant un ensemble cohérent d'actions, les programmes décrivent le coût, les objectifs et les résultats attendus de celles-ci).

[33] Les possibilités de délégations interservices, créées par le décret du 20 octobre 1999, ont été rénovées. Le préfet peut créer par arrêté une délégation interservices dont le responsable reçoit délégation de signature et a autorité fonctionnelle sur les chefs des services intéressés, dans la limite de la délégation. Il peut également être ordonnateur secondaire, l'objectif étant de gérer de la manière la plus cohérente possible des crédits éparpillés entre plusieurs services et pourtant consacrés à une même mission.

L'absence de priorité entre les objectifs aussi bien au niveau national que communautaire

Les objectifs de la MOC inclusion sont très larges et ne font pas apparaître de priorités. Les objectifs initialement fixés par le conseil européen de Nice ont été réorganisés, sans changement significatif, pour le deuxième cycle de plans nationaux[34]. Pour le processus rationalisé de 2006, la Commission propose les objectifs spécifiques à l'inclusion sociale suivants :

(a) assurer l'inclusion sociale active de tous en encourageant la participation au marché du travail et en luttant contre la pauvreté et l'exclusion parmi les personnes et les groupes les plus marginalisés ;

(b) garantir l'accès de tous aux ressources fondamentales, aux droits et aux services sociaux nécessaires pour participer à la société, tout en s'attaquant aux formes extrêmes d'exclusion et en combattant toutes les formes de discrimination qui conduisent à l'exclusion ;

(c) veiller à ce que les politiques d'inclusion sociale soient bien coordonnées et fassent intervenir tous les échelons des pouvoirs publics et l'ensemble des acteurs concernés, y compris les personnes en situation de pauvreté, à ce que ces politiques soient cohérentes et efficaces, et intégrées dans toutes les politiques publiques concernées, y compris les politiques économiques et budgétaires et les programmes des fonds structurels (notamment le FSE), et à ce qu'elles intègrent la dimension de genre.

Le caractère général des préconisations déterminées au niveau communautaire s'est traduit par une absence de priorisation des objectifs des PNAI français. Ceux-ci ont relevé davantage « *du catalogue raisonné des actions à entreprendre que d'un outil de programmation des politiques et des dispositifs* »[35]. Chaque direction ministérielle était soucieuse d'y retrouver ses propres objectifs et les politiques menées à cette fin.

En outre, la lisibilité de la politique française de lutte contre les exclusions a souffert des fluctuations des priorités au niveau national. Ainsi, à la suite de la loi du 29 juillet 1998, les plans nationaux se sont succédés au gré des alternances politiques et des infléchissements de priorités. Le *Plan national de renforcement de la lutte contre la précarité et l'exclusion* de mars 2003, par exemple, s'est focalisé sur le traitement de l'urgence sociale. En matière d'accès à l'emploi, le début des années 2000 a été marqué par des coups de balancier entre l'insertion dans le secteur marchand, d'une part, et le secteur non

[34] Réorganisation pour la période 2003-2005 des quatre objectifs initiaux : 1 – rendre plus actif le marché du travail en direction des personnes les plus éloignées de l'emploi ; 2 – s'assurer que les minima sociaux permettent d'améliorer la situation des personnes qui ne peuvent travailler ; 3 – accroître l'accès des plus vulnérables à un logement décent, à des soins de qualité, à une prise en charge de la vieillesse et la possibilité de se former ; 4 – prévenir les ruptures scolaires et améliorer les transitions entre l'école et le travail ; 5 – s'attacher à mettre fin à la pauvreté des enfants ; 6 – réduire la pauvreté et faciliter l'accès au travail des immigrants et des minorités ethniques.

[35] Michel LEGROS, *La MOC inclusion, une méthode questionnée*. Groupe des experts non gouvernementaux, Direction générale de l'emploi et des affaires sociales, juin 2005.

marchand, d'autre part. Au total, on a constaté un manque de souci de cohérence avec les PNAI dont les calendriers ne correspondaient pas aux calendriers politiques.

Toutefois, on peut aussi estimer que, dans ce contexte, les PNAI ont eu un effet « contracyclique », c'est-à-dire que leur date de remise a concordé avec des périodes d'essoufflement de la politique de lutte contre les exclusions et a permis de relancer celle-ci. Ainsi, en 2001 et en 2003, au moment de l'élaboration des PNAI, l'impulsion donnée par la loi du 29 juillet 1998 s'affaiblissait ; le plan de cohésion sociale, adopté à l'été 2004, a en revanche redonné une dynamique d'ensemble.

La conjugaison de la rationalisation des MOC et de la mise en place du document de politique transversale pourrait conduire à l'élaboration d'une véritable stratégie française en matière de lutte contre les exclusions. Ainsi, un pas important a été franchi dans le DPT avec la définition d'objectifs transversaux, présentés comme les priorités de la politique française de cohésion sociale : diminuer la pauvreté, en particulier celle des enfants, promouvoir l'insertion des jeunes, diminuer le nombre de personnes illettrées, éradiquer l'habitat indigne, promouvoir la mobilisation des acteurs institutionnels pour l'inclusion sociale.

L'absence d'objectifs chiffrés

Les objectifs de la MOC inclusion font l'objet d'un consensus (l'exemple de la réduction de la pauvreté des enfants est à cet égard emblématique) mais ne sont pas assortis d'une cible claire. Dans ce contexte, les plans nationaux français ne contiennent pas non plus d'objectifs chiffrés. La pratique est différente dans d'autres États membres. Au Royaume-Uni en particulier, le Premier ministre Tony Blair s'est engagé en 1998 à éradiquer la pauvreté des enfants en une génération.

S'appuyant sur cet exemple, le rapport Hirsch[36] a souligné l'importance de cette démarche et a préconisé l'adoption d'un objectif de réduction d'un million en quinze ans du nombre d'enfants pauvres en France, soit aucun enfant pauvre en 2020 (au seuil de 50 % du revenu médian).

À la suite de ce rapport, le Premier ministre, le 16 septembre 2005, a demandé au CNLE de répondre à la question suivante : « *Notre pays doit-il se fixer des objectifs chiffrés en matière de réduction de la pauvreté, par exemple la réduction de 25 % de la pauvreté monétaire d'ici fin 2007 ou la réduction du nombre d'enfants pauvres de 250 000 d'ici fin 2007* ? ». Le groupe de travail constitué au sein du CNLE sur le thème du pilotage a répondu par la

[36] « Au possible nous sommes tenus », Rapport de la commission familles, vulnérabilité, pauvreté, présidée par Martin HIRSCH, 2005.

négative au motif que la proposition du Premier ministre se heurtait à des difficultés pratiques (les indicateurs de pauvreté monétaire ne sont connus que deux ans et demi après l'année concernée). Pourtant, en se référant à la MOC[37] et à l'occasion du CILE du 12 mai 2006, le gouvernement a rappelé sa volonté de fixer des objectifs de résultat en matière de lutte contre les exclusions.

À noter que le DPT, pour ses objectifs transversaux, définit des indicateurs (qui restent pour l'essentiel à construire) et prévoit de les assortir d'une valeur cible (qui reste à déterminer).

Il est vrai que, même s'ils étaient assortis d'une cible quantitative, les objectifs de la lutte contre les exclusions restent difficiles à atteindre en raison de :

– la nécessité d'articuler la lutte contre les exclusions avec d'autres politiques, en particulier la politique économique et politique de l'emploi ; en effet, le taux de pauvreté est étroitement lié à la conjoncture économique et à la situation du marché du travail ;
– la nécessité de contractualiser avec les opérateurs et de décliner la politique nationale au niveau local, en particulier auprès des collectivités locales (voir infra) ; dans son discours du 16 septembre 2005 devant le CNLE, le Premier ministre a annoncé le projet d'étendre le DPT en recensant les actions des collectivités locales et des associations.

La mise en cohérence des indicateurs est en cours

En ce qui concerne les indicateurs, on peut noter leur foisonnement dans le domaine de la cohésion sociale : le PNAI, les programmes LOLF et le DPT, le plan de cohésion sociale, les mesures du CILE du 6 juillet 2004 (qui font elles-mêmes partie du plan de cohésion sociale), la stratégie ministérielle de réforme, les conventions d'objectif et de gestion signées avec les grands opérateurs. Ce foisonnement illustre l'appropriation de la démarche d'évaluation mais aussi le manque de cohérence des mesures entre elles et la faiblesse du pilotage effectif.

Des progrès en vue d'une réduction du nombre d'indicateurs et d'une mise en cohérence de ceux-ci sont toutefois en cours. Ainsi, l'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale (ONPES) a proposé, dans son dernier rapport 2005-2006, de fonder à l'avenir ses observations sur onze indicateurs centraux « *sélectionnés dans le respect des principes méthodologiques et des critères de qualité retenus pour les indicateurs européens de Laeken* ». Parmi ces indicateurs, on peut citer : le taux de pauvreté monétaire correspondant à 60 % du revenu médian (et non plus 50 %), l'intensité de la pauvreté ou le nombre de travailleurs pauvres. Par ailleurs, dans un rapport de 2006, les

[37] Dossier de presse du CILE du 12 mai 2006 : « *La France mène une politique globale en faveur de l'inclusion sociale, s'inscrivant dans le cadre de la stratégie européenne de Lisbonne. La fixation d'objectifs se situe dans cette perspective.* »

conseils de cohésion sociale (CNLE, CNIAE…) ont préconisé que les indicateurs de la LOLF constituent la batterie des indicateurs de base. Enfin, un groupe de travail a été mis en place fin 2005 au conseil national de l'information statistique (CNIS) avec pour mission de proposer un système cohérent d'informations annuelles sur les inégalités sociales, les revenus et la pauvreté.

Sur la base de ces travaux, le CILE du 12 mai 2006 a demandé au CNLE d'établir, en lien avec l'ONPES et les administrations concernées, une liste commune d'indicateurs de mesure de la pauvreté ainsi que des indicateurs permettant de mesurer l'impact des politiques publiques. Dans ce cadre, il est explicitement fait référence aux indicateurs de Laeken puisque le CNLE devra se prononcer sur l'adoption du seuil de 60 % du revenu médian comme seuil de référence au niveau national (au lieu de 50 %)[38].

La MOC inclusion donne aux associations et aux personnes en situation d'exclusion un nouveau canal d'expression

Sans que leur fonction soit institutionnalisée au niveau communautaire, les associations et les partenaires sociaux se voient reconnaître un rôle en matière de politique d'inclusion. Ainsi, l'un des objectifs généraux assignés à la MOC inclusion est qu'elle fasse intervenir tous les échelons des pouvoirs publics et l'ensemble des acteurs concernés, y compris les personnes en situation de pauvreté. En France, le bilan de la participation est mitigé :

– Les procédures de concertation avec les associations et partenaires sociaux sont formelles et jugées moins efficaces pour les PNAI que pour les politiques nationales ;
– La participation des personnes en situation d'exclusion fait l'objet d'une attention croissante mais n'est pas organisée de manière systématique.

La participation des associations et des partenaires sociaux est plus faible pour l'élaboration des PNAI que pour la définition des politiques nationales

La préconisation communautaire d'une concertation large rejoint les principes établis par la loi de lutte contre les exclusions. En effet, l'article 1er de la loi du 29 juillet 1998 dispose que : « *L'État, les collectivités territoriales, les établissements publics dont les centres communaux et intercommunaux d'action sociale, les organismes de sécurité sociale ainsi que les institutions sociales et médico-sociales participent à la mise en œuvre de ces principes. (…) Les entreprises, les organisations professionnelles ou interprofessionnelles, les organisations syndicales de salariés représentatives, les organismes de pré-*

[38] Par ailleurs, le gouvernement prévoit d'ores et déjà de retenir le seuil de pauvreté de 60 % comme le seuil d'analyse principal dans le PNAI 2006-2008, afin de faciliter les comparaisons entre pays européens.

voyance, les groupements régis par le code de la mutualité, les associations qui œuvrent notamment dans le domaine de l'insertion et de la lutte contre l'exclusion, les citoyens ainsi que l'ensemble des acteurs de l'économie solidaire et de l'économie sociale concourent à la réalisation de ces objectifs. »

Au niveau national, les associations sont présentes au sein de conseils dont la légitimité est désormais établie. Le Conseil national des politiques de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale (CNLE)[39], en particulier, est consulté sur les projets de PNAI et peut émettre un avis à leur sujet. D'autres conseils plus spécialisés, tels que le Conseil national pour l'insertion par l'activité économique (CNIAE) ou le Haut Conseil pour le logement des personnes défavorisées (HCLPD), interviennent sur les dispositions qui les concernent. Afin de favoriser la concertation et l'articulation des différents conseils entre eux, il est prévu de les regrouper dès juillet 2006 au sein d'une « maison de la cohésion sociale ».

Quant aux partenaires sociaux, ils sont consultés régulièrement au niveau du comité du dialogue social européen et international (CDSEI). En outre, ils sont désormais également membres du CNLE (décret n° 2005-852 du 25 juillet 2005) et du CNIAE (décret n° 2005-1115 du 5 septembre 2005), mais leur participation effective aux réunions n'est pas régulière. Pourtant il existe des signes de l'intérêt que les partenaires sociaux portent aux problématiques de l'exclusion ; ainsi, la signature le 26 mai 2005, avec le collectif Alerte, d'un engagement commun à lutter contre l'exclusion[40] ou la publication par l'Institut Montaigne d'un rapport sur le rôle de l'entreprise dans la lutte contre les exclusions[41].

Au total, si des procédures de concertation formelles ont été établies, le réseau associatif français estime que les PNAI sont beaucoup plus des documents du gouvernement que le fruit d'un travail commun ; la participation des associations est jugée « moyenne »[42]. La France est ainsi placée dans une position moins favorable que la plupart des autres États membres, où la participation est considérée comme « bonne ». Il est intéressant de constater que la même question, posée au sujet de la participation à l'élaboration des politiques nationales, donne des résultats différents puisque les associations françaises se déclarent satisfaites à ce sujet.

[39] Créé en 1992 par une disposition législative modifiant la loi n° 88-1088 du 1er décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion, le CNLE a vu ses attributions renforcées par la loi du 29 juillet 1998. Placé auprès du Premier Ministre, il est chargé d'assister de ses avis le gouvernement dans toutes les questions relatives à la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale et d'assurer une concertation entre les pouvoirs publics, associations, organisations et personnalités qualifiées. Le CNLE était à l'origine constitué d'une quarantaine de membres représentant les élus, les associations, les personnalités qualifiées, les administrations et les institutions concernées.

[40] Un an après la signature de cet engagement, le collectif Alerte, le Medef et les syndicats de salariés se sont réunis le 23 mai 2006 afin d'établir un programme de travail concret. Deux thèmes ont été proposés pour 2006-2007 : les travailleurs pauvres et l'accès à l'emploi des personnes en difficulté.

[41] Rapport *Pauvreté, exclusion : ce que peut faire l'entreprise* du groupe de travail présidé par Henri Lachmann, février 2006.

[42] Tableau comparatif, réalisé à partir des données collectées par l'*European Anti-Poverty Network* (EAPN), présenté dans C. DE LA PORTE, P. POCHET : « Participation in the Open Method of Co-ordination », in *The Open Method of Coordination in Action : The European Employment and Social Inclusion Strategies*. Edited by Jonathan Zeitlin and Philippe Pochet, with Lars Magnusson (PIE-Peter Lang, Brussels, 2005).

Il est vrai que, après une période d'essoufflement constatée en 2002-2003, la concertation avec les partenaires a été relancée en 2004 : une première conférence nationale de lutte contre les exclusions a été organisée cette année-là, en vue de l'élaboration du plan de cohésion sociale. La tenue de la deuxième conférence en avril 2006 est le signe de son institutionnalisation[43]. En concordance avec la remarque précédente, les conférences nationales n'ont pas été utilisées comme cadre de présentation des travaux communautaires. Les PNAI restent dans l'ombre des politiques nationales, les responsables politiques ne souhaitant pas mettre en lumière les actions communautaires dans ce domaine.

Si l'on ne peut pas dire que la MOC inclusion a renforcé la participation des associations au niveau national, elle a en revanche ouvert un nouveau canal d'expression. En effet, les associations constituent des groupes de pression actifs au niveau communautaire. Le *European anti-poverty network* (EAPN) notamment suit attentivement les travaux communautaires en matière d'inclusion sociale. Selon l'expert Michel Legros : « *Il est certain que les MOC offrent aux associations un espace d'intervention voire de pression leur permettant de relayer au niveau européen des idées clefs qu'elles ne peuvent faire passer avec toute la force souhaitable au niveau national* »[44].

La participation des personnes en situation d'exclusion n'est pas organisée de manière systématique

En ce qui concerne la participation des personnes en situation d'exclusion, les réalisations concrètes sont plus récentes. Certes, l'exposé des motifs de la loi du 29 juillet 1998 insistait sur l'importance de la participation des personnes en situation d'exclusion : « *Cette politique n'a de sens que si elle est élaborée avec les plus démunis, qui doivent être considérés comme des partenaires à part entière. Il nous appartient donc à tous de créer les conditions de leur participation à la définition des politiques publiques* ».

Toutefois, les progrès n'ont été accomplis que lentement dans ce domaine. La loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale s'est notamment efforcée de garantir les droits et libertés individuels des personnes prises en charge par les établissements et services sociaux et médico-sociaux. Elle a en particulier institué des conseils de la vie sociale pour associer les bénéficiaires au fonctionnement des établissements et services. Par ailleurs, le ministère de l'Emploi, de la cohésion sociale et du logement a réalisé une étude d'impact des actions de lutte contre les exclusions sur les bénéficiaires, à la suite du recueil de l'avis des personnes concernées. En 2004, des forums locaux se sont tenus dans neuf départements.

[43] Le CILE du 12 mai 2006 a annoncé le projet d'un décret instituant la conférence nationale et les conférences territoriales.

[44] Michel LEGROS, *La MOC inclusion, une méthode questionnée*. Groupe des experts non gouvernementaux, Direction générale de l'emploi et des affaires sociales, juin 2005.

On ne peut pas encore pour autant parler de participation satisfaisante à l'élaboration des politiques elles-mêmes. Conscient de cette difficulté, le CNLE a choisi ce thème pour l'une des cinq rencontres territoriales organisées en vue de la deuxième conférence nationale de lutte contre les exclusions du 10 avril 2006. Plusieurs difficultés ont été identifiées : l'attitude des personnes en situation d'exclusion, qui, en raison de leur situation, ont tendance à s'enfermer dans le silence et l'isolement ; la culture des élus et des intervenants sociaux ; l'absence de cadre organisant cette participation ; l'absence d'ingénierie, insuffisamment financée. Le groupe de travail a appelé à désormais sortir des phases expérimentales et à organiser l'écoute des personnes en situation d'exclusion. Le CILE du 12 mai 2006 a rappelé l'importance de la participation des usagers[45] et a notamment annoncé la tenue d'une rencontre nationale autour des bonnes pratiques associatives et institutionnelles sur ce sujet. Enfin, il est prévu d'étudier la pertinence de l'introduction, dans les conventions signées entre l'État et les associations de solidarité, d'une clause spécifique sur l'expression et la participation des personnes en difficulté.

Sur ce sujet, l'influence communautaire est sensible. Il s'agit en effet d'une préoccupation constante qui se traduit par l'organisation annuelle, par la présidence de l'Union européenne, de tables rondes, les « rencontres européennes des personnes en situation de pauvreté ».

La MOC inclusion s'articule difficilement avec la décentralisation de compétences sociales aux collectivités locales

Outre la participation des associations, des partenaires sociaux et des personnes en situation d'exclusion, la mise en œuvre de la politique de la lutte contre les exclusions nécessite l'association des collectivités locales. L'enjeu est en réalité double : il s'agit, d'une part, de garantir la participation des collectivités locales à la méthode ouverte de coordination impulsée au niveau communautaire et, d'autre part, de manière plus générale, de réfléchir à l'articulation entre les compétences de l'État et des collectivités locales pour la conduite des politiques d'inclusion. Autrement dit, la méthode ouverte de coordination est-elle transposable pour répondre aux difficultés de coordination nées de la décentralisation ?

La participation des collectivités locales à la MOC inclusion n'est pas satisfaisante.

La nécessité d'associer les collectivités locales à la méthode ouverte de coordination tient au partage des compétences entre les collectivités publiques

[45] Dossier de presse du comité interministériel de lutte contre les exclusions du 12 mai 2006 : « *L'expression des personnes en difficulté est un outil de leur mobilisation. Elle doit être recherchée dans l'adaptation des processus d'accueil, mais également dans les démarches d'évaluation et d'observation* ».

en matière de lutte contre les exclusions. Les trois orientations prioritaires retenues par la France dans le PNAI 2003-2005 (créer les conditions innovantes et durables du développement de l'emploi ; prévenir les risques d'exclusion et renforcer la proximité et mobiliser tous les acteurs de la lutte contre l'exclusion) illustrent l'imbrication de ces compétences.

En effet, s'agissant de la première orientation, relative à l'emploi, l'État peut généralement se positionner comme acteur principal, compte tenu de ses compétences propres ou des crédits mobilisables. Ainsi, le plan de cohésion sociale et la loi n° 2005-32 de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005 prévoient une série de mesures relevant de la responsabilité de l'État, telle que la rénovation du service public de l'emploi.

En revanche, la mise en œuvre d'autres mesures importantes du volet emploi du plan de cohésion sociale[46] nécessite la participation des collectivités locales, du fait des compétences qui leur ont été attribuées lors des deux mouvements de décentralisation : la formation professionnelle aux régions, l'insertion professionnelle des bénéficiaires du RMI aux départements, l'action sociale de proximité aux communes.

D'ailleurs, la troisième orientation prioritaire du PNAI 2003-2005 illustre de manière forte que, pour mener à bien les politiques d'inclusion sociale, il convient de mobiliser différents champs d'intervention et de nombreux interlocuteurs, aux niveaux de compétence, tant territoriaux qu'institutionnels, variés. La constitution de partenariats efficaces représente une question centrale pour l'efficacité des politiques engagées dans le cadre de la MOC inclusion, tant au niveau de l'élaboration des PNAI que pour leur mise en œuvre et leur suivi.

L'élaboration des PNAI

La capacité d'animation partenariale en amont, dans la phase d'élaboration du PNAI, est une garantie de pertinence des mesures retenues et sert également la qualité des engagements de mise en œuvre ultérieure.

D'autres États membres qui connaissent une organisation institutionnelle décentralisée, voire fédérale, sont confrontés à ce même problème d'association des collectivités locales à l'élaboration du PNAI. Une méthodologie de travail adaptée avec les entités décentralisées semble opérationnelle en Irlande, au Royaume-Uni ou en Espagne, garantissant des remontées de nombreux groupes de travail locaux mandatés tant sur des éléments de diagnostic que sur des propositions. De même, en Suède, des travaux thématiques sont effectués au niveau des communes et utilisés pour la confection du PNAI suédois. En Allemagne, en revanche, la participation et l'implication des Länder sont jugées faibles[47].

[46] Notamment : une meilleure insertion professionnelle des jeunes, notamment par une relance de la formation en apprentissage ; une réorganisation des contrats aidés et la création du contrat d'avenir directement accessibles aux titulaires de minima sociaux ; un soutien accru au secteur de l'insertion par l'activité économique.

[47] S. KRÖGER, *When the OMC dœs not (really) hit home. The chimera of learning through soft policy social policy coordination*, mars 2006.

En France, l'association des collectivités locales françaises à l'élaboration des PNAI est encore insuffisante. Elle n'est pas formalisée par des groupes de travail ou des instances de concertation. L'explication de cette lacune peut faire appel à des considérations à la fois :

- politiques : la prééminence traditionnelle de l'État dans l'élaboration des stratégies nationales s'accommode mal d'une négociation de leurs termes avec des élus locaux ;
- sociologiques : l'administration d'État n'a pas totalement pris la mesure des transferts de compétence opérés au cours des vingt dernières années au profit des collectivités territoriales ;
- et techniques : la concertation ou la participation suppose un calendrier et une logistique, actuellement mal maîtrisés par les administrations.

La France semble par ailleurs souffrir en la matière du manque d'appropriation du PNAI par l'ensemble des acteurs locaux[48]. Autant les textes (loi du 29 juillet 1998 de lutte contre l'exclusion, loi du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale) et les droits principaux des personnes (revenu minimum d'insertion, couverture maladie universelle…) semblent bien appréhendés par ceux-ci, autant le PNAI n'est guère connu en tant que document de stratégie nationale. Il faut probablement voir là l'effet d'un déficit de communication, mais également de la prééminence politique traditionnelle de la loi par rapport aux plans et, enfin, du manque de connaissance et de prise en compte par le niveau central des « dynamiques territoriales » de lutte contre la pauvreté.

Compte tenu de la nécessité de la participation des collectivités locales qui a été mise en évidence, on ne peut que souhaiter une amélioration sensible des méthodes d'élaboration du PNAI. Les conférences territoriales institutionnalisées par le CILE du 12 mai 2006 ainsi que les commissions départementales de cohésion sociale[49], dont la mise en place devrait être effective à l'automne 2006, pourraient servir de cadres à ces consultations.

La mise en œuvre des PNAI

La même insuffisance dans la participation des collectivités locales peut être constatée pour la mise en œuvre des PNAI. Il est vrai que les mesures incluses dans le PNAI présentent rarement une dimension territoriale affirmée, reflétant en cela leur conception nationale ; si cette dimension territoriale est présente, il s'agit alors plutôt de répartition d'une offre nationale[50]. Dans son étude

[48] Michel LEGROS, *PNAI et territoires, la situation française : un rendez – vous a minima*. Groupe des experts non gouvernementaux. DG emploi, affaires sociales et égalité des chances. Novembre 2004.

[49] Instituées par la loi de programmation pour la cohésion sociale, les commissions départementales de cohésion sociale seront présidées par le Préfet et associeront les représentants des collectivités locales, les opérateurs, les usagers et les partenaires sociaux aux politiques qui les concernent respectivement.

[50] Par exemple : l'amélioration de la territorialisation des actions des programmes régionaux pour l'accès à la prévention et aux soins, la création de cours préparatoires à faible effectif dans les établissements difficiles, l'adaptation de la carte « solidarités transport » en province, le développement de modes de garde innovants dans les quartiers de la politique de la ville, la création de nouvelle zones franches urbaines, la nomination de délégués du médiateur de la République dans les quartiers prioritaires de la politique de la ville…

précitée, Michel Legros note que les priorités affichées dans le PNAI relèvent du niveau national, par rapport aux préoccupations des acteurs locaux davantage axées sur la gestion des services et sur leur qualité, sur l'aide d'urgence ou l'aide quotidienne aux usagers. Par ailleurs, « *là où le PNAI cherche à promouvoir des actions nouvelles, les acteurs de terrain répondent souvent par de nouvelles manières de gérer des actions ou services plus anciens* ».

Pour autant, qu'il s'agisse de territorialisation de l'intervention de l'État ou de participation des collectivités territoriales à la mise en œuvre de la stratégie nationale d'inclusion sociale, une démarche coordonnée et partenariale paraît nécessaire.

À cet égard, la démarche adoptée pour la mise en œuvre du plan de cohésion sociale constitue un exemple intéressant. Une convention cadre, portant partenariat pour la cohésion sociale et l'insertion, a été signée entre l'État et l'Assemblée des départements de France (ADF). Elle vise en l'espèce à la meilleure articulation dans la mise en œuvre des volets « emploi » et « égalité des chances » du plan de cohésion sociale. Sont concernés en particulier le contrat d'insertion-revenu minimum d'activité (CI-RMA), les maisons de l'emploi et les services à la personne. La convention crée notamment un centre de ressources de l'ADF, placé en appui aux actions de mobilisation des conseils généraux. Trois axes de mobilisation commune ont été définis :

– construire une offre d'insertion et d'accompagnement de qualité dans les territoires ;
– y articuler au mieux les politiques d'insertion et les politiques d'emploi ;
– développer les services à la personne.

Par ailleurs, le comité interministériel de lutte contre l'exclusion (CILE) du 6 juillet 2004 a lancé l'élaboration de « chartes territoriales de la cohésion sociale » ; une circulaire du 11 mai 2005 en définit le mode de conclusion et des crédits d'ingénierie peuvent accompagner les démarches. Reposant sur un diagnostic de situation commun, visant à formaliser les partenariats dans la mise en œuvre de mesures dans le champ de l'inclusion sociale entre collectivités de différents niveaux, les chartes sont des instruments modernes de mutualisation et de pilotage[51].

Le suivi de la mise en œuvre des PNAI

Le suivi de la mise en œuvre des PNAI repose sur une série d'indicateurs. Or leur déclinaison territoriale reste largement à construire, même si certains indicateurs de suivi du PNAI sont d'ores et déjà désagrégés par unités territoriales[52]. Loin d'être purement technique cette préoccupation rejoint celle d'une

[51] Le DPT prévoit un objectif transversal relatif à la mobilisation des acteurs institutionnels pour l'inclusion sociale et l'assortit d'un indicateur « nombre de chartes territoriales de cohésion sociale adoptées portant sur au moins deux des trois piliers du plan de cohésion sociale et avec au moins trois partenaires » (12 signées en 2005).

[52] Pourcentage de départements disposant d'un plan d'insertion, mise en œuvre des PRAPS, nombre de contrats éducatifs locaux…

meilleure appropriation des objectifs du PNAI par l'ensemble des acteurs locaux.

Les récentes propositions de l'ONPES en matière d'indicateurs rejoignent ces préoccupations : l'Observatoire préconise ainsi de fonder à l'avenir ses observations sur onze indicateurs centraux de pauvreté « *sélectionnés dans le respect des principes méthodologiques et des critères de qualité retenus pour les indicateurs européens* », mais il souligne l'insuffisance ou la fragilité des sources pour obtenir des indicateurs territoriaux.

*

Il apparaît au total que, dans les États membres dont les collectivités locales disposent de compétences décentralisées en matière d'inclusion, l'association de celles-ci est indispensable au succès des stratégies nationales. Cette seule raison serait sans doute suffisante pour que l'on s'interroge sur la relation entre État et collectivités territoriales et sur les moyens de s'assurer d'une mise en œuvre convergente au niveau national des objectifs de la MOC inclusion. Néanmoins, cette question rejoint une réflexion plus générale sur le mode de gouvernance à développer entre l'État et les collectivités locales, dans un contexte de décentralisation des compétences sociales[53]. La « méthode ouverte de coordination » peut-elle, transposée dans le cadre national, servir d'instrument de parangonnage et de convergence ? Il est significatif à cet égard que la méthode ouverte de coordination provoque un intérêt académique fort aux États-Unis[54] où elle est perçue, dans un contexte fédéral, comme un instrument permettant échanges et convergences progressives entre entités jouissant d'une autonomie politique pourtant forte.

Vers une MOC nationale entre État et collectivités locales ?

Ouvrir la réflexion sur ce thème suppose d'analyser l'adéquation entre, d'une part, les objectifs poursuivis par la « MOC communautaire » et une éventuelle « MOC nationale » et, d'autre part, entre les instruments mobilisables aux deux niveaux.

En ce qui concerne, les objectifs du processus, la convergence des politiques peut être identifiée comme point commun. Ainsi, la méthode ouverte de coordination mise en place au niveau communautaire postule que des objectifs et indicateurs communs dans un domaine politique donné, ajoutés au partage d'expériences et à une « saine émulation », conduiront à une convergence progressive et un traitement plus harmonisé des citoyens de l'Union européenne.

[53] Le groupe de travail du CNLE sur « Pilotage et articulation des politiques de lutte contre les exclusions définies aux niveaux européen, national et local », présidé par V. Fayet et B. Lacharme a préconisé, dans son rapport de février 2006, le développement d'une MOC nationale de lutte contre les exclusions.

[54] Voir par exemple les travaux de la University Wisconsin-Madison/European Union Center.

Au niveau national français, l'idée d'une convergence minimale des politiques territoriales est également fréquemment avancée. En effet, si la décentralisation de l'action sociale reposait sur l'hypothèse d'une meilleure efficacité des politiques élaborées et menées localement pour traiter des problèmes locaux, sans remettre en cause la pertinence de cette approche, l'inégalité territoriale de traitement est devenue un sujet de préoccupation[55]. Dans ce contexte, une convergence minimale entre politiques territoriales pourrait constituer la garantie d'un socle commun et d'un traitement harmonisé des citoyens sur le territoire national. Cette convergence devrait se faire dans le respect des libres initiatives et administrations des collectivités locales ainsi que des adaptations nécessaires à chaque contexte et aux besoins locaux.

En ce qui concerne les instruments, la MOC communautaire repose sur la fixation d'objectifs communs entre États-membres, l'élaboration de stratégies nationales autonomes, une évaluation et un suivi grâce à des indicateurs permettant des comparaisons entre États, des échanges et « revues » de bonnes pratiques entre « pairs ».

(a) La détermination d'objectifs communs

Avant d'aborder la possibilité que l'État et les collectivités locales, en particulier les départements, déterminent des objectifs communs en matière d'inclusion, il convient de rappeler le partage des compétences entre les acteurs.

– Le département est désormais le chef de file et le coordonateur territorial de l'action sociale : « *Le département définit et met en œuvre la politique d'action sociale en tenant compte des compétences confiées par la loi à l'État, aux autres collectivités territoriales ainsi qu'aux organismes de sécurité sociale* » (article L. 121-1 du CASF) ; les lois de décentralisation n° 2003-1200 du 18 décembre 2003 relative au RMI et n° 2004-809 du 13 août 2004 ont confirmé le département dans ce rôle, appuyées sur l'idée que c'est au niveau des territoires que les besoins des populations sont les mieux appréhendables.

– Le Parlement et l'État continuent à disposer du pouvoir législatif et réglementaire ; l'article 72 de la Constitution rappelle que c'est « *dans les conditions prévues par la loi* » que « *ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences* ».

La décentralisation ne signifie par conséquent pas l'abandon par l'État de sa fonction de fixation d'objectifs essentiels des politiques ; la place de la loi demeure centrale en ce domaine. Mais il semble y avoir matière, au-delà du pilotage d'ensemble de l'action sociale et des mécanismes d'intervention de l'État, à une déclinaison plus fine des orientations législatives qui débouche-

[55] Dans le domaine de l'aide sociale à l'enfance, voir par exemple le rapport de la Défenseure des enfants, 2005.

rait sur la détermination d'objectifs communs à l'ensemble des collectivités locales, exprimant la nécessité :

– de partenariats dans la mise en œuvre des politiques d'action sociale,
– et d'une certaine harmonisation territoriale, dans la limite des divergences, parfois importantes, de contextes locaux et sociaux.

Cette phase gagnerait à être bien davantage formalisée, dans le respect de la libre administration des collectivités locales, mais avec le souci de l'égalité républicaine de traitement des usagers. La fixation d'objectifs communs au niveau national, assortis d'indicateurs nourris au plan local, ne devrait pas remettre en cause la compétence et l'autonomie dont disposent les collectivités locales (désormais reconnue au niveau constitutionnel) dans le domaine de l'action sociale.

Par ailleurs, il est vrai qu'un tel mouvement supposerait en France une réelle évolution dans le mode de préparation de la décision publique et l'organisation d'une concertation approfondie en amont avec les titulaires de droit commun des compétences dans le domaine de l'action sociale. Il ne s'accommoderait ni de l'urgence des consultations, ni de la désinvolture dans la prise en compte des positions exprimées. Il devrait être considéré comme un enrichissement du débat démocratique, avant et après que le Parlement se soit prononcé. Il nécessiterait que des moyens suffisants soient consacrés à la tenue de débats, de forums, mobilisant toutes les technologies disponibles. Enfin, son succès tiendrait largement à la volonté politique d'aboutir concrètement à des objectifs partagés, appuyés sur des indicateurs de résultat réalistes.

En toute hypothèse, la fixation de tels objectifs au niveau national constituerait pour l'État le moyen concret d'atténuer la tension naturelle entre les principes de libre administration des collectivités locales et d'égalité de traitement des citoyens sur le territoire.

(b) L'élaboration de plans départementaux

Comme dans la MOC communautaire, les entités participantes sont appelées à élaborer, à échéance régulière, des plans d'action locaux. La responsabilité de chef de file et coordonnateur territorial de l'action sociale, confiée aux conseils généraux, nécessite, à l'échelon départemental, la définition transparente et partenariale de stratégies locales, établies démocratiquement et engageant les élus. La place des schémas départementaux devrait être réévaluée dans cette perspective.

Les schémas départementaux interviennent dans plusieurs domaines : l'insertion, la protection de l'enfance, le handicap et les personnes âgées. La loi n° 2004-809 du 13 août 2004 a d'ailleurs confié au seul conseil général le pilotage de l'élaboration, puis la compétence d'adoption des schémas d'organisation sociale et médico-sociale, dans les différents secteurs qui justifient leur confection. La concertation avec le représentant de l'État dans le département

et l'avis du Comité régional de l'organisation sociale et médico-sociale sont requis, sans préjudice des travaux d'expertise et de consultation préalable que l'élaboration de tels schémas nécessite.

Le plan départemental d'insertion (PDI) est particulièrement formalisé. Aux termes des articles L. 263-1 et suivants du code de l'action sociale et des familles, « *le président du conseil général conduit l'action d'insertion sociale et professionnelle des bénéficiaires du RMI* ». Le PDI « *recense les besoins de la population et l'offre locale d'insertion, et planifie les actions d'insertion correspondantes* ». Le PDI est adopté chaque année par le conseil général, après consultation du conseil départemental d'insertion (CDI) qui réunit formellement l'ensemble des partenaires de la politique d'insertion, institutionnels ou associatifs, publics ou privés. Les dimensions de concertation et de transversalité dans l'élaboration de la politique d'insertion sont ainsi renforcées, avant que les élus départementaux se prononcent.

La formalisation d'un tel dispositif devrait être privilégiée pour tous les secteurs de compétence départementale que ce soit l'aide sociale à l'enfance ou les personnes âgées et handicapées. En la matière, les dispositifs en vigueur ne sont pas semblables. Alors que les PDI planifient des actions, les schémas départementaux de l'action sociale et médico-sociale déterminent, quant à eux, « *les perspectives et les objectifs de développement de l'offre (…) et précisent le cadre de coopération entre les établissements* ». Ce n'est que par une notable extension de sens, que les schémas départementaux de l'aide sociale à l'enfance, qui, à l'instar du PDI, constituent pourtant des documents de réflexion et de planification d'une politique, peuvent, par exemple, y trouver un fondement législatif, par ailleurs absent.

Pour que les comparaisons et donc les convergences puissent être envisagées, il convient d'abord que chaque département se dote de politiques clairement affichées, qui l'engagent et définies de manière partenariale. Le PDI constitue un exemple probant qui pourrait être étendu aux autres secteurs de la politique d'action sociale.

(c) La fixation d'indicateurs

Les objectifs communs arrêtés, la fixation d'indicateurs constitue une phase ultérieure, afin de suivre la mise en œuvre des politiques et de mesurer le résultat atteint.

La création et le recueil d'indicateurs communs supposent au préalable l'élaboration d'un appareil statistique harmonisé. Celui-ci est en quelque sorte sous-entendu par la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 (article L. 312-9 du CASF) qui oblige à la mise en place de « *systèmes d'information compatibles entre eux* ». De manière sectorielle, le besoin d'informations cohérentes a bien été perçu, aussi bien dans le domaine de la pauvreté, avec la création de l'Observatoire de la pauvreté et de l'exclusion sociale (ONPES) par loi n° 98-657 du 29 juillet 1998, que dans celui de l'aide sociale à l'enfance, avec l'Observatoire national

de l'enfance en danger (ONED) issu de la loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004, ou encore lors de la décentralisation du RMI[56]. On dispose ainsi d'informations territorialisées relatives aux situations de pauvreté et d'exclusion[57].

La deuxième vague de décentralisation a renouvelé la question des statistiques territoriales, dans la mesure où les circuits traditionnels de remontées d'informations sont modifiés et où les responsables locaux expriment des besoins nouveaux de suivi et de comparaison entre collectivités et territoires. L'Observatoire des territoires, créé par le décret du 7 septembre 2004, a vocation à répondre au besoin de synthèse suscité par la demande croissante de données statistiques territoriales, alors même que la multiplication des sources potentielles[58] peut créer une hétérogénéité préjudiciable.

Cependant, une chose est de recueillir, le cas échéant sur une base harmonisée, des informations statistiques sur les populations et les politiques mises en œuvre, une autre est de s'accorder sur des indicateurs communs. Cette première étape n'a pas été franchie, malgré les réflexions conduites par exemple au sein de l'ODAS[59] ou amorcées à la CNSA[60].

Le groupe de travail, organisé au sein du Conseil national de l'information et des statistiques (CNIS) et chargé de proposer d'ici fin 2006 un système cohérent d'informations annuelles sur les inégalités sociales, les revenus et la pauvreté (voir supra), examine les indicateurs territoriaux relatifs au niveau de vie et aux inégalités territoriales. Il s'attache à tenir compte à la fois :

– d'une demande légitime des responsables locaux de comprendre la situation de leur collectivité, de la comparer avec d'autres, de suivre les effets des politiques locales, afin de les orienter au mieux dans la transparence ; c'est là une exigence démocratique qui va de pair avec la décentralisation ;

[56] La loi no 2003-1200 du 18 décembre 2003 oblige le président du conseil général à transmettre des informations précises au représentant de l'État (L. 262-68 et suivants du CASF).

[57] L'ONPES a produit, dans ses rapports 2001-2002 et 2005-2006, une synthèse des connaissances disponibles avec une désagrégation en 348 zones d'emploi pour différentes données (proportion de ménages à bas revenu fiscal, proportion de familles monoparentales pauvres allocataires des CAF, géographie de la couverture maladie universelle complémentaire, chômage de longue durée, bas revenus salariaux, logement social…) et a amorcé l'analyse des dynamiques locales à l'œuvre dans son rapport 2005-2006.

[58] Observatoires locaux ou diagnostics plus ponctuels liés aux multiples travaux de conventionnement entre collectivités ou à l'établissement de schémas directeurs divers : plans départementaux d'insertion, schémas directeurs de l'aide sociale à l'enfance, contrats de ville.

[59] J. Kuperminc, C. Padieu, *Piloter l'action sociale, guide d'indicateurs*, ODAS, 2000

[60] La CNSA contribue à « garantir l'égalité de traitement sur tout le territoire » : elle doit assurer la répartition équitable des enveloppes financières destinées au fonctionnement des établissements et des services d'accompagnement à domicile. Pour cela, elle apporte son expertise pour construire :
– les indicateurs de mesure de la qualité du service rendu par les maisons départementales des personnes handicapées ;
– les outils de définition des priorités financières en établissements et services.
La CNSA a par ailleurs un rôle essentiel dans l'animation du réseau des maisons départementales des personnes handicapées pour :
– permettre l'échange d'expériences et d'informations entre les départements ;
– diffuser les « bonnes pratiques » en matière d'accueil, d'évaluation des besoins, d'organisation et de suivi des décisions…
– favoriser la comparaison, dans le temps et sur le territoire, des services rendus aux personnes accueillies par les maisons départementales.

– du souci de cohérence et de comparabilité nationale des données, et de l'importance des dynamiques, facteurs et contextes territoriaux dans la compréhension des inégalités et des « figures » de la pauvreté[61] ;
– de l'exigence nouvelle de comparer au niveau européen la mise en œuvre des politiques déclinées territorialement.

(d) L'échange de bonnes pratiques

En dernier lieu, dans la déclinaison d'une « méthode ouverte de coordination » au niveau national, des instances d'échange et de comparaison de bonnes pratiques, assurant un décloisonnement entre collectivités paraissent indispensables.

Certes, l'Observatoire de l'action sociale décentralisée (ODAS), créé en 1990 sous forme associative constitue un lieu utile d'observation et d'étude des politiques d'action sociale. L'ancienne délégation interministérielle à l'innovation sociale et à l'économie solidaire vient d'être transformée en délégation interministérielle à l'innovation et à l'expérimentation sociale (DIIES), avec pour mission d'identifier et rassembler les pratiques les plus innovantes et efficaces en France et à l'étranger et de définir les conditions de leur mise en œuvre. Le CILE du 12 mai 2006 l'a chargée de mener des expérimentations en matière d'intéressement et de micro-crédit.

Certes, de manière plus sectorielle, le besoin de connaissances et de comparaisons a pu être satisfait : la création de l'Observatoire national de l'enfance en danger (ONED) doit répondre à la difficulté à rendre compte de la politique de protection de l'enfance d'une manière coordonnée et précise au niveau national. Dans le domaine du handicap et des personnes dépendantes, la CNSA a également un rôle de mutualisation des bonnes pratiques. Enfin les collectivités locales elles-mêmes ont su organiser certains réseaux d'échange d'expérience, plus ou moins efficaces[62].

Cependant, quels que soient les mérites des dispositifs mis en œuvre, les inconvénients liés à la multiplication des lieux de mutualisation, leur caractère sectoriel, spécialisé dans telle politique ou telle catégorie de collectivités, rendent aujourd'hui indispensable de renouveler profondément l'approche en la matière. Il y a place au niveau national pour des lieux d'échange beaucoup plus structurés dans le domaine de l'action sociale, l'État mettant à disposition, dans son rôle d'animation, de fédération, de diffusion de bonnes pratiques et de garant de la cohésion des dispositifs, les moyens de se réunir et de comparer.

*

Si la transposition de la « méthode ouverte de coordination » au plan national apparaît aujourd'hui souhaitable, c'est que les phases successives de décen-

[61] Rapport ONPES 2005/2006.
[62] Via l'Association des maires de France (AMF), l'Assemblée des départements de France (ADF), l'Association des régions de France (ARF), l'Association nationale des directeurs de l'action sociale et de santé (ANDASS), ou encore le réseau IDEAL (Information sur le développement, l'environnement et l'aménagement local).

tralisation ont mis à jour un besoin de cohésion et de transversalité : la MOC communautaire poursuit des objectifs de convergence assez semblables à ceux que l'on pourrait assigner à un tel exercice au niveau national. Certes, l'État, titulaire antérieur des compétences en matière d'action sociale, ne réussissait pas mieux à maintenir une égalité, sans doute illusoire, des citoyens sur le territoire national. Néanmoins la multiplication des collectivités responsables accroît mécaniquement les risques d'incohérence et place l'État dans une position de garant.

Enfin, il faut sans doute distinguer clairement les moyens dont disposent, à leur niveau, l'Union européenne et l'État français, vis-à-vis respectivement des États-membres et des départements. Autant la MOC communautaire intervient dans des champs de complète subsidiarité, autant l'État n'a pas abandonné toute compétence dans le secteur de l'action sociale. Il dispose, on l'a vu, du pouvoir essentiel d'édicter le contenu des politiques, y compris dans le détail autorisé au niveau réglementaire. Son usage politique peut être plus délicat dans un contexte de décentralisation, mais ce pouvoir existe. Il est suggéré supra que le mode de « gouvernance » national de l'action sociale prenne acte de la décentralisation et permette l'association des collectivités décentralisées pour la fixation d'objectifs fins et d'indicateurs associés. Par ailleurs il dispose en aval d'un pouvoir de contrôle, totalement absent au niveau communautaire, et qui peut être un puissant instrument de convergence.

Les chances de succès de la « méthode ouverte de coordination » paraissent donc *a priori* supérieures au plan national, pourvu que l'État sache en présenter positivement les vertus et éviter les mésinterprétations possibles auprès des élus locaux compétents.

L'impact de la MOC inclusion sur la prise en compte de la pauvreté des enfants.

La première série d'objectifs de la méthode ouverte de coordination appliquée au secteur de l'inclusion était particulièrement large[63]. Pour la période 2003-2005, ces objectifs ont été déclinés en six points plus précis et susceptibles de permettre la définition d'indicateurs. Parmi ces six points, deux ont trait à l'enfance : « s'attacher à mettre fin à la pauvreté des enfants » et « prévenir les ruptures scolaires et améliorer les transitions entre l'école et le travail »[64].

[63] Promouvoir la participation à l'emploi, prévenir les risques d'inclusion, agir pour les plus vulnérables, mobiliser l'ensemble des acteurs.

[64] Parmi les indicateurs définis au Conseil de Laeken dans le domaine de l'inclusion, trois concernaient les enfants :
– Taux de pauvreté (seuil à 60 %) des enfants dans la tranche d'âge 0 à moins de 16 ans ;
– Proportion d'enfants de moins de 18 ans vivant dans des ménages sans actif occupé ;
– Proportion des jeunes quittant prématurément l'école et ne poursuivant pas leurs études ou une formation (nombre de jeunes de 18 à 24 ans et ayant un niveau de formation initiale allant de 0 à 2 de la classification internationale type de l'éducation par rapport au nombre total de jeunes âgés de 18 à 24 ans).

La fixation de tels objectifs reflète les projets portés par différents États-membres. Le Royaume-Uni s'est, en particulier, engagé, à partir de 1999 à éradiquer la pauvreté des enfants d'ici 2020 et à la réduire de moitié d'ici 2010. Il est vrai que la situation de départ apparaissait particulièrement défavorable dans cet État-membre, qui comptait 28 % d'enfants[65] pauvres en 2003 et se trouvait parmi les cinq États membres les moins bien classés de ce point de vue (sur quinze). Le taux de pauvreté des enfants apparaissait clairement corrélé à certaines caractéristiques des familles : ménages au chômage, monoparentalité, appartenance à certaines minorités ethniques, jeunesse des mères, handicap d'un des parents ou d'un enfant. La politique mise en œuvre repose sur une redistribution financière importante en faveur des familles les plus pauvres, par le biais de dispositifs spécialisés[66], une organisation spécifique du service public de l'emploi, notamment en faveur des familles monoparentales, une action volontariste de développement du système de garde des enfants et un programme de soutien à la parentalité dans les quartiers défavorisés. Le retour à l'emploi est conçu comme la meilleure solution à la pauvreté des familles.

Dans le cadre du programme d'action communautaire relatif à l'inclusion, la Commission a pris l'initiative de commanditer une étude stratégique sur le thème « prévention et réduction de la pauvreté des enfants », confiée au Dr Petra Hœlscher de l'université de Dortmund, et rendue publique en 2005. Cette étude compare les politiques mises en œuvre en Allemagne, en France, en Grèce, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni et aux États-Unis, identifie des éléments communs de stratégie et formule une série de recommandations. Il n'est pas inutile d'apprécier en quoi cette analyse particulièrement approfondie a été utile aux travaux et réflexions menés en France.

L'étude insiste tout d'abord sur la nécessité de renouveler les approches de la pauvreté des enfants, qui ne doivent pas être seulement définis par leur appartenance à un foyer dont les revenus sont inférieurs à un certain seuil. L'appréciation monétaire doit être complétée par des indicateurs de « participation » ou « d'accès » (au marché du travail, à un cercle de relations familiales et sociales, aux services publics ou privés, à des activités de loisir, à la vie civique…). La dimension familiale ne doit par ailleurs pas éclipser la situation propre de l'enfant, qui devrait être appréciée en elle-même[67]. Car c'est bien la pauvreté de l'enfant qui est en jeu avec ses répercussions sur son « capital de développement » et les risques associés de « transmission intergénérationnelle » : la pauvreté des parents et les obstacles à l'accès au système de santé ont des conséquences sur la santé des enfants ; le niveau scolaire des enfants est corrélé avec la pauvreté des parents ; le « bien-être » psychologique

[65] Mesure de la pauvreté monétaire à 60 % du revenu médian.

[66] Notamment le *child benefit*, prestation familiale universelle, le *child trust fund*, qui permet de constituer un capital au bénéfice de chaque enfant, déblocable à 18 ans, ainsi que des crédits d'impôt.

[67] Allocation de ressources au sein de la famille, situation personnelle de l'enfant au regard de la santé, de la scolarité, de son « logement », de ses relations, de ses activités,

des enfants pauvres peut également être-affecté. Néanmoins le rapport relève également que de nombreux facteurs personnels, familiaux ou d'environnement scolaire ou de voisinage peuvent jouer un rôle positif et qu'il convient d'éviter toute approche déterministe dans l'analyse du phénomène.

Encadré 6 : La mesure de la pauvreté des enfants[68]

Depuis 2003, le CERC est à l'origine d'une réflexion approfondie sur la pauvreté des enfants en France et la mesure de ce phénomène. Trois constats principaux sont mis en exergue :

– « *L'information est lacunaire : des dimensions importantes sont mal couvertes par l'appareil statistique, notamment en matière de suivi dynamique de cohortes d'enfants permettant d'analyser les conséquences de la pauvreté sur le devenir à l'âge adulte ;*

– *L'information est dispersée entre divers producteurs de statistiques notamment l'INSEE, la DREES, la CNAF et l'INED ;*

– *Souvent élaborée à l'occasion d'une étude particulière, l'information n'est alors disponible de manière ni assez homogène, ni suivie dans le temps.*

Ces lacunes privent les acteurs sociaux et les pouvoirs publics des informations nécessaires à l'élaboration de politiques publiques, à leur suivi et leur évaluation ».

Le CERC souligne de manière forte que l'enfant est une personne (d'où la nécessité de disposer d'informations centrées sur sa situation propre et non seulement sur celle de sa famille) en situation de dépendance familiale et environnementale (d'où l'analyse nécessaire de comportements altruistes ou égoïstes au sein de la famille et l'impact de l'environnement scolaire ou résidentiel) et en devenir (d'où la connaissance indispensable de la constitution de son capital scolaire ou de santé). Par ailleurs, la connaissance statistique de la pauvreté des enfants devrait être déclinée au niveau des zones de compétences des collectivités territoriales. L'approche du phénomène elle-même devrait dépasser une analyse strictement monétaire pour tenir compte des conditions de vie concrètes (logement, notamment sa qualité, son environnement, son « peuplement », santé, scolarisation, échec scolaire, en lien avec la pauvreté monétaire…) et permettre également des suivis longitudinaux grâce à des cohortes, l'INED et l'INSEE envisageant la mise en place d'un tel dispositif. Le CERC plaide enfin pour qu'un organisme unique, qui pourrait être l'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale (ONPES), soit chargé de rassembler les informations disponibles et de les mettre à disposition régulièrement.

Les travaux français en la matière sont largement ouverts à la comparaison internationale (le souci de comparabilité européenne est par ailleurs pleinement intégré à leurs prémisses). Il n'est pas niable que l'intérêt porté à la pauvreté des enfants et notamment à la connaissance statistique du phénomène est né du rapprochement avec d'autres expériences nationales, le Royaume-Uni particulièrement, et a été renforcé par les travaux menés au niveau communautaire.

De ce point de vue, on peut regretter que le rapport de la commission « familles, vulnérabilité, pauvreté » remis le 15 avril 2005, dit rapport Hirsch, n'ait pas davantage mis en évidence la nécessité d'une adaptation des indicateurs d'évaluation et de suivi de la situation des enfants pauvres, préconisant seulement des objectifs en termes de pauvreté monétaire, de « pauvreté absolue » (mesurés par des données déclaratives sur les conditions de vie, à partir d'un « panier de biens de référence ») et d'intensité de la pauvreté.

[68] CERC, cahier no 2, avril 2005.

À l'inverse, le document de politique transversale « inclusion sociale », qui retient parmi les objectifs transversaux un objectif de réduction de la pauvreté des enfants, prévoit le suivi de trois indicateurs autres que la pauvreté monétaire : pourcentage d'enfants vivant dans des ménages sans emploi, pourcentage d'enfants vivant dans des logements insalubres et pourcentage d'enfants présentant une surcharge pondérale.

Quant aux stratégies mises en œuvre, elles ne doivent pas se présenter comme de simples « sous-produits » d'une politique de lutte contre la pauvreté et l'exclusion, mais admettre la nécessité d'une approche intégrée comportant :

- une priorité politique affichée, reposant en particulier sur la reconnaissance de l'enfant en tant que sujet de droit, conformément à la convention internationale sur les droits de l'enfant et sur le développement d'objectifs et d'indicateurs propres à sa situation personnelle ;
- une politique de l'emploi favorisant la mise au travail des parents peu qualifiés ou victimes de chômage de longue durée ; dans ce cadre, permettre la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale apparaît indispensable ;
- des structures d'accueil de la petite enfance à prix modique et aux horaires flexibles ;
- des prestations familiales en espèce, universelles et de niveau suffisant ;
- un accès à l'enseignement favorisant l'intégration scolaire et sociale des enfants ;
- un accès à des pratiques culturelles et sportives adaptées ;
- un logement suffisant, des soins de santé et des services sociaux accessibles et de qualité ;
- des soutiens particuliers aux groupes vulnérables (enfants immigrés, handicapés, enfants séjournant en institutions, enfants victimes, en danger ou en risque de maltraitance).

En France, la pauvreté des enfants a longtemps été ignorée. Dans la période récente, si l'on fait abstraction de quelques publications isolées[69], il faut attendre 2003[70] pour que le sujet émerge véritablement dans le débat public national. L'alerte du CERC (« un million d'enfants pauvres en France »), l'analyse précise des principales causes de cette situation et l'appel en faveur d'un « programme national de lutte contre la pauvreté des enfants » ont joué un rôle catalyseur. La réunion de la Commission « familles, vulnérabilité, pauvreté » en 2005[71] s'inscrit dans cette ligne.

[69] Herpin, Ollier, pauvreté des familles, pauvreté des enfants Insee 1996 ; Groupe de travail présidé par P Naves « familles et pauvreté », mars 2000.

[70] Colloque organisé par le CERC et rapport du CERC, avril 2004.

[71] « Au possible nous sommes tenus », Rapport de la commission familles, vulnérabilité, pauvreté, présidée par Martin HIRSCH, 2005.

Encadré 7 : « La nouvelle équation sociale, quinze résolutions pour combattre la pauvreté des enfants »

La commission présidée par Martin Hirsch, réunie à la demande du ministre des solidarités, de la santé et de la famille a d'abord plaidé pour un engagement politique collectif, mobilisateur, décliné localement, comportant une dimension de comparaison avec nos partenaires communautaires et particulièrement ambitieux : l'éradication de la pauvreté des enfants en France. Quant aux « résolutions » pratiques, elles couvrent le spectre des moyens répertoriés dans le rapport Hœlscher et concernent :

– la réduction du nombre de travailleurs pauvres grâce à un engagement sur la « qualité de l'emploi » et à un dispositif ambitieux, le « revenu de solidarité active », intégrant l'ensemble des minima sociaux et aides fiscales et permettant une meilleure « combinaison » entre revenus d'activité et revenus de solidarité ;

– la création d'un service public d'accueil du jeune enfant ;

– l'application effective de la norme de 20 % de logements sociaux fixée par la loi de solidarité urbaine, des incitations fiscales au « conventionnement » de logements dont les propriétaires s'engageraient à respecter des loyers de référence, et une campagne de réhabilitation de l'habitat indigne ;

– en matière de santé, l'acquisition d'une complémentaire maladie, le développement d'efforts de prévention, surtout sur les zones défavorisées et la mise en place d'une politique nutritionnelle adaptée ;

– la lutte contre l'échec scolaire ;

– la prévention du surendettement des ménages.

Ces mesures forment incontestablement un ensemble cohérent de « résolutions ». Sur de nombreux aspects, on notera néanmoins que l'ambition affichée s'apparente davantage à un plan global de lutte contre l'exclusion[72] dépassant largement la cible initiale de la pauvreté des enfants. Le « point de vue » de l'enfant n'est, le plus souvent que mentionné, quant il n'est pas omis. Quant aux implications financières de l'ensemble (de 4 à 8 milliards d'euros), elles expliquent sans doute que, à ce stade, aucune suite n'ait pu être donnée au rapport.

Certes la politique menée en France depuis vingt ans recoupe très largement les axes directeurs stratégiques énoncés dans le rapport Hœlscher, qu'il s'agisse du retour à l'emploi, de la garantie de minima sociaux, de l'accès aux soins ou au logement, d'une politique éducative de qualité. La loi dite de « cohésion sociale » regroupe par exemple de très nombreuses mesures qui trouveraient naturellement leur place dans le cadre d'un plan d'éradication de la pauvreté des enfants : en matière d'emploi (maisons de l'emploi, contrats d'activité pour les bénéficiaires de minima sociaux), de logement (relance de la production de logements locatifs sociaux), de santé (accès supplémentaire à la couverture maladie universelle complémentaire) ou d'éducation (équipes et internats de réussite éducative).

Mais, malgré la sensibilisation désormais forte au thème de la pauvreté des enfants, qui a clairement partie liée avec la réflexion menée au niveau communautaire et avec les exemples de stratégie ciblée adoptée par certains États

[72] Voir notamment les résolutions 5 (une nouvelle relation des familles avec les services sociaux), 12 (donner leur chance aux jeunes adultes), 13 (audace, innovation, expérimentation), 14 (appréhender la pauvreté sans frontière) et 15 (solidarité et dignité).

membres, la France n'a pas, à ce stade adopté une politique cohérente et spécifique d'éradication de la pauvreté des enfants. Bien entendu, en la matière, les « performances » françaises ne sont pas médiocres. Mais elles sont nettement inférieures à celles des pays nordiques. Elles justifieraient pleinement que, en totale synergie avec la politique générale de lutte contre les exclusions, soient adoptés des objectifs et des mesures spécifiques relatives à la pauvreté des enfants.

Conclusion

La conjugaison de l'absence de compétence communautaire en matière de protection sociale et le recours à la procédure non contraignante de la méthode ouverte de coordination explique que l'impact des politiques communautaires sur les politiques d'inclusion nationales est diffus et difficile à évaluer.

On peut néanmoins estimer que, dans ce domaine, la politique communautaire a contribué :

- à établir une égalité de droits entre les ressortissants nationaux et les travailleurs issus d'autres États membres en matière d'accès aux prestations sociales non contributives et aux contrats aidés ;
- à accroître la transparence en obligeant les États membres à définir plus précisément, d'une part, les missions de service public, leurs modalités de délégation et les compensations financières auxquelles elles donnent éventuellement lieu et, d'autre part, les raisons d'intérêt général qui permettent de déroger aux règles de la concurrence ;
- à favoriser la prise de conscience de problématiques particulières telles que les différentes dimensions de la discrimination, la pauvreté des enfants ou l'existence de travailleurs pauvres ; la convergence reste néanmoins limitée par la volonté politique forte des États membres de conserver leur souveraineté en la matière ;
- à soutenir le caractère interministériel et partenarial de la politique française de lutte contre les exclusions ;
- à mettre en place de nouvelles méthodes de gouvernance axées sur la performance, grâce à la fixation d'objectifs assortis d'indicateurs de résultats ; la rationalisation du processus de Lisbonne et la mise en place du document de politique transversale vont dans le sens d'un resserrement de la politique d'inclusion et de la priorisation des objectifs ;
- à engager la réflexion sur les relations à construire entre l'État et les collectivités locales, dans un contexte de décentralisation des compétences sociales.

En revanche, on ne peut déceler d'impact significatif de l'élargissement de l'Union européenne ni sur le contenu des politiques communautaires d'inclusion (à la différence des fonds structurels dont l'affectation a été revue à cette occasion), ni sur le niveau de dépenses sociales des anciens États membres (pas d'afflux massif de nouveaux ressortissants pouvant prétendre à des prestations sociales).

À la différence de la protection sociale complémentaire (voir annexe thématique correspondante), on ne note pas non plus de restructuration du secteur social et médico-social sous l'influence du droit communautaire.

Enfin, même si de nouvelles problématiques sont apparues, la MOC inclusion n'a pas provoqué d'inflexions significatives de la politique française de lutte contre les exclusions ; ses préconisations ont tout au plus rejoint des préoccupations nationales émergentes.

Rapport thématique 5

Santé et politiques communautaires

Sommaire

Introduction 339

La compétence de l'Union dans le champ de la santé s'est progressivement consolidée 341

La compétence de l'union dans le champ de la santé s'est progressivement affirmée et précisée 341
Du Traité de Rome à l'Acte unique 341
Le Traité de Maastricht : la création des programmes de santé publique 343
Le Traité d'Amsterdam : la reconnaissance d'une compétence réglementaire de la Communauté dans le champ des produits du corps humain, vétérinaires et phytosanitaires 344
Les dispositions du projet de Constitution européenne 346

Un nombre croissant de réglementations a été adopté dans le champ de la santé entre 1993 et 2004 347
De nombreuses initiatives de la Commission malgré la compétence restreinte de la communauté en matière de santé 347
Un nombre important de réglementations depuis 1990 348
Un possible ralentissement dans les prochaines années 350

La constitution des programmes de santé publique n'a pas conduit à une progression du budget alloué à la santé 351
Le budget communautaire « santé publique » en 1994 : des crédits pour couvrir quelques actions ponctuelles 351
Les premiers programmes de santé publique : une diversification des financements 351
Le budget « santé publique » : une progression relativement réstreinte, compensée par de nouveaux budgets 352
Les propositions de la Commission dans le cadre des nouvelles perspectives financières : un triplement des budgets alloués à la santé 354

Les politiques de santé publiques et d'organisation des soins se sont adaptées aux exigences communautaires 355

Les « quatre libertés » du marché commun ont un impact sur certaines modalités d'organisation de notre système de soins, notamment celles relatives aux professionnels de santé 356
Les effets du principe de libre prestation de services transfrontaliers : une remise en cause de certaines règles d'organisation du système de soins 356
L'influence du marché unique sur les professionnels de santé 360
L'introduction de considérations sanitaires dans la libre circulation des biens 364
La libre circulation des biens de santé, notamment des médicaments, a imposé une mise en commun des dispositifs de sécurité sanitaire 367

L'échelon communautaire concerne, avec une intensité variable, toutes les dimensions des politiques de santé publique 371
L'affirmation de l'échelon communautaire en matière de sécurité sanitaire 372
La gestion des risques comportementaux : l'exemple du tabac 377

Le levier communautaire pourrait être mieux utilisé 380

Une dimension européenne peu présente dans les stratégies nationales de santé 380
Une dimension européenne quasiment absente de la loi de santé publique et des documents stratégiques du ministère 380
La méthode ouverte de coordination (MOC) soins de santé : un nouvel exercice 383

Les initiatives communautaires sont relativement subies 384
Une capacité d'initiative française trop faible 384
Une stratégie d'influence insuffisante 386

L'émergence des agences complexifie certes le paysage administratif, mais renforce nos capacités d'intervention 386
Des moyens d'intervention supplémentaires 386
Un besoin de clarification sur l'articulation de l'expertise nationale et de l'expertise communautaire 387

La priorité est désormais à la mise en œuvre de l'acquis communautaire en france ... 388

Introduction

Les interactions entre les politiques communautaires et nationales de santé sont marquées par un double mouvement :

– En matière d'organisation des soins, la constitution du marché intérieur dégage des effets d'échelle, certes mal évalués mais peu contestables sur le marché des biens de santé (notamment les médicaments), la recherche médicale (à travers le Programme Cadre Recherche et Développement (PCRD)) et même les prises en charge sanitaires (par exemple des maladies rares ou de certaines transplantations). À l'inverse, la constitution du marché intérieur a un impact sur les règles nationales d'organisation des soins ; la libre circulation des personnes et des services implique en effet de passer au crible les conditions d'exercice des professions médicales et de prise en charge des dépenses de soins pour gommer leurs effets potentiellement discriminatoires sur les ressortissants d'autres États membres. Se constitue ainsi un marché unifié des soins, dont l'enjeu ne porte pas tant sur la mobilité des patients, limitée à quelques segments de l'offre de soins, que sur les législations qu'il bouscule (procédure d'agrément des laboratoires, conditions d'exercice des professions de santé…).

– En matière de santé publique, la constitution d'un acquis communautaire dans le champ de la santé renforce les exigences de santé publique au niveau national : ces législations s'appuient sur les compétences communautaires reconnues à l'article 152 TCE en matière de santé ou mobilisent les dispositions du traité relatives au marché intérieur. Leur nombre a rapidement augmenté depuis le traité de Maastricht et il existe plusieurs exemples de l'impact concret de ces textes sur les politiques nationales. À l'inverse, la constitution d'un marché intérieur des biens et des personnes peut limiter la portée des leviers traditionnels des politiques nationales de santé publique : possibilité de fermer les frontières aux produits ou personnes issus d'un État membre ; leviers fiscaux – du fait du transfert de compétence en matière d'accises – ; leviers réglementaires – du fait de l'obligation d'adopter des réglementations qui ne portent pas préjudice au commerce intracommunautaire–.

Les enjeux de l'articulation des politiques nationales et communautaires consistent ainsi, pour les autorités nationales, schématiquement à dégager des synergies de nature à répondre aux exigences de santé. À ce titre, les modalités d'action sont très contrastées selon que l'on se situe dans le domaine de l'organisation des soins ou de la santé publique :

– En l'absence de compétence communautaire en matière d'organisation du système de soins, les effets perturbateurs du marché unique ne peuvent être pris en compte que par des réformes nationales : les marges de manœuvre restent fortes et l'échelon européen peut jouer un rôle d'aiguillon, qui peut être – ou pas – mobilisé au niveau national.

– En matière de santé publique, au contraire, les capacités d'action au niveau communautaire sont réelles. Elles sont à la fois juridiques, notamment dans les champs couverts par l'article 152 TCE, mais aussi financières, dans le cadre des programmes de santé publique. L'enjeu pour le ministère de la santé français consiste alors à prendre l'initiative et à bien négocier.

La première et deuxième partie montrent, par de nombreux exemples, que ces enjeux, qu'on les apprécie positivement ou négativement, sont centraux pour le ministère de la santé. Cela signifie notamment :

- que les démarches stratégiques du ministère (lois et plans de santé publique) doivent intégrer ces enjeux ;
- que le ministère de la santé doit disposer d'une capacité d'initiative dans le champ communautaire ;
- que tous les échelons du ministère doivent être directement impliqués sur les dossiers de leur compétence et disposer des savoir-faire communautaires ; il s'agit davantage d'une question d'animation que d'organisation ;
- qu'il doit être en mesure de décliner ces enjeux avec l'ensemble de ces opérateurs ;
- qu'il doit veiller à mieux appliquer les textes communautaires.

La troisième partie évalue l'organisation actuelle au regard de ces principes.

Chapitre 1

La compétence de l'Union dans le champ de la santé s'est progressivement consolidée

Les compétences communautaires dans le champ de la santé peuvent s'apprécier tant en référence au traité (1.1), qu'au nombre de législations adoptées (1.2) ou aux financements en jeu (1.3). Quelle que soit l'approche retenue, on constate que ces compétences se sont progressivement consolidées dans la période récente, notamment depuis le traité de Maastricht en 1992.

La compétence de l'Union dans le champ de la santé s'est progressivement affirmée et précisée

Du traité de Rome à l'Acte unique

Le traité de Rome ne mentionnait la santé publique qu'au titre des motifs permettant de déroger aux règles régissant le marché commun, notamment de restreindre la libre circulation des biens (article 30 TCE, ex article 36). Encore l'usage de cette clause dérogatoire est-il, depuis l'origine, soumis au contrôle de la Commission et de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), qui vérifie qu'elle ne constitue ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée. Des dispositions équivalentes ont ensuite été prévues en matière de libre circulation des travailleurs (article 39 TCE).

Les politiques de santé demeuraient de compétence exclusivement nationale. À partir de l'Acte unique en 1986, les traités ont prévu que les considérations de santé publique devaient inspirer le processus de décision communautaire : *« la commission veille à assurer un niveau de protection élevée en matière de santé »* (ex-article 100A TCE, aujourd'hui 95 TCE). Par ailleurs, cet article qui a considérablement assoupli les procédures d'adoption de textes, a servi de support à l'approfondissement du marché intérieur dans

les domaines des biens de santé. En particulier, le règlement 2309/93/CEE a établi les procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance des médicaments, qu'ils soient à usage humain ou à usage vétérinaire et a institué l'agence européenne du médicament (EMEA), chargée de coordonner l'évaluation des produits et la délivrance des autorisations de mise sur le marché. L'Acte unique a également initié la politique de recherche commune, telle qu'elle est aujourd'hui concrétisée dans les programmes cadres de recherche et de développement (PCRD).

C'est également à partir de 1986 que le conseil des ministres de la santé s'est réuni régulièrement en tant que formation du Conseil. Cette évolution a contribué à donner une plus forte impulsion politique à l'Europe de la santé qui s'est traduite par une multiplication des initiatives, dont les plans Cancer, « L'Europe contre le SIDA » et le plan de lutte contre la drogue ont été les plus significatifs. La France a joué un rôle important dans la définition de ces plans.

À partir de janvier 1986, un comité de cancérologues a été nommé auprès de la Commission pour la conseiller dans l'élaboration de ce programme et en juillet 1986, le Conseil des ministres a adopté une résolution déterminant un plan d'action pour la période 1987-1989. Ce plan d'action contenait 75 propositions regroupées en 4 axes (prévention, information et éducation sanitaire, formation des personnels de santé et recherche). Il a montré que l'initiative communautaire en matière de santé n'est pas nécessairement bridée par l'absence de base légale dédiée. En 1990, un deuxième plan a été adopté, doté d'un budget pluriannuel de 50 M d'écus, qui a composé l'essentiel de la dépense communautaire dans le champ de la santé avant 1993 (cf. infra).

Les objectifs des plans cancer (87-89 et 90-94)

Parmi les objectifs les plus remarquables des plans cancer figurent :

– la publication de plusieurs recommandations de la commission concernant la formation des médecins, infirmières et dentistes en matière de cancer,

– le soutien financier à des actions de formation continue,

– des recommandations européennes en matière d'assurance qualité des mammographies (octobre 1992)

– la publication de deux directives concernant l'étiquetage des produits du tabac (avertissements spécifiques) et la teneur maximale en goudron des cigarettes,

– la conduite d'un programme de recherche « Europe contre le cancer » qui a aussi bien concerné l'observation (registres) que la recherche des causes des cancers, notamment professionnels et la recherche clinique.

Au même moment, le Conseil européen de Londres (1986) a mandaté la Commission pour organiser une coopération en matière de lutte contre le SIDA. Sur cette base, le Conseil santé a adopté entre 1986 et 1993 un nombre important de décisions et résolutions (une quinzaine), notamment sur le dépistage et la non-discrimination à l'égard des personnes infectées. En 1989, sous présidence française, ces initiatives ont conduit à l'identification d'un véritable pro-

gramme (résolution du Conseil du 22 décembre 1989) concrétisé en juin 1991 dans un plan d'actions de la Commission, « l'Europe contre le SIDA », couvrant la période 1991-1993. Ce plan, doté d'un budget de 6 M d'écus, a soutenu financièrement près de 80 projets d'études, de colloques, d'échanges entre professionnels de santé…

Enfin, en 1998 a été créé un comité européen de lutte anti-drogue (CELAD). Le Conseil européen de Dublin (juin 1990) a invité ce comité à élaborer un plan de lutte contre la drogue, adopté au conseil européen de Rome (décembre 1990), et qui a conduit à des évolutions sensibles telle que la création d'un observatoire européen des drogues et toxicomanies (OEDT[1]) et des actions ciblées contre le trafic illicite (par exemple, la directive de juin 1991 contre le blanchiment d'argent et le règlement du 13 décembre 1990 relatif à la surveillance du commerce international des précurseurs[2]).

Le rôle d'impulsion politique du conseil santé a finalement conduit à l'adoption d'une résolution programmatique le 11 novembre 1991, dans laquelle les ministres de la santé ont dressé la liste des sujets qui « méritent une réflexion commune… et/ou des efforts communs », en particulier : l'établissement de données comparatives par la mise en place de systèmes d'information pertinents, la démographie médicale, la mise au point de stratégies communes contre les grands fléaux, éventuellement appuyées par des ressources communautaires, la réduction des inégalités de santé dans les États membres et entre eux.

Le Traité de Maastricht : la création des programmes de santé publique

Le Traité instituant l'Union européenne, dit de Maastricht, entré en vigueur en novembre 1993, a constitué l'avancée la plus marquante des compétences communautaires dans le domaine de la santé publique. En particulier, le nouvel article 129 TCE (aujourd'hui titre XIII, article 152 TCE) a doté la Commission de compétences pour adopter des législations dans le champ de la santé publique. Mais il s'agit seulement d'une compétence complémentaire de celle des États membres à la fois pour « *encourager à l(eur) coopération* » et, « *si nécessaire* », pour « *appuyer leur action* ».

Le champ de cette compétence est quant à lui très large, mais, lui aussi, défini en des termes relativement flous (la « prévention des maladies », la « lutte contre les grands fléaux »…).

Sur ce fondement la commission a adopté en novembre 1993 une communication présentant des propositions pour une politique communautaire de santé publique. La proposition initiale de la Commission portait sur huit sec-

[1] Règlement du 8 février 1993.

[2] Les précurseurs sont des produits chimiques susceptibles d'être détournés pour la fabrication de stupéfiants et psychotropes.

teurs : création de réseaux, échange d'informations, amélioration des systèmes de données… Le Conseil l'a jugé trop ambitieuse au regard des ressources allouées (30 M d'écus par an) et a souhaité que la Commission concentre son action sur les domaines sur lesquels elle était déjà intervenue. Sur proposition de la Commission, une résolution du Conseil a retenu en mai 1994 trois actions prioritaires de santé transversales (surveillance de la santé, surveillance des maladies, promotion de la santé) et des programmes de prévention du cancer, de la toxicomanie, ainsi que du SIDA et de certaines maladies transmissibles. Il a insisté sur la nécessité de coordonner les programmes de santé publique et les programmes en matière de recherche (PCRD). Ces premiers programmes de santé publique ont couvert la période 1994-2000. Ils ont ensuite été consolidés dans un second programme couvrant la période 2000-2006. À ce programme s'est substitué en 2003, un nouveau programme couvrant la période 2003-2008, actuellement en cours de renouvellement.

Le Traité d'Amsterdam : la reconnaissance d'une compétence réglementaire de la Communauté dans le champ des produits du corps humain, vétérinaires et phytosanitaires

Si le Traité de Maastricht reconnaît à l'UE la compétence pour piloter un programme de santé publique, la compétence de la Communauté en matière de coordination des politiques de santé entre États membres est une compétence d'attribution : l'intervention de la Commission y est subsidiaire (en cas de carence de ces États), et non contraignante ; le Conseil ne pouvait simplement adopter, sur le fondement de l'article 129 TCE (actuellement 152 TCE), que « *des actions d'encouragement, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires* » et, sur proposition de la Commission, des recommandations.

La première crise sanitaire mettant en cause les mécanismes du marché commun, celle de l'encéphalopathie spongiforme bovine (ESB) en avril 1997[3], a conduit les États membres à une évolution des Traités et de l'organisation de la Commission : les ambiguïtés de l'ancien article 129 TCE ont été pour partie levées puisque le texte reconnaît depuis Amsterdam une compétence générale de l'Union pour *« améliorer la santé publique »*.

Le traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1er mai 1999, a permis à la Commission d'user de son droit d'initiative pour élaborer des normes contraignantes selon la procédure de codécision dans deux domaines :

– Les domaines vétérinaires et phytosanitaires ;

[3] Voir notamment Assemblée nationale : *De la « vache folle » à la « vache émissaire »*. ; Parlement européen : *Rapport sur les allégations d'infraction ou de mauvaise administration dans l'application du droit communautaire en matière d'ESB*, M Hirsch, Ph Duneton, *L'incroyable histoire de la vache folle*, 1996.

– les normes de qualité et de sécurité des organes et substances d'origine humaine (notamment les tissus, les cellules, le sang et ses dérivés)[4].

Par ailleurs, de façon consensuelle, les États membres ont prévu à Amsterdam que l'organisation du système de soins et la gestion des systèmes d'assurance maladie demeurent de compétence strictement nationale.

Parallèlement la Commission a réorganisé ses services en créant une Direction Générale en charge des politiques de santé publique et de protection des consommateurs (DG SANCO). Cette nouvelle direction s'est construite par transfert de la fonction législative et réglementaire de la DG VI (agriculture) à la DG XXIV (consommation) et l'émergence d'un pôle de santé publique au sein de cette dernière. Les comités scientifiques, dont la crédibilité avait été sérieusement mise à mal au moment de la crise de l'ESB, ont été regroupés au sein de cette nouvelle direction.

Article 152 TCE (version en vigueur)

1. Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de la Communauté.

L'action de la Communauté, qui ***complète les politiques nationales****, porte sur* ***l'amélioration de la santé publique et la prévention des maladies et des affections humaines*** *et des causes de danger pour la santé humaine. Cette action comprend également la* ***lutte contre les grands fléaux****, en favorisant la recherche sur leurs causes, leur transmission et leur prévention ainsi que l'information et* ***l'éducation en matière de santé****.*

La Communauté complète l'action menée par les États membres en vue de réduire les effets nocifs de la ***drogue*** *sur la santé, y compris par l'information et la prévention.*

2. La Communauté ***encourage la coopération entre les États membres*** *dans les domaines visés au présent article et, si nécessaire,* ***elle appuie leur action****.*

Les États membres coordonnent entre eux, en liaison avec la Commission, leurs politiques et programmes dans les domaines visés au paragraphe 1. La Commission peut prendre, en contact étroit avec les États membres, toute initiative utile pour promouvoir cette coordination.

3. La Communauté et les États membres favorisent la coopération avec les pays tiers et les organisations internationales compétentes en matière de santé publique.

4. Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251, et après consultation du Comité économique et social et du Comité des régions, contribue à la réalisation des objectifs visés au présent article en adoptant :

[4] Deux directives du Parlement européen et du Conseil ont été adoptées sur cette nouvelle base réglementaire (article 152 TCE) :

– Directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 2003 établissant des normes de qualité et de sécurité pour la collecte, le contrôle, la transformation, la conservation et la distribution du sang humain, et des composants sanguins ;

– Directive 2004/23/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains.

a) des mesures fixant des ***normes élevées de qualité et de sécurité des organes et substances d'origine humaine, du sang et des dérivés du sang*** *; ces mesures ne peuvent empêcher un État membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes ;*

b) par dérogation à l'article 37, des mesures dans les ***domaines vétérinaire et phytosanitaire*** *ayant directement pour objectif la protection de la santé publique ;*

c) des actions ***d'encouragement visant à protéger et à améliorer la santé humaine****, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres.*

Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, peut également adopter des recommandations aux fins énoncées dans le présent article.

5. L'action de la Communauté dans le domaine de la santé publique respecte pleinement les responsabilités des États membres ***en matière d'organisation et de fourniture de services de santé et de soins médicaux****. En particulier, les mesures visées au paragraphe 4, point a) ne portent pas atteinte aux dispositions nationales relatives aux dons d'organes et de sang ou à leur utilisation à des fins médicales.*

Les dispositions du projet de Constitution européenne

Le groupe XI de la Convention sur l'avenir de l'Europe, en charge des affaires sociales avait conclu à la nécessité d'étendre les compétences de l'Union dans le champ de la santé publique[5].

Le projet de constitution rédigé par la Convention contient ainsi deux importantes évolutions : une compétence partagée de la communauté est reconnue pour les *« enjeux communs de sécurité sanitaire »*[6], ce qui équivaut à reconnaître une compétence générale de la communauté pour adopter des législations sanitaires. La notion d'enjeux communs est précisée à l'article III-278 – lequel réécrit l'article 152 TCE – pour élargir notamment la capacité de l'Union à adopter des *« mesures fixant des normes élevées de qualité et de sécurité des médicaments et des dispositifs à usage médical »* et des *« mesures concernant la surveillance des menaces transfrontières graves sur la santé, l'alerte en cas de telles menaces et la lutte contre celles-ci ».*

L'article III-278 du projet de constitution élargit les compétences d'appui de l'Union en matière de santé, notamment à « la coopération entre les États membres visant à améliorer la complémentarité de leurs services de santé dans les régions frontalières ». Les instruments de la Méthode Ouverte de Coordination sont cités comme exemples d'initiatives que la Commission peut

[5] *« Il faudrait en outre étendre la portée de l'actuel article 152 afin de conférer davantage de compétences à l'Union dans le domaine de la santé publique et de couvrir des thèmes tels que les risques transfrontières graves, les maladies transmissibles, le bioterrorisme et les accords de l'OMS. », explicitant ainsi les champs que le législateur communautaire entend couvrir sous le vocable « enjeux communs de sécurité sanitaire ».*

[6] Le projet de constitution distinguait trois types de compétences de la Communauté : compétences exclusives (article I-13), dont les États membres sont dessaisis ; compétences partagées (I-14), pour lesquelles la compétence, notamment législative, est exercée à la fois par les États membres et l'Union ; les compétences d'appui (I-17), pour lesquelles l'Union ne peut intervenir que pour soutenir, coordonner ou compléter l'action des États, sans pouvoir exercer un rôle législatif ni limiter la compétence des États membres.

prendre pour exercer ces compétences : orientations des indicateurs, échange des bonnes pratiques et surveillance et évaluation périodique. Le projet prévoit en outre l'information du Parlement européen à propos de ces initiatives.

En contrepartie, le nouvel article III-278 élargit la liste des champs pour lesquels l'intervention communautaire est exclue : *« L'action de l'Union est menée dans le respect des responsabilités des États membres en ce qui concerne la définition de leur politique de santé, ainsi que l'organisation et la fourniture de services de santé et de soins médicaux. Les responsabilités des États membres incluent la gestion de services de santé et de soins médicaux, ainsi que l'allocation des ressources qui leur sont affectées. Les mesures visées au paragraphe 4, point a), ne portent pas atteinte aux dispositions nationales relatives aux dons d'organes et de sang ou à leur utilisation à des fins médicales. »* Cette disposition constitue davantage une précision, qu'une nouveauté sur le plan juridique.

Le traité comporte également une clause sociale horizontale, qui n'était pas inclue dans le projet de Convention (Art. III-117) et qui prévoit que l'Union doit prendre en compte *« les exigences liées à (…) un niveau élevé de protection de la santé humaine »*.

Enfin, l'intégration de la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne** (proclamée au Conseil européen de Nice en décembre 2000) dans le droit positif communautaire, conférait une force normative à certains grands principes du droit de la santé : droit à la vie (article II-62), droit à l'intégrité de la personne (article II-63), droit d'accès aux soins médicaux et à la prévention en matière de santé (article II-95), droit à la protection des données à caractère personnel (article II-68)… Dans le cadre de la médecine et de la biologie, la charte prévoit en outre que doivent être respectés : le consentement libre et éclairé de la personne concernée ; l'interdiction des pratiques eugéniques, notamment celles qui ont pour but la sélection des personnes ; l'interdiction de faire du corps humain et de ses parties, en tant que tels, une source de profit ; l'interdiction du clonage reproductif des êtres humains.

Un nombre croissant de réglementations a été adopté dans le champ santé entre 1993 et 2004

De nombreuses initiatives de la Commission malgré la compétence restreinte de la communauté en matière de santé

L'absence d'une base juridique spécifique n'a pas empêché l'adoption depuis 1993, d'un grand nombre de textes dans le domaine de la santé. En effet,

les autres clauses de compétences de l'Union dans le domaine de la santé et sécurité des travailleurs[7], de l'environnement et de la protection des consommateurs ont pu être mobilisées à des fins sanitaires.

Les compétences dans le champ du marché intérieur ont été également « utilisées » pour construire des législations sanitaires. Cela a été notamment le cas, après une annulation contentieuse de la Cour de justice, pour adopter la directive relative à la publicité sur le tabac, laquelle a pour fondement juridique l'article 95 TCE, qui donne compétence à la commission pour organiser la libre circulation des biens[8], après l'annulation d'une première directive sur le sujet adoptée sur le fondement de l'article 100 A[9]. La Cour de justice a admis cette lecture extensive des clauses de compétences de l'union[10] : elle l'a par exemple fait récemment en reconnaissant la validité de la directive relative aux compléments alimentaires[11], elle aussi adoptée sur la base de l'article 95 TCE[12].

Un nombre important de réglementations depuis 1990

Le Secrétariat général de la Commission tient à jour des statistiques du nombre de règlements communautaires et de directives adoptés par année par grand domaine de politique publique et encore en vigueur aujourd'hui. La classification retenue repose sur le contenu même des textes, notamment au vu des objectifs poursuivis, et non pas sur les clauses de compétence utilisées.

Ces statistiques montrent que l'essentiel de la législation sanitaire existante au niveau communautaire a été élaboré à partir du début des années 90. Elle est quasi-inexistante avant cette date et progresse régulièrement depuis. Cette courbe contraste ainsi fortement avec l'étroitesse de la clause de compétence définie à l'article 152 TCE. On constate notamment que le poids de la législation en santé dans le total de la production normative communautaire a été en très nette croissance dans les années 1990 avant de se stabiliser à un niveau proche de 9 %.

[7] La directive européenne 89/391 du 12 décembre1989 relative à la mise en œuvre des mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs est traitée dans le cadre du rapport thématique sur le droit du travail.

[8] L'article 95 du Traité CE dispose que « Le Conseil (…) arrête les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. » Le raisonnement juridique n'est ainsi pas dénué « d'acrobaties » puisqu'il consiste à considérer que si l'on veut assurer la libre circulation de tous les médias publicitaires dans le marché intérieur, il est nécessaire d'y limiter aussi la publicité en faveur du tabac aux revues et périodiques non destinés au grand public, tels que les publications exclusivement destinées aux professionnels du commerce du tabac et les publications imprimées et éditées dans les pays tiers qui ne sont pas principalement destinées au marché communautaire.

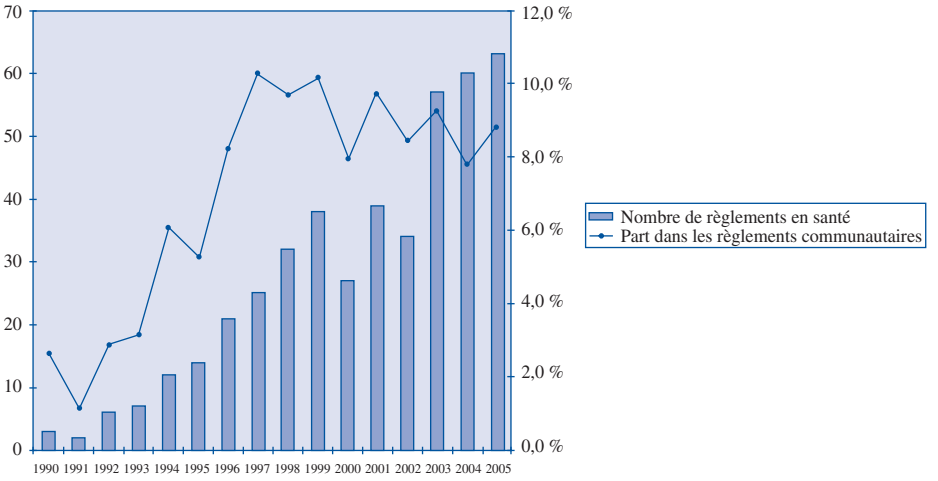
[9] CJCE, arrêt du 5 octobre 2000, Allemagne contre Parlement Européen et Conseil, aff. C 376/98 : annulation de la directive 98/43 sur la publicité et le parrainage des produits du tabac.

[10] Pour le cas de la directive 2003 sur la publicité sur les tabacs : CJCE, affaire C-380/03, République Fédérale d'Allemagne contre Parlement Européen et Conseil de l'Union Européenne : annulation de la directive 2003/33 « publicité du tabac ».

[11] Directive 2002/46 adoptée en juin 2002. Ce texte établit une liste positive de vitamines et minéraux pouvant être utilisés dans les compléments alimentaires, ainsi que des règles d'étiquetage visant à mieux informer les consommateurs.

[12] CJCE, 12 juillet 2005.

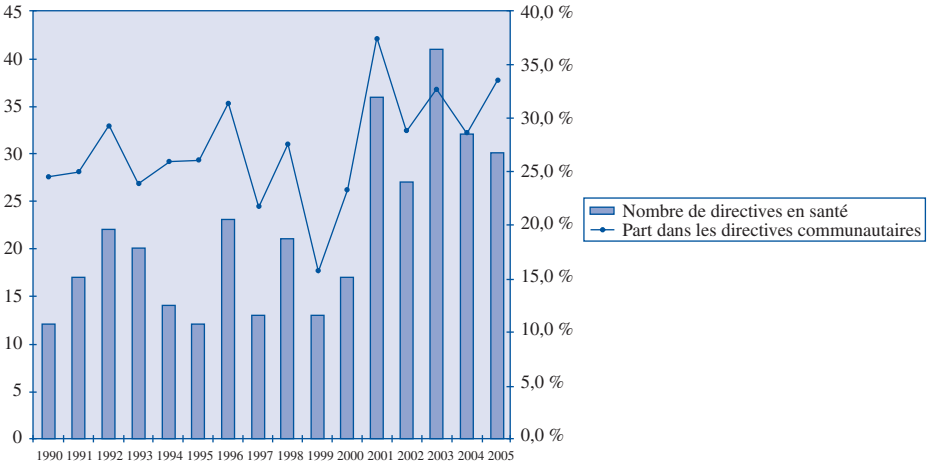
Graphique 2 : Nombre de règlements en vigueur au 01.01.2006 par année de publication et part de ces règlements dans le total des règlements communautaires



Source : Commission européenne, base EUROVOC

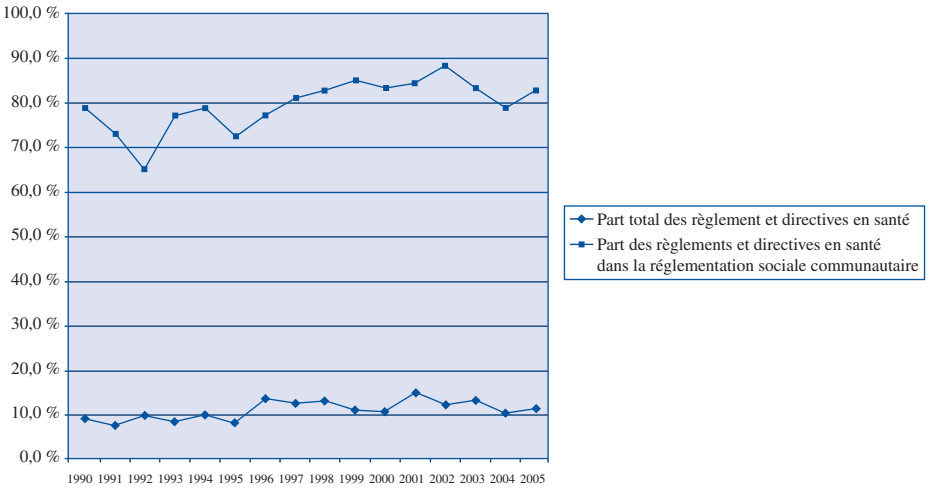
Cette croissance, qui est nette pour le support du règlement communautaire, semble moins évidente s'agissant des directives, pour lesquelles elle n'est significative en volume et en taux qu'à partir de l'année 2000.

Graphique 3 : Nombre de directives en vigueur au 01.01.2006 par année de publication et part de ces directives dans le total des directives communautaires



Source : Commission européenne, base EUROVOC

Graphique 4 : Parts de la législation en santé dans le total de la législation communautaire et dans la législation à vocation sociale (hors emploi)



Source : Commission européenne, base EUROVOC

Au total, si l'on rapporte le total des règlements et directives en vigueur depuis 1990 dans le champ santé à l'ensemble de la production normative, on constate une progression certes nette mais peu spectaculaire : cela signifie que l'accroissement du nombre de législations dans le champ santé est pour une bonne part lié à une plus grande activité normative de la commission en général. Par contre, on constate que la santé constitue le domaine d'intervention privilégié de la Commission dans le champ des politiques sociales (hors emploi), cette prédilection ayant même eu tendance à se renforcer au cours des années 1990.

Un possible ralentissement dans les prochaines années

On constate un ralentissement du nombre d'initiatives de la Commission dans le champ de la santé depuis son renouvellement en mai 2004. Ce ralentissement correspond à la volonté du collège des commissaires de mieux maîtriser la production normative de l'Union (dans le cadre du processus « mieux légiférer ») et d'en recentrer l'action.

Parallèlement, la réflexion sur la construction d'une nouvelle stratégie communautaire en matière de santé n'est pas aboutie. L'ancien commissaire européen, David Byrne, avait annoncé en juillet 2004 une communication sur les futures orientations stratégiques de l'Europe en matière de santé. Ce document, qui devait paraître en 2005, n'a pas été publié.

Le nouveau commissaire, M. Kyprianou n'a fait référence à aucune initiative normative dans les priorités qu'il a présentées lors de son investiture au Parlement européen : développement d'une démarche préventive et active en matière de santé publique ; développement des instruments non législatifs tels que la méthode ouverte de coordination dans le domaine de la santé ; réflexion sur l'incidence de l'évolution démographique dans le champ de la santé publique ; réflexion sur les conséquences de la libre circulation des personnes et de la mobilité des patients ; réflexion combinée sur les inégalités sociales de santé. La compétence sanitaire de la communauté semble promise à s'exercer d'abord à travers du « droit mou » (soft law).

La constitution des programmes de santé publique n'a pas conduit à une progression du budget alloué à la santé

Le budget communautaire « santé publique » en 1994 : des crédits pour couvrir quelques actions ponctuelles

En 1993, le budget communautaire en matière de santé publique correspondait à 20 M d'écus (ligne B3-43 et B3-44) répartis de la façon suivante :

Chapitre B3-43 et B3-44	Intitulé	Somme en M d'écus 1993 (un écu = 6,58 frs)
B 3-430	Actions dans le domaine de la protection sanitaire des citoyens	
B 3 -4300	Lutte contre le cancer	10,8
B 3-4301	Lute contre le SIDA et les autres maladies transmissibles	8,3
B 3-4303	Protection sanitaire du citoyen et mesures de lutte contre l'abus d'alcool	4,8
B 3-4304	Pollution de l'environnement et santé	1
B 3-440	Lutte contre les abus de drogues	3,3
B 3-441	Observatoire européen des drogues	4,8
	Total	33

Source : Bulletin du Haut Conseil à la Santé Publique, 1993

Les premiers programmes de santé publique : une diversification des financements

Les huit programmes de santé publique lancés en 1994 disposaient globalement d'un budget de 50 millions d'euros par an, ce qui représentait une prise

en charge de 50 à 70 % du coût du projet financé. Ces programmes reposaient sur le principe d'appels à propositions.

Les règles d'attribution des crédits, dont les principes sont encore aujourd'hui appliqués, ont alors été définies : la Commission met en œuvre le programme de santé publique avec l'assistance d'un comité composé de représentants nommés par les États membres. Ce comité donne son avis sur la mise en œuvre des mesures décidées par la Commission. Ces mesures comprennent le plan de travail annuel, les critères de sélection et le financement d'actions et de méthodes d'évaluation du programme. Le critère de la plus-value communautaire occupe naturellement une place essentielle.

Le règlement financier[13] et ses modalités d'exécution constituent les documents de référence pour la mise en œuvre du programme. Les subventions doivent obéir aux principes suivants : règle du cofinancement, règle du non profit, règle de la non rétroactivité, et règle du non cumul. Pour être éligibles au soutien financier, les projets doivent contribuer à un haut niveau de protection de la santé et être compatibles avec l'un ou plusieurs des objectifs fixés dans le programme. L'éligibilité des projets est déterminée à la suite d'appels à propositions. L'ensemble de ces dispositions soumet par conséquent l'octroi de subventions et le suivi des réalisations des projets à des dispositions particulières, que la plupart des bénéficiaires considère comme très contraignantes.

Au moment de l'évaluation de ces programmes en 2000, leur approche fractionnée, construite plus par pathologie que par déterminant de santé, ainsi que la dissémination des projets ont été critiquées. La commission[14] a considéré qu'ils n'avaient pas permis de créer une véritable politique d'ensemble de santé publique.

Le budget « santé publique » : une progression relativement restreinte, compensée par de nouveaux budgets

Un nouveau programme d'action communautaire en santé publique pour 2003/2008 a été adopté par le Conseil le 26 juin 2002, et par le Parlement et le Conseil dans la décision du 23 septembre 2002. Ce programme ne définit plus des enveloppes par pathologies, mais s'articule en trois axes :

– l'information sur la santé ;
– la réaction rapide aux menaces sanitaires ;
– la prise en charge des déterminants de santé.

Avec un budget de 353,7 millions d'euros pour la période 2003/2008, ce programme alloue une enveloppe annuelle de l'ordre de 52 M, en très légère

[13] Le règlement actuellement en vigueur est le règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes.
[14] Voir notamment sa communication, COM (2000) 448 final.

progression par rapport au programme précédent en valeur (et en régression en niveau).

Plusieurs sources de financements viennent toutefois compléter ce budget :

– Une ligne support, permettant de financer les dépenses administratives et d'assistance technique relatives à la conduite du programme (gestion par une agence exécutive, financement des associations partenaires…) : cette ligne était créditée de 7,8 M€ en 2005.

– le fonds tabac, finançant des activités de reconversion des productions de tabac[15] et qui couvre également les dépenses découlant de la décision du Conseil concernant la conclusion d'une convention-cadre avec l'OMS sur la lutte antitabac récemment entrée en vigueur : ce fonds est doté de 14,4 M euros en 2005.

– le budget du centre européen de lutte contre les maladies transmissibles, pour lequel un financement de 4,7 M euros est prévu[16].

Les crédits de paiements 2005 pour les « actions dans le domaine de la protection sanitaire des citoyens » (chapitre 17-03) et les autres actions affectées à la santé publique ne représentaient que 78,8 M€, soit 0,8 % du montant des dépenses des politiques internes et 0,08 % du total du budget communautaire. Ils se répartissent comme suit :

Chapitre Article et poste	Intitulé	Crédits de paiement 2005 en M euros
17-03-01	Actions dans le domaine de la protection sanitaire des citoyens	
	Dépenses gestion administrative	7,8
17-03-01-01	Santé publique (2003-2008)[17]	51,9
17-03-02	Fonds communautaire du tabac – Paiements directs par l'Union européenne	14,4
17-03-03	Centre européen de prévention et de contrôle des maladies	4,7
	Total	78,8

Source : Commission, DG Budget

Dans ces conditions, la Commission est amenée à être sélective, notamment en ayant une interprétation relativement restrictive de la valeur ajoutée communautaire des projets et en refusant de financer de manière pérenne des projets. Cette orientation, qui est parfois mal comprise, est de nature à complexifier

[15] En application des dispositions de l'article 13 du règlement (CEE) n° 2075/92.

[16] Règlement (CE) n° 851/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 instituant un Centre européen de prévention et de contrôle des maladies.

[17] À titre d'exemples, ont été financés sur le programme santé publique en 2005 : une conférence de consensus sur l'immunodéficience primaire, une conférence de haut niveau sur l'e-santé, un appui au développement d'une stratégie communautaire en matière de prévention des accidents de la vie courante, une collaboration européenne sur la démence, un réseau européen d'évaluation des technologies de santé…

encore la programmation des dépenses. Elle a par exemple conduit la Commission à supprimer en 2004 ses financements aux réseaux d'observation du VIH et de la tuberculose de l'Institut national de veille sanitaire, ce qui a mis en difficulté cet établissement.

Pour donner plus de souplesse de gestion au programme de santé publique, la Commission a créé en décembre 2004 une agence exécutive[18], qui est constituée au 1er janvier 2005 pour une durée de 6 ans.

Enfin, la faiblesse du budget communautaire en matière de santé publique est en partie contrebalancée par l'existence d'autres budgets, bien plus significatifs. C'est notamment le cas du budget relatif à la sécurité sanitaire alimentaire (chapitre 17-04) pour 305 M euros, des crédits du PCRD, en particulier ceux relatifs à la politique de recherche en santé publique (Chapitre 08-02) pour 621,4 M euros et ceux relatifs à la qualité et la sûreté alimentaire (chapitre 08-05) pour 186 M euros. Beaucoup d'actions non susceptibles d'être prises en charge par le programme de santé publique sont ainsi susceptibles de l'être sur ce second chapitre au titre du 6e PCRD. Si l'on inclut ces chapitres dans le calcul de l'effort communautaire en matière de santé, on constate que celui-ci correspond non pas à 50 M euros (0,08 % du total du budget) mais à 1,2 Mds euros, soit 1 % environ du budget communautaire.

Les propositions de la Commission dans le cadre des nouvelles perspectives financières : un triplement des budgets alloués à la santé

Afin de préparer les négociations relatives aux perspectives financières, la Commission avait dressé l'ébauche d'un nouveau programme « politique de la santé » 2003-2008. Ce programme aurait été intégré à un programme plus vaste relatif à la santé et à la protection des consommateurs[19]. En annexe à sa proposition de décision au Conseil et au Parlement européen, la Commission a souhaité que ce nouveau programme soit doté d'un budget pluriannuel de 1,3 Md euros, correspondant à une montée en charge des dépenses passant progressivement de 97 M euros en 2007, soit un peu plus que le niveau actuel consolidé des deux programmes « santé publique et consommateurs », à 289,5 M euros. En somme, la Commission demandait le triplement des moyens affectés à la santé publique.

L'accord sur les perspectives financières trouvé lors du Conseil européen de Londres ne permet pas à ce stade de déterminer si cette demande a été suivie.

[18] Décision de la Commission du 15 décembre 2004 instituant une agence exécutive dénommée « Agence exécutive pour le programme de santé publique » pour la gestion de l'action communautaire dans le domaine de la santé publique – en application du règlement (CE) n° 58/2003 du Conseil.

[19] Voir la Communication de la Commission COM 2005/115 du 06/04/2005.

Chapitre 2

Les politiques de santé publique et d'organisation des soins se sont adaptées aux exigences communautaires

Il est quasiment impossible d'un point de vue méthodologique de mesurer la part du Code de la santé publique qui a été impactée par le droit communautaire. Cela tient notamment au fait que l'influence de ce droit s'exerce tant directement, par la transposition des législations, qu'indirectement par la déstabilisation des principes de l'organisation des soins entraînée par la jurisprudence communautaire.

Qu'elle opère par le biais de réglementation ou par le levier financier, l'intervention communautaire a constitué un levier des politiques de santé depuis plusieurs années. Cet impact s'exerce par l'effet indirect de la construction du marché commun (21) ou directement par l'adoption de législations communautaires dans divers champs de la santé publique (22).

Les « quatre libertés » du marché commun ont un impact sur certaines modalités d'organisation de notre système de soins, notamment celles relatives aux professionnels de santé

Les effets du principe de libre prestation de services transfrontaliers : une remise en cause de certaines règles d'organisation du système de soins

• Depuis sa jurisprudence Kohll et Decker, la Cour de justice est amenée à vérifier le caractère non discriminatoire et la pertinence des règles et procédures d'organisation de l'offre de soins

Sans revenir sur les conséquences de la jurisprudence Kohll et Decker qui a conduit la CJCE à examiner la compatibilité de l'ensemble des règles d'organisation de l'offre de soins avec le principe communautaire de la libre prestation de services (cf. rapport thématique sur la protection sociale), on constate que la Cour vérifie que les règles et procédures nationales ne sont pas discriminatoires et que les critères d'octroi ou de refus d'une autorisation sont définis à l'avance. Elle vérifie également qu'ils poursuivent un objectif légitime, par exemple la protection de la santé publique ou la préservation de l'équilibre financier des régimes de protection sociale, et qu'ils sont proportionnés à la réalisation de cet objectif.

À ce titre, elle considère que les procédures qui concernent les soins hospitaliers et le recours à des équipements matériels lourds (PETSCAN, IRM, notamment) ne relèvent pas de son examen. En revanche, l'ensemble des autres règles et procédures du Code de la santé publique est potentiellement soumis à l'examen de compatibilité de la Cour. Il en est ainsi, notamment, pour :

– les règles de conventionnement avec les professionnels de santé et de planification sanitaire

– les règles de détermination du panier de soins : à titre d'exemple, la Cour a également amené les États à prendre en charge, sans autorisation préalable, des actes dont le remboursement n'était pas prévu par leur législation nationale dès lors que le traitement administré est *« suffisamment éprouvé et validé par la science internationale »*[20]. En sens inverse, la possibilité ouverte par la jurisprudence Kohll et Decker de faire prendre en charge des

[20] CJCE, 2001, Smits Peerboom, dans le cas d'un ressortissant néerlandais soigné en Autriche selon des méthodes non reconnues aux Pays-Bas.

soins réalisés dans des établissements de cures thermales d'un autre État membre, sans possibilité pour les services de l'assurance maladie de vérifier la réalité et la pertinence de ces soins, renforce encore les interrogations sur la pertinence du remboursement de ces cures.

– les procédures d'agrément, d'autorisation ou de garantie de la qualité des pratiques (type accréditation, certification, obligation d'évaluation des pratiques…) : la jurisprudence relative à l'agrément des laboratoires de biologie médicale est à ce titre un bon exemple.

La Cour de justice et les procédures d'agrément des laboratoires de biologie médicale

Dans un arrêt du 11 mars 2004, Commission contre France, la CJCE a condamné la France pour sa réglementation (décret no 76-1004 du 4 novembre 1976) relative à l'agrément des laboratoires d'analyses de biologie médicale (LABM), qui prévoit une condition de siège d'exploitation en France pour bénéficier de cet agrément. La CJCE a jugé que cette réglementation est une entrave irrégulière à la liberté de prestation de service, dans la mesure où des conditions moins restrictives auraient pu être exigées des laboratoires, notamment :

– « *la République française peut exiger des laboratoires d'analyses de biologie médicale,..., qu'ils se soumettent, conformément à la législation française, à une autorisation, afin d'effectuer,..., des prestations de service au profit de personnes résidant en France* » (point 70 de l'arrêt) sans que les « *conditions à respecter pour obtenir une telle autorisation ne fassent double emploi avec les conditions légales équivalentes déjà remplies dans l'État d'établissement* » (point 71 de l'arrêt).

– « *ce régime d'autorisation pourrait notamment imposer la condition que les laboratoires... fassent en sorte que leurs rapports d'analyses puissent être compris par les médecins exerçant en France* » (point 72 de l'arrêt).

– « *il reste néanmoins possible d'exiger de ces laboratoires (...) qu'ils prouvent, à la satisfaction des autorités françaises, que les contrôles auxquels ils sont soumis par les autorités compétentes de l'État membre de leur siège d'exploitation ne sont pas moins sévères que ceux en vigueur en France et portent sur le respect de dispositions garantissant au moins le même niveau de protection de la santé* » (point 74 de l'arrêt).

En somme, en l'absence de législation communautaire en matière de biologie médicale, la jurisprudence communautaire est intervenue pour fixer un cadre minimal d'harmonisation, compatible avec les principes.

En réponse à cette condamnation, la loi de santé publique a prévu **un nouveau dispositif d'autorisation des laboratoires étrangers (L 6211-2-1 CSP).** Ce dispositif prévoit que les laboratoires établis dans un autre État membre peuvent effectuer des analyses de biologie médicale à destination de patients transfrontaliers dès lors qu'ils bénéficient d'une autorisation administrative délivrée après avoir vérifié que leurs conditions de fonctionnement sont identiques à celles exigées en France en vue de permettre l'agrément. Le décret d'application de ce texte est en cours de préparation. En particulier, la question de l'inclusion dans son périmètre de certaines activités spécifiques de biologie (génétique, AMP...) est posée.

**** Les effets déstabilisateurs de la jurisprudence communautaire sur notre système de soins, encore mal évalués, n'ont pas lieu d'être surestimés***

L'effet de la jurisprudence de la Cour de justice est potentiellement ambivalent. Le risque financier qu'elle comporte dépend de la réalité du phénomène de mobilité des patients. Or les études exploratoires de la CNAMTS permettent de considérer que ce risque est mineur : seuls 0,3 % de la dépense de soins de ville (370 M euros) correspondrait à des soins réalisés en 2004 à l'étranger[21].

Ces données contrastent avec les intentions déclarées par les ménages lorsqu'on les interroge : selon un sondage Eurobaromètre commandé par la Commission en 2002, 64 % des Européens se déclarent prêts à se faire soigner dans un État voisin[22]. À ce titre, la jurisprudence Kohll et Decker constitue un progrès pour les usagers en leur facilitant l'accès au système de soins étranger. En particulier, si la mobilité des patients est globalement faible, on peut raisonnablement considérer qu'elle est fortement concentrée sur quelques usagers (notamment les personnes atteintes de maladies rares…), des zones géographiques (notamment les zones transfrontalières) ou des segments de l'offre de soins (par exemple, les activités de transplantation[23], de cardiologie interventionnelle, certaines consultations de génétique, la prise en charge de certains cancers…).

La jurisprudence Kohll et Dekker permet en particulier la signature de conventions transfrontalières permettant l'accès aux offreurs de soins étrangers, sans recours aux formulaires E111 et E112. C'est par exemple le cas de conventions signées avec certains établissements belges spécialisés en matière de handicap. Un autre exemple est constitué par une convention signée en 1994 entre les hôpitaux de Tourcoing (France) et de Mouscron (Belgique), qui prévoit la prise en charge des insuffisants rénaux français par l'hôpital belge, et celle des patients belges atteints du SIDA par l'hôpital français.

La Commission a engagé en 2002 une réflexion globale sur la mobilité des patients qui doit aboutir avant la fin de l'année 2006 à la publication d'un livre vert. Au mois de juin 2002, elle a créé un forum de concertation spécifiquement consacré à ce thème. Associant des représentants des États membres, de la Commission, des professionnels de santé, des patients et des assureurs. Une communication de la commission est intervenue sur ce thème en avril 2004.

En particulier la démarche de la Commission pourrait aboutir à une simplification des règles applicables. En effet, le progrès pour les usagers que

[21] À noter que la situation diffère selon les États membres. L'Italie et le Luxembourg (dans une situation spécifique, puisque le coût des soins de santé à l'étranger y représente 9 % des dépenses publiques de santé) sont de grands « exportateurs » de patients. Inversement, la France ou l'Espagne sont des pays d'accueil des patients.

[22] Eurobaromètre, no 183-7, The health of adults in the european Union,

[23] 10 % des personnes transplantées sont ressortissants d'un État membre de l'Union européenne autre que la France.

constitue la jurisprudence Kohll et Dekker se paie toutefois aujourd'hui d'une forte complexité administrative puisque deux procédures coexistent désormais :

– la procédure de l'article 22 du règlement : les soins préalablement autorisés sont pris en charge par l'institution de l'État d'affiliation, sur la base des tarifs de l'État de soins.

– la procédure Kohll et Dekker[24] : les soins obtenus sans autorisation préalable sont pris en charge par l'institution de l'État d'affiliation, sur la base des tarifs de l'État d'affiliation.

En outre, la jurisprudence de la Cour de justice est actuellement génératrice d'insécurité juridique (cf. rapport thématique sur la protection sociale).

Enfin la démarche de la Commission peut aboutir à une meilleure structuration de l'offre de soins sur les segments ou les domaines de dimension communautaire ou transfrontalière.

La structuration des soins au niveau communautaire : l'exemple d'ORPHANET

Orphanet est mené par un consortium européen coordonné par une équipe française, située à l'hôpital Broussais et présidée par le Pr S Aymé. Cette association a des relais dans 20 pays européens. Elle est notamment financée par le programme de santé publique.

L'objet d'ORPHANET est de constituer un serveur d'information sur les maladies rares et les médicaments orphelins de nature à orienter des patients atteints de maladies rares. Il répond au constat que la mobilité intracommunautaire de ces patients est par nature grande et les modalités de prise en charge potentiellement aléatoires, sans système de labellisation commun.

L'objet du consortium est donc à la fois de mutualiser les pratiques des professionnels et de garantir des standards de qualité des prises en charge, quel que soit l'État concerné. Le serveur contient ainsi :
– une encyclopédie en ligne des experts européens et d'un répertoire des services à destination des malades et des professionnels. Cette encyclopédie est constituée d'articles de synthèse sur les maladies rares. À cette encyclopédie sont adossés un service d'aide au diagnostic, qui permet la recherche par signes cliniques et une base de données sur les médicaments orphelins.
– Un annuaire des services, qui contient des informations sur les consultations spécialisées, les laboratoires de diagnostic, les projets de recherche, les registres, les essais cliniques et les associations de malades en lien avec les maladies rares dans les pays partenaires. Ces informations sont fiabilisées par des relais nationaux de l'association, qui ont en charge la collecte de l'information sur les consultations spécialisées, les laboratoires de diagnostic, les recherches en cours et les associations de malades. Toutes les équipes adhèrent à la même charte de qualité. Dans chaque pays, un comité scientifique a été établi. Il conseille l'équipe Orphanet nationale et valide l'information sur les services avant sa mise en ligne.

[24] Cette seconde procédure a notamment été organisée par un décret du 19 avril 2005 et codifiée aux articles R332-3s CSS.

L'influence du marché unique sur les professionnels de santé

• Parce qu'il implique la reconnaissance des qualifications, le principe général de liberté d'établissement a mis en lumière la spécificité de certaines professions sanitaires

Le cadre réglementaire européen en matière de liberté d'établissement distingue deux types de régimes :

– le régime dit « général », qui se fonde sur le principe de reconnaissance mutuelle, sans préjudice de l'application de mesures de compensation en cas de différences substantielles entre la formation acquise par le migrant et celle exigée dans l'État membre d'accueil. La mesure de compensation peut par exemple revêtir la forme d'un stage d'adaptation ou d'une épreuve d'aptitude ; le choix entre l'une ou l'autre mesure appartient, sauf dérogations, au migrant.

– le régime dit « sectoriel » qui est fondé sur un minimum de règles d'exercice communes, sur la base d'une coordination des conditions minimales de formation, définies par des directives sectorielles, et dont le respect suffit à permettre la reconnaissance du diplôme, sans besoin d'évaluations complémentaires.

L'article 47.3 TCE[25] a prévu que les professionnels de santé figurant sur une liste appartenaient à cette seconde catégorie, ce qui implique une « coordination des conditions d'exercice ». Des directives ont été édictées pour les médecins[26] en 1975 et 1993, les infirmiers[27] en 1977 et les pharmaciens[28] en 1985. Aucun texte n'existe par contre dans le champ de la biologie. Pour chaque profession, deux directives distinctes ont été rédigées : l'une sur la coordination des législations nationales, l'autre sur la reconnaissance mutuelle des diplômes. Les professions qui demeurent non couvertes par une directive continuent de relever du régime général (masseur-kinésithérapeute notamment).

La rédaction de ces textes a fait apparaître la particularité de certaines professions de santé nationales, notamment des professions de sages-femmes et d'odontologues[29].

• La nouvelle directive relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles ouvre la voie à une harmonisation des règles de formation et d'exercice des professions de santé

Proposée à la demande du Conseil européen de Stockholm de mars 2001, la nouvelle directive relative à la reconnaissance des qualifications profes-

[25] Article 47, al. 3 TCE nouveau « En ce qui concerne les professions médicales, paramédicales et pharmaceutiques, la libération progressive des restrictions sera subordonnée à la coordination de leurs conditions d'exercice dans les États membres. »

[26] Dir. 75/362 et 75/363 du 16 juin 1975 codifiées par la dir. 93/16 du 5 avril 1993.

[27] Dir. 77/452 et 77/453 du 25 juin 1977.

[28] Dir. 85/432 et 85/433 du 24 septembre 1985.

[29] Plusieurs pays qui n'ont pas de diplôme d'État en chirurgie dentaire mais de simple licence s'estiment discriminés par les exigences françaises.

sionnelles consolide et simplifie ces régimes. Elle a été adoptée le 7 septembre 2005 et devra être transposée avant le 20 octobre 2007[30].

Ce texte décline deux grands principes, selon que le professionnel établit ou pas une résidence stable sur le territoire :

– Si tel n'est pas le cas, le professionnel bénéficie d'un principe général de libre prestation de services transfrontaliers : tout ressortissant communautaire légalement établi dans un État membre peut proposer des services de façon temporaire et occasionnelle dans un autre État membre sous son titre professionnel d'origine, sans devoir demander la reconnaissance de ses qualifications. Ce principe s'appliquera pleinement aux professions sanitaires, qui relèvent des directives sectorielles, mais pas à celles qui ne sont pas visées (masseur-kinésithérapeute). Il impliquera une révision des dispositions du Code de la santé publique qui conditionnent l'exercice de certaines professions, notamment des professions de médecins et de pharmaciens, à leur inscription à leur Ordre.

– Si le professionnel établit une résidence stable, les principes de la liberté d'établissement s'appliquent : la directive codifie les principes de reconnaissance déjà établis ; aux fins de l'équivalence des diplômes, elle fixe des conditions minimales de formation : par exemple, un minimum de six ans d'étude ou 550 heures d'enseignement théorique pour devenir médecin, auxquelles s'ajoutent nécessairement trois ans *« d'enseignement pratique à temps plein effectué en milieu hospitalier agréé »* pour devenir médecin généraliste, ou encore une durée de cinq ans pour la spécialisation en chirurgie générale. Autre exemple, l'admission à la formation d'infirmier responsable de soins généraux suppose une formation scolaire générale de dix années, sanctionnée par un diplôme ou autre certificat reconnu et comprend au moins trois années d'études ou 4 600 heures d'enseignement théorique et clinique effectuées à temps plein et portant au moins sur le programme figurant à l'annexe V de la directive.

S'agissant des spécialités médicales, la directive reprend le principe de la reconnaissance automatique pour les spécialisations médicales ou dentaires communes au moins à deux États membres. Cette disposition pourrait toutefois avoir un effet inflationniste que la directive essaie de contenir en limitant l'introduction future dans les annexes de la directive de nouvelles spécialisations médicales à celles communes à au moins deux cinquièmes des États membres.

À l'exception de la profession de médecin, la directive fournit un programme minimal de matières à suivre, qui laisse ouverte la possibilité pour les États membres d'établir des programmes d'étude plus approfondis. Ces listes de matières, figurant à l'annexe de la directive, peuvent être modifiées après accord d'un comité ad hoc (comité pour la reconnaissance des qualifications professionnelles) pour permettre leur adaptation au progrès scientifique et technique.

[30] Directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 septembre 2005, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et abrogeant les directives 77/452/CEE, 77/453/CEE, 78/686/CEE, 78/687/CEE, 78/1026/CEE, 78/1027/CEE, 80/154/CEE, 80/155/CEE, 85/384/CEE, 85/432/CEE, 85/433/CEE, 89/48/CEE, 92/51/CEE, 93/16/CEE et 1999/42/CE.

Ces dispositions minimales sur la durée des études et le contenu des programmes étaient rendues nécessaires par la nécessité de limiter les effets d'aubaine. Ces effets sont en effet décuplés par la construction de ponts entre les différents niveaux des études supérieurs dans le cadre du dispositif du LMD. Ces effets d'aubaine commencent à être connus à travers la presse : possibilité pour un élève d'obtenir une qualification de masseurs-kinésithérapeutes en Belgique et en détournant ainsi les règles restrictives d'accès aux écoles spécialisées induites par le numerus clausus.

• Le LMD devrait rapidement conduire à une réforme des études médicales et des autres professionnels

La construction de l'Espace européen de l'enseignement supérieur et de la recherche est une initiative intergouvernementale, initiée à la Sorbonne en 1998, poursuivie à Bologne en 1999, à Prague en 2001, à Berlin en 2003 et à Bergen en 2005.

Fondée sur une volonté commune des États, cette politique lancée en 1998 par quatre pays (Allemagne, Grande-Bretagne, Italie et France) concerne désormais 45 États.

Cette politique passe par l'identification d'une architecture commune des cursus autour de trois échelons licence-master-doctorat ; cette démarche a ainsi pris le nom de « LMD ». Elle n'est pas juridiquement obligatoire, mais les systèmes universitaires qui y resteront étrangers courront le risque d'une marginalisation durable.

L'application du « LMD » aux études médicales est aujourd'hui très probable. *« Il est exclu que les formations supérieures médicales et paramédicales ne s'intègrent pas au LMD »,* a récemment déclaré le ministre de la recherche, F. Goulard, à l'occasion d'un colloque à Marseille. Un groupe de travail vient d'être constitué par les ministres de la santé et de la recherche sur le sujet. Il rendra ses propositions fin mai.

Cette évolution ne devrait pas bouleverser le contenu des programmes, le ministre de la recherche a d'ores et déjà indiqué que la réforme des études médicales devait répondre *« au souci d'avoir des médecins qui s'orientent vers la recherche »,* soulignant ainsi qu'il fallait poursuivre l'enseignement des matières fondamentales dans le cursus. Les questions posées par cette évolution n'en sont pas moins d'envergure : comment compenser l'absence de formation type bac+4 ou master, entre des formations à bac+2 ou +3 et, à l'opposé, à bac+9, en médecine ?

• Dans un contexte de pénurie partagée, ces réglementations impliquent de développer une approche stratégique de la démographie des professionnels

La portée de la directive relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles est grande.

Les rares chiffres disponibles, qui sont antérieurs à l'élargissement, laissent certes apparaître de faibles migrations des professionnels de santé : on ne comptait, en avril 2001, que 1790 médecins ressortissants communautaires en France, soit 1 %[31]. Néanmoins, ce texte devrait contribuer à faire émerger un marché sanitaire sur certains segments très spécialisés de l'offre de soins en même temps qu'intensifier la concurrence entre États membres pour attirer des professionnels. Il pose la question de notre capacité à construire une stratégie démographique à l'égard des professions de santé, intégrant non seulement une régulation infranationale des flux de formation et de l'implantation géographique des professionnels, mais aussi des éléments d'attractivité, à concilier avec le nécessaire équilibre des régimes de sécurité sociale[32] en prenant en compte :

– la durée des études en santé ;
– la construction des parcours qualifiants pour accéder aux différentes professions ;
– l'opportunité des recours à des numerus clausus (la question se pose par exemple pour les masseurs-kinésithérapeutes pour lesquels le nombre de praticiens qui entrent en exercice chaque année correspond au double du numerus clausus du fait des mouvements transfrontaliers, en provenance de Belgique notamment) ;
– le partage des compétences entre les différentes professions de santé (par exemple entre infirmières et médecins).

• La nécessité d'européaniser le système de garanties et de droits pour les patients

L'application du principe de libre service transfrontalier aux professions de soins implique notamment de repenser les garanties offertes aux patients à l'égard des professionnels.

La directive prévoit en particulier que l'État membre d'accueil peut exiger de la part du prestataire qu'il effectue une déclaration préalable à la première prestation de services sur son territoire et qu'il renouvelle cette déclaration annuellement en y joignant les informations relatives aux couvertures d'assurance ou autres moyens de protection personnelle ou collective concernant la responsabilité professionnelle. Il peut en outre exiger que la première déclaration soit accompagnée d'un certain nombre de documents énumérés de manière limitative, tel que la preuve de la nationalité du prestataire, une attestation de son établissement légal et une preuve de ses qualifications professionnelles. Enfin, les États membres ont l'obligation de donner suite aux plaintes susceptibles d'être déposées dans un État membre contre un professionnel.

[31] Sur un total de 195 677 médecins en exercice. Chiffres cités par : M Duriez, D Lequet-Slama, « L'impact de la construction européenne sur l'organisation du système de santé » in E Vigneron, Pour une approche territoriale de la santé, L'aube, DATAR, 2002, p 261.

[32] Cf. récent plan sur la démographie médicale, qui ne fait pas référence à la mobilité transfrontalière.

On est encore loin toutefois des bases d'une réglementation commune en matière de droit des patients, dont les prodromes figurent dans la charte européenne des droits fondamentaux (cf. supra). Les organisations non gouvernementales dans le domaine de la santé publique ont ainsi demandé à la Commission de s'engager dans cette voie. À minima le forum européen de la santé a proposé la constitution d'une liste des professionnels de santé « disqualifiés ». Ses propositions réalisées dans le cadre de la réflexion du groupe à haut niveau sur la mobilité des patients, passent également par l'organisation d'un système communautaire de recueil d'information sur la qualité des pratiques des professionnels migrants.

L'introduction de considérations sanitaires dans la libre circulation des biens

• *L'Union européenne ne remet pas en cause, mais évalue les réglementations techniques à vocation sanitaire*

L'article 28 TCE pose le principe d'une interdiction des mesures techniques ayant pour effet de porter atteinte au commerce intracommunautaire. Un arrêt de la Cour de justice des Communautés Européennes du 20 février 1979, *Cassis de Dijon* (affaire 120/78) a toutefois reconnu la possibilité de déroger à cette règle pour des motifs de santé publique[33].

Le recours à cette dérogation a été organisé par une directive 98/34/CE du 22 juin 1998 qui prévoit une procédure d'information mutuelle. Cette procédure, explicitée en France par une circulaire du Premier ministre du 9 décembre 1999, impose d'informer la Commission européenne et les différents États membres de l'Union européenne d'un projet de texte émanant d'un État membre et pouvant comporter des entraves au Marché unique. Elle a deux types d'effets :

– un effet direct, qui est de tester l'argumentation sanitaire des États-membres (la Commission européenne envoie les projets de textes pour consultation aux autres États membres)[34] ;
– un effet non prévu mais très bénéfique d'échanges d'informations sur les conséquences sanitaires de certains produits.

Ce dispositif est potentiellement très contraignant. En particulier, la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes prévoit qu'un texte adopté en méconnaissance de cette procédure est inopposable aux tiers. La procédure constitue, en effet, une formalité substantielle de l'adoption des textes de portée nationale et est la condition de leur validité.

[33] en l'espèce un importateur allemand de la liqueur de cassis de Dijon, se voyant interdire l'importation de celle-ci en Allemagne, sa teneur en alcool étant inférieure au taux minimal prescrit pour une liqueur dans ce pays, avait porté l'affaire devant la Cour et a eu gain de cause.

[34] Le texte ne peut être adopté qu'après une période de statu quo de 3 mois à compter de la réception par la Commission européenne du projet de texte.

Le ministère de l'industrie (le SQUALPI : sous-direction de la qualité pour l'industrie et de la propriété intellectuelle) est chargé, par délégation du SGAE, de l'animation de cette procédure. Il lui revient notamment d'informer les différents ministères, dont le ministère de la santé, des projets de règles techniques émanant d'États membres et de transmettre les projets de règles techniques français à notifier à la Commission européenne. Cette activité est potentiellement importante : en 2005, au 22 novembre, 109 textes étrangers avaient été redistribués auprès des différents bureaux du ministère de la santé sur la base de la procédure et 13 textes français avaient été notifiés. L'exercice de cette activité peut être bénéfique à plusieurs titres :

– il conduit à s'interroger sur la pertinence de nos réglementations techniques ;
– il peut permettre d'échanger avec d'autres États membres sur des évaluations d'impact (cela a notamment été le cas avec l'Allemagne s'agissant de la dangerosité de certaines fibres…).

Un bon exemple de la communautarisation des politiques nationales de santé est à ce titre donné en matière de lutte contre les intoxications au monoxyde de carbone, domaine que l'on supposerait d'échelon uniquement national, mais dans lequel les marges d'action des États membres sont encadrées par les règles techniques applicables aux appareils de chaudière, de niveau communautaire.

Un exemple des enjeux des normes techniques : la réglementation communautaire des appareils à gaz et les intoxications au monoxyde de carbone

Les données de mortalité relèvent entre 150 et 300 décès annuels par intoxication oxycarbonée faisant de l'intoxication par le monoxyde de carbone (CO) la première cause de mortalité par toxique en France[35]. Le bilan dressé par le ministère de la santé en 2001 dénombre environ 2 500 hospitalisations et 3 700 personnes exposées. Parmi les personnes hospitalisées, 27 % sont des enfants de moins de 14 ans. Cette intoxication restant mal diagnostiquée, les chiffres de morbi-mortalité seraient donc sans doute sous-évalués. Les données disponibles permettent d'observer que le nombre d'intoxications ne diminue pas et que l'incidence des intoxications au CO n'est pas homogène sur le territoire puisque 70 % des cas sont signalés au nord de la Loire.

La loi de santé publique du 9 août 2004 (rapport annexé) fixe l'objectif (n° 23) de réduire de 30 % la mortalité par intoxication par le monoxyde de carbone d'ici 2009. Pour y parvenir, il est essentiel de normaliser les appareils de chaudières et de production d'eau chaude, qui sont à l'origine de 68 % des intoxications. Il s'agit d'interdire les appareils à risque et de prévoir systématiquement des dispositifs de sécurité contrôleurs d'atmosphère sur les appareils autorisés.

La législation sur ces appareils relève toutefois du niveau communautaire. Elle est notamment établie par une directive 90/396 modifiée relative au rapprochement des législations des États membres concernant les appareils à gaz. Celle-ci pose les exigences essentielles auxquelles doivent répondre les appareils de

[35] Salines G. Surveiller les intoxications dues au monoxyde de carbone. Rapport au CSHPF. InVS, 2002.

chaudières, chauffe-eau etc. En particulier, elle prévoit que le marquage CE emporte la présomption de conformité de l'appareil et permet sa commercialisation. L'enjeu principal d'une politique de réduction des intoxications au monoxyde de carbone consiste ainsi à intervenir dans les règles de normalisation communautaire. La marge de manœuvre des États membres est encadrée et soumise au regard de la Commission[36].

• L'introduction de considérations sanitaires dans le marché intérieur des biens : les exemples du suivi des produits cosmétiques et de l'encadrement des allégations de santé

Depuis une directive de 1976[37], la réglementation communautaire a enregistré d'importantes évolutions dans l'organisation de la sécurité sanitaire des cosmétiques, produits jusqu'alors considérés comme sans dommage pour la santé. Récemment modifiée (directive du 11.03 2003), cette législation détermine les règles suivantes :

– La directive « Cosmétiques » définit la liste des substances qui ne peuvent entrer dans la composition des produits cosmétiques. Elle dresse également les listes des colorants, des agents conservateurs et des filtres UV que ces produits peuvent contenir.
– La réglementation communautaire prévoit des règles d'étiquetage : les emballages doivent porter, en caractères indélébiles, facilement lisibles et visibles, un certain nombre d'informations, notamment depuis la révision de 2003, la durée d'utilisation sans dommage des produits cosmétiques une fois ouverts, ainsi que l'inscription de certains types d'allergènes.
– La directive organise la cosmétovigilance : les États membres sont chargés de vérifier la sécurité du produit par une surveillance du marché ; ils doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour que ni les fabricants, ni les importateurs établis dans la Communauté ne mettent sur le marché des produits qui ne satisfont pas aux dispositions de la directive. Les États membres veillent également à ce que ne soient pas attribuées aux produits cosmétiques des caractéristiques qu'ils ne possèdent pas.

Un autre exemple de l'introduction de considérations sanitaires dans le marché intérieur des biens est constitué par la proposition de règlement de la Commission de juillet 2003, récemment approuvée par le Conseil et le Parlement européen en première lecture, relative aux allégations de santé et de nutrition. Ce texte prévoit notamment une série de règles harmonisées concernant le recours à des allégations, telles que « *faible teneur en matières grasses* », « *riche en fibres* », ou encore, « *faible teneur en sucres* ». Il

[36] La Commission a par exemple formé un recours contre la république d'Allemagne dont certains Länder avaient pris des dispositions pour interdire l'utilisation d'appareils non raccordés (dont l'usage est admis par la directive). La Commission considérait que ces législations intervenaient sur des « aspects déjà couverts par la directive » et constituaient une entrave à la libre concurrence. Elle s'est récemment désistée (affaire C-510/03).

[37] Directive 76/768/CEE du Conseil, du 27 juillet 1976, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux produits cosmétiques (directive « Cosmétiques »).

impose également que les allégations de prévention de maladies (telle que « *bon pour votre cœur* ») ne soient autorisées que sur la base de preuves scientifiques validées par l'Autorité européenne pour la sécurité alimentaire (AESA).

La libre circulation des biens de santé, notamment des médicaments, a imposé une mise en commun des dispositifs de sécurité sanitaire

• L'essentiel de la législation sur la mise sur le marché des médicaments relève désormais du niveau communautaire

La construction d'un marché communautaire unifié en matière de médicaments présente des enjeux considérables tant pour la santé publique, que pour les économies européennes et le potentiel de recherche développement du continent. Elle s'est opérée depuis 1965[38] par une succession de législations[39] qui ont été codifiées par la directive **2001/83/CE** du Parlement européen et du Conseil, du 6 novembre 2001, instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain.

Ce code communautaire regroupe, dans un acte unique, l'ensemble des dispositions en vigueur en matière d'autorisation de mise sur le marché, de fabrication, d'étiquetage, de classification, de distribution et de publicité des médicaments à usage humain. Ses principaux principes sont les suivants :

– Aucun médicament ne peut être mis sur le marché d'un État membre sans qu'une autorisation n'ait été délivrée par l'autorité compétente de cet État membre ou par l'Agence européenne pour l'évaluation des médicaments (EMEA).

– Les règles de délivrance des autorisations de mise sur le marché sont harmonisées. En particulier les délais d'examen des demandes sont encadrés et les conditions de refus sont limitativement énumérées.

– L'autorisation délivrée dans un État membre peut être transposée dans les autres États, par l'usage de la procédure de reconnaissance mutuelle des autorisations ; cette procédure est une source d'économie pour les laboratoires.

– Dans des cas exceptionnels, lorsqu'une action d'urgence est indispensable pour protéger la santé publique et jusqu'à ce qu'une décision définitive soit

[38] Directive 65/65/CEE relative aux autorisations de mise sur le marché.

[39] On notera notamment les textes suivants : directive 75/319/CEE : directive relative aux conditions complémentaires concernant l'autorisation de mise sur le marché ainsi que la directive 89/381/CEE qui l'a modifié ; directive 75/318/CEE : directive relative aux conditions complémentaires concernant les essais et l'autorisation de mise sur le marché ; directive 92/25/CEE : directive relative à la distribution en gros ; 92/26/CEE : directive relative à la classification en matière de délivrance ; 92/27/CEE : directive relative à l'étiquetage et à la notice 92/28/CEE : directive relative à la publicité des médicaments.

prise, un État membre peut suspendre la mise sur le marché et l'utilisation d'un médicament sur son territoire. Il informe la Commission et les autres États membres des raisons d'une telle mesure. Cette procédure a par exemple été appliquée pour le retrait de la Cérivastatine de la société BAYER.

Le titulaire d'une autorisation de fabrication doit respecter certaines obligations : disposer du personnel répondant aux exigences légales en vigueur dans l'État membre concerné ; ne livrer les médicaments autorisés que lorsqu'ils sont en conformité avec la législation des États membres concernés ; informer préalablement l'autorité compétente de toute modification qu'il souhaite apporter aux renseignements fournis dans le cadre de sa demande de fabrication ; respecter les principes et lignes directrices de bonnes pratiques de fabrication des médicaments qui sont prévus dans la directive 2003/94/CE.

De même les règles relatives à l'emballage extérieur ou au conditionnement primaire des médicaments sont du ressort de la Commission, ainsi que les spécifications qui doivent y figurer (dénomination, composition qualitative et quantitative en substances actives, forme pharmaceutique et contenu en poids, mode d'administration, liste des excipients, date de péremption, précautions particulières de conservation, d'élimination des médicaments non utilisés et des déchets, numéro d'autorisation et numéro de lot de fabrication et mise en garde spéciale).

Enfin, le code communautaire des médicaments encadre la « publicité pour des médicaments », définie comme toute forme de démarchage, d'information, de prospection ou d'incitation qui vise à promouvoir la prescription, la délivrance, la vente ou la consommation de médicaments. Elle prévoit notamment que les États membres interdisent toute publicité pour les médicaments qui ne bénéficient pas d'une autorisation de mise sur le marché et que la publicité à l'égard d'un médicament doit favoriser l'usage rationnel du médicament et ne peut être trompeuse.

La directive contient également des spécifications concernant la formation des visiteurs médicaux et concernant les obligations d'information et les contraintes qu'ils doivent respecter pendant leur travail (interdiction d'octroyer des primes ou des avantages significatifs comme technique de promotion des médicaments, limitation de l'hospitalité offerte lors de manifestations de promotion, restriction dans la distribution d'échantillons gratuits). Les personnes habilitées à prescrire ou à délivrer des médicaments sont, pour leur part, liées par une interdiction de solliciter ou d'accepter des incitations contraires à la directive.

De fait, la législation en matière de médicament est presque intégralement communautarisée. La constitution d'un marché européen doit alors être conciliée avec la nécessité pour les systèmes d'assurance maladie de maîtriser la dépense de médicaments. Cette conciliation passe par la reconnaissance de la

liberté des États membres dans la fixation des prix de ces produits[40]. Elle a abouti à une grande variabilité des pratiques[41] : les prix pour les médicaments innovants sont quasiment libres en Allemagne et aux Pays-Bas ; ils le sont aussi lors de l'entrée sur le marché au Royaume-Uni, sauf si la rentabilité du laboratoire dépasse certaines normes. L'Italie, l'Espagne et la Grèce administrent les prix en référence à un panel des prix pratiqués chez leurs voisins. La Commission considère aujourd'hui que « *des écarts importants entre des prix fixés par décision administrative risquent de nuire au bon fonctionnement du marché intérieur* »[42] et suggère des mécanismes de sauvegarde fondés sur des remises établies en fonction des volumes.

Un autre exemple des effets de la communautarisation en cours du marché du médicament est la jurisprudence de la Cour de justice relative à la délivrance du médicament par internet[43], qui remet en cause le principe du monopole de distribution officinal**.** Suite à une question préjudicielle d'une juridiction allemande tendant à examiner la législation nationale restreignant la vente par Internet de médicaments à usage humain par les pharmacies établies dans un autre État membre, la CJCE a jugé que le monopole des officines constitue une entrave non justifiée au principe de libre circulation des biens s'agissant des médicaments qui ne sont pas soumis à prescription médicale.

• Le projet de règlement relatif au médicament pédiatrique : une tentative de mobiliser les effets d'échelle potentiels au niveau communautaire

S'inspirant du règlement communautaire relatif aux médicaments orphelins, adopté par le Conseil en décembre 1999, la France a présenté, lors de sa présidence du Conseil en décembre 2000, un mémorandum proposant une législation sur les médicaments pédiatriques. Cette proposition, portée par une mission dédiée au sein du ministère de la santé, a trouvé plusieurs échos au sein des associations de patients et de la fédération européenne des industries pharmaceutiques, si bien qu'en octobre 2004, la Commission européenne a déposé une proposition de règlement. Les négociations sur ce texte ont permis de trouver un accord au Conseil en décembre 2005. Le texte doit maintenant être examiné en seconde lecture par le Parlement européen.

Le mémorandum français de 2000 indiquait que moins de la moitié des médicaments destinés aux enfants sont évalués spécifiquement dans cette population en Europe[44]. L'enjeu du règlement est ainsi d'inciter les firmes à

[40] Le seul texte applicable est une directive 89/105 CEE dite directive transparence qui entend éviter que les mesures nationales ne constituent des restrictions quantitatives aux importations et aux exportations et proscrit les discriminations entre laboratoires selon la nationalité.

[41] Voir Pierre-Louis Bras, innovation et santé, Sève, printemps 2004, p 63s.

[42] Communication de la Commission, « renforcer l'industrie pharmaceutique européenne dans l'intérêt des patients », 1er juillet 2003, p 16.

[43] CJCE, arrêt du 11 décembre 2003, Deutscher Apothekerverband eV contre Doc Morris NV et Jacques Waterval, affaire C-322/01 :

[44] La source de ce chiffre est toutefois incertaine (une étude du British medical journal de 1998).

développer les essais cliniques chez l'enfant, pour prévoir des indications spécifiques chez l'enfant, voire pour adapter leurs formes galéniques et leur conditionnement. Cet enjeu vaut pour l'avenir mais aussi pour le stock des médicaments déjà commercialisés.

Une récente enquête nationale PEDIAD (Administration en pédiatrie), réalisée par l'hôpital Robert-Debré auprès de 14 hôpitaux depuis l'initiative française (2001-2002) a conforté cette analyse en indiquant qu'un quart des administrations médicamenteuses chez l'enfant à l'hôpital est source d'erreurs.

Le règlement communautaire vise à transposer très directement la réglementation américaine (Pediatric Rule, effective depuis avril 1999) qui établit des incitations pour les firmes (complément de brevet négocié avec la FDA si le promoteur s'engage à réaliser des essais cliniques chez l'enfant) et des contraintes (soumissions de données obligatoires pour les médicaments dont l'utilisation chez l'enfant dépasse 50 000 par an).

Ce texte reprend ainsi l'idée d'une prorogation de six mois du certificat complémentaire de protection (équivalent à une prorogation de six mois de la protection brevetaire) pour l'étude de médicaments à usage pédiatrique. Cette mesure a fait l'objet de débats entre l'industrie pharmaceutique de recherche, qui y est très favorable (et la préfère notamment à des solutions plus contraignantes), et l'industrie des médicaments génériques, qui est traditionnellement opposée à ce type de solution, dont l'un des effets est de retarder le lancement des génériques.

En contrepartie, les firmes auront une véritable obligation de conduire des essais pédiatriques. Cette obligation ne vaudra que pour les produits qui sont encore protégés par un brevet. Les firmes devront alors soumettre un plan d'investigation pédiatrique dès qu'elles demanderont l'homologation d'un nouveau traitement auprès d'un comité pédiatrique, créé par le règlement auprès de l'Agence du médicament (EMEA). Ce comité, qui constitue la principale nouvelle structure du dispositif, aura une composition très similaire à celle des autres comités de l'agence européenne, avec des membres nommés par les États-membres et d'autres par la Commission européenne.

L'obligation de présenter un plan d'investigation pédiatrique sera la règle pour tous les médicaments, avec toutefois deux exceptions : le Comité pédiatrique pourra accorder une dispense dans le cas des médicaments qui n'ont pas d'application pédiatrique – l'exemple caricatural étant les traitements de la maladie d'Alzheimer – ou un report, qui n'exonérera pas les firmes de présenter un plan, mais qui leur permettra de le faire après l'autorisation de mise sur le marché (AMM).

La décision se fera au cas par cas mais il n'y aura pas de règles spécifiques pour les différentes catégories d'enfants.

Un rapport de l'IGAS d'octobre 2003 a montré que cette voie consistant à développer les essais cliniques chez l'enfant ne pouvait être poursuivie qu'à

plusieurs conditions, notamment que le lancement de ces essais fasse l'objet d'un filtrage rigoureux par les autorités administratives et que la pertinence médicale, la qualité dans la conduite des techniques des essais soient mieux garanties[45].

Le règlement finalement adopté prévoit que les firmes ne bénéficieront de six mois d'extension de propriété intellectuelle qu'à la condition d'avoir respecté leur plan d'investigation pédiatrique, ce que devra contrôler le comité pédiatrique.

Pour les produits anciens, qui ne sont plus protégés par un brevet, les firmes ne seront soumises à aucune obligation de conduire des essais pédiatriques. Pour les pousser néanmoins à déposer des demandes, le projet de règlement pédiatrique a prévu d'accorder pour ces produits une protection des données de dix ans pour des formulations spécifiques aux enfants, qui couvrira uniquement les indications pédiatriques. La Commission européenne espère ainsi que des « marchés de niche » pourront se développer.

L'idée de financer ces études par des fonds européens (au titre du 7e PCRD) avait été envisagée mais la Commission européenne l'a finalement abandonnée, principalement pour des raisons juridiques. L'industrie du générique et avec elle certains États membres (Danemark notamment) y étaient très attachés.

Enfin, le règlement pédiatrique marque une innovation dans la réglementation pharmaceutique européenne : jusqu'à présent, l'Agence européenne du médicament (EMEA) et ses comités ne pouvaient donner que des avis, le pouvoir décisionnaire final étant du ressort de la Commission européenne. La situation en Europe se démarquait notamment de ce qui se passe aux États-Unis, où la Food and Drug Administration (FDA) prend elle-même ses décisions. Dorénavant, les positions du comité pédiatrique seront formalisées par une décision de l'Agence européenne du médicament et non plus par une décision de la Commission européenne. Ces décisions auront directement valeur réglementaire et seront opposables devant la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE).

L'échelon communautaire concerne, avec une intensité variable, toutes les dimensions des politiques de santé publique

L'apparition de l'échelon communautaire dans les politiques de santé publique pose des questions sur le fond comme sur la forme. Sur le fond, le niveau communautaire a consolidé les dispositifs d'évaluation des risques ali-

[45] F Lalande, B Roussille, Les essais cliniques chez l'enfant en France, rapport n° 2003-126, oct 2003.

mentaires, infectieux, voire environnementaux mais montre les limites de l'exécutif européen face à des crises d'envergure continentale. Sur la forme, les interventions communautaires posent souvent le problème d'une nouvelle configuration des liens entre les intérêts industriels et les préoccupations de santé publique. La construction de procédures de transparence dans l'intervention des lobbies et d'arbitrage entre les priorités économiques et sanitaires semble à ce titre encore inaboutie. Les aléas récents du projet de règlement REACH en fournissent le dernier exemple en date.

L'affirmation de l'échelon communautaire en matière de sécurité sanitaire

• *La construction de réseaux d'observation et d'alerte sur les risques*

Le programme de santé publique a participé au financement de la constitution de près d'une quinzaine de réseaux d'observation des pathologies infectieuses[46], qui, à partir de méthodologie commune, permettent d'avoir une connaissance des phénomènes sanitaires continentaux.

En complément de ces réseaux, des systèmes de surveillance et d'alerte ont été créés. Les plus remarquables sont le système de contrôle des maladies transmissibles (*EWRS*), qui a été organisé par une décision du Parlement et du Conseil du 2119/98. Ce système permet d'échanger rapidement sur des risques mais aussi sur les mesures mises en œuvre par les États membres pour réduire ces risques. Il est géré en France par l'institut national de veille sanitaire et le département des alertes sanitaires de la Direction générale de la santé.

De même, le système d'alerte rapide pour les denrées alimentaires (*RAPEX*) est ancien (1978) et efficace. Ce système, qui repose sur la coopération loyale des administrations nationales (en France, la DGAL, la DGCCRF et l'InVS), bénéficie d'un suivi attentif de la Commission (DG SANCO). Toutefois, il ne concerne pas tous les aliments et ne fonctionne pas pour les produits importés.

L'évaluation qui peut être faite de ces réseaux d'alerte est encore mitigée. Deux critiques leur sont principalement adressées :

– les réseaux, qui servent de support à la transmission d'informations techniques entre gestionnaires du risque, hiérarchisent mal l'information au détriment des messages d'alerte : à titre d'exemple, lors de l'épidémie de SRAS, le réseau EWRS enregistrait près de 200 messages par jours, ce qui provoque une forme de saturation.

[46] Système d'observation de la légionellose (Legio-net, géré par le CDSC anglais), des salmonelles (Enter-net, CDSC anglais), de la tuberculose (Euro-Tb géré par l'INVS), du HIV (Euro-HIV, géré par l'InVS), de l'influenza (EISS, NIVEL néerlandais), des maladies à prévention vaccinale (EUVAC), de la résistance antimicrobienne (EARSS, par le RIVM néerlandais), des infections nosocomiales (HELICS, par l'Université Claude Bernard de Lyon).

– l'exhaustivité et la fiabilité des informations transmises par le réseau dépendent non seulement de la loyauté des États-membres mais aussi de la qualité du dispositif de veille propre à chaque État-membre. À titre d'exemple, lors de la découverte de sauce contenant un colorant carcinogène au Royaume-Uni en avril 2005, la Commission a regretté que « *le Royaume-Uni n'ait pas transmis une information à jour à travers le réseau RAPEX mais à travers le site internet du ministère de la santé* » et que *« l'information délivrée aux autres gouvernements lors des rencontres organisées à Bruxelles n'était pas suffisante pour leur permettre de lancer des investigations dans leur propre pays. »*

• Le renforcement du dispositif d'évaluation des risques s'est opéré au rythme des crises sanitaires

Consécutive à la crise de la vache folle, l'évolution du dispositif européen a été relativement rapide. Les principales étapes en sont la publication par la Commission d'un livre vert sur la sécurité alimentaire (avril 1997), puis d'un livre blanc (janvier 2000). La discussion de ce deuxième texte au Parlement, au Conseil et au Comité Économique et Social s'est transformée, à compter de novembre 2000, en un débat sur un projet législatif qui, remanié en août 2001, a conduit à l'adoption du règlement 178/2002 fixant les principes et les procédures d'une politique européenne de sécurité alimentaire, et instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments (AESA).

Par ailleurs, décidé dans le contexte de la crise du SRAS, un centre européen de contrôle des maladies infectieuses (ECDC) a été créé en avril 2004[47]. Il est chargé d'identifier, évaluer et signaler les menaces existantes et émergentes que représentent les maladies transmissibles pour la santé humaine. Ses missions sont limitées aux maladies transmissibles et aux menaces pour la santé dont l'origine est encore inconnue. En cas d'apparition d'autres maladies graves d'origine inconnue, et s'il y a un risque de dissémination à l'intérieur de la communauté, le centre est compétent jusqu'à ce que la source de la maladie soit connue. En dehors de ces hypothèses, le centre agit en coopération et à la demande des autorités compétentes.

Le centre prend en compte la responsabilité des États membres, de la Commission et des autres agences communautaires ainsi que des organisations internationales compétentes, afin d'assurer une cohérence et une complémentarité des actions. Ses tâches sont :

– la surveillance épidémiologique, l'harmonisation des méthodes et la constitution de réseaux de laboratoires,
– l'animation du réseau EWRS et la mise en place d'un système d'alerte précoce et de réaction 24 heures sur 24 ;

[47] Règlement (CE) no 851/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 instituant un Centre européen de prévention et de contrôle des maladies, JOEU L142, 30/04/2004, p 1.

– la fourniture d'avis scientifiques et d'une assistance technique, y compris pour des pays tiers de l'Union européenne ;
– l'envoi d'équipes pour enquêter sur un foyer de maladie humaine connue ;
– la planification de la préparation aux crises sanitaires ;
– la diffusion de l'information au grand public et aux décideurs.

Le centre, qui ne dispose pas de pouvoirs réglementaires en raison des limites de l'article 152 TCE, est opérationnel depuis le mois de mai 2005 et se trouve à Stockholm. Dans un premier temps, son personnel est en nombre relativement restreint (35 personnes en 2005, 70 en 2006), pour partie compensé par les effectifs mis à disposition par les instituts nationaux (en France, l'InVS).

En plus de son conseil d'administration, l'ECDC dispose d'un forum consultatif qui « aide le directeur à assurer l'excellence scientifique et l'indépendance des activités et avis du centre ». Ce forum réunit des experts scientifiques des instituts nationaux de santé publique, à raison d'un représentant par État membre, ainsi que trois personnalités qualifiées, issues des ONG, des associations de patients ou de professionnels, nommées par la Commission. Le forum se réunit quatre fois par an et est présidé par le directeur du centre.

Un programme de travail 2005-2006 est en cours d'élaboration, mettant principalement l'accent sur le transfert de la coordination des réseaux existants (EISS, EuroHIV…), la publication hebdomadaire d'un rapport épidémiologique (Eurosurveillance), la mise en place d'un système de collecte de données et d'échange d'informations et une stratégie de communication pour les situations de crise.

• La gestion des crises et la question des pouvoirs de la Commission

Depuis la crise de la vache folle, la Commission européenne a non seulement été amenée à se réorganiser pour fiabiliser ses instances d'expertise, mais aussi à se doter de nouvelles capacités d'action en urgence. En particulier, une procédure de décision en situation d'urgence alimentaire a été définie (article 53 du règlement 178/2002, du 28 janvier 2002 dit *General Food Law*). Ce système repose sur les règles de la comitologie et est piloté par le comité permanent de la chaîne alimentaire, qui représente les États membres. En cas d'alerte, la Commission réunit dans les dix jours ce comité et lui propose l'adoption de mesures. En situation d'urgence caractérisée, après consultation et information des États membres, elle peut prendre des mesures avant même la réunion de ce comité. Enfin, en cas d'absence d'accord au sein de ce comité, elle peut agir seule.

Ce dispositif doit permettre d'éviter l'escalade des mesures unilatérales de protection. Il a été appliqué une première fois dans la crise du poulet à la dioxine (1999). Plus récemment, il a également été appliqué suite à la découverte dans des sauces en provenance d'Amérique du Sud d'un colorant carci-

nogène, le rouge « soudan », d'abord en France (le 18 juin 2003), puis en Grande-Bretagne (en avril 2005). La commission a adopté des mesures d'urgences deux jours après la découverte du produit (le 20 juin) visant à encadrer les importations de certains produits susceptibles de contenir ce colorant. Après la découverte britannique, ces règles ont été renforcées. Un autre exemple de réponse rapide à une crise est constitué par la découverte le 27 octobre 2004 d'un cas d'encéphalopathie spongiforme chez une chèvre. La Commission européenne a immédiatement lancé une expertise complémentaire sur la réalité du risque induit pour la santé humaine. Après que le cas d'ESB découvert par une équipe française a été confirmé le 28 janvier 2005, la commission a proposé d'augmenter le nombre de caprins soumis aux tests ESB (l'annexe donne une indication du nombre de tests à effectuer par chaque État membre pour atteindre 200 000 tests sur des animaux sains) pendant six mois au minimum, dans le but de déterminer s'il s'agit d'un incident isolé. Elle a financé pour partie ces tests. Elle a demandé à l'AESA de réaliser une évaluation quantitative des risques de la viande de chèvre et des produits à base de viande de chèvre, qui a été rendue en juillet 2005.

Enfin, la « *general food law* » se décline dans un grand nombre de lignes directrices[48], élaborées en comitologie, qui visent à garantir un haut niveau de sécurité sanitaire. Ces lignes directrices déterminent les exigences d'hygiène applicables à l'alimentation humaine et animale. Elles prévoient également des obligations spécifiques, notamment la traçabilité des produits alimentaires, le retrait du marché des produits alimentaires dangereux, les responsabilités des exploitants, ainsi que les exigences applicables aux importations et aux exportations.

À l'inverse, en l'absence de compétence communautaire en matière de sécurité sanitaire, aucune procédure de ce type n'a pu être définie en matière de maladies transmissibles. Une décision du 24 septembre 1998 a créé des procédures d'information en situation de crise, mais aucune saisine du Conseil des ministres n'a alors été prévue. Ainsi, s'agissant du SRAS, le Conseil des ministres de la Santé s'est réuni, à l'initiative de la France, pour définir des mesures coordonnées dans les zones aéroportuaires. Cette décision est intervenue trois semaines après l'alerte de l'OMS.

Une illustration très remarquable de cette séparation entre les compétences communautaires dans le champ de la santé alimentaire et la simple fonction de coordination de la Commission en matière de maladie infectieuse est actuellement donnée par la préparation de la réponse des autorités à une éventuelle épidémie de grippe aviaire. En effet, l'épidémie animale est le champ de compétence de la Commission alors que, par contre, les institutions de l'Union seraient dépourvues de possibilité directe d'action contraignante en cas d'épi-

[48] Voir « Orientations pour la mise en œuvre des articles 11, 12, 16, 17, 18, 19 et 20 du règlement (ce) n° 178/2002 sur la législation alimentaire générale conclusions du comite permanent de la chaîne alimentaire et de la santé animale », DG SANCO, octobre 2004.

démie humaine liée à une transmission interhumaine du virus H5N1, les responsabilités en matière de risque infectieux relevant de l'échelon national.

La réponse communautaire à une éventuelle épidémie de grippe aviaire

Dès avril 2005, la Commission avait adopté une proposition de nouvelle directive relative à la lutte contre l'influenza aviaire, qui actualise et améliore les mesures existantes établies par la législation en vigueur (directive 92/40/CEE), notamment les programmes de surveillance des oiseaux domestiques et sauvages. 1,2 M euros ont été débloqués pour financer ces programmes. Après qu'en août 2005, en raison de la suspicion d'influenza aviaire près de la mer Caspienne (officiellement démentie par les autorités russes), les Pays-Bas aient décidé de prendre des « mesures préventives unilatérales » fondées sur l'avis de leurs experts nationaux, la Commission a convoqué en urgence une réunion d'experts pour examiner ces mesures. Ces experts ont conclu que l'interdiction généralisée de garder les volailles à l'extérieur n'était pas justifiée à l'échelle communautaire par les événements récents, en raison du très faible risque de propagation de la maladie par des oiseaux migrateurs.

La compétence de la communauté dans la surveillance et le contrôle des épizooties est donc centrale à ce stade. La Commission dispose d'ailleurs pour l'exercer d'importants moyens financiers : elle a notamment approuvé une enveloppe financière de 185 millions d'euros pour financer des programmes d'éradication, de contrôle et de surveillance des maladies animales en 2006. De même, le Comité permanent de la chaîne alimentaire et de la santé animale est l'organe de décision pour restreindre les importations issues des pays présentant un risque de dangerosité. Il a par exemple pris de telles mesures à l'égard des volailles produites en Turquie, Croatie et Roumanie depuis novembre 2005.

Les marges d'action de la Commission dans l'hypothèse d'une transmission interhumaine du virus H5N1, semblent plus réduites : la Commission a adressé une lettre à tous les ministres de la santé de l'Union européenne pour leur rappeler d'étendre la couverture de la vaccination antigrippale annuelle lors de la prochaine saison de grippe et pour les informer des conventions d'achat préalables pour les vaccins à utiliser en cas de grippe pandémique.

En outre, la création d'un stock communautaire d'éventuels vaccins, voire de médicaments antiviraux (Tamiflu), suggérée par la Commission pour éviter la saturation des producteurs, relève de la libre initiative des États membres. Plusieurs d'entre eux ont aujourd'hui souhaité cette collaboration mais pour l'instant aucun mandat n'a été donné à la Commission. Elle a simplement été chargée de préparer une étude sur la possibilité de constituer un stock commun.

Les plans d'intervention communautaires, qui ont été adoptés en mars 2004, ne sont pas contraignants pour les États membres et les procédures de notifications des alertes s'appuient sur le réseau d'alerte EWRS. Pour renforcer ce dispositif, les services de la Commission ont récemment organisé un exercice de poste de commandement afin de tester les communications, les échanges d'informations et les contacts entre les autorités compétentes au niveau de l'Union européenne, ainsi que la coordination et l'interopérabilité des plans nationaux. Mais la Commission n'a pas compétence pour vérifier la fiabilité des dispositifs d'alerte nationaux. Elle collabore simplement, en lien avec le CEPC et l'OMS, avec les États volontaires pour évaluer leur état de préparation (Royaume-Uni, Pologne, Grèce et Turquie). Une aide financière est également accordée dans le cadre de la collaboration internationale avec les pays asiatiques actuellement touchés par l'influenza aviaire. Cette aide de 80 Meuros est destinée à améliorer leurs capacités de surveillance et de lutte contre la maladie. Enfin, au titre de l'actuel programme-cadre de recherche, la Commission cofinance un certain nombre de projets de recherche destinés à améliorer la disponibilité des vaccins dans l'éventualité d'une pandémie.

La multiplication des plans spécifiques à une maladie a incité les ministres de la santé à demander, lors des réunions du Conseil du 6 mai 2003 et du 2 juin 2003, à la Commission de définir et d'exposer les principes de plans généraux applicables à tous les types d'urgences sanitaires, ce qu'elle vient de faire dans une récente communication[49]. Ce document donne à la Commission un rôle de coordination et de supervision des plans nationaux de réponse aux alertes sanitaires, dont la mise à jour sera vérifiée et certaines obligations sont soulignées : information mutuelle entre États membres, règles de communication publique ou préparation des professionnels de santé… Par ailleurs, la Communication prévoit le lancement d'un système d'interconnexion des systèmes d'alerte rapide existants (RAPEX, EWRS…) et la création d'un centre de coordination des mesures de crise. On constate ainsi une évolution vers le renforcement de la coordination des politiques de sécurité sanitaire, mais sans remettre en cause la responsabilité des États membres dans la gestion des crises.

La gestion des risques comportementaux : l'exemple du tabac

La politique communautaire en matière de tabac a progressivement glissé d'une politique incitative à une politique contraignante. Le Fonds communautaire du tabac, institué en 1992[50], en constitue le premier instrument. Il est destiné à financer et coordonner des programmes de recherche et d'information visant à :

* améliorer les connaissances sur les effets nocifs du tabac et sur les mesures préventives et curatives appropriées ;
* orienter la production communautaire vers des variétés et des qualités de tabac les moins nocives possibles.

Depuis 2002, le volet recherche de ce fond a été remplacé par le volet actions de reconversion de producteurs de tabac en feuilles ayant quitté le secteur et le volet information a été élargi.

La Commission a présenté en septembre 1999 un rapport au Conseil, concernant les progrès réalisés en matière de protection de la santé publique contre les effets nocifs du tabagisme[51]. La stratégie qu'elle ébauche dans ce document s'inspire des exemples de bonnes pratiques des États membres et passe par un certain nombre de recommandations sur les additifs, l'âge de l'achat du tabac, les actions d'information et de prévention et la promotion de la recherche. Cette stratégie s'est consolidée en février 2002 à l'occasion d'une

[49] COM (2005) 605 Communication de la commission sur le renforcement de la coordination de la planification générale de la préparation aux urgences sanitaires a l'échelon de l'union européenne.

[50] Règlement (CEE) no 2075/92 complété par le règlement (CE) no 2182/2002 de la Commission, du 6 décembre 2002, portant modalités d'application du règlement (CEE) no 2075/92 du Conseil en ce qui concerne le Fonds communautaire du tabac.

[51] COM (1999) 407.

conférence ministérielle sur la lutte contre le tabagisme qui a abouti à une déclaration européenne « pour une Europe sans tabac ».

Une résolution du Conseil en 1989 a invité les États membres à prendre des mesures pour interdire de fumer dans les lieux publics.

Entre-temps, la Commission a fait preuve d'audace en proposant aux États membres des mesures d'harmonisation sur la publicité (1998), la composition des cigarettes et sur l'étiquetage (juin 2001). En l'absence de compétence communautaire pour harmoniser par voie de directive les règles de santé publique, la Commission s'est appuyée sur les clauses des traités relatives au marché intérieur, notamment l'article 95 TCE (cf. supra), pour proposer ces législations. L'annulation par la Cour de Justice de la directive publicité des produits du tabac en 2000[52] a freiné cette évolution et a conduit la Commission à proposer un nouveau projet de texte : afin de respecter la jurisprudence de la Cour, la directive 2003/33/CE est toutefois en retrait par rapport au texte de 1990 puisqu'elle assorti les mesures d'interdiction de la publicité dans les trois médias concernés (presse, radio et services de la société de l'information) d'une série d'exceptions.

Les principaux éléments de la législation communautaire[53] sur la vente de tabac sont ainsi les suivants :

– La fixation de limites maximales aux teneurs de goudron, en nicotine et en monoxyde de carbone pour les cigarettes mises en libre circulation, commercialisées ou fabriquées dans les États membres ;

– L'obligation pour les fabricants et les importateurs de fournir aux États membres, sur une base annuelle et pour la première fois au plus tard le 31 décembre 2002, une liste de tous les ingrédients ainsi que des quantités utilisées dans la fabrication des produits du tabac de même que les données toxicologiques concernant notamment les effets sur la santé et les effets de dépendance, de ces produits.

– L'obligation de faire figurer sur les paquets de cigarettes des indications relatives aux teneurs de ces substances ainsi que des avertissements relatifs aux risques pour la santé que comportent les produits du tabac ; ces informations doivent couvrir au moins 10 % de la surface et la directive précise leur emplacement sur l'emballage.

[52] CJCE, arrêt du 5 octobre 2000, Allemagne contre Parlement Européen et Conseil, aff. C 376/98 : annulation de la directive 98/43 sur la publicité et le parrainage des produits du tabac.

[53] Il s'agit notamment des textes suivants :

– Directive 89/552/CEE (dite directive « Télévision sans frontières »)

– Directive 2001/37/CE du 5 juin 2001, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac ;

– Décision de la Commission 2003/641/CE, du 5 septembre 2003, sur l'utilisation de photographies en couleurs ou d'autres illustrations comme avertissements relatifs à la santé à faire figurer sur les conditionnements des produits du tabac ;

– Directive 2003/33/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 mai 2003, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac.

– L'interdiction d'utiliser sur les conditionnements des produits du tabac certains termes, tels que « à faible teneur en goudron », « léger », « ultra-léger », « mild », qui peuvent induire le consommateur en erreur.
– L'interdiction de la publicité pour le tabac dans certains médias : télévisés, imprimés (journaux et autres publications), radiodiffusés et dans les services de la société d'information. La publicité reste ainsi limitée aux publications destinées exclusivement aux professionnels du commerce du tabac et aux publications éditées et imprimées dans des pays tiers quand ces publications ne sont pas principalement destinées au marché communautaire.

La réglementation communautaire en matière de tabac constitue ainsi une part non négligeable des politiques de santé publique conduites depuis une dizaine d'année pour réduire la consommation de cigarettes et le tabagisme passif. Elle atteint aujourd'hui ses limites, liées à l'absence de compétence de l'Union en matière de santé publique mais aussi en matière fiscale, sur plusieurs questions, en particulier, l'interdiction de fumer dans les lieux publics et l'harmonisation des droits indirects sur les paquets de cigarettes. Sur ce second point, un mémorandum a été déposé par la France en 2003 visant à ce que de nouvelles initiatives soient lancées.

L'enjeu de l'harmonisation des fiscalités du tabac

La fiscalité du tabac constitue un instrument efficace de lutte pour dissuader la consommation de tabac. Depuis 1990, les fortes hausses de prix (+12 % en moyenne entre 1991 et 1998) se sont traduites par une baisse continue de la consommation de tabac (-3 % par an). Cet effet s'est accentué de manière spectaculaire pendant le 1er trimestre 2003 (-10 %) au moment d'une hausse de l'ordre de 11 % des prix.

Alors que le plan cancer a fixé l'objectif de réduire sur cinq ans de 30 % le tabagisme des jeunes et de 20 % celui des adultes, cette politique est donc essentielle. Le Conseil des ministres de l'Union européenne l'a d'ailleurs soutenu dans une recommandation du 2 décembre 2002 qui encourage les États membres à « adopter et mettre en œuvre des mesures appropriées concernant le prix des produits du tabac afin de décourager leur consommation ». Une action coordonnée en la matière est en effet nettement plus efficace qu'une action isolée, puisqu'elle minimise les risques de contournement et de contrebande que font courir les politiques de hausse de prix.

Les écarts de prix du tabac entre les différents États membres sont aujourd'hui très significatifs : ils vont de 2 à 7,2 pour un paquet de cigarettes de 20 unités. Les écarts de taux des droits sur les tabacs expliquent une grande part de ces différences : ils sont de l'ordre de 12 points sur les seules accises et 20 points en incluant la TVA dans les comparaisons. Une directive 2002/10/CE prévoit certes des taux minimaux mais ces taux sont trop faibles pour constituer un véritable filet.

Dans son mémorandum, la France a notamment suggéré les évolutions suivantes :
– une modification des mécanismes de taxation et un relèvement des taux minimaux de l'accise pour permettre un resserrement des taux réels ;
– une modification du régime de vente à distance des tabacs ;
– une modification des dispositions d'une directive 92/12/CEE qui permettent actuellement aux particuliers d'un État membre d'aller acquérir et de rapporter, par leurs propres moyens, à des fins de consommation personnelle, des paquets de cigarettes.

Chapitre 3

Le levier communautaire pourrait être mieux utilisé

La bonne articulation des politiques nationales et communautaires dans le champ de la santé constitue un enjeu central pour le ministère de la santé. Cela signifie notamment :

* que les démarches stratégiques du ministère (lois et plans de santé publique) doivent intégrer ces enjeux (31) ;
* que le ministère de la santé doit disposer d'une capacité d'initiative dans le champ communautaire (32) ;
* qu'il doit être en mesure de décliner ces enjeux avec l'ensemble de ces opérateurs (33) ;
* qu'il doit veiller à mieux appliquer les textes communautaires (34).

Une dimension européenne peu présente dans les stratégies nationales de santé

Une dimension européenne quasiment absente de la loi de santé publique et des documents stratégiques du ministère

• La loi de santé publique du 9 août 2004 ignore largement la réflexion communautaire sur les indicateurs de santé et les leviers d'actions communautaires

Le rapport annexé à la loi de santé publique vise à « définir le cadre de référence, les principes généraux et les méthodes qui constituent les fondements de la politique nationale de santé publique. Sur ces bases, le présent rapport décrit les objectifs quantifiés et les plans stratégiques qui constitueront la politique de santé publique de la période 2004-2008, ainsi qu'un ensemble d'indicateurs transversaux destinés à servir d'instruments de pilotage ». Ce rapport fixe ainsi 100 objectifs pluriannuels des politiques de santé publique, objectifs auxquels sont généralement associés des indicateurs. Il a été préparé par

d'importants travaux réalisés dans le cadre du Groupe technique de Détermination des Objectifs de santé (GTNDO), qui avait proposé l'usage d'indicateurs comparatifs. Ce rapport ne contient aucun objectif comparatif ni aucun indicateur de portée communautaire[54].

Il n'est pas inutile de rappeler notamment :

– que la France est en première position pour la mortalité masculine en Union européenne (27 % de surmortalité par rapport à la moyenne européenne, données 1994) ;

– qu'en 1999, la France se situait au 4e rang européen avec 10,7 litres d'alcool pur par habitant et par an, derrière le Luxembourg (12,2 l), l'Irlande (11,6 l), et le Portugal (11,0 l) ;

– qu'à la fin des années 90, la France se situe, au sein de l'Europe, à la 7e place pour les hommes et à la 9e place pour les femmes pour la proportion de fumeurs réguliers, à la 6e place pour les garçons et à la 3e place pour les filles pour l'usage quotidien de tabac des élèves de 16 ans ;

– que la France se situe à la 11e place en Europe pour le nombre de cigarettes fumées par jour et par adulte avec quatre cigarettes par jour et par adulte ;

– qu'au sein de la population scolaire de 16 ans, la France occupe la 2e place en Europe pour la consommation de somnifères et de tranquillisants avec prescription, derrière la République tchèque.

L'absence de référence au contexte européen intervient dans un contexte où la Commission européenne a souhaité promouvoir la démarche de pilotage par objectif des politiques de santé publique dans le cadre du programme de santé publique. En particulier, le programme ECHI (*European Community Health Indicators*), dont les résultats ont été publiés au début de l'année 2005, a visé à définir un système complet de 40 indicateurs de la performance sanitaire d'un pays. Les critères définissant de bons indicateurs de santé publique (compréhensibles, rejoignant les préoccupations des utilisateurs, innovants, actuels…) ont été définis dans plusieurs publications de la commission, au moment de la préparation de la loi de santé publique.

• *Le niveau communautaire reste peu présent dans les plans de santé publique*

Les grands plans de santé publique des cinq dernières années confirment une impression de forte déconnexion des initiatives nationales et communautaires dans le champ de la santé, lesquelles pourtant se recoupent.

– Le plan national nutrition santé 2001-2005 ne contient aucune référence à l'Union européenne ou à l'Europe plus généralement alors que la lutte contre l'obésité est l'une des priorités de la Commission : le premier

[54] La seule référence à la communauté européenne figurant dans le rapport réside à l'objectif 20 : *« Réduire l'exposition de la population aux polluants atmosphériques : respecter les valeurs limites européennes 2010 (pour les polluants réglementés au plan européen, NOx, ozone et particules en particulier) dans les villes (-20 % par rapport à 2002). »*

programme de santé publique contenait pourtant un nombre important d'initiatives en la matière (projet Euralim finançant une campagne communautaire d'information sur l'alimentation, réseau européen pour la promotion de l'activité physique, guide européen pour l'éducation à la nutrition dans les écoles…) ; la présidence française (2000) avait d'ailleurs fait de ce sujet une priorité, publiant même un mémorandum sur le thème « santé et nutrition : éléments pour une action européenne », qui a abouti à la constitution d'une plate-forme « nutrition, activité physique et santé », réunissant les principaux représentants européens des secteurs de l'alimentation, de la distribution, de la restauration, de la publicité, des organisations de consommateurs ; cette plate-forme est chargée d'étudier des mesures volontaires dans les domaines de l'information et de l'éducation des consommateurs, du marketing et de la publicité, de la promotion de l'activité physique, de la composition des aliments et de la taille des portions.

– Le plan national santé environnement (PNSE) 2004-2008 rappelle certes dans l'une de ses annexes l'existence de la stratégie européenne sur l'environnement et la santé, mais ne propose aucune initiative française au niveau communautaire. Le plan indique simplement que *« Lors de la phase d'élaboration, le PNSE s'est principalement appuyé sur (…) la dynamique impulsée au niveau européen par l'Organisation Mondiale de la Santé et la Commission européenne, une consultation régulière de la société civile… »* et il *« a veillé à être compatible d'une part avec le plan d'actions de la Commission européenne présenté le 9 juin 2004 dans le cadre de sa stratégie santé environnement dit SCALE »*.

– Le plan « psychiatrie et santé mentale » (2005-2008) passe sous silence la dimension communautaire de la santé mentale alors qu'il intervient concomitamment à la publication d'un livre vert par la Commission sur le sujet[55], préparé depuis plus d'un an. Dans ce livre vert, la commission européenne s'interroge sur son rôle dans le traitement des questions de santé mentale, lance une plate-forme et ébauche un plan d'action en matière de santé mentale. Il n'est pas fait référence dans le plan à cette démarche initiée lors d'une conférence ministérielle sur la santé mentale à Helsinki en janvier 2005. Pour préparer cette conférence, en 2004, la Commission a en outre publié deux importants rapports, intitulés « *State of Mental Health in the European Union* » (Le point sur la santé mentale dans l'Union européenne) et « *Actions against Depression* » (Actions contre la dépression), documents qui ne sont pas non plus utilisés dans le plan national.

– Le plan cancer 2005-2008 ne fait référence qu'accessoirement à l'échelon communautaire pour inclure une « mission Europe » au sein de l'Institut National du Cancer. L'initiative d'une alliance européenne du cancer (cf. infra) n'avait pas été programmée dans ce plan. Le rapport du comité

[55] Commission, (COM, 2005, 484) *« Améliorer la santé mentale de la population : Vers une stratégie sur la santé mentale pour l'Union européenne »* du 14.10 2005.

d'orientation préparatoire à ce plan remarquait pourtant que *« la politique européenne de lutte contre le cancer n'est ni lisible, ni visible malgré d'excellents programmes coopératifs soutenus par la communauté (Europe contre le cancer, Eurocare, Epic, programmes télématiques). Il est évident qu'il n'y a pas de coordination entre les politiques des États-membres et la politique européenne, ce qui rend très visible la duplication d'efforts et l'absence de masse critique suffisante. Le citoyen européen n'est jamais consulté et il n'y a pas de vision globale de la politique contre le cancer du fait d'une balkanisation des responsabilités entre les différentes commissions (DG XII, DG XIII, DG V essentiellement) »*[56]. Ce constat conduisait la commission à recommander de « préparer une initiative française en faveur d'une Agence Européenne du cancer lors de la prochaine présidence française. La préparation d'une initiative française en faveur d'une politique européenne de lutte contre le cancer doit être envisagée notamment dans la perspective de la prochaine présidence française de la CEE ». Le plan cancer n'a pas fait état de cette initiative et renvoie simplement au rôle de la nouvelle mission Europe qui sera de « favoriser, sur initiative de la France, une politique européenne de lutte contre le cancer ».

– Il convient toutefois de remarquer que le plan maladie rare 2005-2008 envisage une initiative communautaire. Cette initiative consiste à « proposer une politique concertée en Europe sur les dépistages des maladies rares » (axe n° 5).

La méthode ouverte de coordination (MOC) soins de santé : un nouvel exercice

En juin 2001, le Conseil européen de Göteborg, dans sa réflexion sur les moyens à mettre en œuvre pour relever les défis d'une société vieillissante, a demandé au Conseil, sur la base de la méthode ouverte de coordination (MOC), d'élaborer un rapport préliminaire au Conseil européen du printemps 2002 sur les orientations à adopter dans le domaine des soins de santé et des soins pour les personnes âgées. Ce rapport reposait sur une communication de la Commission de décembre 2001[57], qui examinait les tendances démographiques, technologiques et financières qui représentent des défis pour notre capacité future à garantir des niveaux élevés de protection sociale dans ce domaine. La communication conclut que les systèmes de soins de santé et de soins de longue durée de l'Union européenne sont confrontés au défi consistant à garantir simultanément la réalisation des trois objectifs suivants :

– l'accès pour tous, indépendamment des revenus et de la richesse ;
– un niveau élevé de qualité des soins ;
– la viabilité financière des systèmes de soins.

[56] Comité d'orientation du plan cancer, p 16.

[57] COM (2001) 723 final : L'avenir des soins de santé et des soins pour les personnes âgées : garantir l'accessibilité, la qualité et la viabilité financière.

Une nouvelle initiative en avril 2004[58] a précisé la démarche en souhaitant un accord des États membres sur des « objectifs communs » en matière de santé en 2004 et la remise en mars 2005, de « rapports préliminaires » qui présenteraient les défis auxquels leurs systèmes sont confrontés au niveau national, les réformes en cours et les orientations politiques de moyen terme. Ces rapports comprennent des données statistiques et, le cas échéant, des objectifs chiffrés. Ils font ensuite l'objet d'une analyse par la Commission, afin de prendre en compte l'avis et la contribution des États membres au moment de la fixation des « objectifs communs » du processus de protection sociale « rationalisée ». Cette « rationalisation » donnera lieu en 2006 à une première série de « stratégies de développement et de réforme » des soins de santé et des soins de longue durée, couvrant la période 2006-2009. Les conclusions de l'examen de ces stratégies seraient présentées dans le *Rapport conjoint sur la protection sociale et l'inclusion sociale* de 2007.

À ce stade, cette démarche ne joue pas vraiment son rôle de catalyseur. En particulier, la direction générale de la santé et la direction des hôpitaux, qui ne participent pas aux travaux du comité de protection sociale en charge du pilotage des MOC, sont peu impliquées.

Les initiatives communautaires sont relativement subies

Une capacité d'initiative française trop faible

La conception d'initiatives communautaires ne semble pas être conçue comme un enjeu stratégique pour le ministère de la santé, qui avait pourtant joué un rôle majeur au cours des années 80 pour lancer la politique communautaire de santé publique.

L'exemple de la négociation du règlement pédiatrique montre qu'une action communautaire est possible pour autant qu'on veuille s'en donner les moyens. La réussite d'une telle action dépend de plusieurs paramètres : une bonne connaissance des méthodes de travail de la Commission et de son calendrier, de bons supports d'évaluation, une présence continue sur les dossiers à un niveau en capacité de prendre des décisions, des contacts réguliers, formels et informels, avec les services compétents de la Commission et avec les services homologues des autres États-membres…

[58] Communication de la Commission du 20 avril 2004, Moderniser la protection sociale pour le développement de soins de santé et de soins de longue durée de qualité, accessibles et durables : un appui aux stratégies nationales par la « méthode ouverte de coordination » COM (2004) 304 final.

La négociation du règlement relatif au médicament pédiatrique

La négociation du règlement relatif aux médicaments pédiatriques, qui est en voie d'achèvement (accord lors du prochain conseil après première lecture au Parlement), est un exemple de négociation réussie : au-delà des discussions existantes sur l'opportunité de ce texte (voir notamment le rapport de F. Lalande et B. Roussille sur les essais cliniques chez l'enfant), la France a mêlé lors de la négociation :

– une forte capacité d'impulsion (le texte est d'initiative française lors de la présidence de 2000 et la France a beaucoup contribué à le maintenir à l'ordre du jour jusqu'en 2004, date de dépôt du projet de la Commission)

– une bonne évaluation des enjeux industriels et de santé publique (le dossier d'instruction est rempli de notes de positions du LEEM, de l'INPI, des associations de patients et des professionnels ; ces évaluations étaient notamment importantes pour évaluer l'impact de la réglementation sur l'industrie du générique et ses effets sur la production de médicaments contre le cancer et le SIDA, principalement attendu par les ministères de la santé) ;

– une mobilisation multidimensionnelle des instruments d'influence (le dossier fait notamment état de nombreuses participations à des colloques, l'organisation de déplacements conjoints avec l'agence européenne à Washington, de contacts réguliers avec la fédération européenne du médicament – EPHIA–, avec les associations de patients et les professionnels de santé, de relais dans la presse – Wall Street Journal–…) ;

– une forte réactivité liée à une bonne connaissance des procédures communautaires (tirée d'une précédente négociation sur les médicaments orphelins) et une identification facile des responsabilités au sein de l'administration centrale.

– une bonne anticipation du passage devant le Parlement européen et l'identification rapide des députés susceptibles de porter le texte dans l'institution.

– une bonne collaboration avec les agences communautaires (en l'espèce l'EMEA) liée à la présence d'un END sur ces sujets.

Cet exemple positif a été permis par l'identification au sein du ministère d'une cellule ad hoc (la mission médicament pédiatrique), animée à temps plein et dans la durée par un ingénieur de recherche mis à disposition par l'INSERM, dont la lettre de mission était clairement définie.

Les initiatives françaises ont notamment vocation à s'exercer au sein du Haut comité de la santé. Ce comité est un comité consultatif informel pour les services de la Commission. Il est constitué de cadres supérieurs des ministères de la santé des États membres de l'Union européenne et des pays candidats à l'adhésion. Il se réunit deux à trois fois par an et fonctionne avec de nombreux groupes de travail afin de couvrir la majorité des domaines des différentes politiques communautaires. Il émet des avis à l'intention de la Commission sur des questions liées à l'élaboration de la stratégie en matière de santé. Il émet également des avis sur les liens entre la politique en matière de santé publique et d'autres politiques couvrant des domaines ayant trait à la santé. Ce comité sert également de forum d'échange d'informations sur des développements importants liés à la santé au niveau communautaire et dans les États membres.

Cette instance est ainsi une instance centrale de connaissance des initiatives communautaires et d'influence. Contrairement à la pratique des autres États membres de la Communauté, la France y envoie rarement un représentant de niveau directeur (le DGS ou le DAEI).

Une stratégie d'influence insuffisante

Le système de santé français dispose d'un fort capital de sympathie de la part des autres États membres de la Communauté et de résultats de nature à le valoriser. Ce capital est insuffisamment exploité et ces résultats insuffisamment valorisés. Plusieurs éléments attestent de cette faible capacité d'influence :

– La France ne dirige, ni n'accueille aucune des grandes agences de l'Union opérant dans le domaine de la santé ;

– La Direction Générale de la Santé n'a envoyé aucun expert national détaché dans les services de la Commission depuis cinq ans ;

– Les grands rapports sur la politique de santé ne sont quasiment jamais cités dans les travaux de la commission ;

– La consommation des crédits du programme de santé publique est faible : si l'on n'a pas de visibilité sur la répartition par États membres des montants financiers en jeu, on peut constater que seuls 11 dossiers français ont été retenus en 2004, sur un total de 300 financés.

L'émergence des agences complexifie certes le paysage administratif, mais renforce nos capacités d'intervention

Des moyens d'intervention supplémentaires

Presque toutes les agences de sécurité sanitaire ont une activité communautaire importante, à titre d'exemple :

– L'Agence française de sécurité sanitaire environnementale (AFSSE) a créé un département international en septembre 2003, qui a notamment vocation à suivre les initiatives de l'Union Européenne sur la santé environnementale (participation de l'agence à des groupes techniques). L'AFSSE a par ailleurs travaillé avec L'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (Afssaps) sur la directive sur les produits biocides et suit de près l'initiative REACH de la Commission européenne (évaluation de la nocivité des produits chimiques). Elle répond à des appels d'offres de service à la Commission européenne.

– La mission internationale de l'Institut national de prévention et d'éducation pour la santé (INPES) est récente et dispose de peu de moyens (une personne à mi-temps). L'Inpes héberge par ailleurs l'UIPS (Union internationale de la promotion de la santé). Il participe à deux programmes européens : en matière de référentiels et d'études sur les déterminants sociaux de la santé et sur les évidences dans la pratique de la promotion de la santé.

En plus des agences, d'autres acteurs (INSERM, Institut Pasteur, Institut de recherche pour le développement…) ont des relations continues avec les institutions communautaires. Comme les agences, ces acteurs fournissent des moyens supplémentaires, souvent compétents et appréciés à Bruxelles.

Un besoin de clarification sur l'articulation de l'expertise nationale et de l'expertise communautaire

Les relations entre l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments (Afssa) et l'Agence européenne de sécurité des aliments (AESA) sont marquées par l'antériorité de l'agence française qui avait déjà acquis une autorité et une notoriété réelles en France. L'agence française s'est naturellement et immédiatement investie dans la coopération avec l'autorité européenne, telle qu'elle est prévue par le règlement 178/2002.

L'articulation entre agences européennes et nationales n'est pourtant pas sans défauts. Ces défauts ont été récemment soulignés, par exemple, par une mission commune à plusieurs inspections relative à l'articulation de l'expertise de l'agence européenne de sécurité alimentaire et des expertises délivrées par l'AFSSA[59]. Cette question avait notamment été mise à l'ordre du jour après les divergences de positions prises par l'AESA et l'AFSSA dans l'évaluation de la levée de l'embargo sur le bœuf britannique, puis concernant la présence de méthylmercure dans le poisson.

Le rapport note en particulier les difficultés d'articulation des programmes de travail des deux agences : « *le programme de travail est tout d'abord symptomatique d'un fonctionnement de l'AESA comme 26e agence développant une activité parallèle aux agences nationales, sans réelle interaction. L'expérience du programme 2004 a montré que l'association des agences nationales via le forum consultatif avait été purement formelle et que cet outil n'avait pas été réellement utilisé pour éviter des duplications et pour tirer profit des travaux nationaux déjà réalisés.* »

Des problèmes d'articulation pourraient se poser pour le Centre européen de prévention et de contrôle des maladies avec ses équivalents nationaux. Cette articulation s'appuie sur les principes fixés par le règlement 851/2004 du 21 avril 2004 qui paraissent proches dans leur esprit de ceux posés par le règlement 178/2002 en matière de sécurité alimentaire. Les deux règlements créent un cadre souple d'association des organismes nationaux, très différent de celui existant en matière de médicaments, où l'Agence européenne pour l'évaluation des médicaments (EMEA) est bâtie sur un système d'intégration des agences nationales ; dans les deux cas, l'association des organismes nationaux est prévue par le biais d'un « forum consultatif », placé auprès du directeur de

[59] IGAS-COPERCI, L'articulation entre expertises nationale et européenne en matière de sécurité alimentaire, nov 2004.

l'organisme européen. Pour l'AESA, il est apparu que ce forum était cantonné à un rôle purement formel et était insuffisamment associé aux grands choix de structuration de cet organisme ; en matière scientifique, les deux règlements insistent sur la nécessaire coordination et sur le fonctionnement en réseau entre le niveau européen et les organismes nationaux.

La priorité est désormais à la mise en œuvre de l'acquis communautaire en France

Le ministère de la Santé comptait au 30 juin 2005, **10 textes en retard de transposition**, soit autant qu'un an auparavant. Ce chiffre plaçait le ministère au cinquième rang des ministères en retard de transposition. Ce mauvais chiffre est doublement inquiétant :

– il est élevé eu égard au nombre de textes à transposer (61), dont il représente un sixième ;

– la stabilisation du nombre de textes en retard contraste avec l'effort très net réalisé dans la plupart des autres ministères pour en résorber le stock.

État des transpositions au 30 juin 2005

Ministères	Nombre de directives dont le délai de transposition est expiré	Pour mémoire, situation au 30 juin 2004	Nombre de directives non transposées en retard de plus de deux ans	Nombre de directives non transposées nécessitant l'intervention du législateur
Économie, Finances et Industrie	18	34	1	13
Justice	11	8	4	9
Agriculture et Pêche	11	11	0	3
Écologie et Développement durable	10	10	2	3
Santé et solidarités	10	7	3	5
Transports, Équipement, Tourisme et Mer	5	13	1	3
Éducation nationale, Enseignement supérieur et Recherche	4	5	4	4
Emploi, Cohésion sociale et Logement	2	7	1	2
Intérieur et Aménagement du territoire	1	3	1	1
Culture et Communication	1	2	1	1
TOTAL	73	100	18	44

Source : Assemblée nationale (rapport d'information no 2447, C Philip)

Rapport thématique 6

Égalité de traitement et lutte contre les discriminations

Sommaire

Introduction 393

Cadrage général : d'abord principe régulateur du marché européen, la non-discrimination est devenue une politique sociale communautaire à part entière 395

L'interdiction des inégalités par le droit communautaire visait à garantir le bon fonctionnement du marché 395

L'interdiction des discriminations fondées sur le sexe ou la nationalité inscrite dans les traités communautaires définissait un cadre minimum visant à éviter les distorsions de concurrence et le protectionnisme 395

Au nom du fonctionnement de l'économie européenne, le législateur communautaire et la Cour de justice ont étendu la portée de cette protection et le champ de ses bénéficiaires 398

Pour la France, le droit communautaire relatif à la non discrimination a eu un effet important sur l'état du droit et sur les pratiques 404

À partir de la fin des années 1990, la lutte contre les discriminations est devenue une politique européenne autonome, fondée sur la défense des droits fondamentaux .. 408

Depuis 1997, la lutte contre l'ensemble des discriminations est une compétence communautaire spécifique contribuant à la défense des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne ... 408

Les directives ont fondé l'intervention communautaire sur l'accès au droit pour les victimes, mais ne concernent pas à ce stade tous les types de discrimination 410

Malgré l'existence de dispositions antérieures similaires dans certains domaines, les directives européennes ont fait évoluer le droit et les outils français en matière de lutte contre les discriminations 415

Une illustration : les directives adoptées en 2000 pour lutter contre le racisme et les discriminations dans l'emploi ont fait sensiblement évoluer le cadre français 418

L'adoption en 2000 des directives anti-discrimination s'inscrit dans un contexte politique particulier 418

Les directives discriminations ont été portées au niveau européen par une forte dynamique politique 418

Cette mobilisation politique explique le traitement à bien des égards singulier de ce dossier 419

Si la France a pesé pour l'adoption d'une législation européenne en matière de lutte contre les discriminations, elle n'a que faiblement influencé son contenu 421

Les propositions de la Commission procédaient d'une approche éloignée de la culture juridique et des pratiques françaises 422

Quelques aménagements ont été obtenus par la France dans la phase de négociation 425

Les dispositions finalement retenues ont consacré l'approche des pays les plus avancés en la matière, de culture anglo-saxonne 428

Les directives communautaires ont déjà conduit à des aménagements importants de notre droit et de notre organisation institutionnelle dont toute la portée n'a peut-être pas encore été mesurée 432

La législation française a été modifiée ou complétée sur des points significatifs 432

La création de la Halde marque une évolution très importante du dispositif de lutte contre les discriminations 434
La portée de ces modifications est potentiellement considérable mais dépendra dans les faits de la capacité des acteurs à s'approprier des outils d'un genre nouveau 438

Introduction

Le principe sous-jacent pour l'intervention de l'Europe dans le champ des discriminations est au départ celui du bon fonctionnement du marché : un principe de nature économique relatif aux règles de concurrence, la discrimination étant considérée comme une source de distorsions économiques au regard des conditions de concurrence pures et parfaites, énoncées par la théorie économique. À titre d'exemple de relation entre les discriminations et les règles de concurrence, on peut citer les exemples suivants : les discriminations, en freinant la libre circulation et la rencontre de l'offre et de la demande de travail, engendrent potentiellement des pénuries sur le marché de l'emploi ; l'inégalité de salaire peut nuire à la transparence dans la fixation des prix et favoriser de mauvaises allocations des ressources humaines sur le marché du travail, si les hommes et les femmes sont traités différemment ; enfin, la liberté d'entreprise est atteinte, si la liberté d'établissement ou de prestation de service est entravée pour des raisons non économiques tenant à la seule nationalité.

Au total, la justification est économique, mais les modalités et champs d'intervention choisis correspondent[1] à une politique sociale (européenne) : une intervention « pour rendre gouvernable une société ayant opté pour un régime démocratique, dans le cadre d'un système économique libéral ; [un] ensemble d'actions mises en œuvre progressivement par les pouvoirs publics pour parvenir à transformer les conditions de vie d'abord des ouvriers, puis des salariés et éviter les explosions sociales, la désagrégation des liens sociaux[2] ».

On peut à cet égard noter que, comme la politique sociale européenne, les politiques sociales nationales n'ont pas toujours eu une origine purement sociale : la première loi française de protection des enfants au travail de 1841 visait avant tout à assurer à la défense nationale un contingent qui ne soit pas physiquement diminué par le rythme de travail dans l'industrie, la création des assurances sociales sous Bismarck visait aussi le rétablissement de l'ordre public… Dans le champ de la lutte contre les discriminations au niveau européen, c'est bien une origine économique qui débouche dès le départ sur des textes intervenant dans le champ social (conditions de travail, conditions de vie, droits à prestations), pour ensuite progressivement s'éloigner de son enracinement. Cette distanciation par rapport à la sphère économique passe d'abord par la prise en compte des freins indirects à la concurrence (droit au regroupement familial, effets des législations en dehors du champ économique direct),

[1] Si l'on veut bien faire abstraction de leur objectif et de leur intention, qui sont d'origine économique.

[2] Définition des politiques sociales dans : Marie-Thérèse. Join-Lambert (dir.), Politiques sociales, Presses de Sciences-Po, 1997.

concrétisée dans les années 70 par l'émergence de la notion de discrimination indirecte (valable pour la nationalité et l'égalité hommes/femmes). Ce premier mouvement est suivi d'un second éloignement par rapport à l'économie. L'intention première de la lutte contre les discriminations, d'origine économique, y est complétée par une exigence en termes de droits fondamentaux (citoyenneté européenne, dignité humaine et respect de la différence avec l'article 13 du traité instituant la Communauté européenne, *cf.* 1.2).

Chapitre 1

Cadrage général : d'abord principe régulateur du marché européen, la non-discrimination est devenue une politique sociale communautaire à part entière

L'interdiction des inégalités par le droit communautaire visait à garantir le bon fonctionnement du marché

L'interdiction des discriminations fondées sur le sexe ou la nationalité inscrite dans les traités communautaires définissait un cadre minimum visant à éviter les distorsions de concurrence et le protectionnisme

L'interdiction des discriminations salariales à l'encontre des femmes visait à préserver la concurrence entre les économies européennes

Dès le traité de Rome, en 1957, l'égalité salariale entre les hommes et les femmes était protégée par les textes communautaires. L'article 119 du traité instituant la communauté économique inscrivait ainsi dès l'origine dans le droit européen le principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins pour un même travail. Cet article, aujourd'hui toujours en vigueur (art. 141 du traité instituant la Communauté européenne), visait avant tout à éviter la perturbation de la concurrence qui pouvait être engendrée par les discriminations salariales à l'encontre des salariées. Il a été introduit dans le traité à la demande des pays qui, comme la France, se considéraient en avance en matière d'égalité salariale et d'emploi des femmes. Ils redoutaient la concurrence déloyale d'économies moins vertueuses quant à l'égalité salariale entre hommes et femmes. C'est ce que rappelait en 1976 la Cour de justice des Communautés européennes : « compte tenu de la différence du degré d'évolution des législations sociales dans les différents États-membres,

l'article 119 a pour fonction d'éviter que, dans la compétition intracommunautaire, les entreprises établies dans des États qui ont effectivement réalisé le principe de l'égalité de rémunération, ne subissent un désavantage concurrentiel par rapport aux entreprises situées dans des États qui n'ont pas encore éliminé la discrimination salariale au détriment de la main-d'œuvre féminine[3] ».

Ce principe d'origine essentiellement économique ne s'applique qu'aux travailleurs. Il a été complété plus récemment par le traité d'Amsterdam, qui en 1997 a inscrit l'égalité générale entre les hommes et les femmes parmi les principes fondateurs de la Communauté européenne. Comme le rappelle le traité, ce principe implique que les actions de la Communauté doivent chercher à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes (articles 2 et 3 du traité instituant la Communauté européenne[4]).

Les traités européens prévoient habituellement la procédure permettant d'adopter des directives ou des règlements afin de compléter par des dispositions plus précises les principes qu'ils énoncent. Jusqu'en 1997, aucune procédure spécifique n'était prévue pour adopter les directives mettant en œuvre le principe d'égalité salariale. Dans ce contexte, c'est donc l'article général permettant aux Communautés d'intervenir pour assurer le bon fonctionnement du marché commun qui a été utilisé. Cette procédure prévoit un vote à l'unanimité des États membres. Depuis 1997, c'est la procédure de codécision avec le Parlement européen et un vote à la majorité qualifiée des États qui est prévue pour adopter les directives dans ce domaine. Ceci devait permettre d'adopter plus facilement des mesures.

Après avoir longtemps eu uniquement une portée symbolique, les dispositions du traité concernant l'égalité salariale ont trouvé une traduction juridique contraignante à partir des années 70, grâce à trois acteurs :

- les salariées, qui ont invoqué cet article devant la Cour de justice des Communautés européennes (arrêts Defrenne[5] de 1971, 1976 et 1978) pour faire valoir leur droit à une égalité de rémunération ;
- la Cour de justice des Communautés européennes, qui a indiqué dans ses arrêts que l'article relatif à l'égalité salariale s'appliquait directement dans l'ensemble des États-membres sans qu'il soit besoin d'une directive et y compris quand des règles juridiques nationales (conventions collectives, législation) s'y opposaient ;
- les États-membres, qui après le premier arrêt Defrenne de 1971, ont adopté en 1975 une directive[6] mettant en œuvre le principe de l'égalité de salaire entre hommes et femmes.

[3] Cour de justice des Communautés européennes, 8 avril 1976, Defrenne.

[4] Ce traité sera par la suite identifié par le sigle CE.

[5] Gabrielle Defrenne était une hôtesse de l'air de la Sabena, contrainte à la retraite à compter de 40 ans par les statuts de cette compagnie aérienne, alors que les stewards pouvaient rester plus longtemps en activité, ce qui leur permettait d'atteindre des niveaux de rémunération plus élevés.

[6] Directive 75/117 du 10 février 1975.

L'égalité de traitement entre salariés nationaux et communautaires découle du principe de libre-circulation sur un marché commun de l'emploi

Dès l'origine, le traité fondant la communauté économique avait prévu l'interdiction générale de discrimination à raison de la nationalité[7].

La portée de ce principe va au-delà des seules politiques dans le champ de l'emploi et du travail et concerne l'accès aux biens et services, la politique commerciale, la liberté d'établissement, qui a également des dispositions spécifiques[8]. Concernant les travailleurs, ce principe fait l'objet de dispositions spécifiques qui le précisent. Ainsi, des articles spécifiques du traité[9] instituent la libre circulation et interdisent les discriminations fondées sur la nationalité en matière d'emploi, de rémunérations et de conditions de travail. Selon le traité, il est ainsi possible à tout travailleur européen de se déplacer pour occuper un emploi, de s'établir dans un pays membre pour y travailler et d'y demeurer après y avoir travaillé. À l'origine du principe, on trouve l'idée directrice issue des traités fondateurs signés à Rome en 1957 puis reprise tout au long de la construction européenne : la création d'un marché européen de l'emploi, idée conçue dans un contexte de croissance de l'économie et de l'emploi impliquant un fort besoin de main-d'œuvre. Les articles concernés et toujours en vigueur définissent toutefois des exceptions considérées comme admissibles : l'ordre public, la santé publique ou la sécurité nationale.

Contrairement aux articles relatifs à l'égalité de traitement entre hommes et femmes, le traité prévoyait dès l'origine des dispositions spécifiques pour l'adoption des mesures d'application du principe de non discrimination entre travailleurs européens en raison de la nationalité. L'article du traité qui définit le principe d'interdiction des discriminations en raison de la nationalité prévoit l'adoption de mesures d'application à la majorité qualifiée, avec une procédure de codécision associant le Parlement. Comme pour l'article qui concerne l'interdiction des discriminations salariales entre hommes et femmes, la Cour de justice des Communautés européennes a considéré que le principe de non-discrimination entre travailleurs nationaux pouvait être invoqué directement par les travailleurs communautaires[10].

Face à un droit national très protecteur pour les ressortissants nationaux sur le marché du travail, le Conseil a rapidement adopté des mesures d'application afin de donner une portée concrète à la non discrimination entre travailleurs communautaires. En 1968, le règlement 1612/68 et directive 68/360, pour l'essentiel encore en vigueur aujourd'hui, ont défini l'essentiel des mesures concrètes pour assurer la libre circulation des travailleurs et l'égalité de traite-

[7] Article 7 du traité de Rome instituant la communauté économique, aujourd'hui codifié à l'article 12 du traité relatif à la communauté européenne.

[8] A priori, rappelées ici mais pas développées.

[9] Articles 39-42 CE actuels (autrefois article 48CE et suivants), et plus particulièrement l'article 39 CE.

[10] Pour une jurisprudence récente, cf. CJE, 6 juin 2000, Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA.

ment. Ces textes visent à assurer aux travailleurs, mais aussi à leurs familles, une égalité de traitement en fait et en droit. Ils suppriment également la possibilité, pour les États membres, d'instaurer unilatéralement des mesures d'autoprotection de leur marché du travail à l'encontre des autres États membres, qu'ils étaient auparavant autorisés à prendre sans consultation.

Des discriminations en raison de la nationalité et portant atteinte à la libre circulation pouvaient découler de régimes de protection sociale, s'appuyant au départ pour l'essentiel sur le critère de la nationalité, du lieu de cotisation ou de résidence des salariés, ce qui pouvait avoir des effets équivalents pour des travailleurs communautaires non nationaux. Les règlements 1408/71 et 574/72[11] ont ainsi créé des mécanismes de coordination entre les régimes de protection sociale pour assurer la libre circulation des non-nationaux ressortissants communautaires. En effet, en l'absence de règles imposant la prise en compte des périodes de contribution au sein des systèmes sociaux d'autres pays européens, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité n'aurait pas été respecté pour les salariés communautaires ayant effectué une partie de leur carrière dans un autre pays de la Communauté.

Au nom du fonctionnement de l'économie européenne, le législateur communautaire et la Cour de justice ont étendu la portée de cette protection et le champ de ses bénéficiaires

L'exigence de bon fonctionnement du marché a justifié la mise en place d'un régime de protection plus favorable que ce qu'exigeait le traité

Les États membres ont complété ces règles juridiques pour créer des dispositions allant plus loin que le socle exigé par le traité dans sa forme initiale. Le traité prévoit qu'afin d'assurer le fonctionnement du marché européen, la Communauté européenne est compétente pour prendre des dispositions même en dehors des cas où le traité l'a prévu. C'est sur le fondement de cette disposition, qui s'appuie donc sur une justification de nature économique, que la Communauté est intervenue pour assurer une protection élargie.

Dans le champ de l'égalité entre les hommes et les femmes, c'est un approfondissement des domaines protégés qui a été réalisé par les textes européens.

La directive de 1976 (directive 76/207) va au-delà de la question salariale et prévoit une égalité de traitement pour l'accès à l'emploi, la formation, la promotion et les conditions de travail, imposant aux États membres de suppri-

[11] Ces textes ont été adoptés sur le fondement d'un article spécifique permettant d'atténuer les entraves à la libre circulation que pouvaient créer les systèmes de sécurité sociale : il s'agit de l'article 41 CE actuel, autrefois codifié sous l'article 51 CE (cf. rapport thématique protection sociale).

mer toute disposition contraire de leur droit national. Cette directive interdit toute discrimination à l'encontre des femmes, qu'elle soit directe ou qu'elle fasse appel à un critère indirect : ainsi sont proscrites toutes les clauses visant la situation familiale des salariées. Elle concerne autant les conditions d'embauche et de travail que les conditions de licenciement ou la formation. Enfin, la directive institue des droits particuliers pour les femmes. D'une part, elle protège spécifiquement la femme enceinte. D'autre part, elle autorise expressément les États membres à adopter des mesures pour promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes.

La directive de 1979 (directive 79/7) a quant à elle introduit le principe d'égalité en matière de régimes légaux de sécurité sociale[12]. Au total, le droit communautaire a ainsi progressivement défini les contours d'une égalité de traitement complète touchant l'ensemble des domaines de la vie professionnelle et de protection sociale.

En ce qui concerne l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité des ressortissants communautaires, l'essentiel des extensions a porté sur le champ des bénéficiaires de la libre circulation. La directive de 1968 (directive 68/360) prévoyait déjà l'extension de la libre circulation aux travailleurs et à leurs familles, créant un droit d'égal accès pour ces derniers au logement, aux études, aux emplois du pays communautaire d'accueil. L'essentiel des questions liées à la discrimination à l'encontre de communautaires au sein de l'Union européenne a donc porté sur le droit de séjour en tant que tel, indépendamment des situations d'emploi. À cet égard, le droit communautaire a organisé la suppression progressive des législations nationales restreignant le droit à l'immigration des communautaires. Ceci est passé d'abord par une généralisation du droit de séjour à tous les ressortissants inactifs, opérée par les directives 90/365 pour les retraités, 90/366 pour les étudiants et 90/364 pour tous les autres inactifs ne disposant pas d'un droit de séjour au titre d'une autre réglementation communautaire spécifique. Avec le traité de Maastricht, ces dispositions ont débouché sur la notion de citoyenneté européenne, qui repose sur le principe de libre circulation des citoyens européens sur le territoire de l'Union européenne.

Par ailleurs, d'autres champs, comme l'accès aux biens, les réglementations des organismes privés et des associations, ont fait l'objet d'avancées afin que l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité devienne une réalité. Elles sont pour une bonne part liées à la jurisprudence, à l'exception des discriminations liées aux conditions de diplôme, qui ont fait l'objet de directives spécifiques concernant la reconnaissance mutuelle en matière de diplômes et titres professionnels.

[12] Elle a été complétée par la directive 86/378 étendant l'égalité de traitement aux différents régimes professionnels – c'est-à-dire hors régime général.

La Cour de justice a considérablement renforcé la portée de ces dispositions

La Cour de justice des Communautés européennes a eu un rôle moteur en matière de lutte contre les discriminations en étendant considérablement la portée des dispositions relatives à l'égalité entre les hommes et les femmes et du principe de non-discrimination en raison de la nationalité. Elle a en particulier défini et utilisé la notion de discrimination indirecte et donné une définition large de la notion de travailleur communautaire, susceptible de bénéficier de la protection contre la discrimination fondée sur la nationalité.

• *Égalité entre les hommes et les femmes*

C'est dans le domaine de la discrimination à l'égard des femmes que l'action de la Cour de justice de Luxembourg a eu les conséquences les plus fortes. Sa jurisprudence a fait évoluer le droit dans deux directions.

Pour étendre la protection des femmes face à des situations de discriminations très diverses, la Cour a développé deux techniques juridiques innovantes : la notion de discrimination indirecte et celle d'aménagement de la charge de la preuve.

Les discriminations directes à l'égard des travailleurs féminins sont les plus aisées à constater et à prouver : elles utilisent ouvertement le critère du sexe pour fonder une différence de traitement ou sont fondées sur l'intention de discriminer. Ce sera par exemple le cas d'une rémunération différente pour une femme à travail comparable ou celui du refus d'embaucher une femme en raison de son état de grossesse[13]. Ces comportements constituent des discriminations directes et les règles de droit national qui les autorisent doivent être écartées.

En revanche, les discriminations qui utilisent des critères en apparence sans lien avec le sexe sont plus difficiles à identifier, alors qu'ils peuvent dans certains cas aboutir à des résultats analogues à ceux que produirait une discrimination directement fondée sur le genre. Cela peut par exemple être le cas des majorations de salaire pour personnes à charge : ce type de dispositif peut conduire à discriminer les femmes quand elles sont (comme c'est souvent le cas) statistiquement moins nombreuses à être le seul membre d'une famille à travailler. Dans son arrêt Bilka[14], la Cour de Justice a ainsi considéré que l'octroi par une entreprise d'un avantage aux salariés employés à temps complet était une discrimination indirecte à l'encontre des femmes, dans la mesure où l'essentiel des salariés à temps partiel étaient de sexe féminin. Afin de protéger les travailleurs féminins contre ce type de discriminations, elle a assimilé les discriminations indirectes aux discriminations directes.

[13] Cf. respectivement : Cour de justice des Communautés européennes, 27 mars 1980, Macarthys ; Cour de justice des Communautés européennes, 8 novembre 1990, Dekker ; Cour de justice des Communautés européennes, 5 mai 1994, Habermann-Beltermann.

[14] Cour de justice des Communautés européennes, 13 mai 1986, Bilka.

En prenant comme définition de la discrimination indirecte tout critère ou toute pratique apparemment neutre qui affecte une proportion nettement plus élevée d'un sexe, la Cour est donc allée plus loin que la directive de 1976 sur l'égalité professionnelle et a élargi la protection contre les discriminations. La directive de 1976 ne retenait comme définition de la discrimination indirecte qu'un type particulier de discriminations indirectes, celles fondées sur l'état matrimonial ou familial[15].

Cette approche se distingue de celle retenue pour les discriminations directes à deux titres :

– elle s'attache au résultat discriminatoire, objectivement défavorable à l'un ou l'autre sexe, et non aux intentions de ceux qui sont à l'origine de la discrimination. Peu importe que la règle ait été ou non édictée dans le but de discriminer intentionnellement ;

– le raisonnement juridique qui permet de l'établir doit pouvoir s'appuyer sur des données objectives, de nature statistique ; la Cour considèrera que si un critère a pour effet de défavoriser une proportion considérablement plus élevée de personnes d'un des deux sexes, la discrimination sera établie.

Dans l'arrêt Bilka précité la Cour a toutefois précisé que certaines discriminations indirectes, bien que réellement constituées et constatées par la Cour, pouvaient être justifiées. C'est le cas si des motifs économiques ou sociaux sérieux justifient la pratique discriminatoire et que l'ampleur des discriminations indirectes qui en résultent n'est pas hors de proportion avec le but recherché. Face à des pénuries sur le marché de l'emploi une majoration spécifique de rémunération peut être justifiée, alors que de fait, elle bénéficie essentiellement aux salariés d'un seul des deux sexes[16].

C'est à l'occasion de cas de discriminations indirectes à l'encontre de salariés féminins que la Cour de justice a aménagé les règles généralement utilisées en matière de preuve. Selon un principe du droit civil en vigueur dans la plupart des États membres, ce serait à celui qui s'affirme victime d'une discrimination de prouver qu'on est bien en présence d'un comportement discriminatoire. Or dans une grande majorité de cas, les pratiques discriminatoires ne sont pas ouvertement inscrites dans des règles. Pour une victime qui n'a pas accès à toutes les informations dont disposent ceux qui l'ont discriminée, la preuve de la discrimination est souvent difficile à établir. Pour faire face à cette situation, la Cour a dès les années 80[17] mis en place un régime aménagé de preuves, plus favorable aux victimes. Si elles fournissent un indice sérieux de discrimination, c'est aux personnes physiques ou morales à l'origine de la discrimination supposée de prouver qu'il n'y a pas eu une différence de traitement injustifiée.

[15] Directive 76/207, article 2.

[16] Cour de justice des communautés européennes, 27 octobre 1993, Enderby.

[17] À partir de sa décision Jenkins contre Kingsgate, du 31 mars 1981, systématisée dans la décision Bilka déjà citée.

Cet aménagement de la preuve, qui déroge aux traditions juridiques de nombreux États membres, a par la suite fait l'objet d'une directive spécifique[18]. Cette directive a ainsi imposé le principe de l'aménagement de la preuve en matière de discriminations fondées sur le sexe aux États qui n'avaient pas toujours donné toute leur portée aux arrêts de la Cour.

Elle a également confirmé les dispositions de la directive de 1976 concernant l'accès à l'emploi, la formation et la promotion professionnelles et les conditions de travail, tout en leur conférant une portée strictement encadrée.

Cette directive avait en effet autorisé des mesures de protection particulières, liées soit à la maternité et au statut de femme enceinte, soit au besoin de compenser l'inégalité de fait existant sur le marché du travail au détriment des femmes. La Cour de justice a donné une portée restrictive à ces dispositions, à l'occasion d'une condamnation pour manquement au droit communautaire prononcée à l'encontre de la France.

Selon la Cour, seuls des droits directement liés aux différences biologiques entre hommes et femmes sont à même de justifier une différence de droits, y compris au profit de ces dernières. Ainsi, des avantages comme les primes de crèches ou les congés pour s'occuper des enfants ne sauraient être réservés aux seules femmes, dans la mesure où ils pourraient tout à fait être utilisés par des pères de famille (à la différence du congé maternité).

Concernant les discriminations positives à l'embauche en faveur des femmes, cette jurisprudence a été complétée en 1995 par la décision Kalanke[19]. Cette décision de principe considère comme contraire à la directive de 1976 la réglementation allemande prévoyant une priorité automatique aux candidats féminins lorsque deux postulants à un emploi ont des qualifications égales. Selon la Cour, cette règle remplace la promotion de l'égalité des chances prévue par la directive de 1976 (action sur l'égalité au point de départ) par une discrimination positive préjugeant du résultat de l'égalité des chances (action sur l'égalité au point d'arrivée). Comme la Cour a eu l'occasion de le préciser par un arrêt ultérieur, c'est avant tout l'automaticité de la règle de préférence qui était en cause. En effet, deux années plus tard[20], la Cour de justice a indiqué qu'était conforme à la directive de 1976 une règle donnant à qualification égale, la préférence aux candidats féminins, sauf si des motifs spécifiques font pencher la balance en faveur du candidat masculin, ouvrant ainsi potentiellement la possibilité d'actions de discriminations positives en exerçant sur ces dernières un contrôle de proportionnalité. Ces décisions ont contribué aux évolutions introduites à partir de 1997 par le traité d'Amsterdam, qui inscrit dans les textes fondateurs de la Communauté européenne la possibilité de mettre en place des actions de discrimination positive.

[18] Directive 97/80 du 15 décembre 1997 sur la charge de la preuve dans les cas de discriminations fondées sur le sexe.
[19] Cour de justice des Communautés européennes, 17 octobre 1995, Kalanke.
[20] Cour de justice des Communautés européennes, 11 novembre 1997, Marschall.

• La non-discrimination entre travailleurs communautaires

Le champ couvert par le principe de non-discrimination a également reçu une définition large à l'égard des travailleurs communautaires. La Cour a utilisé trois approches pour assurer la protection la plus large possible aux communautaires.

Tout d'abord, la notion de travailleur communautaire a été définie par la Cour de justice de manière à embrasser le plus grand nombre de situations possibles. En droit du travail, la Cour reconnaît le statut de travailleur communautaire même en dehors de l'existence d'un contrat de travail. En matière de sécurité sociale, elle a pris en compte l'exercice d'une activité professionnelle passée ou interrompue.

Ensuite, les droits qui sont protégés contre les comportements discriminatoires fondés sur la nationalité ont également été étendus par la jurisprudence. De nombreux domaines, des conditions de travail à l'accès à la formation ou aux études, ont fait l'objet d'avancées. En matière d'éducation, la Cour de justice a par exemple considéré que les bourses d'études devaient bénéficier aux communautaires comme aux nationaux. Elle applique ce principe y compris quand les ressortissants communautaires accueillis dans un pays membre retournent étudier dans leur pays d'origine[21]. C'est toutefois surtout à travers sa définition de la notion d'avantage social, inscrite dans le droit dérivé en matière de sécurité sociale que la Cour a accru le degré de protection dont bénéficient les communautaires. Le règlement instituant la coordination des systèmes d'assurance sociale ne prévoyait l'égalité de traitement que pour les prestations de sécurité sociale. La Cour a intégré dans la notion d'avantage social la plupart des prestations de l'aide sociale[22].

Enfin, les différents types de discriminations fondées sur la nationalité des ressortissants communautaires ont été distingués selon une méthode similaire à celle retenue pour les discriminations en raison du sexe. La méthode consistant à protéger également contre les discriminations indirectes liées à la nationalité des ressortissants communautaires est même apparue dès le milieu des années 70[23], soit un peu avant sa consécration dans le domaine de l'égalité entre les sexes. Un des exemples les plus courants est celui du critère de résidence, qui joue généralement principalement au détriment des ressortissants d'autres États membres, comme la Cour de justice l'a, à de nombreuses reprises, rappelé[24]. Toutefois, le mécanisme permettant de justifier les discriminations indirectes est comparable à ceux

[21] Cour de justice des Communautés européennes, 13 novembre 1990, Carmina di Leo.
[22] Cour de justice des Communautés européennes, 22 juin 1972, Frilli.
[23] Cour de justice des Communautés européennes, 12 février 1974, Sotgiu.
[24] Cf. par exemple : Cour de justice des communautés européennes, 7 mai 1998, Clean Car Autoservice ; cf. aussi *infra* la jurisprudence Pinna.

valables pour les discriminations entre hommes et femmes : des considérations objectives et indépendantes de la nationalité, si elles sont à l'origine des mesures proportionnées à un objectif légitime, permettent de justifier des discriminations indirectes.

Pour la France, le droit communautaire relatif à la non-discrimination a eu un effet important sur l'état du droit et sur les pratiques

Le droit communautaire relatif à la non-discrimination à raison du sexe ou de la nationalité a transformé en profondeur l'état du droit en France

Les mesures de protection contre les discriminations à raison du sexe ou contre les femmes, d'une part, et celles dirigées contre les discriminations à raison de la nationalité, d'autre part, ont eu un effet important sur le droit français.

• Égalité entre hommes et femmes

Considérant qu'elle disposait déjà d'une législation développée en la matière[25] depuis l'adoption de lois sur l'égalité salariale en 1950, la France avait œuvré, lors de la négociation du traité de Rome, pour que l'article relatif à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes puisse être adopté.

Dans sa décision Commission contre France de 1988[26], c'est précisément au nom de l'égalité entre les sexes instituée par cet article que la France a été condamnée par la Cour. C'est toutefois, dans ce cas particulier, plutôt parce qu'elle avait instauré un régime plus favorable aux femmes tout en discriminant les hommes qu'elle a été condamnée. Son droit interne – en l'occurrence, une convention collective – prévoyait des règles plus favorables au seul profit des femmes, sans qu'elles soient justifiées par des raisons objectives ne pouvant pas concerner les hommes : primes de crèches, congés spéciaux pour s'occuper des enfants, par exemple. Les cas plus récents d'une différence de traitement en faveur des femmes dans le domaine des pensions de réversion ou dans l'accès à la fonction publique vont dans le même sens[27].

[25] La France était en grande partie à l'origine de l'article 119 du traité de Rome instituant la Communauté européenne, créé pour éviter que la concurrence ne soit faussée en raison des différences salariales entre hommes et femmes. Il est vrai qu'elle disposait déjà, à l'époque, de nombreux droits protecteurs des femmes, faisant application des dispositions constitutionnelles sur l'égalité entre les hommes et les femmes introduites en 1946. Ainsi, l'arrêté du 30 juillet 1946 supprimait tous les abattements sur les salaires féminins et la loi du 1er février 1950 prévoyait que les conventions collectives de portée nationale devaient prévoir l'application du principe du salaire égal à situation égale pour les femmes.

[26] Cour de justice des Communautés européennes, 25 octobre 1988, Commission contre France.

[27] Cour de justice des Communautés européennes, 30 septembre 2004, Briheche ; Cour de justice des communautés européennes, 29 novembre 2001, Griesmar.

Plus connu, l'exemple de la fin de l'interdiction du travail de nuit des femmes a pu également être assimilé à la suppression d'un avantage au seul profit des salariés féminins[28]. Comme de nombreux autres pays européens, la France était signataire de la convention de l'organisation internationale du travail interdisant le travail de nuit des femmes dans l'industrie. La Cour de justice a considéré en 1991[29] que cette interdiction était discriminatoire, quand elle ne concernait que les femmes, sauf quand elle était fondée sur la protection de la femme enceinte[30]. L'article correspondant du code du travail a été abrogé en 2000, la législation française n'étant plus appliquée depuis 1991. En 2001, une loi encadrant le travail de nuit a été adoptée. Elle est applicable aux hommes et aux femmes (loi du 9 mai 2001).

Un troisième type d'exemple concerne l'accès à la fonction publique. Cette dernière n'est en effet pas exclue du champ d'application de la directive de 1976 qui porte sur l'égalité hommes/femmes en matière d'emploi. Dans ce domaine, la France a dû faire évoluer son droit en matière d'accès des femmes à certains corps encore réservés aux hommes. En 1988, la Cour de justice considère donc comme discriminatoires les systèmes de recrutement distincts par sexe organisés dans les corps de la police nationale et dans certains corps de l'administration pénitentiaire française[31]. Aujourd'hui, la plupart des exceptions que constituent les recrutements différenciés par sexe a disparu, alors qu'une quinzaine de corps était concernée au début des années 80.

• Non-discrimination à l'égard des communautaires

En matière de discrimination à l'égard des ressortissants communautaires, deux domaines peuvent être considérés comme particulièrement significatifs de l'influence du droit communautaire sur la réglementation et législation française.

Certes, la construction des droits sociaux a été réalisée, surtout après 1945, en liaison étroite avec l'emploi. C'est donc – au moins juridiquement – davantage le fait d'exercer légalement un emploi en France qui donne accès aux droits sociaux, la nationalité n'ayant théoriquement pas de rôle à jouer. Il est illustratif qu'en la matière, la condamnation la plus retentissante prononcée contre la France l'ait été en raison d'une discrimination indirecte. La Cour a plusieurs fois condamné le critère de résidence pour pouvoir bénéficier de prestations sociales. Dans l'affaire Pinna[32], il s'agissait de la règle en vigueur en

[28] Mais le fait de ne plus interdire certains emplois de nuit aux femmes peut également être considéré comme une avancée faisant progresser l'emploi féminin. Selon le critère retenu (conditions de travail ou accès à l'emploi), le jugement porté sur la fin de l'interdiction peut changer.

[29] Cour de justice des Communautés européennes, 25 juillet 1991, Stœckel.

[30] Cour de justice des Communautés européennes, 5 mai 1994, Habermann-Beltermann.

[31] Cour de justice des Communautés européennes, Commission contre France, 30 juin 1988.

[32] Cour de justice des Communautés européennes, 15 janvier 1986 ; puis deuxième décision 2 mars 1989.

France à l'époque qui exigeait, pour bénéficier des prestations sociales familiales françaises, que les membres de la famille de l'assuré résident en France[33]. L'obligation de résidence y a été considérée comme une forme de discrimination indirecte à l'encontre des communautaires. Cette décision a impliqué une évolution des conditions d'octroi des prestations familiales en France, qui a fait évoluer son droit après deux décisions successives la condamnant dans la même affaire.

Comme dans le domaine de la discrimination reposant sur le sexe, un autre effet du droit communautaire concerne la fonction publique française. Comme d'autres États, la France considérait que l'exercice d'un emploi public devait être réservé à ses ressortissants, en raison du lien spécifique de nationalité entre un État et son ressortissant, gage de loyauté. Les différents intervenants européens (Commission, Cour de justice) ont toutefois donné une définition restrictive des emplois publics. Dès 1974, la Cour[34] avait estimé que « les emplois qui comportent l'exercice de la puissance publique et l'attribution de responsabilités pour la sauvegarde des intérêts généraux de l'État » sont les seuls qui puissent être réservés aux nationaux. En 1988, la Commission avait précisé son point de vue en distinguant un noyau d'administrations exclues de la liberté de circulation et pour lesquelles il était donc possible d'exclure l'accès des communautaires, comme par exemple les forces armées, la justice, l'administration fiscale, la police, la diplomatie. Inversement, elle considère les autres secteurs et emplois publics, relevant du secteur industriel et commercial, de la santé publique, de la recherche ou de l'enseignement comme concernés par la libre circulation[35]. Dans un premier temps, la France a modifié le statut général de la fonction publique par la loi du 26 juillet 1991 qui ouvre certains emplois de la fonction publique aux ressortissants des autres États de la Communauté européenne. Depuis la loi du 27 juillet 2005, le principe est désormais inversé. La règle est l'ouverture aux communautaires, chaque exception devant être prévue par un texte. On estime aujourd'hui que 60 à 80 % des emplois publics sont désormais ouverts aux communautaires.

La pratique a évolué dans le sens du droit communautaire, même si l'impact direct de ses dispositions est difficile à évaluer

L'influence directe et réelle du droit communautaire sur les situations concrètes en France est évidemment difficile à distinguer du rôle qu'ont pu jouer d'autres influences. On peut toutefois noter que l'interdiction des discri-

[33] En revanche, même en cas de résidence à l'étranger de leur famille, les assurés sociaux ressortissants communautaires pouvaient recevoir les prestations familiales prévues par le droit du pays de résidence de leur famille. Ces prestations, la plupart du temps d'un montant moins élevé, étaient alors financées par la France.

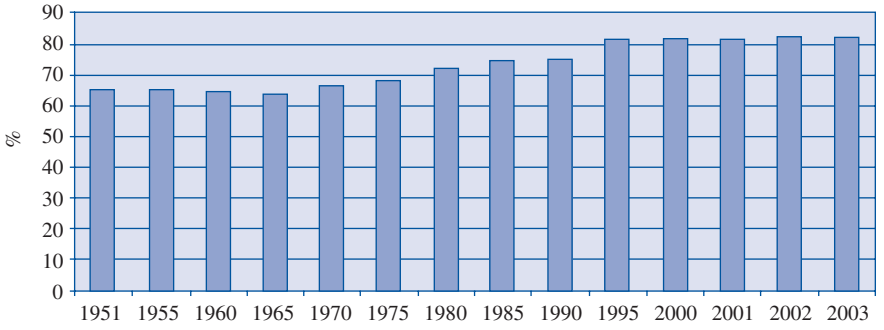
[34] Affaire Sotgiu, citée plus haut.

[35] Communication du 18 mars 1988 sur la libre circulation des travailleurs et accès aux emplois dans l'administration publique des États membres.

minations à l'encontre des femmes et des ressortissants communautaires a été accompagnée par des évolutions importantes et mesurables dans la pratique.

Le cas le plus évident concerne la discrimination entre hommes et femmes. La baisse des inégalités de salaire entre les sexes s'est nettement accélérée à partir des années 70. Même si cela correspond aussi à un phénomène générationnel, les femmes issues du *baby-boom* ayant statistiquement acquis un niveau d'études supérieur à leurs mères, on peut relever que le droit communautaire a accompagné ce phénomène en donnant des outils juridiques y compris dans des situations qui n'auraient pas été protégées auparavant.

Salaire femmes/salaires hommes



Source : Insee

Toujours dans le champ de l'égalité entre hommes et femmes, l'effet de la suppression de l'interdiction du travail de nuit des femmes a été considérable : le nombre de femmes travaillant de nuit dans l'industrie est passé de 2,7 % en 1993, à 8,7 % en 2002. Aujourd'hui le taux de progression du travail de nuit chez les femmes est supérieur à celui enregistré pour les hommes.

En matière de discrimination fondée sur la nationalité, les évolutions du droit communautaire et du droit national ont également accompagné un mouvement qui était au moins en partie déjà lancé auparavant. Le principe d'assimilation au droit national a ainsi progressivement bénéficié à de nombreux ressortissants communautaires, principalement issus du sud de l'Europe. Ils représentaient, au milieu des années 70, plus de la moitié des étrangers résidant en France.

En revanche, on peut noter que malgré son importance juridique, l'exportation des prestations familiales ne concernait – du moins jusqu'à une date récente – qu'un très petit nombre de personnes : en 1998, elles étaient un peu moins de 260 036. Jusqu'à une date récente – ceci peut toutefois évoluer avec chaque nouvel État membre –, les ressortissants venaient avec leurs familles.

[36] Cour des comptes, rapport sur l'application de la loi de financement de la sécurité sociale, 2000.

À partir de la fin des années 90, la lutte contre les discriminations est devenue une politique européenne autonome, fondée sur la défense des droits fondamentaux

Depuis 1997, la lutte contre l'ensemble des discriminations est une compétence communautaire spécifique contribuant à la défense des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne

À partir de la fin des années 90, les traités européens ont renforcé le rôle de l'Europe en matière de défense des droits fondamentaux, y compris hors de la sphère économique

• Un débat juridique

Les débats concernant la manière dont le droit communautaire coexiste avec les libertés fondamentales inscrites dans le droit interne et prend en compte les droits de l'homme sont anciens.

Dès le début des années 70, la Cour de justice a indiqué que « le respect des droits fondamentaux était partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect[37] ». En 1975, le rapport Tindemans posait la question de la protection des droits de l'homme et proposait la mise en place d'une Europe des citoyens, par-delà le caractère essentiellement économique que les communautés avaient eu jusqu'alors. L'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme a même été envisagée en 1980. Son abandon s'explique en grande partie par les difficultés de fond qu'aurait posées l'articulation entre les deux juridictions.

C'est ce débat qui est à l'origine des évolutions successives des traités européens en la matière. En introduisant la notion de citoyenneté européenne et en faisant explicitement référence à la convention européenne des droits de l'homme dans le traité de l'Union européenne, le traité de Maastricht a pour la première fois conféré aux droits fondamentaux une place propre dans l'édifice communautaire. Ce mouvement a ensuite été complété par l'adoption de la charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000, déclaration des droits qui ne lie toutefois que les institutions européennes et non les États membres.

[37] CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft.

C'est donc dans un contexte général favorable à la prise en compte des droits fondamentaux que le traité d'Amsterdam a été élaboré.

• Une préoccupation politique...

Si les dispositions précitées sur l'égalité de traitement entre les ressortissants communautaires ou entre les sexes se fondaient, au moins au départ, sur des objectifs de fonctionnement du marché, on aurait peine à justifier en ces termes les dispositions du Traité d'Amsterdam créant une compétence européenne pour combattre les discriminations.

Même si les directives prises en application de ces dispositions soulignent que la discrimination « peut compromettre la réalisation des objectifs du Traité, notamment à un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, le relèvement du niveau et de la qualité de vie, la cohésion économique et sociale et la solidarité… »[38], ces considérations sont placées loin derrière celles ayant trait au respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et il ne fait aucun doute que les motivations de départ étaient de nature politique.

La mobilisation qui a conduit à leur adoption a grandi dans le climat d'inquiétude suscité, au début des années 90, par la montée de tensions racistes et xénophobes matérialisées par des événements tels que ceux de Rostock en Allemagne ou Carpentras en France.

• ... portée au niveau européen par le Parlement et la société civile...

Le Parlement européen et les organisations non gouvernementales (ONG) ont été les premiers acteurs de cette mobilisation.

Dès 1984 une commission parlementaire d'enquête sur la montée du fascisme et du racisme en Europe se prononçait pour le développement d'initiatives européennes dans ce domaine et n'hésitait pas, dans cette perspective, à recommander une interprétation téléologique des compétences définies dans le Traité. Le 25 juin 1986, le Parlement européen, le Conseil et la Commission publiaient une déclaration conjointe sur le racisme et la xénophobie.

Du côté des ONG, la question était portée par le groupe « Ligne de départ », *Starting Line Group,* constitué en 1991 à partir d'organisations britanniques et néerlandaises, et rejoint par beaucoup d'autres jusqu'à constituer un réseau informel regroupant près de 400 ONG, syndicats, églises, universitaires et experts indépendants. Dès 1992, ce dernier avait préparé une proposition de directive afin d'interdire toute forme de discrimination raciste, rejetée par la Commission qui considérait que les traités ne prévoyait pas une compétence européenne en la matière.

Après les exactions racistes et antisémites perpétrées en France et en Allemagne dans la première moitié des années 90, la commission consultative

[38] Texte extrait du dispositif des considérants de la directive 2000/43.

« racisme et xénophobie », mise en place au niveau européen, avait proposé la modification du traité afin d'y inscrire comme une compétence de l'Europe la lutte contre les discriminations, en particulier racistes.

- ***... appelant une modification du traité***

Néanmoins le passage à des mesures concrètes demeurait bloqué par l'absence de compétence communautaire reconnue sur une base juridique incontestable.

C'est pourquoi l'ouverture de la Conférence intergouvernementale pour la réforme des Traités allait être mise à profit par les ONG. *Starting Line Group* se rapprochait des organisations de défense des personnes handicapées et âgées ainsi que des organisations féministes pour demander l'introduction d'un nouvel article dans le Traité, axé sur la lutte contre les discriminations en général.

Porté tant par les organisations non gouvernementales et le Parlement européen que par les États membres, un nouvel article permettant à la communauté européenne d'agir en matière de lutte contre les discriminations est donc adopté à l'issue de la conférence intergouvernementale qui aboutit à la signature du traité d'Amsterdam.

Le traité d'Amsterdam a donné au législateur communautaire une compétence large tant pour les modalités d'intervention que pour les motifs de discrimination à combattre

Le traité d'Amsterdam introduit en effet dans le traité communautaire un nouvel article donnant à la Communauté européenne la compétence pour prendre toutes mesures nécessaires afin de combattre les discriminations. L'article 13 du traité constitue une avancée majeure à deux titres.

Article 13 du traité instituant la Communauté européenne

1. Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

2. Par dérogation au paragraphe 1, lorsque le Conseil adopte des mesures d'encouragement communautaires, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres, pour appuyer les actions des États membres prises en vue de contribuer à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1, il statue conformément à la procédure visée à l'article 251.

Il fait de la lutte contre les discriminations une compétence de la communauté européenne et lui donne ainsi la possibilité soit de définir des normes uniformes s'imposant à l'ensemble des États membres dans un domaine nou-

veau qui n'est plus directement en lien avec le champ économique, soit de mettre en place des actions de lutte contre les discriminations. Ces normes uniformes, directives ou règlements, doivent être adoptées à l'unanimité après consultation du Parlement européen[39].

Il fonde la compétence communautaire pour l'ensemble des motifs potentiels de discrimination, alors que les débats s'étaient dans un premier temps surtout concentrés sur les discriminations à caractère raciste et xénophobe. En effet, si l'on ajoute l'article 12 qui interdit toute discrimination fondée sur la nationalité, c'est l'ensemble des motifs potentiels de discrimination qui est couvert : le sexe, la race, l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

Largement définies, les possibilités d'intervention communautaire inscrites dans le traité sont toutefois limitées par deux dispositions. D'une part, les mesures prises ne peuvent déroger aux autres dispositions du traité abordant les discriminations : à titre d'exemple, une mesure de lutte contre la discrimination salariale à l'encontre des femmes prévoyant un salaire supérieur pour ces dernières serait probablement compatible avec l'article du traité instaurant le principe de l'égalité salariale. D'autre part, le champ d'intervention en matière de lutte contre les discriminations coïncide avec celui des compétences de l'Europe qui préexistaient lors de l'adoption de l'article 13. Ainsi, en matière de lutte contre les discriminations au logement ou en matière d'éducation et de formation professionnelle, l'intervention est limitée par une compétence européenne relativement restreinte.

Les directives ont fondé l'intervention communautaire sur l'accès au droit pour les victimes, mais ne concernent pas à ce stade tous les types de discrimination

Les directives sont fondées sur le principe de l'accès au droit pour les victimes de discriminations racistes, sexuelles et des discriminations dans l'emploi

Trois directives ont été adoptées en application de l'article du traité qui institue une compétence de la communauté européenne en matière de lutte contre les discriminations :

– la directive du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (dite directive « race »). Cette directive proscrit toutes les dis-

[39] Pour ces mesures, le traité de Nice a assoupli les mesures d'adoption en modifiant l'article 13 : c'est la majorité qualifiée qui est nécessaire pour les mesures d'encouragement communautaire à la lutte contre les discriminations. Pour adopter une réglementation communautaire afin de lutter contre les discriminations, c'est l'unanimité qui est exigée.

criminations raciales, quel que soit leur champ d'application (emploi, droits sociaux, accès aux biens, éducation) ;

– la directive du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (dite directive « emploi »), qui interdit dans le champ de l'emploi l'ensemble des discriminations de l'article 13 (sexe, convictions, religion, handicap, âge, orientation sexuelle – la race étant couverte par la directive spécifique) ;

– la directive du 13 décembre 2004, mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès à des biens et services et pour la fourniture de biens et services. Contrairement aux deux précédentes, le délai de transposition de cette directive n'est toutefois pas encore achevé (21 décembre 2007).

Ces trois directives, même si elles s'appliquent à des champs et des situations de discrimination différents, sont fondées sur des principes communs.

Elles définissent et interdisent quatre formes de discriminations : les discriminations directes, les discriminations indirectes, notion qui reprend la définition donnée par la Cour de justice (cf. supra), le harcèlement et l'injonction donnée à un tiers de pratiquer une discrimination. Parallèlement, elles autorisent la mise en place d'actions positives, permettant ainsi aux États membres d'adopter ou de maintenir des mesures spécifiques compensant certaines situations de discrimination.

Elles sont fondées sur le principe de l'accès au droit : au-delà de l'interdiction des discriminations, les directives reprennent la jurisprudence européenne concernant l'allègement de la charge de la preuve des discriminations au profit des victimes (cf. supra), assurent le principe de la protection des victimes engageant une action en justice contre les pressions de la part de ceux qui les ont discriminées, et permettent aux associations ou aux syndicats d'agir pour le compte des victimes si elles le souhaitent.

Enfin, en matière de lutte contre les discriminations raciales, la directive instaure pour les États-membres une obligation de moyen, en prévoyant la création d'une autorité indépendante chargée de promouvoir la lutte contre les discriminations en jouant un rôle d'information (études, rapports), d'aide aux victimes et de recommandations sur toutes les questions liées aux discriminations.

Au total, le cadre ainsi défini met l'accent sur la dimension juridictionnelle de la lutte contre les discriminations. Habituellement, le droit dérivé intervenant dans le champ social se limite à définir des principes et interdit les règles nationales et les situations de fait contraires à la directive. En reprenant et en systématisant les techniques définies par la Cour de justice – et elles-mêmes inspirées des juridictions anglo-saxonnes –, ces directives ont un caractère fortement novateur. Dans un souci de mettre en place des règles de droit véritablement protectrices, elles font de la défense du droit des victimes et de leur accès au procès l'élément essentiel d'une politique communautaire,

suivant en cela l'exemple de la protection juridictionnelle accordée aux victimes de discriminations dans les pays anglo-saxons depuis plusieurs dizaines d'années.

L'état actuel du droit communautaire fait aujourd'hui l'objet de débats en raison de la hiérarchie implicite qu'il établit entre les discriminations

Ces textes aboutissent à un résultat paradoxal : toutes les discriminations ne sont pas traitées de manière égale[40]. Étant donné le champ aujourd'hui couvert par le droit européen, les directives anti-discrimination n'accordent en effet pas le même degré de protection contre toutes les situations.

En l'état actuel du droit, les discriminations raciales sont celles dont la protection est la plus étendue. La directive « race » protège les situations suivantes : les conditions d'accès à l'emploi et d'embauche, l'accès à l'orientation et à la formation professionnelle, les conditions de travail, l'affiliation aux organisations d'employeurs ou de travailleurs, la protection sociale et les avantages sociaux, l'éducation et l'accès aux biens et services, y compris le logement. Elle instaure pour cela une autorité spécifique chargée de soutenir et d'informer les victimes et de formuler en toute indépendance des recommandations.

Discriminations interdites par les directives communautaires

	Accès à emploi	Orientation prof.	Conditions d'emploi et de travail	Affiliation organisation professionnnelle	Protection sociale/soins	Avantages sociaux	Éducation	Accès aux biens et services	Logement	Aménagement raisonnable
Sexe	x	x	x	x	x	x	x	x		
Race	x	x	x	x	x	x	x	x	x	
Origine ethnique	x	x	x	x	x	x	x	x	x	
Religion	x	x	x	x						
Convictions	x	x	x	x						
Handicap	x	x	x	x						x
Âge	x	x	x	x						
Orientation sexuelle	x	x	x	x						

Source : directives 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2002/73/CE, 2004/113/CE (délai de transposition : 21 décembre 2007)

Lorsque les dispositions de la directive concernant l'égalité entre les hommes et les femmes dans l'accès aux services seront entrées en vigueur, la protection contre les discriminations liées au sexe atteindra une extension presque simi-

[40] Cf. à cet égard Mark Bell et Lisa Waddington, « More equal than others : distinguishing European Union equality directives », Common Market Law Review, nº 38, 2001, pp. 587-611.

laire. En effet, dans le champ de l'emploi, de la formation professionnelle et des conditions de travail ainsi qu'en matière de protection sociale et d'avantages sociaux, les discriminations liées au sexe font déjà l'objet d'une protection d'un niveau comparable à celle issue de la directive « race » (*cf. supra*). En outre, la directive de 1997 sur les modalités d'adaptation de la charge de la preuve avait déjà introduit en matière de discrimination fondée sur le sexe l'essentiel des dispositions ensuite reprises par les directives « race » et « emploi ». Une directive de 2002 a, de plus, modifié la directive de 1976 concernant l'égalité dans l'emploi en s'inspirant des dispositions de la directive « emploi » (autorité indépendante, représentation par des associations, harcèlement etc.). Avec l'entrée en vigueur de la directive de 2004 sur l'égalité de traitement entre les sexes en matière d'accès aux biens et services, la quasi totalité du champ de la directive « race » sera transposé au domaine de la discrimination en raison du sexe. Certaines situations restent toutefois exclues du champ de cette directive, comme l'accès à l'éducation ou le logement[41].

En revanche, aujourd'hui, les autres motifs de discrimination (religion, convictions, handicap, âge ou orientation sexuelle) ne sont protégés que dans le champ de la directive « emploi ». Celle-ci couvre l'accès à l'emploi, la formation et l'orientation professionnelle, les conditions de travail et l'affiliation aux organisations représentatives de salariés et d'employeurs. Mais elle ne prévoit pas l'instauration d'une autorité indépendante chargée d'aider et d'informer les victimes et de formuler des recommandations.

Certaines associations représentant notamment les personnes handicapées ou les homosexuels et lesbiennes ont donc mis en avant le besoin de poursuivre le travail d'adoption des directives, notamment afin de protéger les victimes de discriminations en raison du handicap ou de l'orientation sexuelle dans l'accès aux biens et services et au logement, voire aux prestations et avantages sociaux.

Face à cette situation, deux types de projets sont envisageables : la poursuite du travail sectoriel, en commençant par le champ qui fait a priori l'objet du plus large consensus entre les États membres, à savoir celui du handicap. Dans ce cadre, le projet le plus probable est sans doute celui, demandé par les associations, d'une directive concernant l'accès aux biens et services et comportant des dispositions notamment sur le logement. Cette méthode aurait toutefois l'inconvénient de maintenir des différences de protection entre les discriminations alors que le Conseil a rappelé que pour lui il n'existait aucune hiérarchie possible entre les discriminations[42]. L'alternative consisterait à refondre l'ensemble du dispositif juridique communautaire en matière de discriminations.

[41] L'éducation est explicitement exclue du champ de la directive, tout comme le contenu des médias ou la publicité. Étant donné l'absence de compétence de l'Europe en matière de politique du logement, on peut penser raisonnablement que l'absence de référence à l'accès au logement l'exclut du champ de la directive.

[42] « The different forms of discrimination cannot be ranked : all are equally intolerable ». Décision du Conseil du 27 novembre 2000 établissant un programme d'action communautaire pour combattre la discrimination.

Malgré l'existence de dispositions antérieures similaires dans certains domaines, les directives européennes ont fait évoluer le droit et les outils français en matière de lutte contre les discriminations

Une tradition qui a longtemps mis en avant l'égalité et l'intégration et qui fait de la lutte contre les discriminations un enjeu pénal

Comme en témoigne le droit relatif à la discrimination, la lutte contre les discriminations reste un phénomène récent dans le droit français, à l'exception de celles à caractère racial. L'approche française est davantage inspirée par la notion constitutionnelle d'égalité de traitement et par l'idée d'égalité devant la loi que par une démarche consistant à désigner des groupes de population spécifiques pour ensuite protéger leurs droits. Fondée sur l'héritage de la pensée libérale issue du XVIII[e] siècle, elle s'adresse d'abord à l'individu tout en manifestant une méfiance pour la reconnaissance institutionnelle de groupements intermédiaires, qu'il s'agisse des « minorités » ou des « communautés ».

L'objectif de l'intégration est donc d'assurer l'adhésion à la seule véritable communauté, la communauté nationale, à ses lois et ses valeurs, tout en partant du principe qu'il est possible d'éviter toute situation de discrimination grâce à l'application des lois républicaines, qui s'appliquent à tous de la même manière.

Le champ de la lutte contre les discriminations a donc longtemps été pour l'essentiel réservé au droit pénal, c'est-à-dire à un droit réprimant les actes délictuels, par définition exceptionnels et supposant une intention de discriminer. La notion de discrimination indirecte, produit mécanique et involontaire de dispositions ou de pratiques qui ne sont en apparence pas discriminatoires, est ainsi restée jusqu'à une date récente exceptionnelle en droit français.

Des dispositions protégeant l'accès au droit des victimes et interdisant les discriminations en raison de la race et du sexe et les inégalités de traitement dans l'emploi existaient toutefois déjà avant l'entrée en vigueur des directives européennes

Comme de nombreux autres pays de l'Union européenne, la France disposait depuis longtemps d'un ensemble de dispositions législatives interdisant et parfois réprimant par des sanctions pénales les discriminations introduites par les directives.

Au moment où sont entrées en vigueur les deux premières directives sur les discriminations, la France disposait d'un large éventail de mesures antidiscriminatoires dans sa législation. On peut à cet égard citer la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881, qui interdit les incitations à la haine et à la violence. Elle a été complétée par la loi du 1[er] juillet 1972 (dite loi « Pleven »), première

loi française spécifiquement destinée à lutter contre le racisme, qui a créé le délit de discrimination raciale. Les différentes réformes du code pénal et du code du travail adoptées dans les années 90 et 2000 (*cf.* encadré) ont développé la protection contre l'ensemble des discriminations (sexe, race, origine, orientation sexuelle, apparence, patronyme etc.).

Principales lois concernant la lutte contre les discriminations lors de l'entrée en vigueur des directives « race » et « emploi »

Les lois suivantes étaient en vigueur avant l'adoption des directives :

– la loi du 13 juillet 1990 visant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe ;

– la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre la discrimination en raison de leur état de santé ou de leur handicap ;

– les lois du 22 juillet 1992 et du 16 décembre 1992, d'où est issu le nouveau code pénal. Ce dernier a notamment défini les crimes contre l'humanité et renforcé les dispositions concernant les discriminations à caractère raciste et a introduit la notion de harcèlement sexuel ;

– la loi du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle sur les lieux de travail, qui fait notamment peser sur l'employeur la responsabilité des dispositions nécessaires pour empêcher le harcèlement sexuel sur les lieux de travail.

Avant la transposition des directives « race » et « emploi », la législation française prévoyait en effet plusieurs types de règles protégeant les victimes de discriminations.

En premier lieu, c'est dans le champ du droit pénal qu'on trouvait alors la plupart des dispositions concernant les discriminations. Le droit pénal et le procès pénal étaient en effet la voie la plus courante de traitement de cette question en France. Le code pénal consacrait au délit de discrimination une section spécifique, mentionnant à la fois les motifs de discrimination prohibés et les types de comportements susceptibles de constituer une discrimination[43].

Étaient ainsi prohibées les discriminations fondées :

– sur l'origine, l'appartenance ou la non-appartenance, vraies ou supposées, à une ethnie, race, ou religion ;
– sur le sexe, la situation de famille ;
– sur l'état de santé, le handicap ;
– sur les mœurs ;
– sur les opinions politiques, les activités syndicales.

Les situations constituant des discriminations étaient les suivantes :

– le refus de fourniture d'un bien ou service ;
– l'entrave à une activité économique ;

[43] Articles 225-1 et 225-2 du code pénal.

– le refus d'embaucher, la sanction ou le licenciement d'une personne ;
– le fait d'utiliser l'appartenance à un critère prohibé (race, sexe, mœurs, situation de famille etc.) comme une condition pour fournir un bien ou service ;
– le fait d'utiliser l'appartenance à un critère prohibé comme une condition pour obtenir un emploi.

Toujours dans le champ du droit pénal, le délit de harcèlement sexuel avait été introduit par le nouveau code pénal et les dispositions protectrices des victimes renforcées par une loi spécifique (loi du 2 novembre 1992, *cf.* encadré). Il était toutefois considéré comme un délit spécifique distinct de la notion de discrimination.

En second lieu, c'est dans le code du travail qu'on trouvait également des dispositions protectrices des victimes. Reflétant les types de discriminations prohibées, le code du travail proscrivait leur prise en considération pour le recrutement et la relation de travail (avancement, sanctions, rémunération, licenciement, représentation du personnel) et considèrerait comme nuls tous les actes ou dispositions contraires.

Enfin, on peut noter que la Cour de cassation s'était dès 1999 inspirée des définitions données par la Cour de justice des Communautés européennes et par la directive de 1997 concernant l'allègement de la preuve en matière de discriminations fondées sur le sexe. Elle en avait appliqué les règles sur l'allègement de la charge de la preuve en matière de discriminations indirectes au profit des victimes de discriminations fondées sur l'appartenance syndicale et le sexe dès 1999[44] – soit plusieurs mois avant la fin du délai de transposition de cette directive. Les dispositions de cette directive, qui devait être transposée avant le 1er janvier 2001, ont été introduites dans le droit interne par la loi relative à la lutte contre les discriminations dans l'emploi du 16 novembre 2001.

Concernant le champ des situations couvertes, au moment de la négociation des directives, la France pouvait avoir le sentiment de disposer, comme en 1957, d'une législation couvrant déjà de nombreux cas protégés par les directives qu'il s'agissait d'adopter. Reste que certains types de motifs de discrimination n'étaient pas encore explicitement couverts[45] et que certains champs de discrimination n'étaient pas explicitement interdits par la loi, même si la jurisprudence les avait protégés au titre de l'interdiction de fourniture d'un bien, comme c'est le cas pour l'accès au logement. En revanche, au moment de la négociation, les techniques juridiques issues du droit européen (notion de discrimination indirecte, modification de la charge de la preuve) étaient encore d'application assez récente et n'étaient pas encore transposées.

[44] Cour de Cassation, arrêt du 23 novembre 1999, Mlle Seillier contre CEA ; pour un arrêt utilisant le même raisonnement en matière de discrimination syndicale, *cf.* Cour de cassation, arrêt du 28 mars 2000, M. Guy Fluchère, Gérard Dyck et le syndicat CFDT cheminots contre SNCF.

[45] L'âge et, dans une moindre mesure, l'orientation sexuelle, protégée à travers la notions de « mœurs » inscrite dans la loi.

Chapitre 2

Une illustration : les directives adoptées en 2000 pour lutter contre le racisme et les discriminations dans l'emploi ont fait sensiblement évoluer le cadre français

L'adoption en 2000 des directives anti-discrimination s'inscrit dans un contexte politique particulier

Les directives discrimination ont été portées au niveau européen par une forte dynamique politique

L'article 13 du Traité permettait de dénouer un important point de blocage en donnant un fondement juridique à l'intervention communautaire. Mais, contrairement aux attentes de nombreux militants associatifs, il n'emportait pas d'effet direct, qui aurait permis aux personnes discriminées de s'en prévaloir devant les tribunaux. Il requérait donc l'intervention d'une législation spécifique au niveau communautaire et sa transposition en droit national. Qui plus est, cette législation devait être adoptée à l'unanimité des États membres, ce qui risquait d'en retarder sensiblement l'adoption, autant que d'en édulcorer le contenu.

Clôturant en décembre 1997 l'année européenne contre le racisme, le commissaire en charge des affaires sociales annonçait l'intention de la Commission de présenter, dès l'été 1999, une proposition de réglementation européenne fondée sur la base de l'article 13. En novembre 1999 la Commission publiait un ensemble de trois propositions, communément appelé « le paquet de l'article 13 », comprenant :

– une proposition de directive sur la discrimination raciale,

– une proposition de directive sur les discriminations dans l'emploi,

– un programme d'action communautaire destiné à soutenir l'action des États membres.

La pression maintenue par les ONG, soucieuses de voir se concrétiser les promesses contenues dans l'article 13, devait trouver un renfort inattendu dans les événements politiques de l'année 2000, et plus précisément dans l'entrée au gouvernement autrichien du FPÖ, présidé par Jörg Haider.

L'émotion suscitée en Europe par cet événement, les mesures annoncées par les institutions européennes visant à faire pression sur le gouvernement autrichien par la menace de sanctions politiques, ont contribué à forger l'unanimité nécessaire à l'adoption rapide de dispositions législatives destinées à marquer le rejet par l'Union européenne de toute discrimination à caractère racial ou ethnique, et à assurer qu'aucun État-membre ne succomberait jamais à de tels errements.

Dans un contexte de grande tension, les ministres des affaires sociales, réunis de manière informelle par la présidence portugaise à Lisbonne en février 2000, se prononçaient en faveur d'une adoption rapide des propositions de texte présentées par la Commission pour lutter contre toute discrimination, et tout particulièrement contre les discriminations raciales.

La mobilisation aurait pu retomber après l'adoption de la directive sur les discriminations raciales le 29 juin 2000, et certains craignaient de voir s'enliser les négociations sur la discrimination dans l'emploi. D'autant que la complexité des dispositions proposées était considérablement accrue par la multiplicité des motifs visés, couvrant toutes les occurrences prévues par le traité en matière de discrimination. Mais l'intérêt de la France pour ce deuxième texte l'a conduite à faire preuve de la même détermination pour le faire adopter sous sa Présidence que celle démontrée au premier semestre par le Portugal sur le racisme. Malgré un niveau de consensus politique beaucoup moins fort (notamment sur certains sujets délicats tels que la religion ou l'orientation sexuelle) et d'importantes difficultés techniques (notamment sur l'âge ou le handicap), le texte fut finalement adopté par le Conseil le 27 novembre 2000.

Cette mobilisation politique explique le traitement à bien des égards singulier de ce dossier.

La façon dont ont été traités les textes relatifs à la discrimination s'écarte sous plusieurs aspects des normes et pratiques habituelles du travail communautaire.

Le processus de décision a été exceptionnellement rapide

La célérité déployée à toutes les étapes de la procédure, que ce soit pour l'élaboration par la Commission de ses propositions ou pour leur négociation par les États membres en liaison avec le Parlement, mérite d'être soulignée. Il est vrai

qu'un travail intense de concertation préalable avait été réalisé (cf. infra). Il n'en reste pas moins qu'à peine plus de six mois au total, se sont écoulés entre la publication des propositions de la Commission sur le racisme et la conclusion d'un accord en Conseil des ministres. Cinq mois plus tard, la directive sur les discriminations dans l'emploi était adoptée. Ces délais apparaissent d'autant plus remarquables qu'il s'agissait de textes particulièrement lourds de conséquences pour les États membres, dans des domaines fondamentaux touchant aux droits de l'Homme et à l'organisation judiciaire, où les approches et normes en vigueur étaient très loin d'être homogènes. À titre de comparaison, il a fallu près de dix ans pour parvenir à un accord sur la directive qui aménageait la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe. Des délais comparables avaient été nécessaires pour d'autres textes importants touchant aux relations sociales, tels que la directive sur l'information et la consultation des travailleurs ou celle concernant le comité d'entreprise européen.

Pour y parvenir, toutes les parties à la négociation ont dû manifester à la fois une grande ouverture aux compromis sur le fond et une rare tolérance sur la forme, l'accélération des travaux ne s'accommodant guère de la lourdeur des procédures officielles. Sur chacun des deux textes les délégations ont parfois accepté de travailler sur des documents officieux et en une seule langue.

Les compétences communautaires ont été interprétées de façon extensive

Il est d'usage de débuter la discussion de toute proposition législative émanant de la Commission par un examen rigoureux au regard du critère de compétence communautaire. Certains États membres se montrent particulièrement pointilleux à cet égard, de crainte d'ouvrir une brèche et de créer un précédent qui porterait atteinte au principe de limitation des pouvoirs.

Il semble pourtant que les dispositions proposées en matière de lutte contre la discrimination aient fait l'objet d'une exceptionnelle bienveillance, alors même que certaines dispositions auraient pu faire l'objet d'une contestation en droit. Ainsi la directive sur la discrimination raciale définit-elle dans son article 3 un champ d'application très vaste qui ne s'arrête pas à l'emploi mais s'étend à la protection sociale et aux avantages sociaux, à l'éducation, et à l'ensemble des activités de fourniture de biens et des services dans les secteurs public et privé, y compris le logement.

La référence au cadre des compétences communautaires qui introduit ces dispositions apparaît dès lors bien théorique et relativement paradoxale, dans la mesure où le traité limite étroitement l'intervention de la Communauté en matière d'éducation et n'en prévoit pas dans le domaine du logement. Qui plus est, la compétence communautaire en matière de biens et services se limite aux opérations transfrontalières, limitation non reprise explicitement dans le texte de directive et que la mention du logement tend au contraire à infirmer. Pourtant, malgré des discussions fournies au niveau technique, le champ ini-

tialement proposé par la Commission a fait l'objet d'un accord politique. Il semble qu'aucun État membre n'ait voulu, en réclamant le retrait d'un secteur donné, se heurter à la suspicion politique de vouloir y laisser libre cours à la discrimination. La seule restriction introduite par les États membres vise à exclure les transactions strictement privées en se limitant aux biens et services « à la disposition du public ».

Le principe de subsidiarité n'a pas été utilisé pour restreindre la portée des directives

Même dans le champ qui lui est reconnu, l'exercice de la compétence communautaire reste soumis au principe de subsidiarité, qui suppose de démontrer qu'une intervention au niveau européen est indispensable, les objectifs visés ne pouvant être réalisés de façon suffisante au niveau national.

Dans son exposé des motifs, la Commission a reconnu que la lutte contre la discrimination faisait l'objet de dispositions juridiques dans la plupart des États-membres. Mais elle a argué de la non-homogénéité du droit national pour justifier la nécessité de définir, au niveau européen, des principes communs afin de donner effet au nouvel article 13 du traité. Cette argumentation semble avoir été suffisamment convaincante pour les États-membres qui n'ont en tout cas pas jugé politiquement opportun de s'y opposer.

En France, l'Assemblée nationale, examinant sous cet angle les propositions de la Commission, notait qu'« on pourrait soutenir que les États membres ayant fait leur cet objectif (de la lutte contre les discriminations), la justification d'une législation communautaire en la matière ne s'impose pas d'évidence. Mais outre qu'elle peut contribuer à forger l'identité européenne et à renforcer la cohésion économique et sociale de l'Union, une directive dans ce domaine répond aux critères fixés pour l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. En effet, les actions envisagées présentent des avantages manifestes en raison de leurs dimensions ou de leurs effets par rapport à une action au niveau des États-membres ».

Si la France a pesé pour l'adoption d'une législation européenne en matière de lutte contre les discriminations, elle n'a que faiblement influencé son contenu

Disposant d'une base législative étendue en matière sociale, notamment à travers le code du travail, la France a souvent exercé une influence importante sur les solutions normatives retenues au niveau européen. Le dossier des discriminations échappe de ce point de vue à la règle.

En effet, la conception française classique de l'égalité républicaine a longtemps fait obstacle à une approche en terme de discrimination. Le fait que le

débat n'ait que récemment émergé sous cette forme en France et le caractère encore expérimental des dispositifs mis en place à la fin des années 90[46] ne prédisposaient pas notre pays à servir de « modèle » pour l'adoption d'une législation européenne fondée sur le concept même de discrimination. Inversement, la pratique déjà ancienne de pays comme le Royaume-Uni, la prédominance des Britanniques et des Néerlandais parmi les acteurs politiques et associatifs ayant fait campagne pour la mise en place d'une législation européenne sur ce thème, ne pouvaient qu'influencer en leur sens le dispositif proposé.

Les propositions de la Commission procédaient d'une approche éloignée de la culture juridique et des pratiques françaises

L'inspiration initiale a puisé à des sources diverses mais convergentes

• *Des sources diverses*

En présentant ses propositions, la Commission insistait sur la diversité des sources d'inspiration. La Communauté avait déjà développé d'importants concepts et normes en matière de lutte contre la discrimination entre hommes et femmes et devait tirer parti de son expérience en la matière. La Commission se référait par ailleurs aux divers instruments du droit international, notamment ceux développés dans l'enceinte des Nations Unies concernant la reconnaissance des droits fondamentaux. Enfin, ses propositions prenaient en compte les expériences et dispositions juridiques nationales dans l'Union européenne mais aussi en dehors.

Car peu de pays européens avaient, avant 2000, développé une législation complète sur les discriminations. Dans plusieurs États membres, comme la France, des dispositions plus ou moins développées avaient été prises en matière d'emploi, mais seuls les Pays-Bas et le Royaume-Uni avaient abordé la discrimination dans un champ plus vaste touchant à la fourniture de biens et services, et, pour le Royaume-Uni, à l'éducation.

Par ailleurs, les motifs de discrimination couverts se limitaient dans la plupart des pays aux discriminations raciales, à celles fondées sur le sexe, sur la religion ou les convictions. Les situations de handicap étaient prises en compte de manière moins homogène par les États-membres. Les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle étaient, de manière générale, moins protégées.

L'Irlande a été la première à adopter dès 1999 une législation couvrant, dans un champ très large (emploi, éducation, fourniture de biens et services, propriété et logement), des motifs très divers de discrimination (race ou origine ethnique,

[46] Voir notamment L. Schmid, « discriminations et action publique : bilan et perspectives (1999-2006) », Esprit, février 2006.

religion ou convictions, handicap, âge et orientation sexuelle), législation à laquelle la Commission s'est explicitement référée pour élaborer ses propositions.

Au-delà de l'Europe, celles-ci se sont par ailleurs inspirées d'expériences diverses, notamment, selon les auteurs du texte, aux États-Unis, au Canada, en Afrique du Sud après l'apartheid, en Australie et en Nouvelle-Zélande.

• L'approche convergente des pays les plus avancés

Aussi diverses soient-elles, ces sources d'inspiration n'en convergeaient pas moins vers une perspective d'accès individuel à la justice, avec des procédures particulières pour aider les victimes à faire valoir leurs droits. Dès 1998, le Parlement européen qui, dans un document intitulé « De l'égalité des chances entre les femmes et les hommes à la lutte contre le racisme » traçait les grandes lignes d'une directive anti-discrimination, avait pris position pour l'introduction de voies de recours ressortissant au droit civil, considérant que les « dispositions pénales ne constituent pas, à elles seules, une arme efficace contre la discrimination raciale ».

Au total, le dispositif proposé présentait une proximité indiscutable avec ce que l'on peut regrouper sous l'appellation de « modèle » anglo-saxon d'approche des discriminations, héritage des mouvements pour les droits civils des minorités, au cours des années 60 et 1970 : fondé sur l'accès au procès davantage que sur une action correctrice en amont (même s'il ne l'exclut pas), ce modèle assure aux victimes, dans une optique de réparation civile, des voies de droit particulièrement avantageuses grâce à l'allègement de la charge de la preuve. Ce modèle permet notamment de donner une portée considérable aux notions de discriminations indirectes, d'une part, en autorisant les litiges dans un cadre collectif, celui des « class actions[47] », d'autre part, en acceptant de donner une force probatoire aux études statistiques de populations afin de démontrer l'existence d'une discrimination. Dans certains cas, comme au Royaume-Uni, une autorité administrative est chargée d'accompagner les victimes dans leur procès et de susciter l'émergence d'une jurisprudence favorable à la protection contre les discriminations.

On peut voir dans la prégnance de ce modèle pour le travail préparatoire des directives l'effet de la forte mobilisation des représentants de ce modèle dans la campagne pour l'adoption d'une législation sur la discrimination au niveau européen. Une proposition de directive avait ainsi été rédigée par le groupe des ONG qui reflétait cette influence dominante. Mais en tout état de cause il n'existait pas de véritable alternative à une approche qui, élaborée progressivement depuis les années 60 à partir de l'expérience des États-Unis, offrait l'avantage de l'antériorité et de la cohérence et avait déjà fait ses

[47] Pratique anglo-saxonne consistant à faire introduire une action devant un tribunal par une ou plusieurs victimes pour le compte d'un groupe plus large, ayant les mêmes intérêts, et se trouvant dans une situation similaire aux personnes ayant introduit l'action devant le tribunal.

preuves. Les mesures éparses plus récemment développées dans d'autres pays européens comme la France ne pouvaient en constituer une.

Présente dans les travaux préparatoires, la France n'a guère cherché à orienter les propositions de la Commission

La lutte contre les discriminations touchant à l'identité nationale, à la culture des relations sociales et à l'organisation des systèmes judiciaires, la Commission a cherché à consolider le consensus de principe exprimé au niveau politique par la recherche d'un consensus aussi large sur les modalités d'intervention communautaire.

• *Une vaste concertation préalable*

Au total deux années très intensives ont été consacrées aux travaux préparatoires sur ce sujet ressenti comme complexe et délicat qui a donné lieu, outre les habituelles concertations informelles, à plusieurs séminaires et conférences officiels associant représentants des institutions européennes, des États membres et de la société civile, y compris les partenaires sociaux.

Faisant le point de ces travaux à la conférence de Vienne les 3 et 4 décembre 1998, le commissaire Flynn, en charge des affaires sociales, notait que la plus-value d'une action au niveau européen, alliant une approche législative et non législative, pour lutter contre les discriminations faisait l'objet d'un large accord et annonçait son intention de proposer en 1999 un ensemble de trois propositions correspondant au « paquet » cité plus haut. Pour préparer ces propositions, un « groupe de haut niveau » était mis en place par la Commission au début de l'année 1999, réunissant des fonctionnaires des quinze États-membres pour dresser un tableau de l'existant au niveau national, dégager des éléments de consensus sur le type d'action à mener au niveau communautaire, sur les priorités à retenir et identifier les éventuelles difficultés.

• *Une présence française en retrait*

La représentation française dans les travaux préparatoires a été assurée selon les cas par des fonctionnaires des ministères de la justice, des affaires sociales ou des affaires étrangères. Les attentes et objectifs de la France à ce stade des travaux n'ont pas été explicités, une tentative du SGCI d'établir des éléments de position française en vue de la première réunion de hauts fonctionnaires[48] n'ayant pas eu de suites. Ceci traduisait moins la difficulté de parvenir à un point de vue sur le fond qu'un désaccord de principe sur l'opportunité de présenter à ce stade une position. De ce fait les représentants français se sont pour l'essentiel attachés à répondre aux demandes d'information factuelles sur l'état de la réglementation existante.

[48] Réunion d'Oxford, organisée par la présidence britannique les 8-9 avril 1999.

Il n'y a pas eu de démarches auprès des responsables de la Commission pour échanger dans un cadre bilatéral sur les projets à venir.

Le Parlement européen n'a été pas davantage le lieu d'expression d'une sensibilité française, les parlementaires français s'étant peu impliqués sur le sujet, très investi au contraire par leurs collègues britanniques.

La mobilisation de la société civile semble également avoir été limitée, la question des inégalités et de la discrimination faisant alors l'objet en France d'un vif débat dans le cadre national et local mais étant rarement envisagée sous l'angle européen[49]. L'examen du programme de la Conférence de Vienne les 3 et 4 décembre 1998, où s'est cristallisée l'approche des futures directives, témoigne de cette relative discrétion française : sur l'ensemble des intervenants (présidents d'ateliers, rapporteurs, discutants…) on compte quatre Anglais, dont l'intervenant chargé d'introduire et de diriger les débats, un Irlandais, trois Nordiques et seulement deux contributions françaises.

Au total, la partie française s'est placée, au stade des travaux préparatoires, dans un rôle d'observateur plutôt que d'acteur, cherchant à assurer une fonction de veille plutôt qu'à peser sur les orientations.

• *Une position française manquant de lisibilité*

Cette position en retrait contrastait avec l'intérêt politique français, exprimé au plus haut niveau, pour une initiative communautaire visant à lutter contre les discriminations. La crainte de se lier par des prises de position prématurées alors qu'on s'attendait à de longues négociations et que la réflexion sur le fond n'avait pas véritablement commencé dans les départements ministériels concernés, ni *a fortiori* au niveau interministériel, a contraint les délégués français aux diverses réunions à exprimer une réserve embarrassée qui a parfois suscité la surprise chez les représentants des autres capitales. Ce fut notamment le cas lors de la réunion précitée d'Oxford, où les participants qui s'attendaient à une position pour le moins « allante » de la partie française, l'ont vue se retrancher derrière le strict respect du principe de subsidiarité et invoquer le caractère politique du dossier, arguments qu'ils ont interprétés comme autant d'atermoiements pour repousser le débat de fond.

Quelques aménagements ont été obtenus par la France dans la phase de négociation

La France s'est en revanche davantage investie à partir de l'ouverture des négociations officielles. Si elle a pu obtenir quelques modifications des textes

[49] Les fonctionnaires de la Commission font état de nombreuses conférences et colloques dans les pays nordiques, au Royaume-Uni et en Irlande, mais ne se souviennent que d'une invitation de ce type en France.

adoptés, ses positions ont cependant évolué au cours des discussions à quinze.

Les préoccupations françaises ont fluctué au cours des négociations

Cette indétermination a perduré après l'ouverture des négociations formelles. Il est difficile de se faire une idée des priorités françaises, dont l'expression a évolué jusqu'aux tous derniers moments.

Ainsi, de l'automne 1999 à l'été 2000, les principales réserves exprimées du côté français ont successivement concerné le concept de harcèlement, la définition de la discrimination indirecte et les exigences professionnelles susceptibles de justifier des différences de traitement admises.

Les difficultés posées par la définition de concepts – tels que la discrimination indirecte – et de procédures – telles que l'institution d'une autorité indépendante – étrangers à la culture juridique et aux pratiques françaises ont été d'emblée perçues. Mais elles n'ont pas donné lieu à une analyse approfondie des incidences au plan interne, ni à une stratégie de négociation sur la durée définissant des marges d'acceptabilité, explorant les compromis envisageables et les alliances possibles avec d'autres pays connaissant des difficultés similaires. Par ailleurs, jusque dans la phase ultime de négociation on a vu émerger ou resurgir des préoccupations qui n'avaient pas été exprimées jusque-là, ou présentées comme secondaires.

Néanmoins certaines modifications ont été apportées au dispositif final qui répondent à des préoccupations françaises

L'impact des positions françaises dans le résultat final est difficile à analyser compte tenu des fluctuations décrites. Par ailleurs les amendements apportés ont presque toujours résulté d'efforts convergents, sinon concertés, de plusieurs délégations, qui rendent difficile d'en attribuer les résultats à l'une d'entre elles. On peut toutefois voir la marque française dans certaines évolutions du texte, énoncées ci-après.

• La référence à des notions concepts de « race » ou d'« origine ethnique »

En relayant[50] les préoccupations exprimées par la Suède, la Belgique et le Danemark, opposés à ce qu'un texte destiné à combattre le racisme fasse référence à la notion controversée de « race », la France a participé à l'élaboration d'un compromis, fondé sur l'ajout dans le préambule de la directive d'une mise en garde contre toute interprétation erronée de cette référence. Elle a ainsi

[50] Cf. sur ce point le développements du § 3.1.3.

contribué à l'adoption d'un considérant spécifique selon lequel : « *L'Union européenne rejette toutes théories tendant à déterminer l'existence de races humaines distinctes. L'emploi du mot "race" dans la présente directive n'implique nullement l'acceptation de telles théories* ».

• Les dérogations au principe de non-discrimination

Le recours au concept « d'exigence professionnelle essentielle », qui figurait déjà dans la directive sur l'égalité professionnelle entre hommes et femmes, ouvrait la voie à des dérogations au principe de non-discrimination. De telles « exigences » permettaient en effet de justifier des différences de traitement dans des cas particuliers tels que, par exemple, la nécessité pour un comédien de répondre à un profil ethnique donné pour tenir un rôle. La France, qui aurait souhaité supprimer toute possibilité de ce type pour la discrimination raciale, a contribué à ce que cette notion soit plus strictement encadrée afin de limiter les possibilités de dérogation :

Proposition initiale de la Commission (discrimination raciale et discrimination dans l'emploi)	Directives adoptées par le Conseil (discrimination raciale et discrimination dans l'emploi)
Art 4 Exigence professionnelle essentielle	Art 4 Exigence professionnelle essentielle *et déterminante*
(…) les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à la race ou à l'origine ethnique ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle	(…) les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à la race ou à l'origine ethnique ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle *et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée*

Des résultats analogues ont été obtenus pour la directive relative à l'égalité de traitement dans l'emploi, avec l'ajout, à la demande d'un certain nombre d'États membres, d'une possibilité particulière de dérogation permettant de prendre en compte la religion ou les convictions d'une personne, pour son emploi dans des organisations à caractère religieux ou éthique.

• La définition du harcèlement

Inquiète des effets potentiels d'une définition proposée par la Commission qu'elle jugeait à la fois trop large et subjective, car privilégiant la perception de la victime, la France a souhaité recentrer cette notion, en prenant en compte les effets objectifs du harcèlement (perte d'emploi, modification des conditions de travail, dégradation de l'état de santé…), sans toutefois y parvenir totalement. Le texte final incorpore partiellement cette préoccupation, en même temps qu'il durcit les exigences pour qualifier une situation de harcèlement.

Proposition initiale de la Commission (discrimination raciale et discrimination dans l'emploi)	Directives adoptées par le Conseil (discrimination raciale et discrimination dans l'emploi)
Art 2 Concept de discrimination	Art 2 Concept de discrimination
3. Le harcèlement (…) a pour objet ou effet de créer un environnement intimidant, hostile, offensant ou perturbant (…)	3 Le harcèlement (…) *un comportement indésirable qui a pour objet ou effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et* de créer un environnement intimidant, hostile, *dégradant, humiliant* ou offensant

• Les procédures juridictionnelles

Confrontée à des propositions inspirées d'une tradition juridique différente de la sienne et qui, pour certaines d'entre elles, avaient des implications directes sur la procédure judiciaire, la France a, avec d'autres États membres, cherché à limiter l'ampleur des changements introduits dans ce domaine sous couvert de lutte contre la discrimination, notamment pour ce qui concerne la défense des droits.

L'ouverture de la procédure judiciaire aux associations ou autres organisations capables d'appuyer les victimes constituait une innovation importante, susceptible d'introduire d'importantes modifications dans les systèmes judiciaires nationaux. La proposition de la Commission constituait elle-même un compromis par rapport aux revendications exprimées au sein du Parlement européen, dont certains groupes souhaitaient introduire la possibilité de mener des « class actions », inacceptable par plusieurs États membres.

La France a souhaité, avec d'autres, circonscrire la portée de cette proposition jugée trop générale, craignant qu'elle n'entraîne une judiciarisation excessive de la lutte contre les discriminations.

Proposition initiale de la Commission (discrimination raciale et discrimination dans l'emploi)	Directives adoptées par le Conseil (discrimination raciale et discrimination dans l'emploi)
Art 7/8. Défense des droits	Art 7/9
2. Les États membres veillent à ce que des associations, des organisations ou des personnes morales puissent engager toute procédure judiciaire et/ou administrative prévue pour faire respecter les obligations découlant de la présente directive pour le compte du plaignant avec son approbation	2 Les États membres veillent à ce que les associations, *l*es organisations ou *l*es personnes morales *qui ont, conformément aux critères fixés par leur législation nationale, un intérêt légitime à assurer que les dispositions de la présente directive sont respectées*, puissent, pour le compte *ou à l'appui* du plaignant, avec son approbation, engager toute procédure judiciaire et/ou administrative prévue pour faire respecter les obligations découlant de la présente directive

Les dispositions finalement retenues ont consacré l'approche des pays les plus avancés en la matière, de culture anglo-saxonne

Les directives de l'année 2000 sont venues couronner, en l'inscrivant dans un champ beaucoup plus large, la construction jurisprudentielle élaborée par

la Cour de justice des communautés européennes en matière de discrimination fondée sur le sexe (cf. ci-dessus), s'inspirant elle-même largement de l'approche anglo-saxonne. En dehors de l'exemple déjà étudié de l'aménagement de la charge de la preuve, on peut notamment citer les points évoqués ci-après.

Le concept de discrimination indirecte

Selon les directives européennes il y a discrimination indirecte « (…) lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée [d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés], par rapport à d'autres personnes (…) ».

Comme cette définition l'indique clairement, la discrimination indirecte se constate, à partir d'éléments de fait et n'implique pas nécessairement d'intention de nuire de la part de ses auteurs. Les textes communautaires permettent ainsi de sortir d'une logique subjective nécessitant de faire la preuve d'une volonté discriminatoire. De ce fait la mise en œuvre de ce concept s'écarte de l'approche pénale, dominante en France, qui repose sur l'intentionnalité et correspond mieux à la tradition anglo-saxonne, privilégiant une approche civile qui se borne à constater l'existence d'un dommage pour en indemniser la victime.

La notion de discrimination indirecte avait été déjà introduite dans le droit communautaire par la jurisprudence de la CJCE et reprise dans la directive 97/80 en matière de discrimination fondée sur le sexe comme « critère ou pratique apparemment neutre (qui) affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe ». Mais cette définition, qui reposait sur une approche statistique, ne pouvait être retenue pour des motifs de discrimination comme l'origine raciale ou ethnique, pour lesquels seule une minorité d'États-membres organisait une collecte statistique systématique, celle-ci étant même illicite dans plusieurs d'entre eux comme en France. Sur ce dernier point, les directives adoptées en 2000 retiennent une définition plus large de la discrimination indirecte dont la mise en évidence peut être organisée selon des modalités diverses en fonction des traditions nationales : la méthode statistique généralement utilisée dans les pays anglo-saxons a été explicitement mentionnée à la demande du Royaume-Uni[51] comme pouvant être l'une d'entre elles mais n'est pas privilégiée par rapport aux autres.

La transposition des directives européennes a introduit dans notre droit le concept de discrimination indirecte mais le législateur n'a pas souhaité pour autant le définir ni préciser, comme il y était invité, la façon de mettre en évidence ce type de discrimination. Il est possible de voir dans cette abstention le

[51] Dans un des considérants figurant dans le préambule des directives.

souci d'éviter une approche identifiant des groupes de victimes, qui s'apparenterait à une forme de communautarisme jugée contraire aux principes de l'universalisme républicain[52].

L'approche procédurale

En matière de discrimination, les textes adoptés en 2000 ne se sont pas limités à l'énoncé des droits reconnus au niveau communautaire mais, démarche sans précédent dans le cadre de la législation sociale communautaire, y ont associé un ensemble de garanties procédurales pour permettre aux victimes présumées de faire valoir leurs droits. Le dispositif retenu combine procédure judiciaire et extrajudiciaire.

Au plan de la procédure judiciaire l'approche communautaire privilégie, comme on a pu le voir plus haut, un modèle ressortissant au droit civil, fondé non sur la sanction d'un délit mais sur la réparation d'un dommage.

L'obligation d'« aménagement raisonnable » pour les personnes handicapées

La directive relative à l'égalité en matière d'emploi oblige les employeurs à « prendre les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée ».

Cette obligation, dont le non-respect s'apprécie comme une forme de discrimination, était en tant que telle inconnue en France, comme d'ailleurs dans la majorité des États-membres, avant l'intervention de la directive.

La notion d'« aménagement raisonnable »

D'inspiration anglo-saxonne, cette approche, qui a donné lieu à d'importants développements jurisprudentiels en Amérique du Nord, a été introduite en 1995 dans la législation britannique (Disability Discrimination Act) où elle s'est substituée à une approche antérieure en termes de quota d'emploi.

L'ajustement raisonnable tend à éliminer les inconvénients résultant d'une situation de handicap donnée en procédant à des adaptations qui peuvent être physiques et matérielles (adaptation de locaux, d'équipements, mise à disposition d'une documentation en braille...), organisationnelles (aménagements des horaires et rythmes de travail, autorisations d'absence pour suivre un traitement...) ou humaines (formation spécifique, assistance pour lire ou traduire des instructions, encadrement particulier...).

Ces ajustements sont requis à tous les stades de l'emploi, de la procédure de recrutement au licenciement ou départ en retraite, en passant par l'accès à la formation ou la détermination des salaires.

[52] Cf. à cet égard D. 1 BORRILLO, « Les instruments juridiques français et européens dans la mise en place du principe d'égalité et de non-discrimination », RFAS n° 1, janvier-mars 2002.

Toutefois l'obligation qui pèse sur l'employeur n'est pas absolue et il lui est permis de faire valoir des motifs légitimes pour refuser de procéder à un ajustement. Celui-ci doit en particulier rester de l'ordre du « raisonnable », ce qui exclut les mesures qui imposeraient à l'employeur une charge disproportionnée.

Il va de soi que de tels critères ne peuvent être définis a priori et supposent une évaluation au cas par cas par le juge. La loi se borne à préciser que le caractère raisonnable ou non d'un aménagement s'apprécie notamment au regard de sa praticabilité matérielle, de son coût, et des aides mises à disposition de l'employeur pour sa réalisation.

À noter que l'obligation d'ajustement raisonnable pour tenir compte des situations de handicap a été étendue par le législateur britannique au secteur de l'éducation (depuis 2002) et à l'ensemble des activités commerciales et de service (depuis 2004).

Ce concept constitue l'un des éléments les plus novateurs de la directive. En effet, à la différence des autres dispositions qui prohibent et sanctionnent des actions répréhensibles, celle-ci crée une obligation d'agir, en sanctionnant un défaut d'action, requalifié comme discrimination. On voit toute la portée potentielle d'une telle disposition qui permet par exemple de condamner un employeur qui n'aurait pas adapté ses procédures de recrutement pour prendre en compte le handicap d'un candidat.

Comme dans le droit anglo-saxon, cette obligation s'applique dans les limites du « raisonnable », appréciées au cas par cas par référence à la « situation concrète », en fonction de critères dont le préambule de la directive précise qu'ils prennent notamment en compte les frais entraînés, au regard de la taille et des ressources financières de l'entreprise et des aides publiques dont elle peut bénéficier. Au-delà du contenu, on voit par ailleurs clairement ici, dans la technique juridique, l'influence d'une conception à dominante jurisprudentielle du droit.

* *
*

De fait, les concepts et mécanismes clés qui fondent la législation européenne finalement adoptée répondent à une perspective plus proche de la tradition des pays anglo-saxons, qui ont été les premiers à aborder le phénomène en ces termes et à établir un cadre juridique destiné à le combattre.

Un rapport officiel sur le sujet publié en 1999[53], examinant les expériences étrangères en matière de lutte contre les discriminations, considérait l'expérience britannique comme étant « sans conteste l'expérience étrangère la plus spectaculaire », au côté de laquelle celles d'autres pays européens « ayant eu recours à des initiatives peu ou prou novatrices » (Suède, Belgique, Pays-Bas) faisaient « relativement pâle figure ».

[53] Jean-Michel BELORGEY « Lutter contre les discriminations », rapport à Madame la Ministre de l'emploi et de la solidarité, mars 1999.

Les directives communautaires ont déjà conduit à des aménagements importants de notre droit et de notre organisation institutionnelle dont toute la portée n'a peut-être pas encore été mesurée

Il est difficile de dresser un bilan exhaustif de l'ensemble des mesures introduites depuis 2000 en matière d'égalité des chances et de lutte contre les discriminations, tant les supports législatifs sont divers et les dispositions dispersées. On se bornera à présenter ci-dessous, dans leurs grandes lignes, les évolutions les plus marquantes qui peuvent être imputées de façon claire à l'effet des directives européennes.

Celles-ci ont été introduites notamment :

– par la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations ;
– par la loi du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;
– par la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées ;
– par la loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances.

La législation française a été modifiée ou complétée sur des points significatifs

Sans prétendre à une analyse exhaustive, on rappellera ci-dessous les quelques éléments particulièrement marquants.

L'élargissement des types de discrimination pris en compte :

• La reconnaissance de la discrimination indirecte

La notion de discrimination indirecte a bien été introduite dans le Code du travail. Les dispositions introduites permettent de constater l'existence de discriminations de fait sans qu'il soit besoin de démontrer leur caractère intentionnel.

Il faut noter que le législateur français, s'il se réfère explicitement à la discrimination indirecte, n'a pas souhaité définir cette notion dont l'interprétation en fonction du droit communautaire est laissée au juge.

• La liste des motifs de discrimination

En application des dispositions prises au niveau européen, l'âge et l'orientation sexuelle font désormais partie des motifs de discrimination prohibés par le code du travail. D'autres motifs de discrimination ont également été ajoutés, qui vont au-delà du droit communautaire, tels que la prise en compte de l'apparence physique ou du patronyme.

• Le champ d'application

La loi du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise interdisait déjà les discriminations en matière d'embauche, de licenciement et de sanctions disciplinaires. La loi du 16 novembre 2001, conformément au droit européen, a étendu cette interdiction à tous les aspects de la relation de travail, notamment l'accès à la formation professionnelle, la rémunération, les mesures de promotion professionnelle et le déroulement de carrière.

La saisine de la justice facilitée

• Par un allègement de la charge de la preuve

La loi du 16 novembre 2001 introduisait dans le Code du travail des dispositions selon lesquelles « le salarié concerné ou le candidat à un recrutement (…) présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

La loi du 30 décembre 2004 a prévu, dans son article 19, que « toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte (…) établit devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ». Cette disposition ne s'applique pas devant les juridictions pénales.

• Par une ouverture aux personnes morales

Les organisations syndicales et les associations ayant une expérience d'au moins cinq ans dans la lutte contre les discriminations se voient ouvrir la possibilité d'ester en justice pour le compte des personnes discriminées sous réserve que celles-ci ne s'y opposent pas.

Des « aménagements raisonnables » pour rétablir l'égalité dans l'emploi des personnes handicapées

La loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées traduit dans le Code du travail le concept européen d'« aménagements raisonnables » pour les travailleurs handicapés en prévoyant que « les employeurs prennent, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour (leur) permettre (…) d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée, sous réserve que les charges consécutives à la mise en œuvre de ces mesures ne soient pas disproportionnées (…) » et que « le refus de prendre des mesures appropriées au sens du premier alinéa peut être constitutif d'une discrimination » La loi réserve toutefois ces dispositions aux personnes handicapées qui remplissent les conditions pour l'accès aux emplois réservés.

La création de la Halde marque une évolution très importante du dispositif de lutte contre les discriminations

Les données du débat avant l'entrée en vigueur de la législation européenne

• Une idée non consensuelle au plan national

L'idée de renforcer le dispositif national de prévention et de lutte contre les discriminations à travers la création d'une autorité indépendante avait émergé en France avant même d'être débattue au niveau européen : elle avait été proposée par la Commission nationale consultative des droits de l'homme dans son rapport de 1997 et par le Haut conseil à l'intégration dans un rapport de 1998. Le rapport « Lutter contre les discriminations » remis en mai 1999 par Jean-Michel BELORGEY reprenait cette idée et proposait « une Autorité administrative indépendante légère et opérationnelle chargée de la lutte contre les discriminations ».

Mais ces réflexions n'avaient pas abouti, en l'absence de consensus sur une telle initiative parmi les responsables politiques et sociaux français. Jean-Michel BELORGEY notait en 2002 que « La France campe, s'agissant de l'idée d'autorité indépendante ou de médiation, sur l'attitude de refus à laquelle l'incite la coalition des politiques et des corporations ». Bernard STASI de son côté évoquait en 2004 « la réticence à admettre que la question des discriminations devait être traitée globalement et non de façon sectorielle » mais aussi « la sous-estimation des difficultés rencontrées par les victimes » et surtout l'« hésitation des pouvoirs publics sur les voies et moyens les plus adaptés pour conduire cette politique ». L'impulsion donnée par l'Europe en rendant obli-

gatoire la création d'une telle instance dans chaque État membre allait faire sauter ces blocages.

• Accueillie avec réserve dans sa formulation européenne

On a une idée du chemin parcouru en examinant les premières réactions officielles de la France à la proposition de la Commission, clairement opposées à l'article 12 de la proposition de directive sur le racisme. Cette opposition était justifiée en interne par la position prise par les partenaires sociaux lors de la table ronde du printemps 1999, qui avaient rejeté la proposition du rapport Belorgey prônant la création d'une autorité indépendante, rejet entériné par le ministre de l'Emploi et de la Solidarité de l'époque. Au plan européen, la position française était argumentée par le souci d'éviter que ce type d'institution fasse double emploi avec d'autres institutions préexistantes, telle que la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH).

Cette position ne s'avérant pas tenable, la position française a évolué, acceptant d'abord l'institution de tels organismes pour conduire des études et améliorer la connaissance des phénomènes de discrimination puis leur concédant une fonction d'accueil et d'assistance aux victimes pour autant que celle-ci ne porte pas atteinte aux prérogatives du Parquet. Le texte finalement adopté par le Conseil, auquel la France a souscrit, leur donne compétence pour « apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination ».

• Mais que la reprise par les quinze a permis de faire passer

Par lettre du 2 juin 2003, le Premier ministre confiait à Bernard STASI une mission de préfiguration dont les conclusions donnaient lieu au rapport « Vers la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité » remis le 16 février 2004. Celui-ci prenait position pour une autorité « indépendante, aux pouvoirs d'intervention importants, dotée de moyens opérationnels » et compétente pour toutes les discriminations, « notamment celles fondées sur des critères d'origine ethnique, de religion, de sexe, de conviction, de handicap, d'âge, de santé ou d'orientation sexuelle ».

Examinant les difficultés d'une telle entreprise il jugeait toutefois que le contexte était « plus favorable qu'il ne l'a jamais été pour mettre en œuvre cette réforme et surtout la faire accepter ». Parmi les facteurs d'évolution, il soulignait le rôle d'entraînement de la législation européenne qui « justifie et même impose des réformes de notre droit » en même temps que la source d'inspiration constituée par les dispositifs mis en place dans d'autres pays « parfois depuis plusieurs décennies ».

Le dispositif mis en place par la législation

La loi du 30 décembre 2004 a créé la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), chargée de lutter contre toutes les

discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi française ou par un engagement international auquel la France est partie.

L'institution de la HALDE transpose en droit français les dispositions prévues par la directive européenne du 29 juin 2000 selon laquelle « les États membres désignent un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement entre toutes les personnes sans discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique », ainsi que par la directive du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès aux biens et services, laquelle prévoit également la création d'une autorité de ce type.

Mais le législateur est allé bien au-delà des exigences communautaires : loin de se limiter aux discriminations raciales et sexuelles, la HALDE se voit confier le soin de traiter de toutes les discriminations prohibées par le droit en vigueur, ce qui représente à l'heure actuelle pas moins de dix-huit critères différents de discrimination.

La Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (HALDE)

Statut

La HALDE a le statut d'une autorité administrative indépendante. Elle est composée d'un collège de 11 membres non révocables qui décide des suites à donner aux réclamations et formule des recommandations. Elle est assistée d'un comité consultatif composé de représentants de la société civile, du monde économique et des autorités publiques.

Moyens

Le budget de la HALDE pour l'année 2006 est de 10,7 millions d'euros, ses effectifs prévus pour l'été 2006 s'élèvent à 66 agents, dont la majorité est affectée au service juridique. Trois délégations régionales ont été mises en place à titre expérimental (Nord-Pas-de-Calais, Provence-Alpes-Côte-d'Azur, Martinique) une quatrième est prévue à la Réunion.

Activités

Elles se répartissent selon deux axes majeurs :

1) traiter des cas de discriminations dont elle est saisie, ou dont elle s'auto-saisit,

Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination peut saisir par simple courrier la Haute Autorité. Au-delà de ses actions de conseil et d'accompagnement individuel, elle dispose de pouvoirs d'investigation développés pour réunir des éléments de preuves. Elle peut proposer une médiation et nommer un médiateur. Ses pouvoirs ont été renforcés par la loi du 31 mars 2006 (loi sur l'égalité des chances) qui l'autorise à proposer en cas de discrimination une transaction incluant sanction financière, indemnisation de la victime et publicité. En cas d'échec de la transaction, la HALDE peut recourir à une citation directe, c'est-à-dire saisir elle-même le tribunal correctionnel ce qui évite tout classement de l'affaire.

La HALDE peut également se saisir d'office des cas de discrimination directe ou indirecte dont elle aurait connaissance, sous réserve bien évidemment du consentement de la victime. Elle recourt à la pratique des « tests de discrimination » (testing) pour mettre en évidence des comportements discriminatoires et les dissuader.

2) assurer la promotion de l'égalité et prévenir les discriminations.
Ce deuxième volet des missions qui lui sont confiées, à caractère préventif, conduit la HALDE à mener des actions de communication, des travaux de recherche, à identifier et encourager les bonnes pratiques, et à recommander le cas échéant des modifications législatives ou réglementaires.

De premiers éléments de bilan sont fournis par le rapport sur la première année d'activité de la HALDE publié en mai 2006. Celui-ci fait état de 2 365 saisines depuis sa création et de 1822 réclamations enregistrées. Les discriminations à caractère raciste constituent le premier des motifs cités (39,6 %) et l'emploi le premier lieu de discrimination (45,3 %).

Depuis sa création le collège a émis 64 recommandations adressées aux pouvoirs publics ou au secteur privé. Parmi elles on peut notamment citer celles ayant trait :

– aux différences de rémunérations et de statuts des médecins titulaires d'un diplôme acquis en dehors de l'Union européenne.

La HALDE a considéré qu'il y avait une discrimination fondée sur l'origine et a demandé au gouvernement de proposer une réglementation qui rétablisse l'égalité de traitement. Le ministre de la Santé a engagé une négociation avec les organisations professionnelles.

– à certaines conditions d'accès au parc locatif privé

Saisie du rejet d'une candidature à un logement dans le parc locatif privé au motif que les parents du réclamant, qui se portaient caution, résidaient dans un département d'outre-mer, la Haute autorité a examiné les textes régissant les cautions et a recommandé l'abrogation de dispositions anciennes et obsolètes susceptibles de couvrir des discriminations. L'Assemblée nationale a amendé l'article 22-1 de la loi de modernisation sociale en y intégrant l'interdiction de refuser une caution résidant dans les départements d'outre-mer. Par ailleurs, la HALDE a été amenée à se pencher sur la quantité et la nature des informations demandées aux candidats, incluant notamment des précisions sur la situation de famille des postulants dont elle a jugé qu'elles excédaient très largement ce qui peut être admis dans des relations de droit privé. Elle a donc recommandé au gouvernement de préciser plus clairement et limitativement la liste des informations et documents qui peuvent être exigés par les bailleurs privés.

– à la priorité accordée aux enfants du personnel pour l'accès aux emplois saisonniers ou aux stages dans certains établissements

Considérant que cette priorité constituait une différence de traitement fondée sur la situation de famille, la HALDE a recommandé la mise en place d'un recrutement transparent aux établissements concernés qui ont pris des engagements en ce sens.

La portée de ces modifications est potentiellement considérable mais dépendra dans les faits de la capacité des acteurs à s'approprier des outils d'un genre nouveau

La lutte contre les discriminations a pris une ampleur et un relief nouveaux au plan national

L'impact de la législation européenne n'est évidemment qu'un des éléments qui ont contribué à porter cette question au centre des préoccupations politiques et sociales : rôle des associations, mouvements sociaux (« révolte des banlieues » à l'automne 2005), débat politique autour de l'histoire de l'immigration et de la colonisation, etc.

Cet impact est au demeurant largement méconnu, si ce n'est occulté : les commentaires qu'a suscitée la mise en place de la HALDE ont fait une place des plus limitées à sa filiation européenne. Le discours d'installation précité n'y fait pas référence et décrit au contraire une institution « qui prend ses racines au plus profond des valeurs de la République ».

Mais le rôle de l'Europe n'est pas négligeable, qu'il s'agisse de la mise en perspective de la situation française ou des dispositifs concrets issus du droit européen. Ainsi, avant même l'intervention de la législation européenne, le débat européen sur ces questions, la confrontation avec les exemples étrangers, les échanges entre ONG, entre partenaires sociaux, responsables politiques, administratifs, ont sans aucun doute contribué à faire évoluer la conception française de l'égalité et de l'accès quelque peu abstraite de l'égalité et de l'accès aux droits ayant tardivement fait place à l'approche par les discriminations.

Des incertitudes demeurent sur l'orientation et l'appropriation des outils et procédures mis en place

D'une manière générale le contentieux français en matière de discrimination reste limité et est encore loin d'utiliser tous les outils développés au niveau communautaire par la Cour de justice européenne. Il reste à savoir si leur inscription dans le cadre législatif conduira au développement d'un contentieux français de la discrimination comparable à celui observé au Royaume-Uni ou aux Pays-Bas[54]. Jusqu'à mille affaires de discrimination raciale peuvent être jugées sur une année au Royaume-Uni contre une vingtaine en France[55].

Un tel développement ne va pas sans poser de multiples questions théoriques et pratiques. Ainsi la question de l'établissement des preuves pose celle

[54] Cf. Liaisons sociales Europe, 13 novembre au 10 décembre 2003, Dossier sur la lutte contre les discriminations raciales, coordonné par K. Berthou.
[55] Chiffre cités par M. Miné, professeur associé à l'Université de Cergy-Pontoise, dans le dossier précité.

de la technique de comparaison. La discrimination directe est établie selon le droit européen dès lors « qu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été, ou *ne le serait* dans une situation comparable ». L'emploi du conditionnel suggère l'usage de la technique du « comparant hypothétique », cette construction de l'esprit consistant à évaluer ce que serait la situation d'une personne n'ayant pas le caractère discriminé, technique développée dans les pays anglo-saxons. Le législateur français ne l'ayant pas reprise en tant que telle, il reste à savoir si les juges français, à l'instar de leurs homologues britanniques, la mobiliseront.

Pour la discrimination indirecte, l'établissement de la preuve connaît une contrainte importante dans l'impossibilité de collecter des données en certaines matières comme l'origine raciale ou ethnique[56], mais aussi les convictions politiques et religieuses ou l'orientation sexuelle. L'exercice s'annonce plus difficile qu'en matière d'égalité entre les sexes, où les comparaisons sont facilitées par le recours à des statistiques à la fois licites et objectives.

Par ailleurs, si le législateur français se réfère à « l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie (…), une race », il se garde de définir ces notions. La question se pose donc de savoir si l'appartenance à des groupes tels que les tsiganes, les roms, mais aussi les bretons ou les corses est couverte par le droit de la discrimination. Le juge français ne s'est pas encore prononcé sur cette notion, pour laquelle la jurisprudence britannique a adopté une position souple fondée sur l'existence d'une « communauté distincte » partageant la même culture, les mêmes traditions et les mêmes croyances. Ainsi des plaintes déposées par des personnes appartenant à la communauté gitane, ou sikh mais aussi musulmane et juive ont-elles obtenu satisfaction au titre de loi sur les relations entre race (« Race Relations Act »).

Les partenaires sociaux ont engagé en février 2006 une négociation sur la diversité dans l'entreprise mais leur lancement a nécessité une volonté politique forte et des interventions réitérées des pouvoirs publics au plus haut niveau. Parmi les sujets sensibles figure la mesure de l'origine des salariés en tant que moyen de suivi et d'évaluation des politiques de lutte contre la discrimination et de promotion de la diversité dans l'entreprise.

L'approche globale des discriminations masque une grande hétérogénéité de situations : tous les motifs et lieux de discrimination ne sont pas logés à la même enseigne ni dans la législation européenne, ni dans la législation nationale, ni dans la mobilisation des acteurs

Dans sa communication du 1er juin 2005 sur une « stratégie-cadre pour la non-discrimination et l'égalité des chances pour tous »[59] la Commission souligne cette hétérogénéité dans le niveau et la portée de la protection apportée

[56] L'article L 226-19 du Code pénal punit de 5 ans de prisons et 300 000 euros d'amende la collecte et la conservation de données nominatives sur les origines raciales.

par le cadre législatif communautaire. Celui-ci interdit la discrimination raciale dans les domaines de l'emploi, de la formation, de l'enseignement, de la protection sociale, des avantages sociaux et de l'accès aux biens et aux services alors que le champ de la protection contre les autres types de discriminations est limité à l'emploi, au travail et à la formation professionnelle. La directive 2004/113/CE étend la protection contre les discriminations fondées sur le sexe au secteur des biens et services, mais pas à tous les domaines visés par la directive sur la discrimination raciale.

Face à ces différences en termes de niveau et de portée de protection, la Commission précise toutefois qu'elle n'entend pas à ce stade présenter de nouvelles propositions législatives mais souhaite lancer une étude de faisabilité concernant de nouvelles initiatives destinées à compléter le cadre législatif actuel. Elle examinera les dispositions nationales qui vont au-delà des exigences communautaires et fera le bilan des avantages et des inconvénients de telles mesures. Les résultats de cette étude seront disponibles à l'automne 2006.

[59] COM (2005) 224.

Rapport thématique 7

La question du « dumping social »

Sommaire

1. DES RISQUES DE «DUMPING SOCIAL» ? 3

1.1 UNE NOTION FOURRE-TOUT 3
1.1.1 Une définition large 3
1.1.2 Des situations variées 5
1.1.2.1 L'affaire « Vaxholm » 5
1.1.2.2 Le cas des chantiers de l'Atlantique à Saint-Nazaire (Loire-Atlantique) 6
1.1.2.3 L'affaire « Z » 7
1.2 UN PHENOMENE REEL MAIS DIFFICILE A MESURER 8
1.2.1 Les mouvements de capitaux ont des finalités multiples 8
1.2.1.1 Eléments quantitatifs 8
1.2.1.2 Des constats à nuancer 8
1.2.1.3 Les stratégies de délocalisation des entreprises ne relèvent pas nécessairement du «dumping social» 9
1.2.2 Les flux migratoires liés à l'élargissement de l'UE répondent à des mobiles divers 11
1.2.2.1 Les migrations de travail intra-européennes semblent d'ampleur modeste… 11
1.2.2.2 …même si les données sur les flux sont loin d'être exhaustives 12
1.2.2.3 La mobilité des travailleurs se heurte à de nombreux obstacles, circonscrivant de fait certains risques de «dumping social» 15

2. UN CADRE JURIDIQUE QUI TENTE DE LIMITER LES RISQUES DE «DUMPING SOCIAL» ... 16

2.1 LES NOUVEAUX ADHERENTS DOIVENT APPLIQUER LES NORMES SOCIALES COMMUNAUTAIRES 16
2.1.1 Les conditions et modalités de l'adhésion 16
2.1.2 L'application de régimes transitoires 19
2.2 UN CADRE REGLEMENTAIRE POUR LE DETACHEMENT DE TRAVAILLEURS 21

Introduction

La question du «dumping social» a fréquemment été évoquée à l'occasion, d'une part, de l'élargissement de l'Union européenne à dix nouveaux Etats membres au 1er mai 2004, d'autre part de la négociation d'une proposition de directive sur les services dans le marché intérieur, dite « directive Bolkestein », qui prévoyait *initialement* un allègement drastique des contraintes imposées aux Etats membres et à leurs entreprises dans le cadre du détachement de salariés pour l'accomplissement d'une prestation de service transfrontière. C'est dans ce contexte que ce rapport tente d'évaluer la réalité de ce phénomène, au plan intra-communautaire[1] au travers de l'analyse d'éléments qui, objectivement, pourraient justifier ou infirmer les craintes exprimées. Il pose aussi la question de la définition d'une notion aux contours instables, qui se prête parfois à des interprétations extensives et dont les manifestations sont par conséquent variées.

Si l'on parle de «dumping social» c'est tout d'abord parce qu'il y a mobilité des facteurs de production, capital et travail, au sein de l'Union européenne, en vertu du principe de libre circulation des personnes, des capitaux et des services, qui constitue l'un des piliers de la construction communautaire ; c'est ensuite en raison des différences entre modèles sociaux des Etats membres de l'Union européenne, qui peuvent jouer sur l'attractivité, réelle ou supposée, de certains d'entre eux. Le phénomène ne touche donc pas exclusivement la France, mais aussi d'autres pays dont les systèmes sociaux sont, comparativement, plus protecteurs. Son impact est difficile à quantifier dans la mesure où le phénomène n'est pas recensé de manière exhaustive et parce que toute mobilité des facteurs de production ne saurait *a priori* nécessairement relever du «dumping social». Ainsi, des études ont pu être faites sur l'impact microéconomique et macroéconomique des délocalisations[2] d'entreprises, mais les délocalisations n'obéissent pas nécessairement à un motif de «dumping social».

La présente annexe tente de mieux cerner le phénomène du «dumping social», au travers notamment d'exemples concrets, et d'apprécier en quoi la mobilité du capital et des personnes peut en relever. Elle s'attache ensuite à démontrer en quoi le cadre juridique communautaire, notamment depuis l'élargissement du 1er mai 2004 à dix nouveaux Etats membres, peut permettre de contrer le développement de telles pratiques.

[1] La question n'est donc pas traitée dans le contexte, plus large, de la mondialisation
[2] Rapport du conseil d'analyse économique – 11 février 2005 – « désindustrialisation, délocalisations »

1. Des risques de «dumping social» ?

Les élargissements successifs de l'Union européenne et leurs corollaires, c'est à dire la mise en œuvre des libertés de circulation des travailleurs, d'établissement ou de prestation de services, ont fait craindre l'apparition de phénomènes de « dumping social », de la part de pays ou d'entreprises situés dans des pays où le coût du travail est plus faible qu'en France.

Les mesures prises ponctuellement, telles que les restrictions à l'accès au marché du travail pour les salariés originaires de ces pays, paraissent insuffisantes, voire inadéquates, dans la mesure où elles peuvent être contournées par le biais de prestations de services effectuées par des travailleurs détachés, à des tarifs très compétitifs, ou par l'établissement en France de « faux indépendants ». Elles sont en outre impuissantes à contrer les délocalisations d'entreprises vers ces pays à faible coût salarial.

Pour tenter d'apprécier le phénomène, il convient tout d'abord de le définir, avant de pouvoir juger de son ampleur.

1.1 Une notion fourre-tout

1.1.1 Une définition large

La notion de « dumping social » est fréquemment employée pour désigner des situations diverses où les disparités sociales entre Etats, qu'il s'agisse du droit du travail, des rémunérations ou de la protection sociale, sont utilisées à des fins concurrentielles, en vue d'en tirer un avantage économique.

Il n'existe cependant pas de définition unique, agréée, du « dumping social ». Les études ou rapports disponibles sur le sujet désignent en général par ce terme les trois situations suivantes :

- le fait de chercher à profiter des différences de rémunérations et de réglementations du travail entre pays ; cela peut par exemple concerner une entreprise qui délocalise son activité vers un autre pays, où les salaires et charges sociales sont moins élevés que dans son pays d'origine ;
- le renoncement, plus ou moins volontaire, par le salarié, à des avantages sociaux et salariaux afin d'obtenir un emploi ; cette situation peut notamment se rencontrer dans le cas de détachement de salariés, qui renonceraient volontairement ou par contrainte à des avantages dans le pays où la prestation de services est effectuée, et seraient soumis aux conditions de travail -moins favorables- de leur pays d'origine ;
- cela peut aussi couvrir « les pratiques consistant, pour un Etat ou une entreprise, à violer, contourner ou dégrader le droit social en vigueur, qu'il soit national, communautaire ou international, afin d'en tirer un avantage économique, notamment en termes de compétitivité »[3]. Dans ce cas, le « dumping social » peut aller jusqu'à de la fraude aux règles du droit du travail ou de la protection sociale, comme par exemple les situations de travail illégal.

[3] Définition retenue par le député Gaetan Gorce dans son rapport sur le «dumping social» en Europe (Assemblée nationale n° 2423)

La notion est donc extrêmement vaste et susceptible, selon le sens qu'on lui donne, d'englober un grand nombre de cas et des situations variées, pas nécessairement illégales d'ailleurs.

Les deux premières définitions (tirer partie des différences entre systèmes sociaux ; renoncer à des avantages sociaux) peuvent plus facilement se mettre en place dans un environnement européen caractérisé par la **libre circulation des personnes et des capitaux** et par **l'accroissement des échanges**. Le «dumping social» peut ainsi être analysé comme un avatar de la construction européenne, qui a érigé ces libertés en principes fondamentaux sans exiger en contrepartie d'harmonisation des normes du travail, des systèmes de protection sociale, des systèmes fiscaux et des rémunérations.

Dans ce cadre, les Etats membres eux-mêmes ne sauraient être exonérés d'une part de responsabilité. En effet, ceux-ci ont souhaité préserver leur souveraineté sur certains sujets, tels que la fiscalité directe, le niveau des prélèvements sociaux, ou la détermination des rémunérations minimales (là où elles existent). Cette position ne traduit pas nécessairement la volonté de bénéficier d'un avantage comparatif en matière sociale. Parler alors de « dumping » pourrait même être jugé excessif. En revanche, cette attitude correspond plus certainement au souci de ne pas « communautariser » entièrement des compétences régaliennes. Dans ces conditions, les divergences de niveau de protection sociale, de coût du travail ou de réglementation sont inhérentes à la préservation de domaines de compétence nationale.

Toutefois, ces divergences tendent à se réduire puisque, dans un certain nombre de domaines, tel que celui de la fiscalité indirecte par exemple (pour les taux de TVA), une harmonisation est en cours. De même, en matière de droit du travail, l'objectif des traités européens (article 137) est de rapprocher les législations, au travers d'un ensemble de normes sociales européennes contraignantes (directives, règlements).

Par ailleurs, l'un des effets de l'intégration communautaire réside dans la réduction des écarts de développement entre pays membres. Avec une croissance de 3,75% l'an durant la période 1997-2005 et une intégration commerciale de plus en plus poussée, les « nouveaux » Etats membres voient donc l'« avantage comparatif » dont ils bénéficiaient lors de leur entrée dans l'UE s'estomper avec le temps. Parallèlement, si la main d'œuvre des pays de l'UE-10 est bon marché, les écarts de productivité avec les pays de l'UE-15 restent de près de 50%. Les écarts de coût horaire unitaire sont donc moins importants que les écarts de salaire horaire brut (*Cf. infra* 1.2.1.) même si, aujourd'hui, c'est encore assez largement sur ce terrain que se joue la concurrence entre Etats membres.

La troisième hypothèse (violer, contourner ou dégrader le droit en vigueur, quelle que soit son origine) se distingue des deux précédentes en ce qu'elle n'implique pas nécessairement un Etat tiers, une entreprise étrangère ou un travailleur originaire d'un Etat autre que celui où il travaille. Des situations de fraude, de non-respect du droit, se rencontrent au plan interne, sans qu'un tiers, originaire d'un autre Etat membre, y participe. On ne peut toutefois ignorer que les travailleurs étrangers, notamment ceux qui viennent temporairement en France dans le cadre d'un contrat à durée déterminée ou d'une prestation temporaire de services et plus particulièrement ceux - majoritaires- dont le niveau de qualification est faible, sont davantage susceptibles d'être victimes de fraudes à la législation ou d'être les instruments, involontaires ou consentants, du «dumping social».

1.1.2 Des situations variées

Quelques exemples concrets permettent d'illustrer l'hétérogénéité de la nature du «dumping social».

1.1.2.1 L'affaire « Vaxholm »

L'affaire portée devant la CJCE en septembre 2005, pour interprétation du droit, met en cause une société de droit letton, Laval un partneri (« Laval »), dont le siège est à Riga (Lettonie).

En mai 2004, dans le cadre de l'appel d'offres qu'elle avait remporté pour la construction d'une école à Vaxholm (Suède), l'entreprise Laval a détaché des travailleurs lettons et russes auprès de sa filiale en Suède, la société Baltic, dans le cadre de l'exécution de ces travaux de construction. Or un syndicat suédois de travailleurs a exigé qu'en plus de l'application d'un accord collectif en cours de négociation entre Laval et le syndicat suédois des travailleurs, un salaire horaire minimum soit garanti aux travailleurs détachés. Selon Laval, ce « salaire minimum » demandé (16 euros) serait supérieur au salaire minimum dans le secteur du bâtiment (12 euros) ainsi qu'au salaire moyen effectif de ce même secteur (14,5 euros). Devant le refus de l'entreprise et l'échec des négociations, une grève a été déclenchée par les syndicats, bloquant le chantier. Laval a alors saisi la justice pour qu'il y soit mis fin. La juridiction suédoise a toutefois différé son jugement dans l'attente de l'interprétation de la CJCE, qu'elle a saisie en décembre 2004, sur la question des normes applicables aux situations de détachement et de leur compatibilité avec les règles du Traité et les dispositions de la directive 96/71/CE sur les détachements de travailleurs. La CJCE n'a pas encore rendu son arrêt.

Les questions que soulèvent cette affaire sont les suivantes : un syndicat suédois peut-il, sans contrevenir au droit communautaire, exiger d'une entreprise étrangère qu'elle signe, en Suède, une convention collective pour ses salariés détachés, même si ceux-ci sont déjà couverts par une convention collective dans leur pays d'origine ? La loi suédoise, autorisant une action collective contre un prestataire de services d'un autre Etat membre exerçant temporairement en Suède mais l'interdisant à l'égard des prestataires suédois, est-elle compatible avec le Traité et avec la directive 96/71 sur le détachement des travailleurs ? Ces dispositions législatives ont pour effet de faire primer les conventions collectives suédoises sur des conventions collectives étrangères déjà conclues, et la juridiction suédoise s'est donc interrogée sur la conformité de ces dispositions avec le droit communautaire.

Pour les syndicats suédois, cette affaire est cruciale car elle pose la question de la compatibilité du modèle social suédois avec le droit communautaire, et la décision attendue du juge communautaire présente de forts enjeux politiques et sociaux.

On peut aussi considérer qu'elle illustre la difficulté à dessiner une frontière entre ce qui relève d'un possible «dumping social» de la part de l'entreprise lettonne, et des positions protectionnistes des syndicats, s'appuyant sur la législation suédoise.

1.1.2.2 Le cas des chantiers de l'Atlantique à Saint-Nazaire (Loire-Atlantique)

Des actions de contrôle menées par la direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle de Loire-Atlantique en 2003 avaient permis de mettre en lumière de nombreuses infractions à la législation du travail française de la part d'entreprises sous-traitantes auxquelles la société Alstom Marine avait recours pour la réalisation de l'aménagement et de l'équipement de ses navires, Alstom se réservant pour sa part la conception et la construction métallique. Les principales victimes de ces infractions étaient des salariés roumains et indiens, dont les salaires n'étaient pas versés à la fin du mois, les heures supplémentaires n'étaient pas rémunérées, les passeports n'étaient pas à libre disposition, l'ancienneté n'était pas prise en compte dans le contrat d'introduction ou de détachement.

Une nouvelle opération sur site a été menée début 2006, sollicitant l'ensemble des services d'inspection de la direction départementale. 50% des salariés présents sur le chantier (soit près de 650 personnes) ont été contrôlés, relevant de 127 entreprises travaillant sur le site des Chantiers de l'Atlantique, à des activités d'aménagement et d'équipement de navires.

Cette action a révélé à nouveau le recours à une importante sous-traitance, de premier, second ou troisième rang, d'entreprises majoritairement étrangères, et essentiellement polonaises et portugaises, voire allemandes ou néerlandaises. Si le recours à la sous-traitance est bien sûr légal et légitime d'un point de vue économique, il n'en reste pas moins que ses conditions de mise en œuvre sont à l'origine de nombreuses infractions à la législation du travail qui, destinées à minorer le coût du travail, constituent une forme de «dumping social». Ce constat s'applique tout particulièrement aux sous-traitants de second ou troisième rang, que le donneur d'ordre (les Chantiers de l'Atlantique en l'occurrence) ne connaît pas et dont il n'a pas la maîtrise.

- Les salariés de ces entreprises étrangères sont détachés temporairement sur le territoire français dans le cadre des prestations que doivent assurer les sous-traitants. Il est tout d'abord apparu qu'aucune déclaration de détachement de travailleurs n'avait été effectuée par les prestataires auprès des services départementaux du travail.
- Des cas de « fausse sous-traitance » sont ensuite avérés, où le « contrat de sous-traitance » s'assimile davantage à un bon de commande, dans lequel la main d'œuvre est fournie par le sous-traitant à l'entreprise donneuse d'ordre; les salariés concernés travaillent en fait sous l'autorité du donneur d'ordre, qui gère leur emploi du temps; le sous-traitant, entreprise du bâtiment, joue en quelque sorte le rôle d'une agence d'intérim, qui détacherait ses propres salariés. Toutefois, ni l'indemnité de fin de contrat ni les congés annuels ne sont payés comme ils devraient l'être dans un tel cas.
- Enfin, l'opération a permis de constater que, s'agissant des entreprises sous-traitantes, pour celles venant de l'Europe de l'Est essentiellement, les heures de travail étaient dans beaucoup de cas rémunérées selon le barème du pays d'origine et non, comme elles auraient dû l'être, en application des normes légales et conventionnelles françaises ; le nombre d'heures payées était inférieur au nombre d'heures travaillées ; il n'y avait paiement ni de la nourriture, ni des indemnités de déplacement.

Au total, l'action de contrôle a conduit à relever qu'il y avait eu prêt illicite de main d'œuvre, marchandage, recours abusif au travail temporaire, travail dissimulé et obstacle à la fonction d'inspecteur du travail.

Sans qu'il soit possible d'énumérer toutes les situations auxquelles une présomption de dumping peut être attachée, il convient de signaler celle des « **faux indépendants** ». Il s'agit de situations où des travailleurs adoptent légalement, même si c'est parfois sous la pression de leur employeur, le statut de travailleurs indépendants**,** alors que leur relation avec leur « employeur » ou leur donneur d'ordre est en fait une relation de travail salarié. Cette externalisation de la force de travail permet à l'employeur ou au donneur d'ordre de réduire ses coûts salariaux et notamment le poids des cotisations sociales. Elle se fait cependant généralement au détriment du droit du travail (il s'agit de travail dissimulé, par dissimulation de travail salarié) et du régime de sécurité sociale du pays d'accueil du « travailleur indépendant » (lorsqu'il se déplace à l'étranger pour y effectuer sa prestation), dont les ressources sont amputées d'autant. Le cas ci-dessous illustre cette situation.

1.1.2.3 L'affaire « Z »

Un contrôle de l'inspection du travail, de l'emploi et de la politique sociale agricoles (ITEPSA, ministère de l'Agriculture) a ainsi permis de mettre à jour l'emploi de 14 Polonais, occupés à des tâches de ramassage de radis dans une exploitation agricole en France, qui les rémunérait au titre d'**artisans** effectuant une prestation de services. Logés par le bénéficiaire de la prestation moyennant 200 euros par mois, leur prestation était rémunérée à la cagette ramassée. C'est une société française qui avait mis en relation ces « artisans » polonais avec l'exploitant agricole français, en démarchant notamment en Pologne par l'intermédiaire de représentants locaux, par le biais de petites annonces ou par Internet.

Ces artisans étaient apparemment en règle au regard de la législation française applicable aux travailleurs indépendants, mais une analyse plus fine permet de présumer qu'il s'agissait en fait de « salariés » et non d'artisans, et qu'on aurait donc affaire à du « travail dissimulé » par dissimulation de salariés : ces Polonais reconnaissent avoir été sollicités dans leur pays d'origine par des annonces d'offres d'emploi ; leur travail en France était subordonné à leur inscription préalable comme artisan ou travailleur indépendant en Pologne, mais leurs entreprises n'avaient en fait jamais eu d'activité en Pologne et semblaient avoir été créées pour l'occasion (il s'est écoulé de quelques jours à un mois entre l'inscription de l'entreprise en Pologne et leur arrivée en France) ; ils n'avaient pas négocié de manière contradictoire leur contrat de prestation de services, mais ceux-ci étaient prêts à la signature à leur arrivée dans l'exploitation agricole ; ils recevaient leurs directives de travail de la part de l'exploitant agricole et ne jouissaient d'aucune autonomie dans l'exercice de leur métier.

Ce procédé présentait plusieurs avantages pour le bénéficiaire de la prestation : ne pas être soumis aux obligations qui seraient les siennes en tant qu'employeur et donc disposer de souplesse à la fois dans la gestion de la ressource humaine et en matière de rémunération, ne pas s'acquitter de charges sociales, etc.

Une procédure judiciaire est en cours, qui permettra de déterminer s'il y a eu fraude.

Le recours à la sous-traitance étrangère, pour une prestation de services temporaire, peut également être un moyen de réduire les coûts de main d'œuvre. Le recours à un sous-traitant établi dans un pays de l'Union où les charges sociales sont moins élevées qu'en France constitue un atout certain, de ce point de vue, pour une entreprise française. Il est toutefois difficile, comme l'indique par exemple la Fédération Française du Bâtiment, de quantifier le nombre de situations de sous-traitance, qui ne font pas l'objet d'un recensement particulier.

Certes, les travailleurs venant effectuer une telle prestation en France doivent, comme tous les travailleurs détachés, quel que soit leur pays d'origine, être déclarés par l'entreprise étrangère sous-traitante, mais le respect de cette obligation s'avère délicat à contrôler pour les prestations de courte durée tout particulièrement. Dans bien des cas, il s'agit en fait d'un prêt illicite de main d'œuvre, l'entreprise étrangère mettant à disposition de l'entreprise française des salariés pour une durée donnée, afin de renforcer ses effectifs, mais non pour une prestation identifiée.

1.2 Un phénomène réel mais difficile à mesurer

Il est certain que la libre circulation des capitaux et des personnes ainsi que la libre prestation de services favorisent la concurrence sociale et fiscale. En effet, si elles jugent les contraintes sociales excessives, les entreprises peuvent jouer sur deux leviers :

- les délocalisations d'entreprises dans d'autres Etats membres ;
- les règles du détachement qui permettent, dans le cadre de la libre prestation de services, à des entreprises implantées dans d'autres Etats membres de soustraire leurs employés détachés en France aux cotisations sociales françaises.

1.2.1 Les mouvements de capitaux ont des finalités multiples

1.2.1.1 Eléments quantitatifs

L'analyse des mouvements de capitaux apporte un éclairage sur l'impact de l'élargissement sur la « re-localisation » du capital des entreprises de l'UE-15. A cet égard une étude de la Commission européenne souligne le fort accroissement de la présence d'entreprises étrangères dans les nouveaux Etats membres au cours des dix dernières années. Il indique aussi que les investissements directs étrangers (IDE) des 15 Etats membres de l'UE vers les 10 nouveaux Etats membres représentaient 190 milliards d'euros en 2004, 4% du total des flux « sortants » de l'UE-15, alors qu'ils étaient quasi nuls quelques années auparavant. Une très large majorité des investissements directs des pays de l'UE-15 (53%) va en fait vers les autres Etats de l'UE-15. 12% va vers les Etats-Unis. Les flux de capitaux des 15 pays de l'UE vont davantage vers les Etats Unis que vers les 10 nouveaux Etats membres.

1.2.1.2 Des constats à nuancer

Toutefois, les investissements directs étrangers ne correspondent pas nécessairement à des délocalisations : un rapport du conseil d'analyse économique[4] indique, ainsi, que, selon les estimations des missions économiques françaises, seuls 10% des IDE vers les nouveaux Etats membres de l'Union européenne seraient liés à des délocalisations. Beaucoup correspondent en fait à des implantations à l'étranger, destinées à conquérir de nouveaux marchés.

En outre, pour avoir une vision plus juste de l'impact social des délocalisations, il faudrait mettre en balance les emplois supprimés de leur fait avec les emplois créés par l'augmentation des échanges et de nos exportations vers ces pays. En effet, en 2005, 62% des échanges de ces pays se font avec l'UE-15. Il faudrait aussi tenir compte des hypothèses où, sans délocalisation de tout ou partie de leur production, des entreprises auraient dû être liquidées.

[4] Rapport du conseil d'analyse économique, précité.

1.2.1.3 Les stratégies de délocalisation des entreprises ne relèvent pas nécessairement du «dumping social»

Le coût du travail n'est qu'un facteur parmi d'autres dans les stratégies de localisation des entreprises. Il est vrai que si l'on s'intéresse au coût du travail dans les différents Etats membres, on constate aujourd'hui de fortes disparités du salaire horaire brut[5], notamment dans les secteurs de l'industrie et des services : celui-ci varie de 2,83€ en moyenne dans les nouveaux Etats membres à 14,18 € en moyenne dans les 15 autres Etats membres, le niveau français se situant à 14,42 €, et celui de la Hongrie, par exemple, à 2,44€.

Ces fortes disparités sont dues en partie aux différences de taux de cotisations sociales. A cet égard, **la France se trouve dans une situation peu favorable**. Les cotisations sociales y constituent une part significative du coût du travail (composé du salaire net et des charges sociales) : de l'ordre de 38%, soit le poids le plus important dans l'Union européenne, la moyenne étant de 29,3%[6]. Le tableau ci-dessous présente une comparaison plus complète, rapportant les cotisations sociales au salaire net. Il fait apparaître que **les nouveaux Etats membres ne sont pas ceux où le prélèvement social est le plus faible** : la République tchèque et la Pologne ont un prélèvement social élevé alors que celui du Danemark et de l'Irlande est faible. La comparaison du prélèvement social sur salaire reflète surtout les choix opérés par chaque Etat membre en matière de financement de la protection sociale : nature du prélèvement (social ou fiscal) et niveau de prélèvement.

Tableau 3 : Comparaison des cotisations sociales[7]

Etat membre	Cotisations/coût salarial net (%)
France	75,4
Rép. Tchèque	73
Pays Bas	67,8
Pologne	62,5
Allemagne	53
Italie	47
Belgique	43,6
Espagne	39,5
Lettonie	36,4
Suède	36,2
Royaume-Uni	26,7
Irlande	17,8
Danemark	8,7

Toutefois, l'intérêt d'une telle approche, limitée au coût horaire brut du travail, est faible au total. Celle-ci doit en effet être corrigée de **l'effet de la productivité**, beaucoup plus élevée dans les anciens Etats membres. Ainsi, le coût salarial unitaire[8] est beaucoup moins dispersé que le salaire horaire : la France se situe à peine au-dessus de la valeur moyenne observée au

[5] « Salaires bruts en Europe, principaux résultats de l'enquête sur la structure des salaires 2002 », Eurostat, *Statistiques en bref,* 12/2005.

[6] Conseil des impôts, *La concurrence fiscale et l'entreprise*, rapport 2004.

[7] Source A. Math, « L'envoi de migrants détachés dans le cadre de la libre prestation de services transfrontalière », *Revue de droit de la sécurité sociale*, n°5, 2005. Les taux de cotisations retenus sont les plus significatifs des législations comparées, incluant la contribution sociale généralisée (CSG) et la contribution au remboursement de la dette sociale (CRDS) pour la France, hors cotisations accidents du travail et maladies professionnelles, hors cotisations retraites professionnelles complémentaires résultant d'accords collectifs

[8] Rapport du coût horaire brut et de la productivité. Source : Annuaire Eurostat 2004, d'après Bouba-Olga, *Les nouvelles géographie du capitalisme*, Seuil, 2006

sein de l'Europe à 25 (indice 107, pour un indice européen moyen à 100), l'Allemagne se situant à 129, la Suède à 135, le Royaume-Uni à 112, la Pologne à 50, la République tchèque à 43. L'écart entre la France et la Hongrie, de 1 à 6 en termes de salaire horaire brut est ramené de 1 à 3 en termes de coût salarial unitaire. On peut donc dire que la France est bien placée face à ses grands concurrents de l'ouest de l'Europe, grâce à une productivité du travail élevée mais que l'écart avec les nouveaux Etats membres reste important.

Faut-il en déduire malgré tout que les délocalisations de production sont inéluctables et que le coût du travail en France reste d'un niveau insupportable face à la concurrence mondiale et même intra-européenne ?

Une conclusion aussi hâtive ignorerait les ressorts réels des stratégies de production et de localisation des entreprises contemporaines, soumises à une « triple dictature »[9] des moyens de financement, des compétences et des coûts. Dans leurs décisions de (dé)localisations, les entreprises obéissent en réalité à de multiples déterminants, parmi lesquels le coût du travail joue un rôle non négligeable, mais loin d'être prépondérant. Un différentiel de coût du travail peut être plus que compensé non seulement par des **gains de productivité** importants, mais aussi par les **avantages « spécifiques »** de l'entreprise (brevets, taille, expertise, ressources), ceux liés à sa localisation (qualité des facteurs de production, et notamment du travail, infrastructures de communication, de formation, distance par rapport aux marchés visés, stabilité et sécurité générale des conditions de production), ceux liés à ses pratiques managériales ou à son organisation (économies sur les coûts de transaction, présence d'entreprises complémentaires). Là où une simple réponse en termes de flexibilité des coûts pourrait échouer, l'entreprise peut également choisir de « différencier » ses produits, soit par des efforts de recherche et développement, ce pour quoi l'ouest de l'Europe a des atouts importants (capacité d'autofinancement et de financement externe, taille, expérience, effort public de recherche, présence de chercheurs qualifiés, possibilités d'alliances…), soit en s'assurant des savoir-faire et des modes d'organisation qui permettront de constituer un avantage concurrentiel durable. Enfin, l'économie industrielle moderne identifie des développements en réseau ou en « grappe », qui s'appuient sur la présence locale simultanée de marchés, de sites de formation performants, de centres de recherche, d'infrastructures adaptées et d'entreprises complémentaires : la région toulousaine dans le domaine de l'aéronautique en est un exemple.

Au total, même si les nouveaux Etats membres de l'Union européenne peuvent tirer partie de leurs avantages, notamment en termes de coût du travail, l'avenir des sites industriels de l'ouest européen n'en est pas -de ce seul fait- obéré.

Demeure néanmoins le problème du « coin socio-fiscal » et de la **« délocalisation » des cadres supérieurs**. Les individus, dès lors qu'ils sont mobiles, peuvent, en raison de la concurrence fiscale, choisir de s'installer dans le pays où la combinaison de prélèvements et de couverture sociale est la plus proche de leurs préférences (Tiebout, 1956[10]). La résidence de certains cadres supérieurs ou la localisation de directions générales d'entreprises transnationales peuvent être déterminées en prenant ce facteur en considération. Ce n'est pas alors le seul prélèvement social qui importe, mais le **taux d'imposition global du travail**[11], qui inclut l'ensemble des impôts pesant sur le salaire. La France se situe au-dessus de la moyenne des 25 Etats membres (42,4% contre 35,9%), les écarts les plus sensibles étant notés

[9] Bouba-Olga, *Les nouvelles géographie du capitalisme*, Seuil, 2006

[10] C. Tiebout, « A Pure Theory of Local Public Expenditures », *Journal of Political Economy*, 64: 416-24, 1956.

[11] Communiqué Eurostat, 62/2006 : *Rapport sur la fiscalité dans l'UE de 1995 à 2004*

avec d'autres Etats membres de l'ouest européen (Royaume-Uni, Irlande, Espagne, situés entre 25 et 30%). Le taux moyen d'imposition peut en outre cacher d'importantes variations de la charge fiscale, en fonction de la répartition des revenus ou du nombre de personnes à charge : la progressivité de l'impôt sur le revenu ou l'utilisation de quotients familiaux peuvent par exemple l'expliquer. L'écart entre le coût brut salarial pour l'entreprise et le salaire net après impôt perçu par le cadre peut s'avérer très important[12] et le handicap français est généralement mis en évidence. Cependant, le coût de la vie dans chaque lieu de résidence (prix à la consommation, immobilier, services), ainsi que l'analyse de l'environnement (infrastructures offertes, agrément…) entreront également et largement en compte et pourront contrebalancer l'effet du seul « coin socio-fiscal ».

Plus généralement, des travaux ont mis en évidence le risque d'un moins-disant fiscal sous-optimal ou d'un report des prélèvements obligatoires sur les facteurs les moins mobiles (travailleurs peu qualifiés notamment). Le rapport 2004 du Conseil des prélèvements obligatoires, *La concurrence fiscale et l'entreprise*, n'a toutefois pas révélé pour l'instant « *de remise en question fondamentale et systématique du financement des Etats et de la répartition de la charge fiscale entre les contribuables* ».

1.2.2 Les flux migratoires liés à l'élargissement de l'UE répondent à des mobiles divers

1.2.2.1 Les migrations de travail intra-européennes semblent d'ampleur modeste…

Qu'il s'agisse des personnes choisissant de s'établir de manière permanente dans un Etat membre de l'UE autre que leur Etat d'origine, ou de personnes y travaillant temporairement, les statistiques montrent que les flux migratoires, notamment vers la France, sont relativement faibles.

Le dernier élargissement de l'Union européenne, le 1er mai 2004, a conduit les « anciens » Etats membres (« l'UE-15 ») et les institutions communautaires à porter plus particulièrement leur attention sur les flux de personnes en provenance des 8 pays dits « d'Europe centrale et orientale », en raison d'une part de leur proximité géographique, qui facilite la mobilité et le travail frontalier, d'autre part de leur poids démographique, en particulier pour la Pologne. *A contrario*, aucun flux migratoire important n'était attendu depuis Malte et Chypre. Cela s'est traduit par le maintien, par plusieurs Etats membres de l'UE dont la France, de restrictions à la libre circulation des travailleurs (voir *infra* partie 2). Un travailleur tchèque doit donc être titulaire, en France d'une autorisation de travail, temporaire (moins d'un an) ou permanente (plus d'un an) pour y exercer une activité salariée, à moins qu'il ne soit détaché par son entreprise - située en République tchèque - dans le cadre de l'exécution d'une prestation temporaire de services, auquel cas l'exigence de ce document est levée.

Un rapport de la Commission européenne sur « le fonctionnement des dispositions transitoires visées au traité d'adhésion de 2003 (période du 1er mai 2004 au 30 avril 2006) »[13] établit une évaluation des mouvements de travailleurs entre les pays de l'UE, avant et après le dernier élargissement intervenu le 1er mai 2004. Ce rapport a pour but d'apprécier si les « dispositions transitoires » précitées, visant à restreindre temporairement l'accès des travailleurs originaires

[12] Etude de l'association Paris-europlace : pour assurer un même revenu net après impôt (de l'ordre de 70 000€) à un résident célibataire, un employeur en France devait dépenser de 50 à 90% de plus que dans trois Etats constituant des localisations alternatives ; l'écart s'atténue mais reste important lorsque le résident a des enfants.
[13] COM (2006) 48 final du 8 février 2006

des nouveaux pays adhérents à leur marché du travail, sont toujours justifiées. Etabli sur la base des données Eurostat, il plaide pour un assouplissement par les Etats membres des restrictions appliquées à l'accès au marché du travail, compte tenu notamment du faible volume de ces mouvements et de leur impact positif (ils atténuent notamment les pénuries de main d'œuvre dans certains secteurs).

Ainsi, ce rapport estime que les mouvements de personnes au sein de l'Union européenne sont limités : les chiffres[14] montrent en effet que la mobilité géographique des Européens est modeste puisqu'ils sont seulement 1,5% à vivre dans un pays autre que leur pays d'origine. Ce taux n'a pas évolué depuis 30 ans. S'agissant des ressortissants des 10 nouveaux Etats membres, la part de ceux vivant dans l'UE-15 représente 0,2% de la population totale de l'UE-15, et la plus forte proportion est enregistrée en Allemagne (0,6%). Pour la France, en 2005, la part de la population en âge de travailler (15-64 ans) originaire d'un pays de l'UE-15 serait de 1,9% et celle originaire d'un des 10 nouveaux Etats membres est de 0,1%[15]. Ce dernier chiffre s'avère stable, pour les années étudiées (2003-2005). Par ailleurs, la majorité des autorisations de travail délivrées concerne les entrées temporaires de **travailleurs saisonniers**, essentiellement dans le secteur agricole, au premier rang desquels figurent désormais à part quasi égale les Polonais (près de 7400 en 2004) et les Marocains (près de 7500 en 2004), puis les Tunisiens (4% pour ces derniers).

Au total, en 2004, les ressortissants de pays tiers vivant dans un des 25 pays de l'UE étaient estimés à 25 millions de personnes, soit près de 5,5% de la population totale de l'UE. En France, cette proportion est de 5,6% (chiffres du dernier recensement, en 1999) et le groupe le plus important de « non-nationaux » est de nationalité portugaise.

1.2.2.2 ...même si les données sur les flux sont loin d'être exhaustives

En France, les statistiques publiées par la Commission n'incluent pas les permis de travail délivrés pour des durées inférieures à 3 mois. Elles ne tiennent pas non plus compte, et pour cause, de situations de travail non légales telles que celles de ressortissants de l'UE qui, sous couvert d'un visa touristique, seraient susceptibles de travailler temporairement en France.

Par ailleurs, les statistiques ne sont fondées que sur les entrées du territoire et ne recensent pas les sorties, ce qui ne permet pas d'avoir connaissance de la durée du séjour, ni du nombre de travailleurs ayant séjourné sur le territoire français au cours de l'année écoulée.

Enfin, l'absence –jusqu'à une période récente- d'informatisation des services de main d'œuvre étrangère dans les directions départementales du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (DDTEFP) ne permet pas d'avoir une connaissance ni du nombre de demandes d'autorisations de travail déposées, ni des délais d'instruction, ni du nombre de refus ni des métiers concernés. Les données restent donc assez sommaires, mais permettent néanmoins à la direction des populations et des migrations (DPM) d'affirmer que les migrations de travail ne sont pas particulièrement plus élevées en provenance de l'UE que d'autres pays tiers, et qu'elles suivent les tendances migratoires dans leur ensemble (Cf. tableaux infra).

S'agissant du cas particulier des **salariés détachés** d'un Etat membre de l'UE vers la France dans le cadre d'une prestation de services, le régime d'autorisation de travail ne peut leur être

[14] Source : Eurostat - mai 2006
[15] Source : Eurostat – enquête force de travail (EFT)

appliqué, y compris pour ceux dont le pays d'emploi habituel est l'un des 10 « nouveaux » Etats membres de l'UE. Ces salariés détachés bénéficient de la liberté de circulation, sans restrictions. En revanche, l'entreprise prestataire devant déclarer au pays dans lequel elle se rend le nombre de salariés qu'elle détache pour sa prestation, cette obligation permet, si elle est bien remplie (*Cf. infra*), d'avoir connaissance de ces mouvements de personnes.

Le décompte des salariés détachés échappe donc aux systèmes statistiques habituels (décompte des autorisations de travail) et passe par l'analyse des **déclarations** de détachements, que la réglementation française exige[16] de la part des entreprises effectuant en France une prestation temporaire de services. Ces déclarations doivent notamment comporter une liste nominative des salariés détachés et leur nationalité. Le tableau n°3 *infra* retrace le nombre des détachés des principales nationalités concernées. La délégation à la lutte contre le travail illégal (DILTI) estime que certains « nouveaux » Etats membres, et en particulier la Pologne, procèdent à la déclaration quasi systématique des détachements de travailleurs, ce qui permet d'avoir une bonne connaissance des flux en provenance de ce pays. Par ailleurs, des accords de coopération bilatérale, comme celui existant entre la France et la Belgique, ont permis d'augmenter sensiblement le taux de déclaration : c'est ainsi que les salariés belges apparaissent comme le groupe de travailleurs détachés le plus important.

Cependant, un certain nombre de détachements vers la France ne sont pas déclarés et empêchent d'avoir une vision exhaustive de la présence des non-nationaux originaires de l'UE sur le territoire français. C'est à l'occasion de contrôles de l'inspection du travail que ces « non-déclarés » apparaissent (voir *supra* le cas des Chantiers de l'Atlantique). Sur la base de leur nombre et de leur nationalité, la DILTI établit ensuite des estimations sur le volume total de travailleurs détachés, qu'elle a ainsi inscrit dans une fourchette de **130 000 à 160 000** pour l'année 2004, tout en insistant sur l'incertitude qui entoure ces chiffres.

Les tableaux ci-dessous retracent, pour la France, l'évolution des migrations de travail en distinguant celles à caractère permanent (plus d'un an) et les migrations temporaires (moins d'un an). Pour les détachements, la ventilation a été effectuée sur la base des déclarations reçues.

Tableau 1 : Immigration à caractère <u>permanent</u>[17] de 2002 à 2005
Travailleurs salariés ressortissants de pays tiers (flux)

	2002	**2003**	**2004**	**2005**
EUROPE (hors EEE et CEI)	**1034**	**926**	**1045**	**1610**
- Nouveaux Etats membres de l'UE			511(*)	1060
Dont Pologne			*296*	*743*
- Autre Europe			534(*)	550
Dont Roumanie			*299*	*334*
CEI	**244**	**218**	**226**	**282**
ASIE	**2480**	**2097**	**1917**	**2483**
AFRIQUE	**2487**	**2013**	**2405**	**2845**
AMERIQUE	**1147**	**1167**	**1069**	**1241**
OCEANIE	**76**	**77**	**76**	**92**
Non ventilés et apatrides	**1**	**2**	**2**	**3**
TOTAL	**7469**	**6500**	**6740**	**8556**

Source : Rapport annuel de la direction des populations et des migrations – Immigration et présence étrangère en France en 2004 et 2005.
(*) travailleurs européens pour lesquels une autorisation de travail est encore exigée

[16] Art. D. 341-5-7 et suivants du code du travail. La loi du 2 août 2005 a donné une valeur légale à cette exigence et renvoie à un décret en conseil d'Etat les conditions dans lesquelles les formalités déclaratives sont exigées.
[17] Titre de séjour délivré pour une durée au moins égale à un an

Tableau 2 : Entrées <u>temporaires</u> en 2004 et 2005 (extraits[18])
Travailleurs salariés ressortissants de pays tiers (flux)

	2004		2005	
	Titulaires d'une autorisation provisoire de travail	**Travailleurs saisonniers**	**Titulaires d'une autorisation provisoire de travail**	**Travailleurs saisonniers**
EUROPE (hors EEE et CEI)	**1674**	-	**1713**	-
- Nouveaux Etats membres de l'UE	1090(*)	-	978	-
Dont Pologne	*837*	*7356*	*736*	*8 192*
- Autre Europe	584(*)	-	735	-
Dont Roumanie	*355*		*510*	
CEI	**462**		**599**	
ASIE	**2026**		**2246**	
AFRIQUE	**1759**	*Marocains : 7457* *Tunisiens : 582*	**1666**	*Marocains : 6 941* *Tunisiens : 682*
AMERIQUE	**5281**		**3955**	
OCEANIE	**195**		**213**	
Non ventilés et apatrides	**20**	Autres : 348	**13**	Autres : 427
TOTAL	**9950**	**15743**	**10405**	**16 242**

Source : Direction des populations et des migrations – Immigration et présence étrangère en France Rapports annuels 2004 et 2005.
(*) travailleurs européens pour lesquels une autorisation provisoire de travail est encore exigée (recrutés notamment sous CDD dans une entreprise française) ; pour les ressortissants hors UE, il s'agit soit de personnes sous CDD, soit de salariés détachés, d'artistes, de chercheurs, etc.

Tableau 3 : principales nationalités des salariés détachés vers la France en 2004

En 2004, 23 101 salariés au total, appartenant à plus de 30 nationalités, ont été détachés vers la France et fait l'objet d'une déclaration par leur entreprise auprès des directions départementales du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle. Près de 85% de ces salariés détachés déclarés provenaient principalement de quatre pays : la Belgique en très grande majorité (51%), la Pologne et l'Allemagne (environ 14%), et le Royaume-Uni (4,22%).

	Déclarations	**Part relative(*)**
Belgique	11 828	51%
Pologne	3 433	14,86%
Allemagne	3 262	14,12%
Royaume Uni	975	4,22%
TOTAL	**19 498**	**84,4%**

Source : DILTI – Intervention en France des entreprises étrangères prestataires de services – rapport d'enquête – décembre 2005
(*) du total des salariés détachés, toutes nationalités confondues

[18] non mentionnés ici : étudiants, demandeurs d'asile, stagiaires.

1.2.2.3 La mobilité des travailleurs se heurte à de nombreux obstacles, circonscrivant de fait certains risques de «dumping social»

En dépit de divergences d'appréciation entre la Commission et la France sur l'ampleur exacte des flux en provenance des 8 nouveaux Etats membres de l'UE, les tableaux qui précèdent illustrant le nombre de travailleurs ayant choisi, au cours de ces dernières années, de venir travailler en France temporairement ou de manière plus durable, font état de chiffres relativement modérés. Le maintien d'un certain nombre de procédures administratives, en particulier la nécessité pour ces salariés d'obtenir préalablement une autorisation de travail, délivrée localement, après examen de la situation du marché du travail a vraisemblablement constitué un frein aux migrations de travail.

Par ailleurs, le détachement de travailleurs est une pratique courante, qui peut être à l'origine d'un certain nombre de cas de dumping (voir exemples *supra*). Mais il ne semble pas, au vu des données disponibles portant sur 2004 et 2005, qu'après l'élargissement de l'UE aux pays d'Europe centrale et orientale, la France ait été le terrain d'un « déferlement » de travailleurs en provenance de ces pays. Le « mythe du plombier polonais » semble avoir vécu et, pour l'accomplissement de prestations de services, les travailleurs belges constituent en France le groupe le plus important de travailleurs détachés déclarés, à moins que l'on ne se fonde sur les estimations de la DILTI, qui placent les Portugais en tête[19].

Enfin, les pays ayant accueilli le plus de migrants en provenance de ces pays (travailleurs saisonniers notamment) après l'ouverture des frontières et après l'élargissement sont surtout le Royaume-Uni et l'Irlande, ainsi que les pays frontaliers, en premier lieu l'Allemagne.

Plusieurs raisons expliquent ce constat d'une migration modérée vers la France : les migrations intra-européennes obéissent en partie, comme les migrations internationales, à des facteurs économiques et donc au souhait, pour les migrants, d'améliorer leurs revenus et leurs conditions de vie. Les migrants recherchent dans leur pays d'accueil, ce qu'ils ne peuvent trouver dans leur pays d'origine, entre autres un emploi et/ou une meilleure rémunération. L'amélioration ou les perspectives d'amélioration de la situation de ces « nouveaux membres » de l'Union européenne, à forte croissance économique, et l'élévation progressive du niveau de vie poussent moins leurs ressortissants à une mobilité « économique ». Il est vrai, en outre, que les restrictions administratives évoquées plus haut (autorisations de travail), de **nombreux obstacles**, **culturels ou linguistiques**, peuvent freiner les candidats à l'émigration, même temporaire. L'absence de qualification professionnelle, de reconnaissance de l'apprentissage « informel », le manque de transparence des systèmes d'éducation et de formation constituent également autant de barrières à la mobilité.

[19] Source : DILTI *Intervention en France des entreprises étrangères prestataires de services – rapport d'enquête – décembre 2005*

2. Un cadre juridique qui tente de limiter les risques de «dumping social»

Parmi les critiques exprimées à l'égard des nouveaux Etats membres de l'Union européenne, on entend parfois celle d'un avantage que ces « nouveaux membres » tireraient d'un niveau de normes - sociales notamment - plus faible, moins exigeant que celui existant dans les 15 autres pays de l'UE.

A cet égard, il convient notamment de rappeler les conditions dans lesquelles ces « nouveaux Etat membres » ont adhéré à l'Union européenne et les contraintes auxquelles ils ont été soumis.

2.1 Les nouveaux adhérents doivent appliquer les normes sociales communautaires

2.1.1 Les conditions et modalités de l'adhésion

En 1993, le Conseil européen de Copenhague a établi les fondements des processus d'élargissement à venir en définissant la liste des critères que doivent préalablement remplir les pays candidats à l'adhésion :

- des institutions stables garantissant la démocratie, la primauté du droit, le respect des minorités et leur protection,
- une économie de marché viable et capable de faire face à la pression concurrentielle de l'intérieur de l'Union européenne,
- des institutions susceptibles d'assumer les obligations de l'adhésion à l'Union et notamment de souscrire aux objectifs de l'Union politique, économique et monétaire.

Ainsi, au cours des négociations d'adhésion avec un pays, la Commission vérifie, dans un rapport annuel, si l'Etat membre candidat remplit bien les critères « de Copenhague ».

Les conseils européens suivants, et en particulier le Conseil européen de Madrid en 1995, ont insisté sur la nécessité, pour les Etats candidats, d'intégrer « l'acquis communautaire » (voir *infra*) dans leur droit national, et d'assurer son application effective au moyen de structures administratives et judiciaires appropriées.

Ainsi, l'adhésion à l'Union européenne exige t-elle des conditions à la fois politiques et juridiques.

L'acquis communautaire est une notion à laquelle les institutions communautaires et les Etats membres se réfèrent depuis de nombreuses années : on en trouve ainsi la mention dans un avis de la Commission sur la demande d'adhésion du Royaume Uni, de la Norvège et de l'Irlande en 1969. C'est surtout dans le cadre de négociations avec les pays candidats à l'entrée dans l'Union européenne que l'on évoque aujourd'hui cette notion. La Cour de Justice des communautés européennes a en effet consacré l'acceptation de l'ensemble de l'acquis comme « principe fondamental » dans un arrêt du 2 octobre 1997 (affaire C-259/95 arrêt du 2 octobre 1997, Parlement européen contre conseil de l'Union européenne), renforçant ainsi sa portée. Les traités européens le mentionnent (articles B alinéa 5 du traité de Nice) mais sans en donner de définition. Ce socle de droits et d'obligations commun aux Etats membres comprend :

- les Traités européens (fondant la Communauté économique européenne puis l'Union européenne et le traité EURATOM sur la Communauté européenne de l'énergie), c'est à dire leurs objectifs, leurs principes et leur contenu ;
- la législation adoptée en application de ces Traités ;
- la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes ;
- les actes de nature plus politique que juridique (déclarations, résolutions du Conseil européen)
- les accords conclus par la Communauté européenne et ceux conclus par les Etats membres dans les domaine d'activités de l'Union.

Intégrer l'acquis communautaire consiste donc, pour les Etats candidats à l'adhésion, d'une part à respecter les principes et objectifs des Traités, d'autre part, sur le plan juridique, à transposer dans la législation les normes communautaires existantes, interprétées ou éclairées par les décisions de la CJCE.

Il s'agit d'un exercice lourd, compte tenu à la fois de l'importance quantitative des textes à transposer et à appliquer[20], et du fait que la législation et la jurisprudence sont évolutives et s'enrichissent constamment de nouvelles normes et de nouvelles décisions juridictionnelles. L'acquis communautaire n'est donc pas figé une fois pour toute et ses contours s'étendent, au fil du temps, à mesure que de nouvelles règles sont adoptées.

Pour faciliter la mise en œuvre de cette intégration, les politiques communautaires ont été découpées en 31 « chapitres », qui correspondent aux grands domaines de compétence de l'Union européenne : **la libre circulation des travailleurs** (dont les règles relatives à la libre circulation à l'intérieur de la Communauté ou celles sur la reconnaissance mutuelle des diplômes et des qualifications professionnelles) et la **politique sociale** (qui englobe notamment le droit du travail européen) font l'objet de deux chapitres distincts. Il serait impossible d'énumérer ici la totalité des textes en vigueur dans chacun de ces domaines : celle-ci a été recensée dans le « répertoire de la législation communautaire ». Ainsi, en matière de politique sociale, l'acquis comprend les textes de toute nature relatifs : à des dispositions sociales générales, au fonds social européen (FSE), aux conditions de travail, au chômage et à l'emploi, à la sécurité sociale, et à l'harmonisation de certaines dispositions sociales. Il comprend aussi la jurisprudence, qui a pu interpréter ou expliciter certaines dispositions des textes de nature réglementaire.

[20] On dénombre environ 80 000 pages de législation ; certains instruments (règlements) sont toutefois d'application directe et ne nécessitent pas de texte national de transposition

L'adhésion de nouveaux Etats membres est donc un processus en plusieurs temps.

Il commence par une phase politique, au cours de laquelle le Conseil européen des chefs d'Etat et de gouvernement examine les candidatures des pays (qui doivent nécessairement être « européens ») et peut décider de lancer des négociations d'adhésion. Ainsi en a-t-il été des Conseils européens de Luxembourg (décembre 1997) et Helsinki (décembre 1999) ont accueilli favorablement), pour les candidatures de 10 pays d'Europe centrale et orientale plus Chypre et Malte. De même, le Conseil européen de décembre 2004 a reconnu que la Turquie remplissait les critères de Copenhague et a programmé l'ouverture de négociations d'adhésion à octobre 2005.

Une seconde phase s'ouvre avec les négociations d'adhésion : elles ont commencé en mars 1998 pour Chypre, l'Estonie, la Hongrie, la Pologne, la République tchèque et la Slovénie, et en février 2000 pour la Bulgarie, la Lettonie, la Lituanie, la Roumanie, la Slovaquie et Malte, dès lors qu'il a été jugé que leurs réformes politiques, administratives et réglementaires progressaient suffisamment et que ces pays remplissaient les conditions de l'adhésion. Ces négociations d'adhésion ont pris la forme de conférences intergouvernementales bilatérales (Union européenne/pays candidat), réunissant les ministres des affaires étrangères tous les six mois et les ambassadeurs tous les mois. Leur but était d'examiner les progrès réalisés dans la reprise de l'acquis et de négocier le cas échéant des délais supplémentaires pour la transposition des textes concernés dans le droit national.

Cependant, le processus ne clôt réellement que lorsque le Conseil européen, sur la base des recommandations et des rapports annuels élaborés par la Commission européenne, convient de la signature d'un Traité d'adhésion, qui fixe la date d'entrée effective du pays en question dans l'Union européenne. En décembre 2002, le Conseil européen a décidé de clore les négociations avec 10 des douze pays candidats, ouvrant ainsi la voie à la signature des Traités d'adhésion, le 16 avril 2003, pour une accession à l'UE au 1er mai 2004. Pour la Bulgarie et la Roumanie, alors que le traité d'adhésion a été signé le 25 avril 2005, la Commission européenne a reporté à octobre 2006 ses recommandations pour une adhésion effective de ces deux pays au 1er janvier 2007, considérant que ces deux pays devaient poursuivre leurs efforts en matière de lutte contre la corruption. Pour ce 5ème élargissement, une clause de sauvegarde avait été introduite, qui permettait le report de l'adhésion d'un an, si certains engagements ne pouvaient être respectés.

Tout au long de ce processus, les Etats candidats peuvent bénéficier d'une aide, à la fois financière et technique. Cette aide prend notamment la forme de programmes bilatéraux de jumelages entre un pays candidat et un pays déjà membre de l'UE, afin d'aider le premier à adapter ses institutions et ses administrations et de les préparer à l'application du droit communautaire. Ainsi, de 1998 à 2003, la France a été retenue pour 180 actions de jumelage pour lesquelles elle s'était portée candidate, essentiellement à destination de la Pologne et de la Roumanie.

A titre illustratif, dans le domaine emploi/travail, la France a mené une opération de jumelage avec la Lituanie de 2003 à 2005, portant sur la prévention des risques professionnels dans ce pays. Elle a aussi mené une action, plus courte, avec la Slovaquie, destinée à préparer les régions slovaques au management des projets faisant appel au financement du fonds social européen. Enfin, parmi les opérations engagées en 2005, on relève un nouveau jumelage avec la Slovaquie, visant à la mise en place dans ce pays de politiques intégrées en matière d'égalité hommes/femmes.

2.1.2 L'application de régimes transitoires

La « reprise » de l'acquis communautaire est, on l'a vu, une condition *sine qua non* de l'adhésion à l'UE. Les Etats candidats ont donc l'obligation de transposer l'acquis dans leur législation nationale, ce à quoi ils procèdent durant la phase de négociations, puis de l'appliquer dès leur adhésion. Le non respect de la première obligation peut différer l'adhésion effective à l'UE ; quant à l'application effective des normes communautaires, elle s'impose, comme dans les autres Etats membres, aux autorités nationales et son respect est assuré par le contrôle juridictionnel national et/ou communautaire. Les nouveaux Etats membres sont en effet soumis aux mêmes procédures que leurs autres partenaires (plainte auprès de la Commission européenne, le cas échéant recours en manquement de la part d'un Etat membre ou de la CJCE).

Compte tenu du volume de l'acquis, lors du dernier élargissement, au 1er mai 2004, des dérogations temporaires ont été admises à son application, au bénéfice de certains nouveaux adhérents. Inscrites dans les traités d'adhésion (acte relatif aux conditions d'adhésion et annexes), elles sont toutefois d'ampleur limitée, pour ce qui concerne l'acquis social : ainsi, 4 nouveaux pays membres – la Lettonie, Malte, la Pologne et la Slovénie- se sont vus accorder des délais supplémentaires pour l'application de certaines dispositions sociales : il s'agit le plus souvent de directives relatives à la santé et à la sécurité des travailleurs (directive « équipements de travail », directive « bruit »,…) pour lesquelles la date d'application a été reportée de quelques mois (31 juillet 2004 ou au plus tard 31 décembre 2005, pour certains pays).

La dérogation qui a suscité le plus de réactions de la part des nouveaux Etats membres est celle qui restreint temporairement la libre circulation des travailleurs entre ces nouveaux membres et la plupart des 15 membres « historiques » de l'UE. En effet, lors des négociations en vue de l'élargissement, plusieurs Etats membres, tout particulièrement l'Allemagne et l'Autriche, ont manifesté leur crainte d'une arrivée massive de travailleurs en provenance de ces nouveaux Etats. Comme lors de l'élargissement à l'Espagne et au Portugal, en 1981, le traité d'adhésion du 16 avril 2003 permet la mise en place d'un régime transitoire pour l'accès des travailleurs des nouveaux adhérents au marché du travail de l'UE-15, pour une période maximale de 7 ans à compter de l'adhésion effective (1er mai 2004). Cette période de 7 ans se découpe elle-même en 3 phases : dans une 1ère phase de deux ans, les Etats membres peuvent continuer à faire usage de la législation nationale applicable aux ressortissants de pays tiers (autorisations de travail). Durant une 2ème phase de trois ans, ils peuvent maintenir cette situation. Enfin, pendant une 3ème phase de deux ans, ils ne peuvent prolonger ces restrictions que s'ils constatent l'existence ou le risque de perturbations graves sur leur marché de l'emploi.

Parallèlement, les nouveaux Etats membres sont libres d'imposer des restrictions réciproques aux travailleurs originaires des pays de l'UE-15 ayant décidé de telles mesures. Trois pays ont fait usage de cette possibilité : la Pologne, la Slovénie et la Hongrie.

Certains pays de l'UE-15 ont d'emblée décidé de ne pas appliquer de restrictions à l'accès à leur marché du travail. C'est le cas de la Suède, de l'Irlande et du Royaume-Uni. Les 12 autres Etats ont décidé de faire usage de cette restriction, selon des modalités diverses. Par ailleurs, les ressortissants de deux nouveaux Etats membres, Chypre et Malte, ne se voient opposer, dans aucun pays de l'UE, de restrictions à l'accès au marché du travail. Cette position est liée au fait que ces pays sont faiblement peuplés et que leur situation insulaire

limite les flux migratoires. En revanche, l'Allemagne a justifié sa position restrictive par le risque de flux importants en provenance de Pologne notamment, dont elle est frontalière.

Pour ce qui concerne la **France**, la mise en place d'une période transitoire a été justifiée par la situation du marché du travail et le niveau du chômage. Ainsi, au cours d'une première période de deux années, qui s'est achevée le 1er mai 2006, la France a continué à appliquer sa législation nationale en matière d'accès à **l'emploi salarié**, et donc à maintenir l'exigence d'une autorisation de travail, à l'égard des 8 nouveaux Etats membres concernés. La délivrance d'une autorisation de travail est subordonnée à l'examen préalable de la situation de l'emploi dans le secteur donné, au respect par l'employeur de la réglementation sociale et des conditions de rémunération et d'emploi du travailleur étranger, qui doivent être identiques à celles des nationaux. Cette dernière condition vise à assurer une égalité de traitement entre travailleurs, quelle que soit leur origine géographique, et à éviter une concurrence à l'embauche par les salaires.

En revanche, le principe de liberté d'établissement de ces mêmes ressortissants sur le territoire français pour y exercer une activité indépendante leur a été appliqué dès le 1er mai 2004. Par ailleurs, des accords bilatéraux ont été signés (avec la Pologne, en particulier), d'une part pour permettre l'accès temporaire (1 an) de « jeunes professionnels » au marché français du travail dans une perspective de perfectionnement des connaissances, d'autre part pour satisfaire des besoins en matière de travail saisonnier dans l'agriculture. Ce type d'accord est toutefois resté limité à la Pologne et à un nombre restreint de secteurs d'activité.

Cette première période a fait l'objet d'une évaluation par les Etats membres et par la Commission[21], à l'issue de laquelle la France avait le choix entre trois options : maintenir en l'état le régime transitoire, lever partiellement ou totalement les restrictions existantes. L'Espagne, la Finlande, la Grèce et le Portugal ont choisi la voie d'une ouverture totale du marché du travail à compter du 1er mai 2006. Une voie médiane a été retenue par les autorités françaises, qui ont décidé un assouplissement des conditions d'accès au marché du travail pour certains métiers connaissant des difficultés de recrutement. La situation de l'emploi n'est donc plus opposable pour la délivrance d'autorisations de travail pour ces métiers, qui relèvent principalement des secteurs d'activité suivants : bâtiment et travaux publics, hôtellerie, restauration et alimentation, agriculture, mécanique et travail des métaux, industries de process, commerce et vente, propreté.

Les partenaires sociaux français s'étaient, pour partie d'entre eux, montrés plus ouverts et ont plaidé, au contraire, lors des consultations, pour une ouverture totale du marché français du travail aux ressortissants des 8 nouveaux Etats membres.

Il est vrai que, comme le souligne la Commission européenne, les mesures protectrices ont surtout pour effet de reporter dans le temps les mouvements migratoires. Il n'est toutefois pas certain que ceux-ci soient importants, compte tenu notamment des obstacles linguistiques et culturels à la mobilité, déjà identifiés dans l'UE à 15 Etats membres, ou de la forte croissance des nouveaux pays adhérents, qui entraîne une forte activité et des besoins de main d'œuvre sur place.

[21] Voir rapport précité de la Commission européenne : COM (2006) 48 final du 8 février 2006

2.2 Un cadre réglementaire pour le détachement de travailleurs

Le cadre juridique européen apparaît, dans le domaine social, substantiel, mais n'est pas complet (voir annexes thématiques, en particulier « travail » et « protection sociale »). Le champ des normes sociales communautaires s'est **progressivement étendu**, pour couvrir les conditions de travail (notamment la santé et la sécurité des travailleurs) ainsi qu'une partie, plus modeste, des relations individuelles ou collectives de travail. Les régimes de sécurité sociale sont pour leur part coordonnés au travers d'instruments communautaires (règlement 1408/71 modifié) et d'une coopération déjà ancienne entre Etats membres.

Toutefois, afin de préserver leur souveraineté, les Etats membres fondateurs ont **exclu** certaines matières du champ de compétence communautaire : la rémunération, le droit de grève et de *lock-out*[22] et le droit d'association. D'autres sont soumises aux règles de l'**unanimité**, ce qui rend très difficile l'adoption de normes : il s'agit par exemple des règles sur l'embauche et le licenciement, la protection sociale ou la sécurité sociale. Ces « lacunes », auxquelles s'ajoute le fait que les normes sociales communautaires ne fixent que des **prescriptions minimales,** entretiennent les divergences sur le niveau de protection des travailleurs entre Etats membres. Il en va de même dans le domaine de la protection sociale, où l'absence d'harmonisation des niveaux de prélèvements sociaux accentue les risques de dumping. Dans ce domaine, aucune coordination, sans parler d'harmonisation, des cotisations sociales n'est à l'ordre du jour des discussions communautaires.

Ces divergences ont ainsi permis et sans doute même encouragé le développement de détachements de salariés dans le cadre de prestations temporaires de service, qui permettent dans une certaine mesure de maintenir les salariés sous le régime juridique de l'Etat d'origine de l'entreprise prestataire, en particulier pour ce qui concerne l'affiliation au régime de sécurité sociale.

Le risque de «dumping social» étant souvent associé au détachement des travailleurs dans le cadre de prestations de service, il convient de s'interroger sur la protection apportée par les textes existants. Les situations de détachement intra-communautaire permettent en effet de **faire échapper le salarié détaché au régime de protection sociale du pays d'accueil**, si le détachement est inférieur à un an (règlement 1408/71/CE modifié) et à deux ans après l'entrée en vigueur du nouveau règlement de coordination (883/2004). On voit là tout l'intérêt pour une entreprise, française par exemple, de faire appel à un prestataire originaire d'un pays où le niveau de cotisations sociales est inférieur à celui existant en France. On rencontre aussi des cas de montage complexe, où le prestataire étranger fait lui-même appel à des filiales ou à des sous-traitants établis à l'étranger. Il devient alors plus difficile d'identifier la chaîne de responsabilités et de contrôler le respect de la législation.

La directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services a pu faire l'objet de critiques, plus pour ses limites juridiques que du fait même de ses dispositions. Il s'agit en effet d'un texte qui encadre les conditions du détachement, en prévoyant que **le travailleur détaché est soumis aux conditions de travail et d'emploi du pays d'accueil** (principe d'égalité de traitement). Le texte énumère ces conditions de travail et d'emploi, qui doivent être fixées par la loi ou par une convention collective d'application générale. On a vu *supra,* dans le cas de « l'affaire

[22] Fermeture provisoire d'une entreprise, décidée par l'employeur pour répondre à un conflit collectif.

Vaxholm », les problèmes que cette dernière condition pose en Suède où les conditions de travail et d'emploi ne sont fixées ni par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives, ni par des conventions collectives d'application générale.

En France, la directive « détachement » a été transposée en droit français par des dispositions récemment modifiées par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 (articles L. 342-1 et suivants du code du travail et article L.111-2-2 du code de la sécurité sociale). Cette loi modifie le dispositif antérieur, qui avait été mis en place avant l'adoption de la directive de 1996. Elle assure une transposition plus fidèle du texte communautaire, en définissant notamment la notion de salarié détaché ainsi que des situations de détachement qui n'étaient jusqu'à présent pas couvertes par le code du travail.

La loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises (articles 89 à 94)

La loi du 2 août 2005 précise et complète le dispositif juridique encadrant le détachement des travailleurs, qui avait été mis en place par la loi quinquennale du 20 décembre 1993.

- elle ajoute, au titre des situations de détachement, des cas figurant dans les définitions de la directive (détachement entre établissements d'une même entreprise ou entreprises du même groupe) et elle va même au-delà de ces définitions (détachement par un employeur établi hors de France pour réaliser une opération pour son propre compte, sans qu'il existe un contrat entre celui-ci et un destinataire)
- les conditions de travail et d'emploi du travailleur détaché sont désormais regroupées sous un même article et non plus disséminées dans un texte réglementaire, et la question du régime de sécurité sociale applicable est renvoyée au code de la sécurité sociale
- elles sont par ailleurs plus étendues dans la loi dans que la directive (article 3), qui fixe une liste non exhaustive, et incluent notamment les libertés individuelles et collectives dans la relation de travail, l'exercice du droit de grève, les jours fériés,…

Par ailleurs, le texte communautaire prévoit une coopération entre administrations publiques mais n'impose pas à l'entreprise l'obligation de déclarer préalablement à l'Etat membre d'accueil la prestation qu'elle va effectuer et surtout le nombre de salariés qu'elle va détacher pour ce faire sur le territoire de l'Etat membre d'accueil. Cette coopération est importante puisqu'elle permet d'informer les autorités du pays d'origine et les prestataires sur les conditions de travail et d'emploi applicables dans l'Etat d'accueil et d'assurer une meilleure surveillance des détachements. Le code du travail français transpose désormais explicitement (article L. 342-6) ces dispositions et régularise les pratiques déjà établies par l'autorité de coordination et l'inspection du travail.

A cela s'ajoutent des formalités de **déclaration** des prestations de services, non fondées sur le texte communautaire, que des Etats membres (France, Allemagne, Belgique, notamment) ont décidé d'exiger des entreprises prestataires étrangères. Toutes les entreprises, établies dans d'autres Etats membres, ne respectent cependant pas cette exigence et privent ainsi les autorités nationales d'informations utiles sur les prestations effectuées sur son territoire. Les contrôles de l'inspection du travail sont alors plus aléatoires.

Ces modalités de surveillance des détachements ont failli être remises en cause dans le cadre de la proposition de directive sur les services dans le marché intérieur, puisque le texte original proposait d'interdire tout mécanisme de contrôle *a priori* au nom de la liberté de prestation de services. Suivant l'avis du Parlement européen, la Commission européenne a cependant modifié sa proposition sur ce point et en a exclu les dispositions relatives au détachement de travailleurs, qui bouleversaient les règles antérieures et étaient donc susceptibles de conduire à une moindre protection des travailleurs détachés.

Le respect de ces normes communautaires est notamment garanti par la CJCE. Sa jurisprudence en matière de détachement de travailleurs, assez abondante, apparaît généralement protectrice des intérêts des travailleurs, cette protection constituant à ses yeux une « raison d'intérêt général » susceptible de justifier, sous réserve d'un examen au cas par cas, l'application de normes sociales nationales contraignantes par les entreprises prestataires.

Annexes

Annexe 1

Liste des personnes ayant contribué à ce rapport

Rapporteurs généraux :

Claire AUBIN, Eric AUBRY, Dominique GIORGI

Rapporteurs :

Étienne GRASS, Nicolas GRIVEL, Mireille JARRY, Benjamin JOLY, Valérie SAINTOYANT

Comité d'orientation :

Marianne BERTHOD-WURMSER, Béatrice BUGUET, Anne BURSTIN, Christine DANIEL, Valérie DELAHAYE-GUILLOCHEAU, Marie FONTANEL-LASSALLE, Michel LAROQUE, Gautier MAIGNE, Monique MOUSSEAU, Cédric PUYDEBOIS, Liliane SALZBERG, Hélène STROHL

Relecteurs et personnes ressources :

Thomas AUDIGE, Philippe BLANCHARD, Pierre-Louis BRAS, Christine DANIEL, Marie-Ange du MESNIL du BUISSON, Michel GAGNEUX, Laurent GRATIEUX, Danièle JOURDAIN-MENNINGER, Bernadette ROUSSILLE

Appui technique :

Sylvie BERTANI, Aude de FOURNOUX, Emmanuel SANSU, Mathilde MENELLE, Nicole PANZA

Annexe 2

Principaux sigles utilisés

BCE Banque centrale européenne

CAS Centre d'analyse stratégique

CDSEI Comité du dialogue social européen et international

CEAM Carte européenne d'assurance maladie

CEDEFOP Centre européen pour le développement de la formation professionnelle

CEEP Centre européen des entreprises à participation publique

CES Confédération européenne des syndicats

CJCE Cour de justice des Communautés européennes

CNAMTS Caisse national d'assurance maladie des travailleurs salariés

COR Conseil d'orientation des retraites

DAEI Délégation aux affaires européennes et internationales

DARES Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques

DGAS Direction générale de l'action sociale

DGEFP Direction générale de l'emploi et de la formation professionnelle

DGS Direction générale de la santé

DHOS Direction de l'hospitalisation et de l'organisation des soins

DPM Direction de la population et des migrations

DPT Document de politique transversale

DREES Direction de la recherche, de l'évaluation et des études statistiques

DRT Direction des relations du travail

DSS Direction de la sécurité sociale

ECOFIN Formation du Conseil de l'Union européenne rassemblant les ministres de l'Économie et des finances des États-membres

END Expert national détaché

EPSCO Formation du Conseil de l'Union européenne rassemblant notamment les ministres de l'Emploi et les ministres de la Santé

EURES European Employment Services

FEDER Fonds européen de développement régional

FSE Fonds social européen

HALDE Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité

LDE Lignes directrices pour l'emploi

LDI Lignes directrices intégrées pour la croissance et l'emploi

MOC Méthode ouverte de coordination

GOPE Grandes orientations des politiques économiques

JOCE *Journal officiel des Communautés européennes*

ONG Organisation non gouvernementale

PECO Pays d'Europe centrale et orientale

PIC Programme d'initiative communautaire

PNAE Plan national d'action pour l'emploi

PNAI Plan national d'action pour l'inclusion

PNR Programme national de réformes

SEE Stratégie européenne pour l'emploi

SGAE Secrétariat général pour les affaires européennes (antérieurement SGCI)

SIEG Services d'intérêt économique général

SSIG Services sociaux d'intérêt général

TCE Traité instituant la Communauté européenne

UEAPME Union européenne de l'artisanat et des PME

UEM Union économique et monétaire

UNEDIC Union nationale pour l'emploi dans l'industrie et le commerce

UNICE Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe

Annexe 3

Organisation de la fonction communautaire : quelques préconisations

Approche des problèmes communautaires au plan stratégique

• Le rapport montre le danger de privilégier un traitement des dossiers communautaires au coup par coup. Il plaide pour une inscription du social au centre de l'action de l'Union européenne et une bonne articulation avec les dossiers économiques.

Il est nécessaire de bien situer l'action des ministères sociaux dans un cadre interministériel. Cela passe naturellement par le comité interministériel sur l'Europe présidé par le Premier Ministre et par la coordination interministérielle assurée par le SGAE. Il revient aux ministères sociaux, dans ce cadre interministériel, de poser les enjeux de la construction sociale européenne, de sensibiliser l'ensemble des administrations à la dimension sociale des questions européennes et de peser pour que la coordination des politiques économiques et sociales se fasse dans les meilleures conditions. Les autorités politiques, Gouvernement et Parlement, auront alors les moyens de définir les priorités et d'arbitrer dans les meilleures conditions, sans urgence et sans improvisation.

• Le Centre d'analyse stratégique (CAS) contribue à la préparation et au suivi des programmes mis en œuvre au titre de la stratégie de Lisbonne, conformément au décret portant création du CAS du 6 mars 2006. Il est, par conséquent, particulièrement important que les ministères sociaux participent aux travaux menés par le CAS. Il est, en effet, essentiel de développer une vraie réflexion stratégique qui alimente nos actions et renforce notre influence dans le champ social.

Les enjeux portent notamment, dans les prochaines années, sur les réformes du marché du travail, le développement de la formation professionnelle, l'inser-

tion des jeunes, la réforme du financement de la protection sociale et l'évolution du système de protection sociale et de santé. Sur tous ces sujets, l'interaction des politiques communautaires et des politiques françaises est permanente et diffuse. Les travaux du CAS permettront tout à la fois d'éclairer la mise en œuvre en France de la stratégie de Lisbonne, de disposer d'éléments de comparaison sur les politiques sociales menées dans les différents États de l'Union et de préparer dans les meilleures conditions les réformes ou les adaptations à mener. Les ministères sociaux pourront ainsi nourrir leur réflexion, mieux prendre en compte l'impact des politiques communautaires sur leurs politiques et mieux utiliser les leviers ou les financements provenant de l'Union.

• Il apparaît également qu'une attention particulière doit être donnée au travail en liaison ou en coordination avec nos partenaires européens Une approche ponctuelle ne permet pas de faire avancer les dossiers de façon satisfaisante et l'administration sociale doit être capable de mener une action à moyen et long terme. La dimension stratégique déjà évoquée doit permettre d'éviter de procéder, comme trop souvent, par des initiatives au coup par coup, sans vision d'ensemble, et sans suivi. Un travail de sensibilisation sur les thèses françaises ou les dossiers prioritaires doit être mené en continu auprès de nos partenaires européens : Commission, ministères sociaux des autres États membres. Il faut développer à cette fin des contacts tant politiques qu'administratifs : présence ministérielle dans les différents conseils, participation effective des directeurs aux différents comités communautaires, rencontres d'experts. La présence régulière dans les différentes instances communautaires, à tous les niveaux, ainsi que la continuité de la représentation et le suivi des contacts constituent la condition première pour exercer une influence et faire valoir, dans la durée, nos positions.

Approche des problèmes communautaires au plan de l'organisation ministérielle

La coordination des missions européennes et internationales confiées à chaque département ministériel est assurée de manière très diverse en fonction de l'importance et de l'ancienneté des compétences communautaires confiées.

Une coordination transversale forte revêt, selon les situations, un caractère plus ou moins indispensable. Le **ministère de l'écologie et du développement durable** dispose par exemple d'un service des affaires internationales (SAI), doté de trente agents, répartis en trois bureaux[1], et auquel quatre

[1] Élaboration du droit international de l'environnement, construction européenne, appui à la coopération internationale.

missions principales sont assignées : élaboration des positions internationales du ministère, consultation des partenaires du ministère sur les sujets internationaux, diffusion internationale des positions françaises et négociations, transposition des actes internationaux. Le service, positionné directement auprès du secrétaire général du ministère, s'est doté d'outils en ligne sur l'intranet du ministère, garantissant son rôle de coordination et de pilotage : planning commun des déplacements internationaux (objectifs, agent concerné, date, résultat), plan de classement commun des dossiers internationaux, liste commune des agents en charge de dossiers internationaux (compétences, coordonnées…), outil commun de recherche des textes applicables, cadre normalisé de production (notes d'orientation, de position, dossiers ministres pour différentes catégories de réunions), réunion hebdomadaire des correspondants internationaux de chaque direction d'administration centrale (agenda des événements et déplacements, point sur les dossiers en cours…), diffusion de documents d'actualité. Cet ensemble de procédures n'a pour but que de garantir la cohérence de traitement des dossiers communautaires et internationaux au sein du ministère de l'écologie, ceux-ci restant de la compétence de chaque direction d'administration centrale (instruction et négociation de dossiers techniques), à l'exception de certaines compétences directement dévolues au SAI : constitution des dossiers « ministre » pour les conseils des ministres européens, relations avec le Parlement européen, gestion des experts nationaux détachés.

Le traitement des dossiers communautaires dans **les ministères sociaux suédois** repose sur trois principes :
– **traitement intégré des dossiers communautaires et des dossiers nationaux** : chaque division (équivalent d'une sous-direction d'administration centrale) traite elle-même directement les dossiers communautaires qui relèvent de son champ de compétence ; elle dispose pour ce faire de fonctionnaires qualifiés dans chaque domaine ;
– **élaboration de la position interministérielle « à la base »** : la division assume, pour chaque dossier la responsabilité de l'élaboration de la position ministérielle et interministérielle et assure la circulation des informations, les consultations et la coordination nécessaires. Les fonctions d'arbitrage n'existent pas en tant que telles et le Secrétariat aux affaires européennes (équivalent du SGAE) placé auprès du Premier ministre n'intervient en la matière que de manière excessivement rare (il est principalement en charge de dossiers communautaires transversaux : perspectives financières, avenir de l'Europe...) ;
– **garantie de cohérence et de respect des procédures dans chaque département interministériel** : le « secrétariat pour la coordination des affaires communautaires » ne traite pas lui même les dossiers ; il s'assure de la cohérence d'ensemble des positions prises, du respect des délais et des procédures ; il apporte un appui positif (soutien dans l'élaboration des positions et intervention d'autant plus significative que celles-ci seront présentées à haut niveau ; formation et diffusion de bonnes pratiques ou référentiels concrets utilisables par les négociateurs...).

Sans qu'il soit sans doute envisageable de tirer partie d'une culture trop éloignée, fondée sur la recherche systématique du consensus décentralisé, certaines pratiques concrètes pourraient inspirer les administrations sociales françaises : circulation systématique de l'information à toutes les parties concernées, obligation de concertations interministérielles préalables à tout arbitrage et recensement conjoint des points

d'accord et de désaccord, utilisation d'internet permettant d'envisager des échanges de positions rapides qui pourraient être normées. La responsabilisation de chaque direction dans le traitement des dossiers communautaires constitue un principe intéressant, qui nécessite des moyens adéquats et une prise de conscience de l'impact du niveau de décision européen. Enfin, la place et le rôle des secrétariats à la coordination pourraient sans doute inspirer le positionnement de la Délégation aux affaires européennes et internationales (DAEI) des ministères sociaux.

Les dossiers communautaires devraient être traités de manière transversale au sein des directions d'administration centrale, en évitant les cloisonnements

Comme le souligne le récent rapport sur la formation aux enjeux européens des fonctionnaires[2], les « affaires européennes » ont longtemps été assimilées aux affaires internationales et traitées comme telles. Actuellement encore l'existence au niveau communautaire de procédures décisionnelles, d'une terminologie juridique et d'un droit spécifiques, complexes sans doute, mais surtout différents de l'univers familier aux fonctionnaires et acteurs nationaux, ont contribué à en faire un domaine à part, relativement coupé de l'activité interne et confié à des spécialistes possédant une compétence en la matière, souvent acquise « sur le tas » à partir d'une expérience personnelle de terrain.

Les ministères sociaux échappent d'autant moins à la règle que la dimension européenne de leur action s'est développée plus tardivement et plus silencieusement que dans d'autres domaines précocement et fortement « européanisés », tels l'agriculture, les transports ou l'économie. À l'échelon global, le suivi des affaires européennes est assuré par la DAEI dont la définition des compétences, couvrant à la fois l'européen et l'international, reflète cette tendance à confondre dossiers européens et activité diplomatique.

Par ailleurs, la plupart des directions sociales se sont dotées d'une unité plus ou moins étoffée où le suivi des affaires européennes est assuré, généralement de façon conjointe et dans des conditions analogues avec celui des questions internationales. Selon les cas, cette unité prend directement en charge le traitement des dossiers européens, en liaison plus ou moins étroite avec les bureaux concernés par les aspects techniques, ou se limite à une fonction de coordination et d'expertise sur les sujets européens par rapport à ces bureaux. On constate, fort logiquement, que l'intégration de la dimension européenne à l'activité interne est d'autant plus forte que cette dimension est ancienne et importante : pour la plupart des responsables de la direction des relations du travail l'univers bruxellois est une composante à part entière de l'activité, alors qu'il reste un horizon plus lointain pour ceux de la direction générale de l'action sociale.

[2] Ralph Dassa, « la formation aux enjeux européens des fonctionnaires et agents publics », mars 2006, rapport à la Ministre déléguée aux affaires européennes et au Ministre de la fonction publique.

Mais l'élargissement progressif du champ des compétences et des modes d'intervention communautaires dans le domaine social font qu'aujourd'hui toutes les politiques sociales comportent une dimension européenne, laquelle constitue une composante à part entière de l'activité domestique et doit être traitée comme telle, tout comme le sont les aspects déconcentrés ou décentralisés de ces politiques.

La prise en compte de ces évolutions suppose à la fois une prise de conscience, qui est plus ou moins avancée selon les domaines, une démystification par rapport à la complexité supposée des affaires européennes, et l'acquisition d'un certain nombre de repères et de savoir-faire, qui passent nécessairement par un effort important de formation.

• Former et préparer au travail européen

Le rapport précité formule un certain nombre de pistes sur la formation initiale des fonctionnaires et insiste sur une approche pragmatique et opérationnelle privilégiant l'étude de cas pratiques, plutôt qu'une vision en termes de connaissances théoriques.

En effet, nombre de formations se focalisent sur les questions institutionnelles alors que des besoins importants se manifestent en termes de pédagogie de la négociation, de connaissance et maîtrise des circuits d'influence, d'ouverture à un environnement administratif européen fondé sur une culture du compromis, alors que l'administration française est plutôt fondée sur une tradition hiérarchique et d'autorité.

Le développement de formations spécialisées sur les questions européennes n'est qu'en apparence contradictoire avec le constat de la « banalisation » de ces questions et l'objectif de leur intégration dans l'activité publique ordinaire. En effet, même étroitement liées à notre propre système administratif de multiples façons, les procédures en vigueur au sein de l'Union européenne n'en ont pas moins leurs caractéristiques spécifiques, qu'au moins les fonctionnaires appelés à exercer des responsabilités doivent à un degré ou un autre maîtriser, quelles que soient les fonctions qui leur sont confiées. Il existe une véritable technicité en la matière qui impose l'acquisition d'un certain nombre d'outils.

Comme le souligne ce rapport, les actions de modernisation de l'État, et notamment celles visant à mieux responsabiliser les cadres supérieurs et dirigeants de l'administration fournissent un cadre favorable au développement de la demande de formation à l'Europe et à une meilleure prise en compte de la dimension européenne, pour autant que cette dernière fasse l'objet d'une priorité politique clairement affichée. Cette prise en compte peut, du reste, déborder le domaine de la formation. L'européanisation d'un service ou d'une direction peut prendre des formes variées : accueil de stagiaires européens, encouragement à la mobilité des agents vers d'autres pays de l'Union ou vers les institutions européennes.

Enfin, la formation *stricto sensu* doit être prolongée par le développement et la mise à disposition d'outils de référence pour l'ensemble des agents appelés à travailler dans l'environnement européen.

Dans les pays examinés, qu'il s'agisse de la Suède ou du Royaume-Uni, des guides pratiques et des instructions opérationnelles sont établis qui permettent par exemple aux experts appelés à participer à des groupes de travail à Bruxelles de maîtriser l'environnement dans lequel ils se trouvent et de disposer des éléments de base sur la conduite à tenir dans ce cadre : comment se préparer à la réunion, à quel moment et comment prendre la parole en séance, comment négocier, avec qui rechercher ou éviter les contacts hors séance, risques et erreurs à éviter. De telles instructions (*guidance)* existent également concernant le travail avec le Parlement, la Commission, et sont régulièrement actualisées. Leur mise au point est l'affaire des services chargés de la coordination européenne à l'intérieur des ministères techniques et/ou au niveau ministériel. Elle se situe dans la logique du rôle confié à ces derniers, qui interviennent peu dans la gestion des dossiers, la coordination de base étant assurée par les bureaux techniques eux-mêmes, mais assurent une mission de prestation de service et d'assistance à leur égard sur tous les aspects spécifiques au travail communautaire : procédure et droit européen, circuits et réseaux, personnes clés, méthodes, mode d'approche et de travail.

• Communiquer, y compris en langue étrangère

La préparation au travail européen comporte nécessairement un volet très important de formation linguistique dont le rapport précité souligne qu'il devrait être l'élément majeur de tout dispositif visant à « européaniser » la fonction publique française, dont les capacités en la matière sont jugées « généralement faibles ». La matière sociale relevant avant tout de la souveraineté nationale et procédant d'une approche et d'une culture internes, l'ouverture internationale y est longtemps restée marginale et les responsables, acteurs et fonctionnaires ont été peu incités à développer et entretenir leurs capacités linguistiques. Le défi y est donc probablement plus important encore qu'ailleurs et mériterait d'être précisément évalué, de façon à mieux connaître à la fois les ressources et les besoins. L'enquête menée en Allemagne qui a donné lieu à un rapport publié en 2003 sur les expériences à l'étranger et la connaissance des langues étrangères dans la haute fonction publique[3] peut constituer un exemple intéressant dans cette perspective.

La réception des documents de travail en anglais constitue de plus en plus la norme des relations avec les institutions communautaires, tendance lourde que l'on peut sans doute déplorer mais dont il ne serait guère réaliste d'attendre l'inversion, et dont tous les responsables administratifs du secteur social s'accordent à souligner les effets contraignants et limitants. Dans ces condi-

[3] Rapport demandé par la Berliner Initiative et la Fondation Bosch, cité dans le rapport Dassa précité, qui chiffre à près de 58 % la part des cadres supérieurs de la fonction publique n'ayant pas de connaissance en langue étrangère.

tions il n'est plus possible d'envisager la formation linguistique comme un volet culturel laissé à l'initiative individuelle et soumis aux aléas budgétaires.

Si l'on veut assurer la promotion et la diffusion des vues françaises concernant l'Europe sociale, et aussi paradoxal que cela puisse apparaître, la priorité doit être donnée à un vrai programme de remise à niveau, de développement des connaissances et d'entretien des connaissances et des capacités de travail en anglais qui ne devraient plus constituer un frein à notre capacité d'action et d'influence à Bruxelles.

• La mise à disposition d'experts nationaux détachés devrait être une priorité de la gestion des ressources humaines

La mise à disposition d'experts nationaux détachés (END) auprès de la Commission répond à deux objectifs symétriques : exporter l'expertise nationale auprès des instances communautaires avec l'idée qu'une communauté de langage ne peut que faciliter l'influence de la culture française ; à l'inverse, permettre à la culture européenne de mieux imprégner l'activité de l'administration sociale.

Le ministère des Transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer, qui dispose du troisième contingent d'END (après ceux des ministères de l'Économie et des finances, et de la défense) a mis en place un dispositif de gestion reposant sur :

– une analyse préalable approfondie et régulièrement actualisée des besoins de la Commission, fonction notamment de son programme de travail, appuyée sur des contacts avec ses services et l'encadrement des END ;

– une réflexion continue sur le positionnement stratégiquement le plus intéressant pour des END français ;

– la constitution d'un vivier de candidats aux fonctions d'experts, répondant à des critères de sélection exigeants (expérience, maîtrise de langues étrangères, âge, travail sans responsabilité d'encadrement…) ; une diffusion adaptée des fiches de postes ; et une gestion anticipée des renouvellements permettant de proposer des candidats adaptés au bon moment ;

– l'encadrement et le suivi des END par : une lettre de mission circonstanciée adressée à la prise de fonction ; l'exigence d'un rapport d'activité annuel, rédigé en toute transparence par rapport à l'employeur ; la désignation d'un correspondant en administration centrale (le lien avec les directions sectorielles françaises doit être renforcé) ; la mission confiée à l'adjoint du conseiller transport à la représentation permanente de réunir périodiquement les END à Bruxelles et d'initier un fonctionnement en réseau (échange d'informations, explicitation des positions nationales…) ;

– une réflexion sur la valorisation de l'expérience des END dans le cadre d'un parcours professionnel.

• Les ministères sociaux devraient contribuer à une meilleure information des citoyens sur les sujets européens

Comme l'indique le rapport Herbillon, le débat sur l'Europe souffre en France d'un double déficit de permanence et de proximité. Ce déficit doit tout particulièrement être pris en compte dans des domaines qui, comme le social ou l'environnemental, sont proches de la vie quotidienne des citoyens et sus-

citent à ce titre des attentes – et des frustrations – importantes. La désillusion manifestée par une large partie de l'opinion publique par rapport à la composante sociale de la construction européenne va de pair avec la prise de conscience que les questions européennes ne sont pas des affaires étrangères mais bien, en définitive, des affaires intérieures qui s'imposent ensuite comme telles. Pourtant la façon dont elles sont traitées continue de relever plus de la confidentialité inhérente aux négociations diplomatiques que du débat public, lequel reste réservé aux affaires d'initiative nationale.

• Information du public

Le public s'intéresse d'autant plus à la construction et aux débats européens qu'il en perçoit les effets ou du moins les enjeux dans sa vie quotidienne. À l'inverse, les débats institutionnels et formels sur les questions de terminologie, règles de compétence ou procédures de vote n'ont de chance d'intéresser que les seuls initiés. Le travail de traduction qui s'avère nécessaire pour donner un contenu concret et parlant dans le contexte français aux débats en cours à Bruxelles dans le domaine social est trop souvent négligé. Le fait que le suivi des « questions européennes » soit encore le plus souvent assuré par des professionnels spécialisés au sein des administrations et organismes publics, mais aussi des médias, des organisations syndicales ou associatives explique sans doute pour une large part cette lacune. C'est pourquoi le défi de l'information apparaît directement lié à celui de la déspécialisation des affaires européennes et à leur intégration comme une composante à part entière de l'activité « normale ».

Par ailleurs, même s'il ne s'inscrit pas directement dans le cadre des débats communautaires au sens strict du terme, le développement de ce que le rapport précité décrit comme le « réflexe comparatiste » dans le traitement des sujets nationaux constitue une nécessité et un enjeu particulièrement importants à cet égard. Un éclairage sur la situation et le débat dans d'autres pays européens à propos des retraites, de l'assurance maladie, ou du chômage des jeunes, permet d'ouvrir l'espace des possibles dans les discussions et réformes internes. Il permet également de mieux comprendre et de se situer dans les débats européens. Les médias commencent à s'y intéresser comme le montre la place récemment accordée au concept de « flexicurité » et à sa mise en œuvre dans un pays comme le Danemark. Les ministères sociaux et leurs différents partenaires ont à l'évidence un rôle important à jouer en la matière. Les comparaisons européennes ne peuvent plus y être considérées comme une activité exotique et marginale mais comme participant de l'activité domestique et contribuant à l'intégration de la dimension européenne dans les politiques nationales.

Enfin, le débat référendaire a montré un véritable besoin de discussions publiques au sein de la société française sur des sujets européens, souvent à connotation sociale, dont le non abord en amont lui donne le sentiment d'être mise devant le fait accompli. Les enceintes parlementaires peuvent contribuer à un tel débat à condition toutefois que la dimension européenne des dossiers

ne soit pas purement et simplement gommée lors du passage devant la représentation nationale.

Parmi les exemples de bonnes pratiques cités dans le rapport Herbillon, on retiendra notamment l'instauration en Irlande d'un Forum permanent de la société civile sur les affaires européennes ou encore la pérennisation, en Espagne, de la plate-forme civique de débat sur l'Europe créée à l'occasion du référendum sur le Traité constitutionnel européen. On pourrait également citer la pratique en vigueur au Royaume-Uni des « consultations ouvertes », par lesquelles les simples citoyens sont appelés à s'exprimer sur les sujets européens ou le système de consultation mis en œuvre dans ce pays à l'attention des divers groupes d'intérêt et représentants de la société civile.

• Communication

Il ne s'agit pas seulement de fournir aux Français une vision plus exacte de l'Europe dans le domaine social mais aussi de redresser l'image sociale de la France vis-à-vis des Européens.

La « crise des banlieues » n'a pas contribué à améliorer l'image d'un modèle social français que ses résultats mitigés, notamment dans le domaine de l'emploi et de l'intégration, avaient déjà passablement écornée. Plus que jamais la France conserve aux yeux de ses partenaires l'image quelque peu caricaturale d'un pays dirigiste et étatisé où toute évolution sociale suppose une intervention gouvernementale et passe par la loi, et qui, volontiers donneur de leçons, entend imposer son mode de fonctionnement au niveau européen. Cette situation affecte significativement la crédibilité et l'influence françaises dans le débat européen sur le social.

Un effort important de communication et d'explication s'avère nécessaire pour éviter de telles représentations caricaturales. Il suppose sans doute une ouverture accrue et une meilleure connaissance des réalités sociales hors des frontières françaises, et par une adaptation en conséquence d'un discours souvent jugé trop « franco-français ». Il passe également par une présence assidue et active dans divers forums européens et échanges entre pairs du type « peer review ».

Par ailleurs la France devrait s'attacher à tirer un meilleur parti dans le débat social européen, des domaines où ses réalisations sont généralement considérées comme plus convaincantes, tels celui de la démographie qui, loin de se limiter à la politique familiale, apparaît comme un excellent exemple de politique sociale transversale touchant à la fois l'emploi, la protection sociale, les équipements et services publics…

• Une meilleure transparence du processus de décision communautaire et national passe par des procédures de consultation plus ouvertes et régulières

La consultation des principaux acteurs concernés par la prise de décision communautaire relève d'abord des instances de l'Union. La commission met

ainsi en œuvre des procédures de consultation qui lui permettent de recueillir directement l'opinion d'organes représentatifs, souvent présents à Bruxelles même, ou plus largement d'acteurs nationaux, par le biais de la diffusion de livres verts. Ces consultations ne remplacent évidemment pas des procédures nationales initiées par les gouvernements de chaque pays.

Au **Royaume-Uni**, les « parties prenantes » sont consultées avant le dépôt d'un texte communautaire, puis au moment de la transposition, afin d'aider à l'élaboration de la position nationale, ou du texte de transposition. Les procédures peuvent être informelles : mise en ligne directe des documents communautaires sur les sites internet institutionnels appropriés, avec une demande de réaction ; réunions... Elles peuvent être aussi relativement formelles, dans le cadre de réunions avec les syndicats, ou les représentants d'une industrie concernée (l'agence britannique du médicament MHRA consulte ainsi très formellement et régulièrement l'industrie pharmaceutique). Mais, pour les textes ou décisions importants, une procédure beaucoup plus formelle est mise en place, sollicitant fortement les administrations concernées et appelant en aval une exploitation des réponses et observations formulées. Selon la procédure mise en œuvre au department of trade and industry/ department of work and pensions, un document de consultation spécifique est élaboré, avalisé par les ministres et diffusé par divers canaux (papier, internet, publicités radios le cas échéant), une liste de « parties-prenantes » dont la position devrait être connue ayant été préalablement élaborée. Une période de consultation de deux mois permet d'enregistrer les observations, qui font alors l'objet elles-mêmes d'une publication et d'une exploitation. Il s'agit là d'une ouverture large de la consultation, sur les projets communautaires les plus significatifs, aux partenaires sociaux, à l'ensemble des parties concernées et à la société civile, de nature à mieux sensibiliser aux enjeux concrets de l'Europe.

• La transposition des textes communautaires devrait être anticipée dès la période de négociation.

La circulaire du 27 septembre 2004 relative à la procédure de transposition en droit interne des directives et décisions-cadres négociées dans le cadre des institutions européennes doit être strictement mise en œuvre. La transposition doit être anticipée dès la période de négociation. Comme le souligne la circulaire, « le travail de transposition ne peut être mené efficacement que s'il repose sur une démarche intégrée débutant dès la négociation de l'acte ». Dans la préparation de la future transposition, la fiche d'impact simplifiée, puis l'étude d'impact sont des étapes essentielles qui ne doivent pas être traitées comme de simples formalités. C'est la responsabilité première des différentes directions techniques à qui il revient ensuite de s'assurer du respect des échéances et de veiller à ce que la préparation et le suivi des textes de transposition soient considérés comme une priorité effective de leurs services.

Les responsables de la transposition sont actuellement les fonctionnaires chargés de la qualité de la réglementation, c'est-à-dire le directeur des relations du travail et le chef de la division juridique et contentieuse à la DAGPB. La DAEI doit être associée à ce suivi afin de pouvoir s'assurer de la cohérence des procédures de transposition mises en œuvre par les différentes directions.

Annexe 4

Les compétences communautaires dans le secteur social

L'Union européenne est tributaire dans ses interventions sociales d'une simple compétence d'attribution, subsidiaire par rapport au champ que les États membres ont souhaité se réserver en ce domaine.

L'intervention communautaire ne peut s'appuyer que sur les dispositions du Traité

Les principes généraux de l'intervention communautaire dans le domaine social sont posés par le Traité en ces termes : « La Communauté et les États membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions »[4].

• La charte des droits sociaux fondamentaux ne revêt qu'une valeur de référence

L'ancrage de la production normative sociale à un ensemble de **droits fondamentaux** acceptés par les États membres n'a pas d'emblée fait l'unanimité. Une « charte sociale européenne » avait été adoptée en 1961, dans le cadre institutionnel du **Conseil de l'Europe**. Entrée en vigueur en 1965 et ratifiée par la France en 1973, cette charte complétait naturellement la convention européenne des droits de l'homme et consacrait les droits sociaux de la Déclaration universelle des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies, datant de 1948. Depuis 1993, le mécanisme de contrôle d'application de la charte

[4] Article 136 TCE.

sociale du Conseil de l'Europe a été renforcé, puisque le comité des ministres peut inviter les États à modifier leur position dans les domaines où les manquements au respect des droits édictés paraissent graves.

Suivant la même inspiration, une « charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs » a été adoptée par les États membres de **l'Union européenne** en décembre 1989 avec un champ limité (il ne visait que les travailleurs) et sans portée obligatoire.

La charte communautaire de 1989 a néanmoins eu un impact non négligeable, puisque de nombreux actes communautaires adoptés ultérieurement y ont fait référence[5] dans leur préambule, et que la Cour de justice des Communautés européennes s'est appuyée sur elle dans certains de ses arrêts. De même, elle a contribué à une nouvelle dynamique de l'activité communautaire[6].

Le traité d'Amsterdam va plus loin en faisant mention de la Charte (article 136) et de ses objectifs. Le traité de Nice, en décembre 2000 élargit le champ personnel des droits à l'ensemble des citoyens de la Communauté en adoptant une « charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». Tout comme la charte de 1989, cette nouvelle charte n'a cependant pas de portée obligatoire[7].

• L'intervention sociale Communautaire est délimitée par les habilitations inscrites dans le traité

Le traité confère certes à la Communauté un champ potentiel d'intervention très large dans le domaine social, qui touche, pour l'essentiel :

* le droit du travail et de la négociation collective,
* la sécurité sociale et la protection sociale des travailleurs,
* la lutte contre l'exclusion sociale et l'intégration des personnes exclues du marché du travail,
* l'emploi,
* l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail, et plus largement la lutte contre les discriminations,
* la santé publique.

Mais cette intervention est strictement encadrée par les dispositions du traité qui n'habilitent la Communauté à agir que dans un cadre délimité.

---

[5] Par exemple : voir les considérants de la directive 98/59/CE du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres en matière de licenciements collectifs.

[6] la 1re directive sur l'aménagement du temps de travail a été adoptée en 1993 sur le fondement de son article 7 ; de même pour la directive 92/85 sur l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes (visant le point 19 de la Charte), ou pour la directive 94/33 sur la protection des jeunes au travail (points 20 et 22).

[7] La Charte sociale européenne (du Conseil de l'Europe) et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux ont, selon la CJCE, vocation à éclairer les dispositions d'une directive (CJCE 26 juin 2001, BECTU).

Les dispositions sociales du TCE

Le traité aborde largement le domaine des politiques sociales. Les grands objectifs de la Communauté en la matière sont énoncés à l'article 2 : niveau d'emploi et de protection sociale élevé, relèvement du niveau et de la qualité de la vie, cohésion économique et sociale, égalité hommes/femmes. L'article 3, plus précis, cite quelques instruments d'intervention, en les situant par rapport aux fins poursuivies : promotion d'une coordination des politiques de l'emploi, fonds social européen. Quatre titres du traité développent les compétences et les modes d'intervention communautaire. Le Titre III, chapitre 1, pose les principes de libre circulation des travailleurs et d'abolition de toute discrimination dans l'emploi, liée à la nationalité ; il fonde la coordination des systèmes de sécurité sociale (article 42). Le titre VIII traite des politiques de l'emploi, en fait une « question d'intérêt commun » et en met en place les principes (élaboration d'une stratégie coordonnée de l'emploi compatible avec les orientations économiques) et instruments (comité de l'emploi, lignes directrices, rapport annuel, recommandations). Le fonds social européen est crée pour sa part au titre XI (articles 146 à 148), traitant globalement des politiques sociales ; les articles 136 et 137 font référence aux droits fondamentaux qui éclairent l'intervention communautaire, en délimitent le cadre par rapport aux compétences nationales qui ne sont pas altérées (principe de subsidiarité communautaire), en rappellent les objectifs et en énumèrent les champs. Les domaines et procédures des politiques de coopération et convergence sont abordés aux articles 140 et 144, créant le comité de la protection sociale. La procédure de dialogue social européen est traitée aux articles 138 et 139. L'article 141 attribue une compétence à la Communauté dans le domaine de l'égalité hommes/femmes.

Le titre XII pose enfin le principe d'une action communautaire transversale dans le domaine de la santé publique, visant à encourager les coopérations, sans omettre quelques interventions normatives précises.

L'intervention communautaire est encadrée par les principes de subsidiarité et de proportionnalité

« Issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même. »[8] La **primauté** du droit communautaire sur le droit interne ainsi dégagée par la CJCE est nécessaire pour donner sa véritable consistance à la construction européenne. La loi et la jurisprudence nationales sont ainsi désormais soumises à un ordre juridique supérieur et doivent s'y conformer. Mais, le principe de primauté est cependant fortement limité de deux manières distinctes.

[8] Cjce, costa c/ ENEL, 6/64.

• Le principe de subsidiarité :

Rationae materiae, l'intervention communautaire est cantonnée par le **principe de subsidiarité**. Les États membres n'ont pas créé l'Europe en se dessaisissant de leurs compétences sociales. Ils ont d'abord souhaité que certaines matières soient exclues de la compétence législative communautaire et demeurent du ressort de compétence national. Ces exclusions concernent expressément les rémunérations, le droit d'association, le droit de grève et le droit de lock-*out*[9], qui demeurent régies par des dispositions exclusivement nationales. Les États membres ont, dès l'origine, considéré que ces matières touchaient à des questions d'ordre public, qui ne pouvaient être réglées qu'au niveau national. C'est pour cette raison que la fixation d'un salaire minimum n'est juridiquement pas possible au niveau communautaire.

Par ailleurs, l'Union n'intervient, dans les domaines qui ne sont pas de sa compétence exclusive[10], que « dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire »[11] : la subsidiarité trouve un champ d'application particulièrement important dans le domaine social. L'Europe sociale est ainsi largement « résiduelle », dans la mesure même où les règles de solidarité et de protection sociale font partie de celles qui fondent les spécificités nationales. Les États s'en sont saisis au premier chef et de longue date. Le traité énonce ainsi que la Communauté agit « en respectant pleinement la responsabilité des États-membres »[12]. La Communauté n'est par exemple intervenue que marginalement dans le **domaine de la protection sociale,** domaine d'élection de politiques redistributives importantes visant à couvrir les principaux risques sociaux, vieillesse ou maladie. Le traité instituant la Communauté européenne consacre en effet la souveraineté des États en la matière. Il n'invite la Commission qu'à *« promouvoir une collaboration étroite entre les États membres »* et ne prévoit pas de procédures permettant d'adopter des règles communes. L'harmonisation des systèmes nationaux de sécurité sociale est censée résulter d'un processus de convergence spontanée dans le cadre du marché[13]. Certes, progressivement, l'action communautaire en matière de protection sociale n'est plus subordonnée à l'objectif de libre circulation des personnes ; elle acquiert une finalité propre. Ainsi, en 1989, la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs a

[9] article 137 TCE.

[10] le Traité réserve clairement deux situations ; les « compétences exclusives » de la Communauté, exceptionnelles mais qui relèveraient de la réalisation même du marché intérieur et, par exemple, de la liberté de circulation des personnes (et donc de la coordination des systèmes de sécurité sociale) ; les « situations transnationales » ou celles où les effets attendus dépassent le cadre juridique national.

[11] article 5 TCE et protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

[12] articles 149 et 150 TCE.

[13] Article 117 : « Les États membres conviennent de la nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre permettant leur égalisation dans le progrès. Ils estiment qu'une telle évolution résultera tant du fonctionnement du marché commun, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures prévues par le présent traité et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives ».

consacré un droit à la sécurité sociale au bénéfice des travailleurs communautaires. Puis, le traité d'Amsterdam, qui se réfère explicitement à la Charte, a assigné à la Communauté l'objectif de promotion d'une « *protection sociale adéquate* » (article 136 CE).

Cependant, les pouvoirs de l'Union européenne demeurent très limités. L'Union en matière sociale ne fait que « *soutenir et compléter* » l'action des États membres. Les directives du Conseil ne peuvent fixer que des « *prescriptions minimales* », applicables « *progressivement* » et « *évitant d'imposer des contraintes administratives, financières et juridiques telles qu'elles contrarieraient la création et le développement des petites et moyennes entreprises* ». Le traité de Nice a apporté une restriction supplémentaire à l'action communautaire. Il précise en effet que les mesures adoptées (sur le fondement de l'article 137.2) « *ne portent pas atteinte à la faculté reconnue aux États membres de définir les principes fondamentaux de leur système de sécurité sociale et ne doivent pas en affecter sensiblement l'équilibre financier* ».

Les interventions communautaires dans les secteurs de l'emploi, de la santé ou de l'inclusion sociale sont également étroitement bordées par les dispositions pertinentes du traité et empêchent tout empiètement sur les compétences nationales. La lutte contre les discriminations offre cependant un champ d'intervention beaucoup plus clair pour l'Europe.

Au total, en vertu du principe de subsidiarité, les propositions de texte communautaire doivent comporter une justification, et apporter les arguments de démonstration utiles prouvant le caractère communautaire de leur objectif, ou sa meilleure réalisation au niveau communautaire.

• *Le principe de proportionnalité*

Le **principe de proportionnalité** des interventions communautaires conduit également à les limiter à ce qui est nécessaire[14]. Dans le domaine des politiques sociales, la Communauté « soutient et complète l'action des États-membres »[15]. Du point de vue des normes adoptées, le principe de proportionnalité conduit à laisser la marge de manœuvre la plus importante possible aux États-membres pour réaliser les objectifs des politiques communautaires, et donc à préférer a priori le mode d'intervention le moins contraignant : la directive sera ainsi préférée au règlement. Le Traité indique également que « la Communauté et les États membres mettent en œuvre des mesures qui tiennent compte de la diversité des pratiques nationales ». Plus globalement, on peut voir dans le principe de proportionnalité le fondement des approches de « soft law », qui tendent à remplacer l'harmonisation des législations et même la reconnaissance mutuelle. La Commission encourage ainsi « la coopération entre les États membres et facilite la coordination de leur action dans tous les domaines de la politique sociale »[16].

[14] article 5 TCE : « l'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du traité »
[15] articles 137-1 TCE.
[16] article 140 TCE.

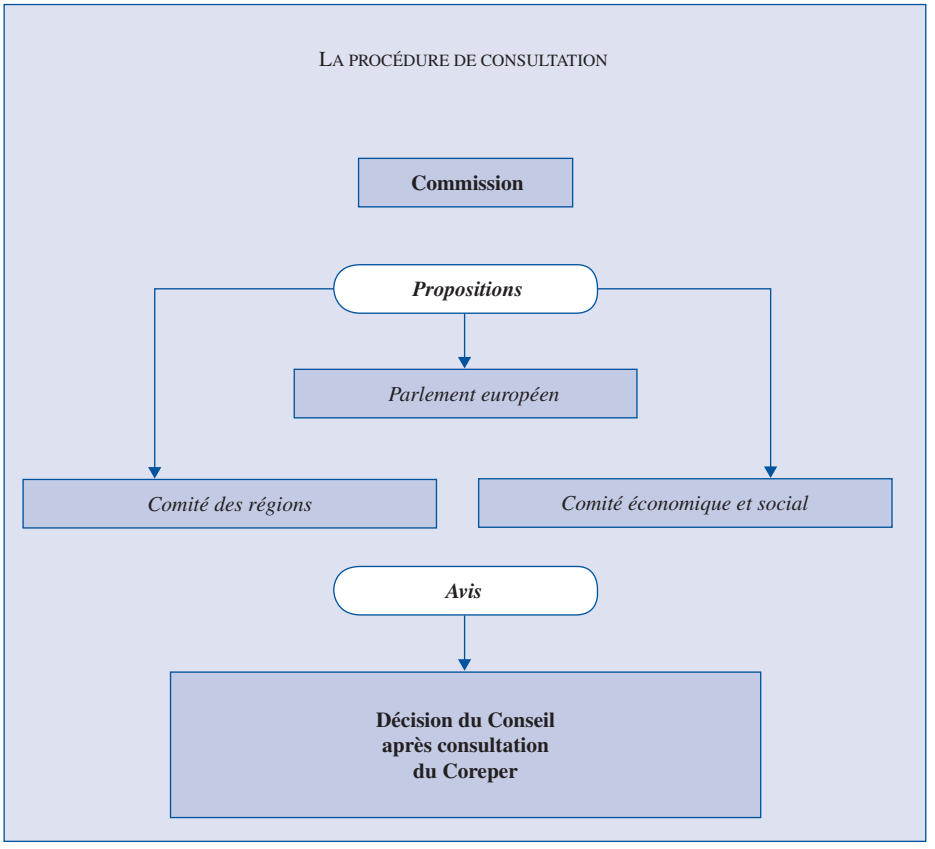
Annexe 5

Procédures de décision communautaire

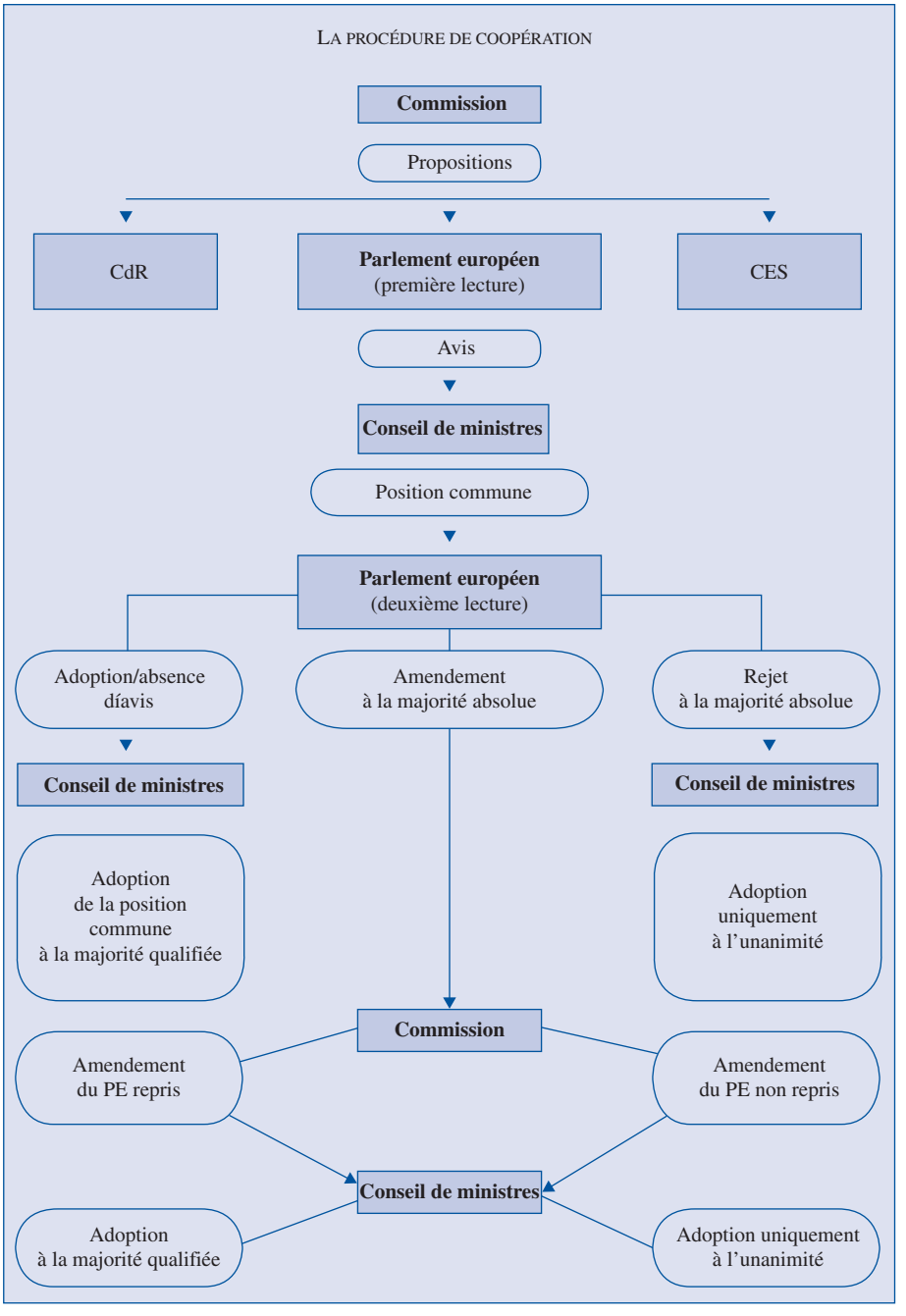
Rappels sur le mode d'élaboration de la législation communautaire

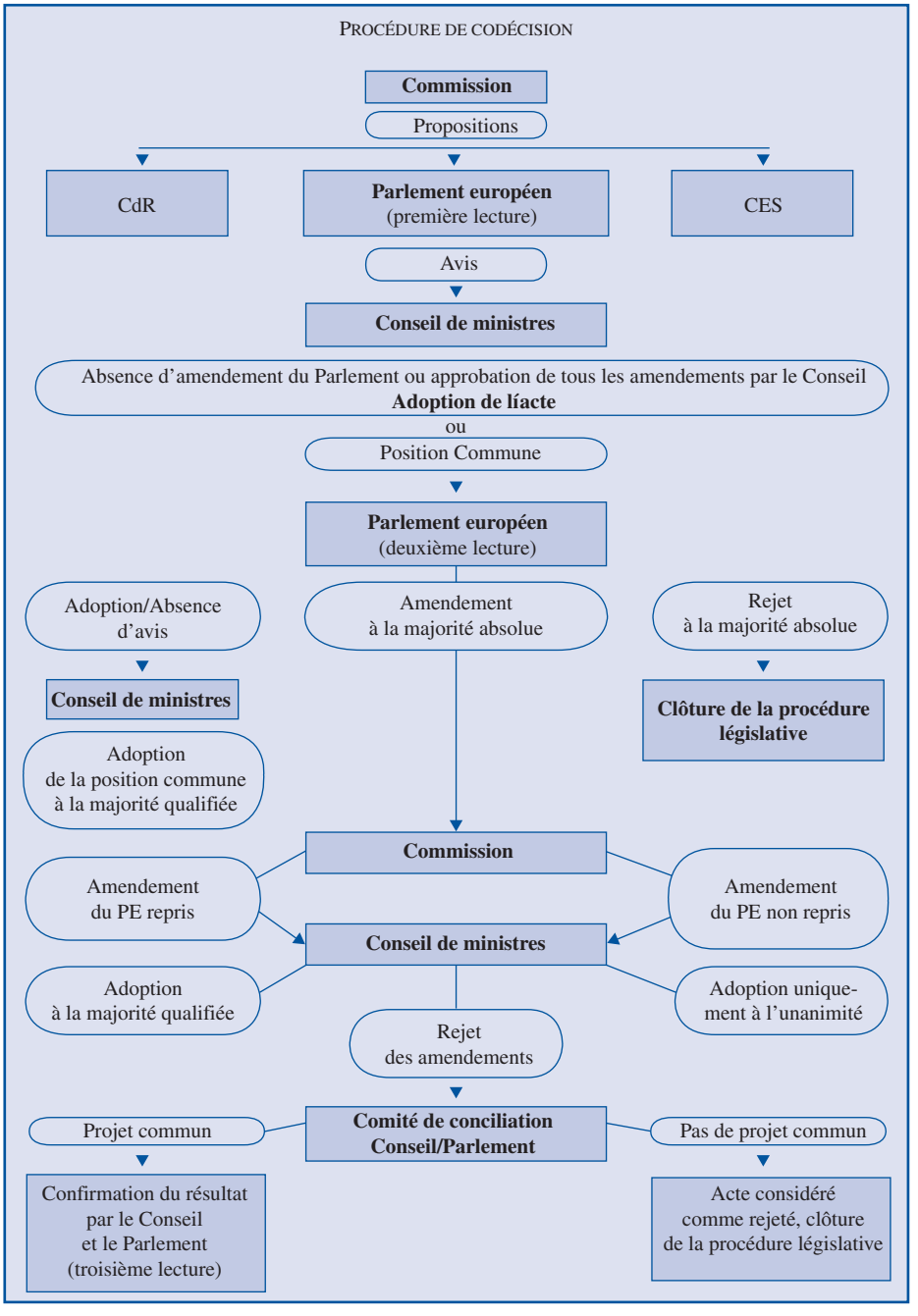
La procédure de consultation était la première procédure législative de la Communauté. Depuis l'introduction de la procédure de coopération et de codécision, elle n'a cessé de perdre de son importance. Elle s'applique encore uniquement aux cas qui ne sont pas expressément soumis à la procédure de coopération ou de codécision, à savoir, dans le domaine social, à l'adoption des dispositions destinées à combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle (article 13 du traité CE), pour l'élaboration des lignes directrices pour l'emploi (article 128, paragraphe 2, du traité CE), pour la protection sociale et la sauvegarde des intérêts des travailleurs et l'amélioration des conditions d'emploi (article 137, paragraphe 3, du traité CE). **La procédure de coopération** s'applique exclusivement au domaine de l'Union économique et monétaire (article 99, paragraphe 5, et article 106, paragraphe 2, du traité CE). Tous les autres domaines auparavant soumis à cette procédure relèvent désormais de la procédure de codécision. **La procédure de codécision** a été conçue comme le prolongement de la procédure de coopération. Alors que le Conseil peut, à l'unanimité, passer outre l'avis du Parlement européen dans la procédure de coopération, la procédure de codécision, telle que prévue par le traité d'Amsterdam, confère désormais à ces deux institutions l'« égalité des armes ». Dans le cadre de cette procédure, le Conseil ne peut pas adopter sa position commune en cas d'échec de la procédure de conciliation avec le Parlement. Il est donc d'autant plus indispensable d'aboutir à un accord que le processus législatif risque, sans cela, d'avorter.

La codécision est devenue de loin la procédure la plus importante dans la pratique législative. Elle s'applique, par exemple, aux textes concernant l'interdiction de la discrimination exercée en raison de la nationalité (article 12 du traité CE), aux mesures nécessaires en vue de réaliser la libre circulation des travailleurs (article 40 du traité CE), aux mesures nécessaires pour garantir les droits de sécurité sociale des travailleurs migrants (article 42 du traité CE), à la politique sociale, y compris aux mesures destinées à réaliser l'égalité entre hommes et femmes (articles 137, 141 et 148 du traité CE), aux mesures de promotion de la formation professionnelle et de l'éducation (article 149 du traité CE), à la santé publique (article 152 du traité CE). (d'après Eur. LEX site Europa)



(source Eur lex, site Europa)


LA PROCÉDURE DE COOPÉRATION
Commission
Propositions
CdR
Parlement européen
(première lecture)
CES
Avis
Conseil de ministres
Position commune
Parlement européen
(deuxième lecture)
Adoption/absence
díavis
Amendement
à la majorité absolue
Rejet
à la majorité absolue
Conseil de ministres
Conseil de ministres
Adoption
de la position
commune
à la majorité qualifiée
Adoption
uniquement
à l'unanimité
Commission
Amendement
du PE repris
Amendement
du PE non repris
Conseil de ministres
Adoption
à la majorité qualifiée
Adoption uniquement
à l'unanimité


PROCÉDURE DE CODÉCISION
Commission
Propositions
CdR
Parlement européen
(première lecture)
CES
Avis
Conseil de ministres
Absence d'amendement du Parlement ou approbation de tous les amendements par le Conseil
Adoption de líacte
ou
Position Commune
Parlement européen
(deuxième lecture)
Adoption/Absence d'avis
Amendement à la majorité absolue
Rejet à la majorité absolue
Conseil de ministres
Clôture de la procédure législative
Adoption de la position commune à la majorité qualifiée
Commission
Amendement du PE repris
Amendement du PE non repris
Conseil de ministres
Adoption à la majorité qualifiée
Adoption unique-ment à l'unanimité
Rejet des amendements
Projet commun
Comité de conciliation Conseil/Parlement
Pas de projet commun
Confirmation du résultat par le Conseil et le Parlement (troisième lecture)
Acte considéré comme rejeté, clôture de la procédure législative

Procédures afférentes à la « méthode ouverte de coordination »

Le comité européen de l'emploi et le comité de protection sociale

Institué dans le cadre du nouveau titre emploi du Traité (art. 130) le **comité de l'emploi** est un organe à caractère consultatif composé de représentants de la Commission et des États-membres, qui désignent chacun deux titulaires et deux suppléants. « Afin de promouvoir la coordination entre les États-membres des politiques en matière d'emploi et de marché du travail », le comité se voit attribuer deux missions essentielles :

– suivre l'évolution de la situation de l'emploi et des politiques de l'emploi,

– formuler des avis à la demande du Conseil, de la Commission, ou de sa propre initiative et préparer les délibérations du Conseil dans le cadre du processus de Luxembourg.

Le Comité élit en son sein son président, actuellement de nationalité britannique, et deux vice Présidents. Il dispose d'un secrétariat (« équipe de soutien ») fourni par la Commission. Les deux vice-Présidents assurent respectivement l'animation des deux formations qui assistent le Comité dans ses travaux : le « groupe ad hoc », à vocation généraliste, le « groupe indicateurs », axé sur les travaux statistiques et d'évaluation. Le Comité de l'emploi tient une demi-douzaine de réunions par an, d'une ou deux journées.

Aux termes de l'article 144 du Traité, le **comité de la protection sociale**, à caractère consultatif promeut la coopération en matière de protection sociale entre les États membres et avec la Commission. Le comité a pour mission :

– de suivre la situation sociale et l'évolution des politiques de protection sociale dans les États membres et dans la Communauté,

– de faciliter les échanges d'informations, d'expériences et de bonnes pratiques entre les États membres et avec la Commission,

– de préparer des rapports, de formuler des avis ou d'entreprendre d'autres activités dans les domaines relevant de sa compétence, soit à la demande du Conseil ou de la Commission, soit de sa propre initiative. Dans l'accomplissement de son mandat, le comité établit des contacts appropriés avec les partenaires sociaux. Chaque État membre et la Commission nomment deux membres du comité. Pour la France, le directeur de la sécurité sociale (ou son représentant) est membre du CPS, et le délégué général à l'emploi et à la formation professionnelle (ou son représentant) membre du CPE. Fonctionnant de manière parallèle, les comités de l'emploi et de la protection sociale disposent tous deux d'un sous-groupe traitant de l'élaboration d'indicateurs de suivi des politiques. Ils sont tous deux chargés, dans leurs domaines respectifs, de préparer et d'animer la mise en œuvre de la « méthode ouverte de coordination ».

Annexe 6

Bibliographie

Rapports administratifs

A.B. Atkinson, B. Cantillon, E. Marlier et B. Nolan : Taking forward the social inclusion process, rapport indépendant commandé par la présidence luxembourgeoise de l'Union européenne, 2005

J.-M. Belorgey, Lutter contre les discriminations, rapport à Madame la Ministre de l'emploi et de la solidarité, 1999

Conseil économique et social, 2001, Dynamique de la population active et emploi, la gestion prévisionnelle des âges à l'horizon 2010

Conseil des impôts, La concurrence fiscale et l'entreprise, rapport 2004

Commission européenne, Gouvernance européenne : un livre blanc, 2001

Commission européenne, Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement, 2002

Commission européenne, Report on social inclusion 2005 : an analysis of the National Action Plans on social inclusion (2004-2006) submitted by the 10 new Member States, Direction générale de l'emploi et des affaires sociales, février 2005

Commission des communautés européennes, Bilan de cinq années de stratégie européenne pour l'emploi, 2002

Cour des comptes, Rapport sur l'application de la loi de financement de la sécurité sociale, 2000 et ss.

D.-J. Chertier Rapport au Premier ministre : Pour une modernisation du dialogue social, mai 2006

Ralph Dassa, « la formation aux enjeux européens des fonctionnaires et agents publics », mars 2006, rapport à la Ministre déléguée aux affaires européennes et au Ministre de la fonction publique

DREES, « Protection sociale : un aperçu de la situation des dix nouveaux membres de l'Union européenne », Études et résultats, no 336, août 2004

O. Dutheillet de Lamothe et alii, Rapport du groupe de haut niveau sur l'avenir de la politique sociale dans une Union européenne élargie, 2004.

M. Herbillon, La fracture européenne, rapport au premier ministre, 2005

P. Herzog, Avec l'euro, construire les relations sociales européennes, Rapport remis au ministre délégué aux affaires européennes, 1998

M. Hirsch et alii. Au possible nous sommes tenus, 2005

Inspection générale des affaires sociales, Gestion des âges et politiques de l'emploi, Rapport annuel, La Documentation française, 2004

Inspection générale des affaires sociales, F Lalande, B Roussille, Les essais cliniques chez l'enfant en France, rapport no 2003-126

Inspection générale des affaires sociales-COPERCI, L'articulation entre expertises nationale et européenne en matière de sécurité alimentaire, rapport no 2004-185

M. Legros, La MOC inclusion, une méthode questionnée. Groupe des experts non gouvernementaux, Direction générale de l'emploi et des affaires sociales, 2005

M. Legros, PNAI et territoires, la situation française : un rendez-vous a minima. Groupe des experts non gouvernementaux. DG emploi, affaires sociales et égalité des chances. Novembre 2004

J. Maurice et alii, Rapport du Commissariat général du Plan : emploi, négociations collectives, protection sociale, vers quelle Europe sociale ?, la Documentation française, 1999

OCDE, Les pensions dans les pays de l'OCDE : panorama des politiques publiques, 2004 Observatoire de la pauvreté et de l'exclusion sociale, Rapport 2005/2006

E. Pichenot, Avis du Conseil économique et social du 23 octobre 2002. Rapport de Mme Wim Kok et alii, Relever le défi, la stratégie de Lisbonne pour la croissance et l'emploi, rapport du groupe de haut niveau présidé par Wim Kok, ancien premier ministre néerlandais, novembre 2004

M. Pébereau et alii, Des finances publiques au service de notre avenir. Rompre avec la facilité de la dette publique pour renforcer notre croissance et notre cohésion sociale, Commission présidée par M. Pébereau, décembre 2005

P. Rodière, Droit social de l'Union européenne, LGDJ 2002.

R. Salais, G. Raveaud, L'évaluation de l'impact de la Stratégie européenne pour l'emploi, étude pour la DARES, 2002

A Sapir et alii, Un programme pour une Europe en croissance, rendre le système économique européen performant, 2003

A Sapir, Globalisation and the reform of european social models, Document de travail pour le conseil Ecofin, 2005

Ouvrages de réflexion, articles

P. Aghion, E. Cohen, J. Pisani-Ferry et alii, Politique économique et croissance en Europe, Conseil d'analyse économique, 2006

R. Baeten, Mobilité des patients et réponses politiques de l'UE, *Revue belge de sécurité sociale*, 4e trimestre 2002

J.-C. Barbier et N. Samba Sylla, « Stratégie européenne pour l'emploi, représentation des acteurs en France », Rapport pour la DARES et la DGEFP, décembre 2001

M. Bell et L. Waddington, « More equal than others : distinguishing European Union equality directives », Common Market Law Review, n° 38, 2001

B Bercusson, « Maastricht : a fundamental change in European labour law », Industrial Relations Journal, vol 21, 1992

Y. Bertoncini et T. Chopin, Le Parlement européen : un défi pour l'influence française, Notes de la Fondation Robert Schumann, avril 2004

M.E. Blas Lopez, « Le cadre d'action des partenaires sociaux européens : panorama, mutations et enjeux à l'heure de la mondialisation », Droit Social n° 5, mai 2006

D. Borillo « Les instruments juridiques français et européens dans la mise en place du principe d'égalité et de non-discrimination », RFAS n° 1, 2002

A. Bocognano, A. Couffinhal, M. Grignon, R. Mahieu, D. Polton, Mise en concurrence des assureurs dans le domaine de la santé. Théorie et bilan des expériences étrangères, Questions d'économie de la santé, n° 15, 1998

O. Bouba-Olga, Les nouvelles géographies du capitalisme, Seuil, 2006

J. Boulouis, R.M. Chevalier, Présentation des « grands arrêts de la CJCE », DALLOZ, 6e édition

P.-L. Bras, Innovation et santé, Sève, 2004

M. Camdessus et alii, Le sursaut : vers une nouvelle croissance pour la France, 2004

F. Charpentier et alii, Encyclopédie de la protection sociale, Economica, Éditions liaisons, 2000

S. Cohu, D. Lequet-Slama, P. Volovitch, Réformes des systèmes de santé allemand, néerlandais et suisse et introduction de la concurrence, Études et résultats, n° 445

J.-B. de Foucauld, Les trois cultures du développement humain ; Odile Jacob, 2002

S. De La Rosa, Stratégie européenne de l'emploi : les nouvelles orientations, *in* Droit Social, n° 12, 2005

G. Druesne, Droit de l'Union Européenne et politiques communautaires, PUF, collection Droit fondamental, 2002, 7e édition

G. Esping-Andersen, « Les trois mondes de l'État providence », PUF, 1999

B. Favarel et O. Quintin « L'Europe sociale » coll. réflexe Europe, La documentation française, 1999

J. Freyssinet, Taux de chômage ou taux d'emploi, retour sur les objectifs européens, *Travail*, Genre et Sociétés, n° 11, 2004

E. Gabaglio and R. Hoffmann, « European Trade Union Yearbook », ETUI, 1999

A. Geulette, De la discrimination indirecte telle qu'apprehéndée par la Cour de justice des Communautés européennes, au regard du règlement n° 1408/71/CEE et de la directive 79/7/CEE, *Revue belge de sécurité sociale*, 2e trimestre 2003.

M Hirsch, Ph Duneton, De la « vache folle » à la « vache émissaire ». ; Parlement européen : Rapport sur les allégations d'infraction ou de mauvaise administration dans l'application du droit communautaire en matière d'ESB, L'incroyable histoire de la vache folle, 1996

N. Holcblat, Stratégie européenne et politique française de l'emploi, Cahier travail et emploi, La Documentation française, 2002

B. Joly, Politiques de l'emploi en Europe : les grandes tendances chez les voisins de la France, Droit social, n° 1, 2005

M. Jouen, C. Palpant, Pour un nouveau contrat social européen, Notre Europe, Études et recherches no 43

K. Julienne, M. Lelièvre, « L'évolution du financement de la protection sociale à l'aune des expériences britannique, française et danoise », Revue française des affaires sociales, n° 3, 2004

F. Kessler, « Libre concurrence et protection sociale », in Le Monde, 19 mars 2001

S. Kröger, When the OMC dœs not (really) hit home. The chimera of learning through soft policy social policy coordination, 2006

J. Kuperminc, C. Padieu, Piloter l'action sociale, guide d'indicateurs, ODAS, 2000

M. Laffineur, S. Vinçon, « Les perspectives financières européennes 2007-2013 », rapport au premier ministre, février 2004

P. Lang, J.-C. Barbier, « The open Method of Co-ordination in Action », P.I.E., 2004

M. Laroque, L'impact du droit communautaire sur les concepts de protection sociale française, Droit social, no 11, 1997

A. Larsson, The new open method of coordination – a sustainable way between a fragmented Europe and a European supra state ?, Conférence de l'ancien DG emploi de la Commission à l'Université d'Uppsala, mars 2002

D. Laurent et M. Sanson (dir.), Le travail gouvernemental, la Documentation française, 1996

P. Martin « le Traité d'Amsterdam inaugure-t-il une politique communautaire de l'emploi ? » Revue trimestrielle de droit européen, no 36, 2000

A. Math, L'envoi de migrants détachés dans le cadre de la libre prestation de services transfrontalière, Revue de droit de la sécurité sociale, no 5, 2005

F.-X. Merrien, L'État social, A. Colin, 2005

Guy Perrin, Pour une théorie sociologique de la protection sociale, Revue française de sociologie, 1967 (p 299-324)

B. Palier, Gouverner la sécurité sociale, PUF, 2005

P. Pochet, C. Degryse, Une stratégie faute d'ambition ?, NOTABENE, n° 110, 1999

C. M Radaelli, Logiques de pouvoir et récits dans les politiques publiques de l'Union européenne », Revue française de science politique, no 2, 2000

J. Mosher et D. M. Trubeck, « New governance, EU Employment Policy and the european Social Model », New York University School of Law, Jean Monnet Working paper n° 6/01, 2001

P. Mufel. Rund Tsakloglov, Employment Policies and Social Exclusion : Analysis of the Performance of the European Employment Regime, Edward Elgar, 2001

R. Titmuss « Essays on the welfare state », Allen and Unwin, 1958

C. Tiebout, A Pure Theory of Local Public Expenditures, Journal of Political Economy, 64 : 416-24, 1956

Y. Salesse, coprésident de la fondation Copernic in « La preuve par quatre », Constitution européenne, le texte intégral, le projet décrypté et commenté pour juger sur pièces, Supplément à l'Humanité hebdo du 17 octobre 2004

J. Sapir, La fin de l'euro-libéralisme, Seuil, 2006

L. Schmid, Discriminations et action publique : bilan et perspectives (1999-2006), Esprit, février 2006