

L'Union européenne et les régimes fédératifs : les irréductibles spécificités européennes

Federalism and the European Union: The specificities of Europe

Francis Kessler

Numéro 56, automne 2006

Le fédéralisme social. Les défis de la gouvernance à niveaux multiples

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/014968ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/014968ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Lien social et Politiques

ISSN

1204-3206 (imprimé)

1703-9665 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Kessler, F. (2006). L'Union européenne et les régimes fédératifs : les irréductibles spécificités européennes. *Lien social et Politiques*, (56), 11–22. <https://doi.org/10.7202/014968ar>

Résumé de l'article

Le propos de cet article est de faire ressortir deux phénomènes qui sont à la base de la profonde méconnaissance de la construction européenne dans le domaine du social. La construction communautaire dans le domaine social est par essence même complexe et elle reflète la complication générale résultant des compromis qui sont à la base de l'Union européenne. La production de règles de droit en matière de protection sociale est de surcroît depuis une vingtaine d'années marquée par un vaste mouvement de désengagement de l'État national au profit d'entités subétatiques — régions, États fédérés, provinces — avec plus ou moins de compétences dans le domaine de la protection sociale. Les niveaux de création de normes de droit se trouvent ainsi multipliés.

L'Union européenne et les régimes fédératifs : les irréductibles spécificités européennes

Francis Kessler

L'idée de ce numéro de la revue est directement née, une fois n'est pas coutume, de deux événements politiques français récents qui ont assez rapidement dépassé le seul cadre national pour être partagés par d'autres citoyens européens. Le premier est le mouvement massif de protestation, la multitude de déclarations publiques, la déferlante de prises de position, de présentations médiatiques, de débats en tous genres qu'a entraînés la présentation par la Commission de l'Union européenne d'un projet de norme unioniste, connu sous le nom de « directive Bolkestein¹ » et visant, conformément aux traités fondateurs, à compléter les règles déjà existantes relatives à la libre prestation de services au sein du marché intérieur de l'Union. Deuxième événement : la campagne autour du référendum du 29 mai 2005 organisé en France, sur « le projet de traité instituant une Constitution pour l'Europe² », qui

a vu fleurir un imposant et original mouvement dit du « non de gauche » au nom de « l'Europe sociale³ ». Le « non néerlandais » au référendum sur la même question, même s'il n'a pas nécessairement le même sens, a conforté les tenants de cette thèse.

Les divers mouvements se sont d'ailleurs assez rapidement confondus comme symboles de la libéralisation économique à tout crin orchestrée par l'Europe sur fond de délocalisations massives de nombreuses industries traditionnelles ; hasard ou maladresse de gestion de calendrier, habile stratégie politique, impérialisme largement généralisée et peut-être entretenue, c'est selon⁴.

L'analyse des discours et des votes a été largement faite (Perrineau, 2005 ; Sauger, 2005 ; Beauvais et Fouquet 2005 ; Commission européenne, 2005 ;

Ricard-Nihoul, 2005) et nous n'y reviendrons pas. Notre propos sera ici de rappeler de façon liminaire les particularités de la construction européenne à la lumière de certains autres fédéralismes en partant du constat de la profonde méconnaissance de la construction européenne, singulièrement dans le domaine du social. Il s'agira donc d'appréhender les réalités européennes à la lumière d'une typologie des fédéralismes⁵ pour introduire et insister sur la nécessaire complexité de la construction européenne dans le domaine social⁶. La situation est d'autant plus complexe que s'ajoute, à ces multiples phénomènes d'intervention du niveau européen sur les politiques sociales nationales, un vaste mouvement de désengagement de l'État national au profit d'entités subétatiques, régions, États fédérés, provinces avec plus ou moins de compétences dans le domaine

de la protection sociale. Cette contribution se veut donc introductive aux autres développements consacrés à l'Europe dans le présent numéro.

Apprécier les réalités européennes

La question européenne occupe une place de plus en plus importante dans le débat politique français (Dufour, 2006). Toutefois, celui-ci laisse également, à nos yeux, apparaître une méconnaissance des mécanismes d'adoption de règles sur la protection sociale et sur les niveaux de décision et de mise en œuvre des politiques sociales. Cette méconnaissance traduit une impossibilité de concevoir la définition de lignes d'action et la production normative autrement que selon une certaine représentation simplifiée, voire caricaturale, des mécanismes nationaux d'intervention étatique: La loi européenne impérative et générale devrait garantir un degré suffisant de protection sociale, comme l'État français l'a, plus ou moins bien, fait dans la période antérieure.

En d'autres termes, ceux qui réclamaient plus de normes

sociales européennes ont prôné une centralisation à l'échelle supranationale pour aboutir à une sorte de super-État, ou de fédéralisme centralisé chargé de se substituer aux États membres dans une fonction de protection contre «la mondialisation et ses délocalisations». «L'harmonisation vers le haut», ou du moins un meilleur niveau de prise en compte du social, est ainsi devenue une revendication majeure, même si elle a été parfois confusément formulée, notamment quant à son domaine.

Cette approche reflète partiellement, peut-être même inconsciemment, la peur engendrée par l'érosion des activités de l'État-nation dans le domaine social et le souhait qu'une Union plus forte contrebalance les forces de la mondialisation. Cette position ignore de même, pour une large part, la particularité de certains processus, il est vrai souvent complexes et parfois contradictoires, réellement à l'œuvre dans l'Union européenne (Bieber et Salomé, 1996; Lennarts, 1991). En particulier, cet enthousiasme pour un super-État centralisé ne rend pas compte du phénomène de transfert de compétences vers des entités subétatiques, qui a pu être observé dans les deux dernières décennies. Cette décentralisation concerne même des pays traditionnellement considérés comme étant très attachés à la centralisation des politiques sociales, comme la France (Chevallier, 1992) et le Royaume-Uni (Bogdanor, 2005; Donnelly et Osborne, 2005; McLaughlin, 2005; Chaney et Drakeford, 2005; Sullivan et Drakeford, 2004; Parry, 2004; McLean, 2003), ainsi

que des régimes fédéraux comme, pour certains, les États-Unis (Béland et Vergniol de Chantal, 2004, contre Harles et Davies, 2005) et le Canada (Lazar, 1998).

Il convient d'apprécier ces évolutions vers des formes polycentrées de gouvernement, dans lesquelles l'État devient un producteur de droit parmi d'autres, un initiateur ou médiateur à travers une régulation par «objectifs», plutôt qu'un détenteur suprême de commandement au moyen de la loi impersonnelle, générale, déterminée d'avance et conçue pour une certaine durée.

La diversité des fédéralismes intégratifs

Le «modèle fédéraliste états-unien» sert souvent de référent en Europe à la fois pour ceux, comme les «conventionnistes» de la Constitution, qui veulent promouvoir une Europe politique, et pour ceux, comme les eurosceptiques, qui y voit un État central qui promeut la garantie des lois du marché, voire une centralisation des politiques de sécurité sociale au fédéral (Kelemen, 2004).

C'est d'abord oublier que le «modèle états-unien» est lui-même loin d'être figé. Il a non seulement été transformé en fonction de la mise en œuvre des doctrines politiques par les partis au pouvoir (Jalbert et Lepage, 1986) mais également par les politiques de la Cour suprême (Chemersky, 2006). Le fédéralisme est aujourd'hui encore constamment en discussion, tout particulièrement en ce qui concerne la place de l'intervention sociale de l'État fédéral (David, 2005; Béland et Vergniol de

Chantal, 2005; Harles et Davies, 2005).

C'est également oublier que le fédéralisme peut prendre d'autres formes. L'expérience des procédures telles qu'issues du fédéralisme canadien nous montre pourtant que la coexistence de deux niveaux de décision politique ne signifie pas nécessairement reprise du «fédéralisme états-unien⁷».

En effet, la fédération canadienne est conçue comme une convention entre peuples (et populations) gardant leur autonomie régionale et leur identité culturelle. L'essence en est un principe de solidarité et le gouvernement fédéral y agit pour le bien commun de tous les citoyens et de toutes les régions, particulièrement les moins avantagées. Ce principe est assorti de celui de la diversité, qui mène à l'autonomie des citoyens, des institutions et des pouvoirs locaux. Il s'agit en permanence de rechercher un équilibre entre l'autonomie et la solidarité. Dès lors, la coopération interétatique est fondée sur des réunions d'exécutifs provinciaux et fédéraux. La concurrence entre ces niveaux en est le principal moteur.

L'Union européenne emprunte *de facto* à plusieurs fédéralismes et il en résulte une construction complexe.

La nécessaire complexité de l'Union européenne

L'Union européenne présente certaines particularités quant au partage du pouvoir normatif et à la protection sociale. Y cohabitent différentes formes de répartition de compétences qui se traduisent

par des degrés d'intégration différents et parfois dans des champs voisins des procédures de coopération politique.

L'explication est historico-politique. D'une part, «d'une certaine manière, comparée aux autres États fédéraux, l'Union européenne a commencé par l'autre extrémité, le côté économique, avant de toucher aux pouvoirs fondamentaux, qui symbolisent le plus la souveraineté de l'État» (Piris, 2005). D'autre part, alors que de nombreux États fédéraux sont l'expression de la volonté de peuples, la construction de l'Union européenne est le fait d'États (Fisher, 2006), les intérêts de ces derniers, entités souveraines en droit, se reflétant dans la norme fondamentale qu'est tout traité européen. Les textes sont nécessairement des textes de compromis, ciselés à l'extrême afin d'obtenir l'indispensable consensus. Ils sont dès lors nécessairement complexes. La principale difficulté pour comprendre l'originalité de la construction communautaire et sa portée pratique réside dans le fait que l'Union s'est, par strates successives, enrichi de nouveaux thèmes. L'intégration européenne est un processus (Michel, 2003).

La compréhension du fédéralisme européen suppose la connaissance de ces divers mécanismes à l'œuvre. Il convient, en effet, de délimiter strictement la coopération intergouvernementale institutionnalisée du pouvoir normatif d'harmonisation et de la méthode ouverte de coordination. Chacune de ces trois méthodes de coopération sur le plan européen influence la politique sociale nationale, mais

selon des méthodes distinctes et à des degrés divers.

Une coopération intergouvernementale institutionnalisée

L'Union européenne connaît, depuis le traité de Maastricht, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, dans la sous-partie du traité appelé «Traité de l'Union européenne», des mécanismes de coopération intergouvernementale dans les domaines de la politique étrangère et de la sécurité commune ainsi que la coopération policière et judiciaire en matière pénale⁸. Le champ du social n'est concerné qu'à la marge par ce type de coopération.

Un pouvoir normatif centralisé d'harmonisation

Les traités européens entre les États membres de l'Union européenne ont transféré certaines de leurs compétences vers des instances supranationales — les institutions communautaires — dotées d'un pouvoir de légiférer, mais aussi d'un pouvoir de sanction sur les États indisciplinés. L'Union européenne connaît un fédéralisme centralisé par transfert de compétences des États vers les institutions communautaires. À ces compétences de l'Union correspond la «méthode communautaire» ou l'«activité du triangle institutionnel». Sous ces appellations se cache un processus d'adoption de normes harmonisées impératives pour l'ensemble des États de l'Union européenne. La Commission de l'Union européenne, organe supranational, en a l'initiative, mais le pouvoir de décision appartient au Conseil des ministres, représentation des États

membres assisté selon des degrés variables par le Parlement européen. Les tribunaux nationaux et la Cour de justice des communautés européennes sont les organes de sanction de la violation du droit « communautaire » ainsi créé.

Les transferts de compétences législatives vers les institutions communautaires sont strictement délimités et précisément décrits. Là où il n'y a pas transferts, il ne peut y avoir de législation communautaire.

Il n'y a pas de transferts vers le législateur communautaire dans le domaine de la protection sociale (sauf pour les personnes migrantes) : les compétences en matière de sécurité sociale continuent à relever de la souveraineté des États membres, au nom du principe dit de « subsidiarité ». Il existe toutefois d'autres normes uniformes impératives (Rodière, 1991) qui relèvent du « noyau dur de la construction communautaire » : ceux qui mettent en œuvre les libertés économiques fondamentales, la liberté de circulation des personnes⁹, la liberté de prestation de service, la liberté de circulation des marchandises et celle des capitaux.

Ces libertés sont complétées par la prohibition et la répression à l'échelle communautaire de comportements anticoncurrentiels de la part d'opérateurs économiques, dès lors que les échanges entre les États membres sont affectés par les pratiques en cause¹⁰.

Un certain nombre de dispositions communautaires traduisent le souci de supprimer les barrières que peuvent constituer des règles nationales de sécurité sociale. Toute règle de sécurité sociale ne s'applique, en principe, que sur le territoire de l'État qui l'a émise. Cette territorialité des lois de sécurité sociale pose un problème particulier dans le contexte communautaire. Le travailleur qui use de la liberté de circulation au sein de l'Union européenne (UE) est pénalisé dans l'acquisition d'un droit à des prestations de sécurité sociale (de Mestral et Winter, 2001). Ces dernières ne s'obtiennent, le plus souvent, qu'après une certaine durée de cotisation ou de résidence sur le territoire d'un État. De même, le montant des pensions d'invalidité et de vieillesse, des allocations de chômage et des rentes d'accident du travail est, dans presque tous les États membres, fonction de la durée d'affiliation à un système de sécurité sociale. Aussi, à durée de cotisation égale, les droits acquis dans plusieurs pays par un travailleur migrant seront probablement inférieurs à ceux d'un travailleur qui a été occupé pour la même période dans un seul pays (le travailleur dit « national »). Le droit européen est, dès lors, exclusivement celui d'un mécanisme qui neutralise les effets de la territorialité des règles

de sécurité sociale. Il ne fait que coordonner les règles nationales de sécurité sociale pour des personnes migrantes. Le droit européen complète et, le cas échéant, amende les normes nationales. Cette coordination repose sur la mise en œuvre de quatre grandes règles. L'égalité de traitement entre nationaux et non-nationaux pour l'acquisition et le versement de droits à la sécurité sociale constitue la pierre d'angle du système. Le choix de l'application de la loi du lieu d'emploi permet d'éviter des incertitudes quant à la loi applicable ; d'interminables contentieux de compétences sont ainsi évités. La troisième règle, la « totalisation » des périodes d'assurances ou de résidence dans les divers pays européens, constitue le cœur de l'œuvre communautaire. Son application conduit à ce qu'il soit fait abstraction, pour le calcul des prestations, des frontières nationales. Toute période cotisée dans n'importe quel pays est validée par chacun des pays en cause. Ce calcul fait que chaque État concerné verse la prestation au prorata des seules périodes cotisées dans cet État. Dernier principe dérogatoire au principe de la territorialité des règles de sécurité sociale au nom de la libre circulation des personnes : la possibilité d'« exporter » des prestations acquises dans un État vers un autre État. Ainsi, un assuré social dans un État membre peut-il, même s'il n'a jamais travaillé dans un autre État membre, s'y installer et par exemple y bénéficier du versement de sa pension de retraite.

Les règles nationales de sécurité sociale sont également impactées par les autres « libertés

fondamentales européennes»; on assiste ainsi, pas à pas, à une harmonisation des règles autour d'un ensemble de droits communs aux États membres.

La Cour de justice des communautés européennes a été amenée à trancher la question de l'application des règles de concurrence aux activités des institutions de protection sociale. Ce faisant, elle a opté pour une légitimation des monopoles de perception des cotisations et, par là, pour une reconnaissance de la spécificité des caisses chargées de la gestion de la sécurité sociale, à condition que l'activité de ces caisses réponde aux critères d'un «principe de solidarité» (Kessler et Lhernould, 2002).

La mise en œuvre du principe de liberté de prestation de services affecte tout particulièrement l'activité des caisses d'assurance maladie. La Cour de justice des communautés européennes a, au cas par cas, fait prévaloir la liberté des offreurs de soins d'un autre État membre sur les règles nationales, voire communautaires, exigeant une autorisation administrative pour aller se faire soigner dans une autre État membre sous peine de non-prise en charge des soins ainsi prodigués (Lhernould, 2001). Les institutions d'assurance maladie sont ainsi tenues de prendre en charge ces soins. La compétence législative nationale est ainsi annihilée par l'interprétation extensive donnée au traité européen.

Enfin, la législation communautaire a réorganisé l'activité des organismes d'assurances en leur permettant d'être actifs sur tout le marché européen avec un agrément national obtenu dans un seul

des États membres, au lieu d'un agrément par pays comme dans le passé. En même temps, les exigences de solvabilité, de garanties de gestion et les règles de placement pour qu'un assureur puisse obtenir un tel agrément ont été harmonisées à l'échelle européenne. Ce droit uniforme régit aujourd'hui les assureurs de personnes prenant en charge, selon les pays, les risques sociaux à titre principal, complémentaire ou substitutif à un organisme de sécurité sociale.

Parallèlement à ces développements en vue de créer un marché unique, les grands principes d'égalité de traitement, en particulier entre hommes et femmes et entre nationaux et ressortissants d'autres États membres, sont venus remodeler les règles nationales de sécurité sociale au fur et à mesure de la mise en œuvre de ces normes de droit européen, mais surtout du fait des décisions des tribunaux européens et nationaux. Les dispositions limitant des droits aux seuls nationaux sont étendues aux ressortissants des autres États membres, même en l'absence de modification législative nationale formelle. Nombre de dispositions discriminatoires envers les femmes ont dû être modifiées par les législateurs nationaux sous les injonctions des juges se référant au droit européen. On notera d'ailleurs que les États ont souvent choisi d'abolir des règles favorables aux femmes au profit d'un alignement sur celui des hommes — moins favorable — dès lors que cette règle favorable aux femmes ne pouvait être justifiée par la protection biologique de la femme «notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité».

Les tribunaux, au premier rang desquels la Cour de justice des communautés européennes, ont de même utilisé la notion de citoyenneté européenne comme outil d'interprétation de dispositions communautaires ou nationales. Des droits à des prestations de sécurité sociale ou d'aide sociale peuvent ainsi être acquis à raison de la citoyenneté européenne, qui prend ainsi le dessus sur l'application des règles nationales, voire des règles communautaires de la coordination des régimes de sécurité sociale.

À ce «noyau dur» de transformation des règles nationales par le droit communautaire s'ajoutent des compétences plus complexes, fruits de savants compromis. En effet, d'autres domaines et singulièrement celui des politiques sociales et celui des politiques de l'emploi et de la santé publique, ont vu se développer, de façon différenciée et au rythme de l'adoption de nouveaux traités, des compétences partagées animées par le principe dit de «subsidiarité» (Constantinesco, 1991; Clergerie, 1997; Delpérée, 2002; et Brau, Redinaud et Sicard, 2005), limitant l'action du législateur communautaire à celui de normes minimales et/ou à compléter les initiatives législatives des États membres par des activités autres que législatives. Ces compétences, qui par exemple ont conduit dans les années 1990 à une harmonisation par la création de normes minimales dans le domaine de la sécurité et de la santé au travail, ne sont pas entièrement figées (Shütze, 2005). On peut même constater, faute de consensus nécessaire entre États membres, une nette diminution de l'activité législative *stricto sensu* au profit

d'activités d'études ou de programmes d'information et d'incitation à une culture de prévention.

Un mécanisme sui generis de collaboration interétatique : la méthode ouverte de coordination des politiques sociales

Le processus d'intégration économique qui a précédé et suivi l'adoption d'une monnaie et d'une politique économique et monétaire uniques a fait que les États ont développé la procédure des «grandes orientations pour la politique économique» (GOPE). Celles-ci ont pour but «une convergence soutenue des performances économiques des États membres» (art. 99 du TCE). Les GOPE traitent de l'ensemble des sujets économiques et sociaux : situation budgétaire des États, croissance, emploi, protection sociale, retraite, environnement, etc., et leur l'objectif est, conformément aux orientations du Traité, le développement de la concurrence comme moteur d'indispensables réformes. Il en est résulté une pression indirecte sur les politiques sociales à travers la compétition entre États et les

politiques budgétaires et économiques promues par l'Union européenne, à travers des pactes annuels de stabilité et l'attention très vive portée à des finances publiques «saines», quantifiées au moyen des fameux «critères de Maastricht».

Par ailleurs, les réflexions des années 1990 autour de la notion de subsidiarité, entendue comme recherche de formes appropriées de législation, ont conduit à adopter, essentiellement dans le domaine de la politique des entreprises et de la compétitivité économique, l'idée d'étalonnage (*benchmarking*).

L'insertion d'un chapitre sur l'emploi dans le traité d'Amsterdam a défini un cadre pour une coordination des politiques de l'emploi dite : «Stratégie européenne pour l'emploi» (SEE) à partir de «lignes directrices» adoptées en commun. Il s'agit de mettre en œuvre une surveillance multilatérale de l'emploi à travers une procédure partiellement empruntée à la coordination des politiques économiques mises en place à l'occasion du traité de Maastricht. Si l'emploi doit rester pour l'essentiel de la compétence des États membres, le rôle du niveau européen consiste à définir le cadre des grandes orientations générales (Barbier, 2004; Raveaud, 2005).

Dans le détail, la procédure est la suivante : Chaque année, la Commission propose les lignes directrices. Ces lignes directrices sont ensuite adoptées par le Conseil de l'Union européenne — c'est-à-dire la réunion des ministres de l'Emploi des pays membres —, à la majorité quali-

fiée. C'est ainsi qu'au Sommet de Luxembourg de 1997, 19 premières lignes directrices ont été définies et regroupées en 4 «piliers». Une fois les lignes directrices adoptées par le Conseil, les États rédigent des «plans nationaux d'action pour l'emploi» dans lesquels ils indiquent comment ils comptent mettre en œuvre ces lignes directrices. C'est ensuite la Commission qui, sur la base de ces plans nationaux, évalue dans quelle mesure les États ont répondu aux lignes directrices. Si la Commission estime que certaines exigences n'ont pas été satisfaites, elle propose au Conseil d'adresser des «recommandations» aux États fautifs. Ces recommandations sont définitivement adoptées, sous une forme éventuellement modifiée, par le Conseil, à la majorité qualifiée. Elles sont alors rendues publiques. Le processus est donc purement politique¹¹.

Sous la poussée d'un besoin de définition d'une dimension sociale à la construction européenne et encouragée par le succès de cette coopération intergouvernementale autour du thème de l'emploi, la Commission a, dans sa communication intitulée «Une stratégie concertée pour moderniser la protection sociale» (14 juillet 1999), lancé l'idée d'une coopération renforcée entre les États. Celle-ci s'est traduite par l'instauration, par le Conseil des ministres du Travail et des Affaires sociales, réuni sous la présidence finlandaise à la fin 1999, d'«un groupe de fonctionnaires de haut niveau». Le Conseil européen extraordinaire de Lisbonne, qui a rassemblé les chefs d'État et de gouvernement, a confirmé et légitimé l'activité de ce groupe de travail intergouvernemental en mars

2000 et conduit à une nouvelle forme de collaboration dans le domaine social, baptisée «méthode ouverte de coordination» (MOC) (Regent, 2003).

C'est ainsi qu'est apparu un nouveau cadre de développement de la politique de protection sociale, qui doit, selon les termes mêmes des conclusions de la conférence de Lisbonne, «constituer le troisième élément d'un triangle formé par ailleurs de la politique macroéconomique et de la politique de l'emploi». Il s'agissait ainsi également de créer un processus à côté de celui impulsé par la réunion des ministres des Finances (les conseils des ministres dits ECOFIN») afin que celui-ci prenne en compte les questions d'emploi et de protection sociale d'une façon renouvelée.

«La méthode ouverte de coordination est un moyen de propager des lignes décisionnelles générales entre les acteurs d'un processus de décision publique afin d'établir progressivement des convergences à tous les niveaux de sa mise en œuvre» (Pitseys, 2005). La méthode ouverte de coordination (MOC) constitue une nouvelle forme de collaboration entre États et vient compléter l'intégration dite, à présent, «passive», fondée sur la suppression des barrières intracommunautaires, qui a longtemps été la principale activité de l'Union. Cette nouvelle forme de collaboration rend compte du souci d'accompagner la politique économique commune par la prise en compte de certaines questions sociales, tout en ne touchant pas au principe de la compétence des États membres dans le domaine de la

politique sociale (Zeitlin, Pochet et Magnusson, 2004).

Le chemin de régulation proposé n'est donc pas formellement normatif, au sens de la création de règles de droit, mais la MOC se veut d'abord une régulation par la cognition. Le processus comprend plusieurs étapes:

- tout d'abord, la définition au Conseil européen des lignes directrices des politiques à mener pour une période relativement longue;
- ensuite, l'établissement des indicateurs qualitatifs et quantitatifs ainsi que des critères d'évaluation par rapport aux meilleures performances mondiales et adaptés aux spécificités du contexte européen afin de pouvoir comparer les meilleures pratiques (*benchmarking*);
- puis, la transformation par les États membres de ces lignes directrices en politiques nationales, concrétisées souvent en plans d'action nationaux (PAN), qui sont communiqués aux institutions et aux partenaires européens;
- et, enfin, l'évaluation collective périodique, qui permettra à chaque État d'en tirer des enseignements, au moyen d'un rapport conjoint de la Commission et du Conseil.

Ainsi, comme le soulignaient déjà Stephan Leibfried et Paul Pierson (2002): «Le processus d'intégration européenne a érodé à la fois la souveraineté (nous comprenons par là l'autorité légale) et l'autonomie des États membres (c'est-à-dire la capacité

réelle de régulation) dans le domaine des politiques sociales. Les États membres restent les institutions primaires de la politique sociale européenne, mais dans le contexte d'une politique à plusieurs étages de plus en plus contraignante».

La méthode repose essentiellement sur la fixation de certaines orientations politiques, accompagnée d'un processus de surveillance souple et d'une diffusion suivie d'une comparaison des performances des États. La MOC dispose en outre d'une batterie d'outils spécifiques pour organiser le processus d'apprentissage collectif: des indicateurs de performance et l'usage du *benchmarking*, d'une part et, de l'autre, l'instauration de structures de participation. Ce *benchmarking* se définit comme un processus systématique visant à évaluer des produits, des services, des méthodes de travail en fonction de bonnes pratiques, en vue d'améliorer la performance d'une organisation donnée. Concrètement, cela consiste à sélectionner et à quantifier les indicateurs de performance, à centraliser et à harmoniser les données statistiques nationales, à mesurer les écarts entre les résultats enregistrés et à comparer les politiques gouvernementales à l'aune du principe économique d'excellence compétitive. Le *benchmarking* établi, d'une part, une grille d'analyse — les «bonnes pratiques» — qui permet d'évaluer les acteurs. De l'autre, il organise le processus par lequel les acteurs en cause seront amenés à améliorer leurs performances. Chacun des acteurs est comparé aux autres et chacune des performances, à celle qui la pré-

cède. Dans ce cadre, il revient à l'indicateur de performance d'évaluer diachroniquement et comparativement le comportement des acteurs. L'indicateur définit le champ pratique et les critères qui présideront au *benchmarking*. Il permet par ailleurs d'intégrer entre elles les dimensions européenne, nationale et locale du processus (de la Porte, Pochet et Room, 2001).

La méthode a essaimé, sous des formes d'ailleurs légèrement variables d'un domaine à l'autre. Si le traité d'Amsterdam a introduit un instrument juridique intitulé «Lignes directrices pour l'emploi» dont l'organisation est formalisée dans le traité même, c'est le Conseil européen (la réunion des chefs d'État et de gouvernement, la plus haute instance politique de l'Union) de Cardiff qui a instauré en 1998 un processus d'évaluation des politiques nationales en matière de marchandises et de capitaux («processus de Cardiff»). Le Conseil européen de Cologne de 1999 lance le Pacte européen pour l'emploi, qui met en place le dialogue macroéconomique avec les

partenaires sociaux («processus de Cologne»).

Le Conseil européen de Lisbonne indique que le domaine économique, la recherche, la formation, l'éducation (Cusso, 2006), la société de l'information, la protection sociale, la politique de l'entreprise et, bien sûr, le marché intérieur et l'emploi sont concernés par l'application de la MOC. Le Conseil européen de Nice de 2000 a ajouté à cette liste la lutte contre l'exclusion. Le Conseil européen de Stockholm de 2001 y a ajouté la protection sociale, et celui de Gothenburg de juin 2001, l'environnement.

Ces processus politiques, s'ils ne concernent pas exclusivement ce domaine, constituent aujourd'hui l'activité majeure des institutions communautaires dans le domaine de la protection sociale. Ils «compensent» partiellement l'absence de compétence expresse des institutions communautaires. Ainsi apparaît un «fédéralisme» original multipliant essentiellement des outils de débat mais dont le champ n'est pas clairement défini et qui souffre de la comparaison avec d'autres domaines, notamment ceux traitant de la mise en œuvre des libertés économiques fondamentales, de l'absence d'instruments contraignants (de la Porte, 2002). De plus, les compétences centrales de tout État fédéral, comme la capacité de lever directement des impôts, n'ont pas été transférées aux institutions communautaires. Il s'agit certainement là d'une limite importante qui handicape les discussions entre les instances «centrales» (la Commission et le Parlement de l'Union européenne) et les États membres. La

méthode ouverte de coordination se trouve ainsi «coincée» entre les avancées de la réglementation de mise en œuvre des règles d'un marché unique et une certaine impuissance du communautaire à peser financièrement dans les discussions avec les États membres. Elle se trouve de même critiquée à la fois par ceux qui la trouvent inefficace (de la Porte, 2002) et ceux qui la considèrent comme un moyen de contourner la compétence de principe de l'État national et non des institutions européennes dans le domaine social (Szyszczak, 2006).

Les transferts de compétence sociale des États nationaux vers des entités subétatiques

Le transfert de compétences de l'État central vers des entités subétatiques est un phénomène à l'œuvre depuis une vingtaine d'années. Il a pu être observé notamment à travers le phénomène de «territorialisation».

La volonté de mieux prendre en compte la variabilité et la multiplicité des situations locales a conduit au développement de programmes contractuels entre l'État et les collectivités publiques à un niveau régional ou local, dans des champs aussi variés que l'action sociale, le logement, l'insertion, la santé. Plus encore, il s'est également produit un transfert de la charge financière et de la gestion. Parfois néanmoins, la loi nationale reste le cadre de référence d'attribution des prestations. Si la terminologie varie en fonction des pays — «décentralisation», «régionalisation», «dévolution» —, le même phénomène est à l'œuvre, souvent motivé par

la recherche d'une plus grande efficacité des politiques publiques.

On distinguera essentiellement les transferts de compétences dans la charge seule, accompagnés de transferts de recettes fiscales. Parfois, l'autonomie normative reconnue aux collectivités territoriales infrarégionales a été renforcée par l'octroi d'une autonomie statutaire et réglementaire. Parfois encore, ces changements sont faits dans un cadre constitutionnel quasi constant, comme en France. Dans d'autres pays, on a procédé à des réformes des textes fondamentaux organisant l'État. Parfois, une organisation différenciée est tolérée, par exemple pour les zones métropolitaines, les petites communes et les zones de montagne. Parfois, le modèle reste unitaire et uniforme. Parfois encore, les contrôles externes sur l'activité des communes et provinces ont été allégés, en particulier le contrôle préventif de légalité sur leurs actes; mais parfois la tutelle de l'État reste omniprésente.

La diversité est donc très grande, d'autant plus que ces mouvements concernant les politiques sociales s'insèrent dans un ensemble plus vaste de transfert de compétences. En Irlande, le *Local Government Act* de 1991 a permis de confier aux collectivités locales une compétence générale, assortie d'importants pouvoirs, pour mener toute action d'intérêt local. En outre, des autorités régionales ont été mises en place en 1994. En Grèce, la loi du 13 juin 1994 a transformé les départements, jusqu'alors administrés par l'État, en collectivités territoriales. Dans les pays nordiques, déjà très décentralisés, d'importants transferts de compétences

ont eu lieu au profit des communes. La Finlande a constitué un niveau régional, sans qu'il s'agisse toutefois d'une véritable collectivité. La Belgique est devenue un État fédéré doté de deux niveaux de collectivités, les régions et les communautés. L'Écosse se voit désormais dotée d'un parlement élu, dont les responsabilités toucheront à des secteurs clés tels que l'éducation, la santé et le logement, les seuls secteurs totalement exclus étant les affaires de défense et la politique extérieure. C'est en Espagne¹² et en Italie que les mesures en faveur des collectivités régionales ont connu la plus grande ampleur, avec l'extension par étapes des champs de compétences, l'octroi d'un pouvoir législatif et le renforcement de l'autonomie locale.

Les transferts de compétences ont entraîné la transformation des administrations dans une optique politico-institutionnelle. Ils sont parfois aussi le symbole de la reconnaissance de « nations » nouvelles ou anciennes qui trouvent à exprimer de la sorte leur différence par rapport à un État central, au sein de l'Europe. Au contraire, dans d'autres États, tel que l'Allemagne¹³ (Manow, 2005; Karl et Wink, 2006) ou la Suisse, États fédéraux de longue date, la protection sociale est pour l'essentiel nationale et procède de l'unité du pays. Les compétences sont donc, historiquement et de principe, fédérales. Ainsi, presque paradoxalement, l'Allemagne n'est pas frappée par la vague de décentralisation qui a touché à des degrés divers les autres grands pays européens. Toutefois, ainsi que le montrent les diverses

contributions de ce numéro, les transferts de compétences vers les entités subétatiques sont très hétérogènes et la dévolution des pouvoirs législatifs et financiers en constitue la forme la plus radicale ou la plus achevée. Souvent, pourtant, il n'y a comme en France que transfert des charges financières sans compétences législatives vers les organes élus des entités subétatiques (en France, les régions ou les départements). Le pays de Galles connaît une dévolution exécutive, modèle hybride, dont on interroge la pertinence (Davison, 2005).

Il en résulte un deuxième *patchwork* de compétences déléguées ou communes, parfois croisées, qui vient évidemment rendre les discussions entre États organisées au sein de la méthode ouverte de coordination encore plus complexes. Les deux contributions portant sur le fédéralisme belge¹⁴ et ses transformations illustrent ce propos et la tendance à ne plus prendre en compte que deux espaces juridiques, celui de l'Union européenne subsidiaire et celui de la région.

Un enjeu majeur et probablement une difficulté supplémentaire consisteront pour l'Europe à prendre en compte, plus qu'elle ne le fait aujourd'hui avec ses fonds structurels de développement, ces sphères subétatiques dans l'élaboration des lignes directrices des politiques sociales. Aux entités subétatiques de prendre en compte également l'Europe autrement que comme bailleur de fonds pour d'éventuelles aides régionales en concurrence avec d'autres institutions internationales donatrices (Sarfaty, 2005).

L'Union européenne et les régimes fédératifs : les irréductibles spécificités européennes

20

On le voit, le débat sur l'organisation des relations entre les différents niveaux d'activité législative dans le domaine de la protection sociale est loin d'être clos (Esti, 2006). On remarquera enfin que le prétendu « désordre normatif » souvent critiqué lorsqu'il est question de l'Union européenne (Oberdorff, 2006) n'est pas absent d'autres constructions de type fédéral. À cela, rien d'étonnant puisque l'organisation des fédérations résulte de compromis politiques subtils et qu'elle est dès lors susceptible d'évolutions et d'interprétations variables dans le temps.

Francis Kessler
UFR 12 Droit social
Université de Paris I
Panthéon Sorbonne

Notes

- ¹ Du nom de l'ancien commissaire européen à la concurrence Frits Bolkestein.
- ² Journal officiel de l'Union européenne n° C 310 du 16 décembre 2004.
- ³ En ligne : www.pouruneurope sociale.org.

⁴ À titre d'exemple parmi d'autres, *l'Humanité*, journal du Parti communiste français, pouvait-il titrer le 19 février 2005 : « Bolkestein, délocalisations, constitution : une même logique » ; alors que Jacques Delors s'exclamait : « Lisez-le, au lieu de les écouter ! Vous verrez que la Constitution est un texte où la préoccupation sociale existe tout autant que le souci économique. C'est un compromis équilibré ». Jacques Delors, *Le Nouvel Observateur*, 28 avril 2005.

⁵ Voir également les contributions de Bruno Théret, de Peter Graefe et Mario Levesque et de Gérard Boismenu dans ce numéro.

⁶ Voir à titre d'illustration les contributions de Peter Abrahamson et de Nicole Kerschen et Isabelle Roussel-Vernet.

⁷ Voir les contributions de Bruno Théret et de Peter Abrahamson dans ce numéro et la bibliographie citée.

⁸ Les traités ultérieurs d'Amsterdam (1997) et de Nice (2001) ont renforcé les organes d'action communs et développé une comitologie mais sans transfert de compétence de souveraineté qui permettrait la création de normes de droit.

⁹ On comparera cette approche avec l'affaire *Malartic Hygrade Gold Mines v. R.* Le juge Deschenes de la Cour supérieure du Québec avait à trancher la question de savoir si le paragraphe 6(2)(b) de la Charte canadienne des droits et libertés garantissait le droit d'un avocat du barreau de l'Ontario d'exercer son activité devant les juridictions québécoises sans y être inscrit ou sans licence du barreau du Québec. Il a à cette occasion pu affirmer : « Cette disposition vise sans doute à donner à la citoyenneté canadienne son sens véritable et à prévenir l'érection de murailles artificielles entre les provinces ».

¹⁰ La plupart des États membres disposent d'une législation nationale propre qui permet d'appréhender les phénomènes anticoncurrentiels (accords restrictifs, abus de position dominante et concentrations). Le droit

national permet notamment de poursuivre les pratiques qui n'ont pas d'effet sur le commerce entre les États membres.

¹¹ Voir l'article de Nicole Kerschen et Isabelle Roussel-Vernet dans ce numéro.

¹² Voir la contribution de Philippe Pochet et Pierre Reman, de Daniel Béland et André Lecours et de Maude Chapados dans ce numéro.

¹³ Voir la contribution de Eberhard Eichenhofer dans ce numéro.

¹⁴ Voir Yves Jorens et Philippe Pochet et Pierre Renan dans ce numéro.

Bibliographie

- BARBIER, Jean-Claude. 2004. « La Stratégie européenne pour l'emploi : genèse, coordination communautaire et diversité nationale », *Rapport de recherche du CEE*, n° 16, octobre.
- BEAUVAIS, Jean-Marie et Jean-Philippe FOUQUET. 2005. *Référendum du 29 mai 2005 : le clivage centristes/extrémistes gomme le clivage gauche/droite*, Notes et études du CEVIPOF, XVII.
- BÉLAND, Daniel et François VERGNIOL DE CHANTAL. 2004. « Fighting big government : frames, federalism, and social policy reform in the United States », *Cahiers canadiens de sociologie*, 29, 2 : 237-258.
- BIEBER, Roland et Isabelle SALOMÉ. 1996. « Hierarchy of norms in European law », *Common Market Law Review CMLRev*, 33, 5 : 909-932.
- BOGDANOR, Vernon. 2005. « Constitutional reform in Britain : the quiet revolution », *Annual Review of Political Science*, 8 : 73-79.
- BRAULT, Philippe, Guillaume RENAUDINEAU et François SICARD. 2005. *Le principe de subsidiarité*, Études de la documentation fran-

- caise 5214, Paris, La documentation française.
- CHANEY, Paul et Mark DRAKE-FORD. 2004. «The primacy of ideology: social policy and the first term of the National Assembly for Wales», *Social Policy Review*, 16: 121-142.
- CHEMERINSKY, Erwin. 2006. «The assumptions of federalism. Looking backward, looking forward: the legacy of Chief Justice Rehnquist and Justice O'Connor», *Stanford Law Review*, 58, 6: 1763-29.
- CHEVALLIER, Jacques. 1992. «Décentralisation et politiques publiques», *L'Actualité juridique Droit administratif AJDA*, numéro spécial: 120-126.
- CLERGERIE, Jean-Louis. 1997. *Le Principe de subsidiarité*. Paris, Ellipses.
- COMMISSION EUROPÉENNE. 2005. *La constitution européenne: sondage post-référendum en France*. Luxembourg, Flash Eurobaromètre 171/TNS Sofres c/o EOS Gallup Europe.
- CONSTANTINESCO, Vlad. 1991. «La subsidiarité comme principe constitutionnel de l'intégration européenne», *Swiss Review of International Economic Relations*, octobre: 439-459.
- CUSSO, Rosser. 2005. «La constitution européenne et l'éducation», *Nouveaux regards*, n° 28, hiver.
- DAVID, Alexander. 2005. «Rethinking fiscal federalism», *Harvard Law Review*, 118, 8: 2546-2652.
- DAVISON, Caroline. 2005. «La dévolution au pays de Galles: état des lieux et perspectives», *Revue du droit public*, n° 3: 733-745.
- DE MESTRAL, Armand et Jan WINTER. 2001. «Mobility rights in the European Union and Canada», *McGill Law Journal*, 46, août: 979-1001.
- DE LA PORTE, Caroline. 2002. «Is the open method of coordination appropriate for organizing activities at European level in sensitive political areas?», *European Law Journal*, 8, 1: 38-45.
- DE LA PORTE, Caroline, Philippe POCHE et G. ROOM. 2001. «Social benchmarking, policy-making and the instruments of new governance in the European Union», *Journal of European Social Policy*, 11, 4: 296-310.
- DELPEREE, Francis, dir. 2002. *Le Principe de subsidiarité*. Bruxelles, Paris Bruylant, LGDJ Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, n° 37.
- DE SCHUTTER, Olivier et Stéphanie FRANCO. 2005. «La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur: reconnaissance mutuelle, harmonisation des conflits de lois dans l'Europe élargie», *Cahiers de droit européen*, 5-6: 603-617.
- DONNELLY, Caitlin et Robert D. OSBORNE. 2005. «Devolution, social policy and education: some observations from Northern Ireland», *Social Policy and Society*, 4, 2: 147-160.
- D'ONORIO, Joël-Benoît, dir. 1995. *La Subsidiarité. De la théorie à la pratique*. Paris, Téqui.
- DUFOUR, Pascale. 2006. «The 2005 referendum on the constitutional treaty in France: more, not less Europeanization of the French political space», Conférence of the Council for European Studies, 30 mars-3 avril, Chicago.
- ESTY, Daniel C. 2006. «Good governance at the supranational scale: globalizing administrative law», *Yale Law Journal*, 115, 7: 1490-1562.
- FISCHER, Thomas C. 2006. «An American look at the European Union», *European Law Journal*, 12, 2: 276-308.
- HARLES, John et Jamie DAVIES. 2005. «Federalism matters: welfare reform and the inter-governmental balance of power in Canada and the United States», *Canadian-American Public Policy*, 61: 148-170.
- JALBERT, Lizette et Laurent LEPAGE, dir. 1986. *Néoconservatisme et restructuration de l'État. Canada – États-Unis – Angleterre*. Montréal, Les Presses de l'Université du Québec.
- KARL, Helmut et Rüdiger WINK. 2006. «Innovation policy and federalism: the German experience. Analysis of innovation policy», *International Journal of Foresight and Innovation Policy*, 2, 3/4: 265-301.
- KELEMEN, Daniel R. 2004. *The Rules of Federalism: Institutions and Regulatory Politics in the EU and Beyond*. Cambridge, MA, Harvard University Press.
- KESSLER, Francis et Jean-Philippe LHERNOULD. 2002. «L'impact sur le droit de la protection sociale de la jurisprudence de la CJCE relative à la libre prestation des services», *Droit social*, 7-8: 748-760.
- LAURENT, Annie et Nicolas SAUGER. 2005. «Le référendum de ratification du Traité constitutionnel européen: comprendre le "non" français», Cahier du Cevipof, 42.
- LAZAR, Harvey. 1998. «Non-constitutional renewal: toward a new equilibrium in the federation», dans Harvey LAZAR, éd. *Canada: The State of the Federation 1997. Non-Constitutional Renewal*. Kingston, ON, Institute of Intergovernmental Relations: 5-35.
- LEIBFRIED, Stephen et Paul PIERSON. 2002. «Social policy. Left to courts and markets?», dans Helen WALLACE et William WALLACE, éd. *Policy-Making in the European Union*. Oxford, Oxford University Press: 268-312.
- LENAERTS, Koen. 1991. «Some reflections on the separation of powers in the European Community», *Common Market Law Review*, 28, 1: 11-22.
- LHERNOULD, Jean-Philippe. 2001. «L'accès aux prestations sociales des citoyens de l'Union européenne», *Droit social*, 12: 1103-1115.
- MANOW, Philip. 2005. «Federalism and the welfare State: the German

- case», Document de travail. Cologne, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung.
- MCLAUGHLIN, Edward. 2005. «Governance and social policy in Northern Ireland 1999-2004: the devolution years and postscript», *Social Policy Review*, 17: 107-117.
- MCLEAN, Iain. 2003. «Devolution bites: Devolution has allowed social policy experiments in Scotland and Wales. But it also has unintended effects», *Prospect*, 84, mars: 20-32.
- MICHEL, Valérie. 2003. *Recherches sur les compétences de la communauté*. Paris, L'Harmattan.
- PARRY, Richard. 2004. «Devolution and social security in Scotland», *Benefits*, 12, 3: 169-201.
- PERRINEAU, Pascal, dir. 2005. *Le vote européen, de l'élargissement au référendum français*. Paris, Presses de sciences po.
- PIRIS, Jean-Claude. 2005. «L'Union européenne: vers un nouvelle forme de fédéralisme?», *Revue trimestrielle de droit européen*, 2: 242-252.
- OBERDORFF, Henri. 2006. «Ordre et désordre normatifs dans l'Union européenne», *Revue du droit public*, 2: 113-121.
- PITSEYS, John. 2005. «La méthode ouverte de coordination», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 34: 63-71.
- RAVEAUD, Gilles. 2005. «L'évaluation des politiques d'emploi nationales par la Commission européenne: qui gagne perd?», dans Evelyne CHATEL, Thierry KIRAT et Robert SALAIS, éd. *L'action publique et ses dispositifs. Institutions, économie, politique*. Paris, L'Harmattan: 231-345.
- REGENT, Sabrina. 2003. «The open method of coordination: a new supranational form of governance?», *European Law Journal*, 9, 2: 190-201.
- REVUE DE DROIT SANITAIRE ET SOCIAL, 1/2005: «Acteurs locaux et décentralisation».
- REVUE FRANÇAISE DES AFFAIRES SOCIALES, n° 4, octobre-décembre 2004: «Décentralisation: enjeux et débats».
- RICARD-NIHOUL, Gaëtane. 2005. Le «non» français du 29 mai 2005: comprendre, agir. Paris, Fondation Notre Europe. http://www.notreeurope.asso.fr/article.php3?id_article=876&tlang=fr.
- RODIERE, Pierre. 1991. «Sur les effets directifs du droit social communautaire», *Revue trimestrielle de droit européen*, 27, 4: 565-572.
- SARFATY, Galit A. 2005. «The World Bank and the internalization of indigenous rights norms», *Yale Law Journal*, 114, 7: 1791-29.
- SZYSZCZAK, Erika. 2006. «Experimental governance: the open method of coordination», *European Law Journal*, 12, 4: 486-501.
- SULLIVAN, Mark et Mark DRAKE-FORD. 2004. «Devolution, divergence and social policy», *Cylchgrawn Cyfraith a Pholisi Cymru/Wales Journal of Law and Policy*, 3: 7-18.
- TEAGUE, Paul. 1994. «Integrative federalism and EU social policy», *Employee Relations*, 16, 6: 26-37.
- ZEITLIN, Jonathan, Philippe POCHE et Lars MAGNUSSON. 2004. *The Open Method of Coordination in Action: The European Employment and Social Inclusion Strategies*. Bruxelles, PIE-Peter Lang.