

**LA SÉCURITÉ SOCIALE DES PERSONNES ET, EN
PARTICULIER, DES
AVOCATS QUI SE DÉPLACENT À L'INTÉRIEUR DE LA
COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE**

par

Sean VAN RAEPENBUSCH

Référéndaire à la CJCE
Chargé de cours à l'Université de Liège

1. Objectif. Les disparités entre les législations nationales de sécurité sociale constituent une source d'obstacles à la mobilité des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, raison pour laquelle les auteurs du traité de Rome ont expressément confié au Conseil la mission d'adopter les mesures nécessaires à l'établissement de la libre circulation des travailleurs - salariés - dans le domaine de la sécurité sociale. A cet effet, l'article 42¹ du traité prévoit l'institution notamment d'un système permettant d'assurer aux travailleurs migrants et à leurs ayants droit:

¹ Depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, le Parlement européen est directement associé à l'action législative dès lors que le nouvel article 42 du traité renvoie à la procédure de codécision telle qu'elle est organisée à l'article 251 du même traité.

- 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.

Il ne s'agit que de deux moyens possibles parmi un ensemble de mesures qu'il appartient au Conseil de prendre en vue de promouvoir la libre circulation des travailleurs².

Dès ses premiers arrêts en la matière, la Cour de justice n'a pas manqué de replacer l'ex-article 51 du traité et le droit qui en est dérivé dans le contexte de la liberté de circulation en usant de la méthode de l'interprétation téléologique. C'est ainsi qu'à plusieurs reprises, elle a jugé que "les articles 48 à 51 du traité (devenus articles 39 à 42) s'opposent à ce que, par suite de l'exercice de leur droit à la libre circulation, les travailleurs migrants perdent des avantages de sécurité sociale que leur assure la législation d'un État membre; une telle conséquence pourrait dissuader les travailleurs communautaires d'exercer leur droit à la libre circulation et constituerait, dès lors, une entrave à cette liberté" (arrêt du 9 décembre 1993, Lepore e.a., C-45 et 46/92, Rec. p. I-6535; voy. dans le même sens arrêts du 4 octobre 1992, Paraschi, C-349/87, Rec. p. I-4501, point 22; du 30 mars 1993, de Wit, C-282/91, Rec. p. I-1238; du 5 mars 1994, Van Munster, C-165/91, Rec. p. I-4661).

2. Travailleurs non salariés. Le traité ne contient pas de disposition expresse analogue à celle de l'article 42 qui aurait permis d'abolir les obstacles inhérents à la sécurité sociale pour l'établissement de la libre circulation des personnes exerçant une activité non salariée dans le cadre du droit d'établissement et de la libre prestation de services.

La coordination des régimes de sécurité sociale applicables aux travailleurs non salariés, que la Commission avait envisagée déjà lors de la révision des règlements n^{os} 3 et 4, en 1966, mais qui ne devait pas être retenue, est apparue particulièrement indispensable avec les progrès accomplis dans la réalisation de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, en raison de l'évolution des systèmes de sécurité sociale des six États membres originaires, qui tendaient de plus en plus à assurer ou à renforcer la protection sociale des

² Voy. arrêts du 19 mars 1964, Unger, 75/63, Rec. p. 362; du 19 juin 1964, Nonnenmacher, 92/63, Rec. p. 557 ; du 16 juillet 1964, Van der Veen, 100/63, Rec. p. 1105 ; du 12 juillet 1984, Patteri, 242/83, Rec. p. 3171.

travailleurs non salariés et, enfin, du fait que, dans deux des nouveaux États membres, en 1973, les travailleurs non salariés jouissaient de la même protection sociale, ou presque, que les travailleurs salariés.

Il a fallu attendre 1981 pour voir adopter le règlement (CEE) n° 1390/81³, fondé notamment sur l'ancien article 235 (devenu article 308) du traité, étendant les règlements n°s 1408/71 et 574/72 aux indépendants et aux membres de leur famille. Depuis cette date, la réglementation communautaire est donc applicable aux avocats comme à n'importe quel autre travailleur non salarié.

3. Fonctionnaires et étudiants. Ce mouvement d'extension personnelle des règlements s'est poursuivi dans le contexte de l'établissement d'un "espace sans frontières", visé à l'article 14 du traité, pour permettre à terme à toutes les personnes assurées, c'est-à-dire couvertes par un régime de sécurité sociale d'un État membre, quel que soit leur statut (étudiants en leur qualité propre, fonctionnaires, non actifs, ...), de bénéficier de la coordination communautaire des législations de sécurité sociale.

C'est ainsi que deux règlements ont été adoptés récemment par le Conseil: le règlement n° 1606/98, du 29 janvier 1998⁴, visant l'extension de la réglementation communautaire aux régimes spéciaux des fonctionnaires et le règlement n° 307/99, du 8 février 1999⁵, visant son extension aux étudiants.

4. Ressortissants de pays tiers. Le moment était venu, à l'aube du XXI^e siècle, d'étendre le bénéfice de la coordination des régimes de sécurité sociale des États membres à tout ressortissant d'État tiers, en sa qualité propre, dès lors qu'il réside régulièrement à l'intérieur de la Communauté. C'est chose faite depuis l'entrée en vigueur au 1^{er} juin 2003 du règlement (CE) n° 859/2003⁶, lequel fait suite au Conseil européen de Tampere, qui, en octobre 1999, avait préconisé un traitement équitable pour les ressortissants des pays tiers qui

³ JOCE n° L 143, du 29 mai 1981.

⁴ JOCE n° L 209, du 25 juillet 1998

⁵ JOCE n° L 38, du 12 février 1999

⁶ Règlement (CE) n° 859 de 2003 du Conseil du 14 mai 2003 visant à étendre les dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71 et du règlement (CEE) n° 574/72 aux ressortissants de pays tiers qui ne sont pas déjà couverts par ces dispositions uniquement en raison de leur nationalité, JOCE L 124 du 20 mai 2003, p. 1.

On constatera que ce règlement est fondé sur l'article 63, point 4, CE, qui fait partie du titre IV «Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes», incorporant dans le pilier communautaire une partie du troisième pilier, comme suite au traité d'Amsterdam.

Ceci explique que le Danemark n'a pas participé à l'adoption dudit règlement, conformément aux articles 1^{er} et 2 du protocole sur la position du Danemark, annexé au TUE. Il n'est donc pas lié par le règlement.

résident légalement dans l'Union et le rapprochement de leur statut juridique de celui des ressortissants des États membres.

Une telle extension n'a pas pour signification qu'un ressortissant d'un pays tiers aurait le droit de circuler librement à l'intérieur de la Communauté, mais que celui ou celle qui a régulièrement circulé à l'intérieur de la Communauté est dorénavant protégé. Ni plus ni moins⁷. On mentionnera, à cet égard, l'influence certaine exercée par la Cour européenne des droits de l'homme qui, dans son arrêt *Gaygusuz/Autriche*, a fait application du principe de non-discrimination à propos de l'octroi de prestations de sécurité sociale à un ressortissant turc⁸.

Le règlement n° 859/2003 se borne à étendre l'application des règlements n°s 1408/71 et 574/72 «aux ressortissants de pays tiers qui ne sont pas déjà couverts par ces dispositions uniquement en raison de leur nationalité, ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants, dès lors qu'ils se trouvent en situation de résidence légale dans un État membre et dans des situations dont tous les éléments ne se cantonnent pas à l'intérieur d'un seul État membre (article 1^{er}).

L'article 2 du règlement n° 859/2003 comporte d'importantes dispositions transitoires visant, dans l'ensemble, à garantir l'application du règlement pour l'avenir (à compter du 1^{er} juin 2003), y compris les effets futurs de situations nées dans le passé, sur le modèle de ce qui figure déjà dans le règlement n° 1408/71, notamment lorsque celui-ci a été étendu aux travailleurs non salariés, en 1981.

5. État actuel de la réglementation. Les règlements n°s 1408/71 et 574/72, de nombreuses fois modifiés, ont été mis à jour par le règlement (CE) n° 118/97 du Conseil, du 2 décembre 1996⁹, et, depuis lors, plusieurs modifiés¹⁰.

La Commission a présenté au Conseil, en décembre 1998, une proposition de règlement modifiant profondément le règlement n° 1408/71 en vue de sa simplification, comme suite à l'appel lancé en ce sens par le Conseil européen, à

⁷ On rappellera qu'auparavant, les ressortissants de pays tiers étaient déjà couverts par le règlement n° 1408/71 en leur qualité de conjoint ou de membre de la famille d'un travailleur communautaire, d'apatride ou réfugié, ou encore protégés au titre d'accords conclus entre la Communauté et certains États tiers, notamment la Turquie et les pays du Maghreb.

⁸ V.H. Verschueren, «EC social security coordination excluding third country nationals: still in line with fundamental rights after *Gaygusuz* judgment?», *CML Rev.*, 1997, p. 991; D. Pieters, «The legal foundations of a possible extension of Community provisions on social security to third country-nationals legally residing and/or moving in the European Union» in P. Schoukers (ed.): *Prospects of Social Security coordination*, Leuven, Acco, 1997, p. 15.

⁹ JOCE n° L 28 du 30 janvier 1997, p. 1

¹⁰ En dernier lieu par le règlement (CE) n° 1386/2001, JOCE n° L 187, du 10 juillet 2001, p.1.

Edimbourg, en 1992¹¹ Cette proposition, que l'on ne saurait examiner ici-même, est toujours à l'examen.

6. Plan. Nous nous proposons d'exposer, dans ses grandes lignes, la réglementation communautaire relative à la sécurité sociale des travailleurs migrants, telle qu'interprétée par la Cour de justice, en mettant l'accent sur ses aspects qui pourraient plus particulièrement concerner les avocats, même s'il s'agit d'une réglementation horizontale ayant vocation à s'appliquer à tout travailleur, salarié ou non salarié, se trouvant dans une situation comportant un élément d'extranéité, ainsi qu'aux membres de sa famille.

Les développements qui suivent comportent deux parties. La première partie est consacrée à la délimitation du champ d'application (matériel, personnel et territorial) des règlements n° 1408/71 et 574/72; la deuxième partie est consacrée à l'étude des principes directeurs de la coordination des régimes nationaux de sécurité sociale (égalité de traitement, détermination de la législation applicable, conservation des droits acquis et des droits en cours d'acquisition, coopération loyale) et à leurs conséquences pour chacune des branches de la sécurité sociale couvertes, y compris les dispositions relatives au règlement du cumul des prestations.

Il va sans dire, compte tenu de l'étendue de la matière, qu'il n'a pas été possible, dans le cadre de la présente étude, d'aborder, dans le détail, l'ensemble des règles de coordination applicables aux diverses branches de sécurité sociale, susceptibles de déterminer l'étendue de la couverture sociale d'un avocat ayant exercé son droit à la libre circulation.

¹¹ Voy. la proposition de règlement (CE) du Conseil portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, présentée par la Commission au Conseil en décembre 1998 (Doc COM (1198) 779 fina).

TITRE I^{er} LE CHAMP D'APPLICATION DES REGLEMENTS N° 1408/71 ET N° 574/72

CHAPITRE 1 LE CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL

7. Notion de sécurité sociale. Le règlement n° 1408/71 ne couvre pas toute prestation de sécurité sociale prévue par les législations nationales des États membres. Il aurait été extrêmement difficile de proposer une définition "par compréhension" de la notion de sécurité sociale à laquelle se rattacherait la réglementation communautaire en matière de sécurité sociale des travailleurs migrants pour délimiter son champ d'application matériel.

Le règlement n° 1408/71 n'a du reste nullement pour objet de définir ce qu'est ou n'est pas une prestation de sécurité sociale, entreprise qui s'avérerait fort aléatoire compte tenu des disparités entre les législations nationales à cet égard, qu'il ne s'agit pas d'harmoniser¹², et de l'évolution constante de la notion de sécurité sociale.

L'article 4 du règlement n 1408/71 se borne ainsi à énumérer, en son paragraphe 1, les branches de sécurité sociale couvertes par le règlement, à savoir:

- les prestations de maladie et de maternité;
- les prestations d'invalidité, y compris celles qui sont destinées à maintenir ou à améliorer la capacité de gain;
- les prestations de vieillesse et de survie;
- les prestations d'accident du travail et de maladie professionnelle;
- les allocations de décès;
- les prestations de chômage;
- les prestations familiales¹³.

¹² S'agissant de l'harmonisation des régimes de sécurité sociale, il y aurait lieu de se référer soit à l'article 137, paragraphe 3, du traité (le Conseil statuant à l'unanimité, sur proposition de la Commission, après consultation du Parlement européen, du Comité économique et social et du Comité des régions), soit à l'article 138 (dialogue social).

¹³ À noter qu'à ce jour, la prestation de préretraite ne relève pas du champ d'application du règlement, ce qui ne signifie nullement que son titulaire ne puisse être considéré comme un travailleur au sens de l'article 1^{er}, lettre a), du règlement et bénéficiaire, à ce titre, des dispositions de celui-ci, notamment dans le domaine des soins de santé, en vertu de l'article 19 du règlement n° 1408/71. Il est acquis en jurisprudence que «la définition de travailleur salarié (ou non salarié) édictée par l'article 1^{er}, lettre a), du règlement n° 1408/71 aux fins de l'application dudit règlement a une portée générale et couvre toute personne qui, exerçant ou non une activité professionnelle, possède la qualité d'assuré au titre de la législation de sécurité sociale d'un ou plusieurs États membres» (arrêt du 31 mai 1979, Pierick, 182/78, Rec. p. 1977).

Plusieurs arrêts de la Cour illustrent cependant les lacunes de la réglementation communautaire vis-à-vis des travailleurs préretraités. Ainsi, la Cour a jugé qu'un État membre est en droit de précompter des cotisations d'assurance maladie sur des indemnités de préretraite (ou des retraites complémentaires), ne

Le règlement s'applique également aux régimes spéciaux de fonctionnaires depuis le 25 octobre 1998 (règlement 1606/98, précité).

Par ailleurs, l'article 4, paragraphe 4, exclut formellement, au moins pour éviter toute ambiguïté, l'assistance sociale¹⁴ ainsi que les "régimes de prestations en faveur des victimes de la guerre", visant essentiellement à compenser les dommages subis et les épreuves endurées durant les deux guerres mondiales.

Quant aux structures juridiques et financières mises en place du règlement s'applique à tout régime de sécurité sociale, spécial, c'est-à-dire visant certaines catégories de travailleurs, ou général, contributif ou non contributif (article 4, paragraphe 1).

8. Législations. La désignation des risques n'aurait pas été suffisante pour délimiter le champ d'application matériel du règlement sans une définition du terme "législations". C'est chose faite avec l'article 1^{er}, lettre j) du règlement, selon lequel:

"le terme 'législations' désigne, pour chaque État membre, les lois, les règlements, les dispositions statutaires et toutes autres mesures d'application, existants ou futurs, qui concernent les branches et régimes de sécurité sociale visés à l'article 4, paragraphes 1 et 2". Selon la Cour de justice, "cette définition se caractérise par son contenu large, englobant tous les types de mesures législatives, réglementaires et administratives adoptées par les États membres et doit être comprise comme visant l'ensemble des mesures nationales applicables en la matière"¹⁵.

Il appartient aux États membres de mentionner, conformément à l'article 5 du règlement, les législations et régimes visés dans des déclarations notifiées au

relevant pas du champ d'application matériel du règlement n° 1408/71, versées à des personnes qui résident dans un autre État membre où elles bénéficient déjà, du fait de la législation de cet État, de prestations de maladie. Le principe de l'unicité de la législation applicable (notamment en matière de perception de cotisations de sécurité sociale) ne trouve ainsi pas à s'appliquer au profit de bénéficiaires d'une préretraite ou d'une retraite complémentaire non visés par les articles 13, paragraphe 2, et 14 à 17 du règlement n° 1408/71. De même, un État membre peut refuser d'accorder les allocations familiales aux personnes bénéficiant d'une pension de préretraite lorsqu'elles ne résident pas aux Pays-Bas (arrêt du 28 novembre 1991, Commission/Pays-Bas, C-198/90, Rec. P. I-5799).

¹⁴ Laquelle peut cependant s'analyser en un « avantage social » au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1612/68. Voy. les aff. 249/83, Hoeckx, et 122/84, Scrivener, Rec. 1985, pp. 974 et 1028, à propos de l'aide financière garantissant un minimum de moyens d'existence (minimex) instituée par la loi belge du 7 août 1974. Sur la recherche menée par la Cour de justice de critères suffisamment fiables et précis sur la base desquels la distinction entre les deux modes de protection sociale, que conduisent la sécurité sociale et l'assistance, peut être opérée, voy. notre étude « L'applicabilité matérielle du règlement (CEE) n° 1408/71 en matière de sécurité sociale des travailleurs migrants », *Journal des tribunaux du travail*, 1986, p. 369 ; infra, n° 9.

¹⁵ Arrêt du 31 mars 1977, Bozzone, 87/76, Rec. p. 687, point 10.

président du Conseil et publiées au Journal officiel des Communautés européennes. Ces déclarations, suivant une jurisprudence de la Cour, n'ont qu'une portée indicative et nullement constitutive¹⁶. Par contre, la circonstance qu'un État membre a mentionné une loi dans sa déclaration doit être admise comme établissant que les prestations accordées sur la base de cette loi sont des prestations de sécurité sociale au sens du règlement n° 1408/71¹⁷.

9. Dispositions conventionnelles. Les dispositions conventionnelles sont, en principe, exclues du champ d'application du règlement, ce qui s'explique par le foisonnement assez considérable des régimes complémentaires dans les États membres, et leur grande hétérogénéité, aussi regrettable qu'elle puisse être pour les travailleurs migrants.

Toutefois, lorsqu'il s'agit de dispositions conventionnelles servant à la mise en oeuvre d'une obligation d'assurance résultant des législations relatives aux régimes et branches de sécurité sociale visés à l'article 4, cette limitation peut être levée par une déclaration de l'État membre intéressé¹⁸.

Ainsi, depuis 1999, les régimes français de retraite complémentaire et de préretraite ARGIC et ARRCO, qui ont fait l'objet d'une déclaration, relèvent du champ d'application du règlement.

Il convient également, dans ce contexte, de se référer à la directive 98/49/CE du Conseil, du 29 juin 1998, relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté.¹⁹ Cette directive tend, pour l'essentiel, à garantir l'égalité de traitement en ce qui concerne le maintien des droits à pension, en particulier lorsque les affiliés ont quitté un État membre pour un autre, les paiements transfrontaliers ainsi que le maintien du versement des cotisations en cas de détachement de l'affilié dans un autre État membre.

En tout état de cause, même à propos d'un régime de retraite complémentaire et de préretraite, qui n'aurait fait l'objet d'aucune déclaration, et qui ne constituerait donc pas une législation au sens du règlement n° 1408/71, il importe de souligner que ses conditions d'application doivent, à tout le moins, être

¹⁶ Arrêt du 15 juillet 1964, Van der Veen, 100/63, Rec. p. 1105 ; du 2 décembre 1964, Dingermans, 24/64, Rec. p. 1263.

¹⁷ Arrêts du 29 novembre 1977, Beerens, 35/77, Rec. p. 2249 ; du 18 mai 1995, Rheinhold et Mahla, 327/92, Rec. p. I-1223 ; du 11 juillet 1996, Otte, 25/95, Rec. p. I-3745 ; du 20 février 1997, Martinez Losada, 86, 102 et 103/95, Rec. p. I-869.

¹⁸ Cette clause a été introduite principalement pour permettre au gouvernement français de faire entrer dans le champ d'application du règlement le régime français d'assurance chômage Unedic.

¹⁹ JOCE n° L 209, du 25 juillet 1998, p. 46.

conformes à la règle de l'égalité de traitement inscrite tant à l'article 39 du traité qu'à l'article 7 du règlement n° 1612/68. Une disposition nationale doit être considérée comme indirectement discriminatoire lorsqu'elle est susceptible, par sa nature même, d'affecter davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers (arrêt du 27 novembre 1997, Meints, C-57/96, Rec. p. I-6708, point 45; voir, à propos de la condition de résidence imposée par une convention collective pour l'octroi de "points gratuits" de retraite complémentaire, en faveur de travailleurs mis en cessation anticipée d'activité, l'arrêt du 24 septembre 1998, Commission/France, C-35/97, Rec. p. 5341).

10. Extension du champ d'application sous l'effet de la jurisprudence de la Cour. Même si les huit branches traditionnelles de la sécurité sociale énumérées à l'article 4, paragraphe 1, sont à la fois constitutives et limitatives du domaine d'application du règlement, la Cour de justice a adopté une définition large, fonctionnelle, de celui-ci. Sans doute a-t-elle été sensible au contenu évolutif, même "attractif", suivant l'expression de l'avocat général Mayras²⁰, de la sécurité sociale qui, au-delà des mesures curatives, s'est vu reconnaître la fonction de prévenir les risques, et au-delà de l'amélioration du niveau de vie, celle d'améliorer la qualité de la vie, voire de promouvoir une certaine politique de l'emploi. Ont été ainsi considérées par la Cour de justice comme des prestations de sécurité sociale au sens du règlement:

- les mesures prophylactiques dans le secteur des soins de santé²¹ ;
- les aides à la formation professionnelle, qualifiées de prestations de chômage par la Cour de justice à la condition qu'elles concernent des travailleurs déjà en chômage ou qui sont encore en activité, mais qui se trouvent sous le coup d'une menace concrète de chômage²²
- les prestations de dépendance en nature ("soins à domicile"), destinés à améliorer l'état de santé et la qualité de vie des personnes dépendantes, considérées par la Cour comme des prestations de maladie (arrêts du 5 mars

²⁰ Expression empruntée à la jurisprudence administrative française à propos de la notion de « travail public ». Voy. les conclusions de l'avocat général dans l'aff. 1/72, Frilli, Rec. 1972, p. 457.

²¹ Arrêts du 16 novembre 1972, Heinze, 14/72, Land Niedersachsen, 15/92, et Allgemeine Ortskrankenkassen Hamburg, 16/72, Rec. pp. 1105, 1127 et 1141. Voy. aussi arrêt du 18 septembre 1980, allgemeine Ortskrankenkassen Mittelfranken, 818/79, Rec. p. 2729.

²² Arrêt du 4 juin 1987, Campana, 375/85, Rec. p. 2404. Il appartient aux autorités nationales, sous le contrôle du juge, d'apprécier dans chaque cas particulier, si le travailleur en activité, demandeur d'une prestation d'aide à la formation professionnelle, peut être regardé comme se trouvant sous le coup d'une menace concrète de chômage (points 12 et 13).

1998, Molenaar, C-160/96, Rec. p. I-843, et du 8 mars 2001, Jauch, C-215/99, Rec. p. I-1901);

- les avances sur pension alimentaire, destinées à compenser le préjudice résultant du non-paiement de la pension par l'un des parents, considérées par la Cour comme des prestations familiales (arrêt du 15 mars 2001, Offermanns, C-85/99, Rec. p. I-2261). En conséquence, les personnes résidant sur le territoire d'un État membre auxquelles les dispositions de ce règlement sont applicables sont admises au bénéfice d'une telle prestation prévue par la législation de cet État dans les mêmes conditions que les ressortissants nationaux, conformément à l'article 3 dudit règlement (en l'occurrence, les enfants de parents divorcés, de nationalité allemande et résidant en Autriche, avaient sollicité, en raison de l'insolvabilité du père, une avance sur pension alimentaire et s'étaient vu refuser en raison de leur nationalité l'octroi de cette avance);
- surtout, les prestations non contributives de type mixte, prestations "frontières" issues de l'intégration progressive, constatée dans différents droits internes, de l'assistance dans la sécurité sociale²³.

De façon générale, il ressort de cette jurisprudence que la différence entre prestations exclues du champ d'application du règlement n° 1408/71 et prestations qui en relèvent, repose essentiellement sur les éléments constitutifs de chaque prestation, notamment ses finalités et ses conditions d'octroi, en particulier la position légalement définie qu'elle confère au bénéficiaire, et que le critère décisif qui permet d'attirer la prestation dans le champ d'application matériel défini par l'article 4, paragraphe 1, du règlement est le rattachement à titre supplétif ou complémentaire de la prestation à l'un des risques limitativement énumérés par cette disposition (voy., par exemple, aff. C-66/92, Acciardi, précitée; aff. C-57/96, Meints, précitée). En revanche, selon la Cour, la qualification d'une prestation en tant que prestation de sécurité sociale ne dépend

²³ Relèvent ainsi du champ d'application du règlement les allocations pour handicapés en France (arrêt du 16 décembre 1976, Inzirillo, 63/76, Rec. p. 2057), en Belgique (arrêts du 13 novembre 1974, Costa, 39/74, Rec. p. 1251 ; du 17 juin 1975, Epoux F., 7/75, Rec. p. 679 ; du 28 mai 1974, Callemeyn, 187/73, Rec. p. 553) et au Royaume-Uni (arrêts du 20 juin 1991, Stanton Newton, C-356/89, Rec. p. I-3017 ; du 4 novembre 1997, Snares, C-20/96, Rec. p. I-6082 ; du 11 juin 1998, Partbrige, C-297/96, Rec. p. I-3477) ; les revenus garantis pour personnes âgées en Belgique (arrêts du 22 juin 1972, Frilli, 1/72, Rec. p. 457 ; du 12 juillet 1984, Castelli, 261/83, Rec. 1984) et en France (arrêts du 9 octobre 1974, Biason, 24/74, Rec. p. 999 ; du 24 février 1987, Giletti e.a., 379, 380, 381/85 et 93/86, Rec. p. 971 ; du 12 juillet 1990, Commission/France, C-236/88, Rec. p. I-3177 ; du 11 juin 1991, Commission/France, C-307/89, Rec. p. I-2403) ; la pension sociale en Italie (arrêt du 5 mai 1983, Piscitello, 139/82, Rec. p. 1427) ; le « family credit » britannique (arrêt du 16 juillet 1992, Hughes, C-78/91, Rec. p. I-4839) ; l'avantage social accordé par la législation néerlandaise à certains chômeurs (arrêt du 2 août 1993, Acciardi, C-66/92, Rec. 1993, p. I-4567) ; les allocations de maternité luxembourgeoises (arrêt du 10 mars 1993, Commission/Luxembourg, C-111/91, Rec. p. I-840).

pas de son mode de financement (aff. 379 à 381/85 et 93/86, Giletti, précitées; aff. 78/91, Hughes, précitée).

Cet examen doit s'opérer de façon libérale, conformément à l'objectif fondamental de l'article 42 du traité.

CHAPITRE 2 LE CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL²⁴

11. Le champ d'application personnel du règlement n° 1408/71 est décrit à son article 2.

Le règlement s'applique:

- aux travailleurs salariés ou non salariés et aux étudiants qui sont ou ont été soumis à la législation de l'un ou de plusieurs États membres et qui sont des ressortissants d'un État membre ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un État membre, ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants;
- aux survivants des travailleurs salariés ou non salariés et des étudiants qui ont été soumis à la législation de l'un ou de plusieurs États membres quelle que soit la nationalité de ces personnes lorsque leurs survivants sont ressortissants d'un État membre ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un État membre.

Paragraphe 1^{er}: *Notion de travailleur*

12. Conception communautaire Ce point ne devrait pas susciter ici-même de longs développements dès lors que l'avocat, objet de notre étude, relève sans conteste du champ d'application personnel du règlement n° 1408/71.

L'article 1^{er}, sous a), de celui-ci définit la notion de travailleur par la seule référence au régime de sécurité sociale qui le concerne: il suffit qu'un ressortissant d'un État membre soit ou ait été soumis à un régime de sécurité social d'un ou de plusieurs États membres. De façon générale, est considérée comme travailleur salarié ou non salarié au sens du règlement, toute personne

²⁴ Voy. notre étude "Le champ d'application personnel du règlement (CEE) n° 1408/71 et la citoyenneté européenne: du travailleur migrant au citoyen européen", *Journal des tribunaux du travail*, 1997, p. 1.

assurée pour n'importe quel motif, même contre un seul risque²⁵, à un régime (général ou spécial) de sécurité sociale s'appliquant aux travailleurs salariés ou non salariés, à tous les résidents ou à l'ensemble de la population active (sous certaines conditions)²⁶ au titre d'une assurance obligatoire, facultative continuée ou volontaire (sous certaines conditions)²⁷. En d'autres termes, c'est le rattachement à un régime de sécurité sociale pour travailleurs salariés qui "ancree" le ressortissant communautaire au règlement, indépendamment de la qualification conférée à l'activité de l'intéressé par le droit interne du travail²⁸

En pratique, la distinction entre travailleurs salariés et travailleurs non salariés a une portée limitée du fait que, dans une très large mesure²⁹, les mêmes dispositions du règlement s'appliquent à ces deux catégories de travailleurs. L'exigence d'une interprétation large, compte tenu de l'objectif de l'article 42 du traité, de la notion de travailleur salarié a également été formulée par la Cour de justice à propos de la notion de travailleur non salarié : "les dispositions du règlement n° 1408/71 étant arrêtées pour réaliser les mêmes objectifs que ceux du règlement n° 1408/71, la notion de 'travailleurs non salariés' vise à leur assurer la même protection sociale qu'aux travailleurs salariés et doit donc être interprétée d'une manière large"³⁰.

Il importe de souligner que le champ d'application personnel du règlement, ainsi délimité par un critère de sécurité sociale, déborde assez largement du cadre strict de la libre circulation des personnes garantie par le traité.

En effet, il est très vite apparu à la Cour qu'il ne serait pas conforme à l'esprit du traité de limiter la notion de "travailleur" aux seuls travailleurs migrants stricto sensu appelés à se déplacer pour l'exercice de leur emploi, mais qu'elle devrait

²⁵ La qualification doit donc être déterminée au regard de chaque éventualité couverte par le règlement, et ce, indépendamment de l'existence d'une relation de travail (arrêts du 12 mai 1998, Martínez Sala, C-85/96, Rec. p. I-2708; du 11 juin 1998, Kuusijärvi, C-275/96, Rec. p. I-3443).

²⁶ Par exemple, les assurances généralisées au Royaume-Uni, en Irlande, au Danemark, en Finlande et en Suède, les pensions de vieillesse et de veuve et d'orphelin aux Pays-Bas, les soins de santé en Italie et aux Pays-Bas (pour l'assurance générale risques graves), l'invalidité aux Pays-Bas, les allocations familiales au Luxembourg, en Allemagne, en France, en Grèce. Pour ces régimes, on doit se référer soit "aux modes de gestion ou de financement en tant qu'ils permettent d'identifier le demandeur comme travailleur salarié ou non salarié, soit, B titre subsidiaire, B la définition donnée B l'annexe I du règlement, des termes "travailleurs salariés" et "travailleurs non salariés".

²⁷ Voir l'article 1^{er}, lettre a), iv), du règlement.

²⁸ Voir arrêts du 30 juin 1997, de Jaeck, C-340/94, Rec. p. I-461, et Hervein, C-221/95, Rec. p. I-609.

²⁹ A l'exception notamment du chapitre 6 ("chômage") qui s'applique aux seuls travailleurs salariés.

³⁰ Arrêt du 23 octobre 1986, Van Roosmalen, 300/84, Rec. p. 3097.

comprendre, de façon générale, celui qui séjourne sur le territoire d'un autre État membre, quel que soit le motif de son séjour³¹ ou encore celui qui est "placé dans l'une des situations à caractère international prévues par le règlement"³². L'absence de tout lien "avec de véritables migrations" a pour effet d'estomper la distinction entre travailleurs migrants et travailleurs sédentaires et de provoquer un débordement de la sphère personnelle des règlements du cadre strict des articles 39 à 42 relatifs à la libre circulation des travailleurs. Et, de fait, l'intitulé du règlement n° 1408/71, ne vise pas à proprement parler les travailleurs migrants, mais très largement les travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté.

13. Conditions d'affiliation. Il importe de relever que les conditions d'affiliation aux divers régimes de sécurité sociale relèvent, ainsi que la Cour de justice l'a souligné dans l'affaire 266/78 (Brunori)³³, des seules législations nationales. On rappellera que le règlement n° 1408/71 a essentiellement pour objet la coordination des régimes nationaux de sécurité sociale et la libre circulation des personnes, mais nullement l'harmonisation des conditions d'affiliation.

Certes, il convient à cet égard de ne pas faire de discrimination entre nationaux et ressortissants des autres États membres, conformément à l'article 3 du règlement³⁴.

Pour mémoire, on signalera que, depuis 1998, les régimes spéciaux de fonctionnaires font l'objet de règles spécifiques de coordination, spécialement en matière de totalisation de périodes d'assurance.

Paragraphe 2: La notion de survivant ou de membre de la famille.

³¹ Aff. Unger, précitée; arrAt du 11 mars 1965, Bertholet, 31/64, Rec. p. 113.

³² ArrAts du 12 novembre 1969, Entraide médicale, 27/69, Rec. p. 405; du 9 décembre 1965, Singer, 44/65, Rec. p. 1191; du 11 mars 1965, Van Dijk, 33/64, Rec. p. 131; voir également arrAts du 17 septembre 1980, Lenoir, 313/86, Rec. p. 5391; du 5 mars 1998, Kulzer, 194/96, Rec. p. I-921.

³³ ArrAt du 12 juillet 1979, Rec. p. 2705.

³⁴ Voy. arrAt du 24 avril 1980, Coonan, 110/79, Rec. p. 1445, spéc. point 12. Voy. également arrAts du 28 février 1989, Schmitt, 29/88, Rec. p. 581 et du 18 mai 1980, Troiani, 368/87, Rec. p. 1347; du 23 septembre 1982, Koks, 275/81, Rec. p. 3031; du 3 mai 1990, Kits, C-2/89, Rec. p. I-1969; du 24 septembre 1987, De Rijke, 43/86, Rec. p. 3611.

14. Ainsi que l'observait A. Touffait, "le droit communautaire ne considère pas le travailleur migrant comme un simple fournisseur de travail, mais comme un membre de la Communauté des États, dans sa complexité personnelle et familiale et la jurisprudence s'efforce d'éliminer les obstacles qui s'opposent à la mobilité des travailleurs quant aux conditions d'intégration de la famille dans le milieu du pays d'accueil"³⁵.

L'article 1^{er}, lettres f) et g), du règlement n° 1408/71 renvoie, pour définir les termes "membres de la famille" et "survivant", à la législation au titre de laquelle les prestations sont servies³⁶. Toutefois, si cette législation ne considère comme membre de la famille ou survivant qu'une personne vivant sous le toit du travailleur ou qui vivait sous le toit du défunt, cette condition est réputée remplie lorsqu'elle est ou était principalement à la charge du travailleur ou du défunt.

Notons que, si la législation d'un État membre ne permet pas d'identifier les membres de la famille des autres personnes auxquelles elle s'applique, le terme "membre de la famille" a la signification qui lui est donnée à l'annexe I (règl. art. 1, f, i, dernière phrase, modifié par règl. 1290/97 du 27 juin 1997, JOCE n° L 176).

En ce qui concerne l'octroi des prestations pour **handicapés**, le terme "membres de la famille" désigne au moins le conjoint, les enfants mineurs ainsi que les enfants majeurs à charge du travailleur salarié ou non salarié (règl. 1408/71, art. 1, f, modifié par règl. 1247/92 du 30 avril 1992, JOCE n° L 136).

Les mêmes conditions qui ont permis de ne pas limiter l'application des règlements aux travailleurs qui circulent à l'intérieur de la Communauté pour les besoins de leur emploi, valent bien sûr pour les membres de la famille et les survivants³⁷: par exemple, l'enfant d'un non-migrant, allant passer ses vacances dans un autre État membre, est en droit de bénéficier des soins de santé conformément à l'article 22, paragraphe 1, lettres a), i), du règlement.

³⁵ *Mélanges Teitgen*, 1984, p. 312. Voy. la jurisprudence relative aux articles 10 B 12 du règlement nE 1612/68 : aff. 9/74, Casagrande, Rec. 1974, p. 773; 76/72, Michel S., Rec. 1973, p. 457; 68/74, Alaimo, Rec. 1975, p. 109; 197/86, Brown, Rec. 1988, p. 3237.

³⁶ Ou, s'agissant de l'octroi des soins médicaux, visés aux articles 22, paragraphe 1, lettre a), et 31, aux membres de la famille, B la législation de l'État de résidence. Il convient, par ailleurs, de se référer B la définition donnée B l'annexe I, point II, lorsque la législation d'un État membre relative aux prestations en nature de maladie ou de maternité ne permet pas d'identifier les membres de la famille parmi les personnes auxquelles elle s'applique.

³⁷ Voy. arrêts du 10 décembre 1969, Duffy, 34/69, Rec. p. 597; du 16 mars 1978, Laumann, 115/77, Rec. p. 805; du 30 juin 1966, Vaassen-Göbbels, 61/65, Rec. p. 377; du 12 novembre 1969, Entraide médicale, 27/69, Rec. p. 405.

15. Droits propres et droits dérivés Il découle de l'arrêt du 30 avril 1996, Cabanis-Issarte (308/93, Rec. p. I-2123), qu'un membre de la famille ne saurait invoquer, en cette qualité, les dispositions du règlement 1408/71 applicables exclusivement aux travailleurs (en l'occurrence, les prestations de chômage). En revanche, un membre de la famille d'un travailleur doit pouvoir invoquer le principe de l'égalité de traitement, prévu à l'article 3, paragraphe 1, du règlement 1408/71, lequel n'établit pas de distinction selon que la personne concernée est travailleur, membre de la famille ou conjoint survivant d'un travailleur³⁸.

Paragraphe 3: Etudiants

16. Le règlement n° 307/99 du 8 février 1999 a étendu le règlement n° 1408/71 aux étudiants, en leur qualité propre, c'est-à-dire indépendamment de leur qualité éventuelle de membre de la famille d'un travailleur, et ce afin de leur garantir une protection sociale suffisante lorsqu'ils se déplacent dans la Communauté (voy. la directive 93/96/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative au droit de séjour des étudiants, JOCE n° L 317, 18 décembre 1993, p. 59). Pour l'essentiel, cette extension a pour effet de leur rendre applicables certaines règles de coordination en matière de soins de santé, d'accidents du travail et de maladies professionnelles et de prestations familiales.

Aux termes de l'article 1^{er}, sous c bis, du règlement n° 1408/71, le terme "étudiant" désigne toute personne autre qu'un travailleur salarié ou non salarié ou un membre de sa famille ou survivant au sens du présent règlement, qui suit des études ou une formation professionnelle conduisant à une qualification officiellement reconnue par les autorités d'un État membre et qui est assurée dans le cadre d'un régime général de sécurité sociale ou d'un régime spécial de sécurité sociale applicable aux étudiants".

Paragraphe 5: Autres catégories de travailleurs

17. Il existe plusieurs catégories spécifiques de travailleurs, qui n'en sont pas moins des travailleurs, au sens du règlement dès lors qu'ils remplissent les conditions de l'article 1^{er}, lettre a), mais qui, du fait, de leurs caractéristiques propres, relèvent de dispositions particulières - dérogatoires au droit commun des règlements - essentiellement dans le domaine de la détermination de la législation applicable. Sont ainsi visés:

³⁸

Voir arrêt du 30 avril 1996, Cabanis-Issarte, C-308/93, Rec. p. I-2123.

- les travailleurs frontaliers (voy. art. 1^{er}, lettre b), du règlement);
- les travailleurs saisonniers (voy. art. 1^{er}, lettre c));
- les gens de mer (voy. art. 14ter);
- le personnel de service des missions diplomatiques et des postes consulaires (voy. art. 16);
- les agents auxiliaires des Communautés européennes (voy. art. 16).

Paragraphe 6 : Les implications de la citoyenneté européenne

18. Nous savons que le droit de circuler librement et de séjourner dans tout État membre est, depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, conféré à l'article 18 CE aux citoyens de l'Union, indépendamment de toute activité économique («sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent traité et par les dispositions prises pour son application»)³⁹. Cette réforme importante n'a pas manqué de rejaillir sur l'interprétation du règlement n° 1408/71, ainsi qu'en témoigne l'arrêt du 23 novembre 2000, *Elsen* (aff. C-135/99, Rec. p. I-10409)⁴⁰.

En l'espèce, M^{me} Ursula Elsen, de nationalité allemande, née en 1951, résidait depuis 1981 en France. Jusqu'en mars 1985, elle a exercé en Allemagne, en qualité de travailleuse frontalière, une activité assujettie à l'assurance obligatoire, avec une interruption entre juillet 1984 et février 1985 en raison d'un congé de maternité à la suite de la naissance de son fils. Depuis lors, M^{me} Elsen n'a plus exercé d'activité assujettie à l'assurance obligatoire, ni en Allemagne ni en France.

La demande de validation des périodes d'éducation de son fils a été rejetée par l'institution compétente allemande au motif que l'éducation de l'enfant avait eu lieu à l'étranger.

Il apparaît donc que M^{me} Elsen n'a jamais travaillé ailleurs qu'en Allemagne, son pays d'origine, bien qu'ayant transféré sa résidence en France et ayant ainsi continué pendant quelque temps à travailler en Allemagne en qualité de travailleuse frontalière avant de cesser toute activité professionnelle à la naissance de son enfant pour s'occuper de son éducation.

³⁹ Sont visées à vrai dire les limitations contenues dans les trois directives relatives au droit de séjour des retraités, des inactifs et des étudiants (Dir. 364 et 365/90/CEE: JOCE n° L 180, p. 26 et 28, et 93/96/CEE: JOCE n° L 317, 18 décembre 1993, p. 59), lesquelles subordonnent le droit de séjour notamment à la condition de disposer de moyens de subsistance de telle sorte que les bénéficiaires du droit de séjour ne doivent pas devenir une charge «déraisonnable» pour les finances publiques.

⁴⁰ Voir notre étude «Le champ d'application personnel du règlement (CEE) n° 1408/71 et la citoyenneté européenne: du travailleur migrant au citoyen européen», *Journ. T. trav.*, 1997, p. 1

Qu'à cela ne tienne! La Cour s'est référée à la fois aux *ex-articles* 8 A, 48 et 51 du traité (devenus articles 18, 39 et 42 CE) pour considérer que ces articles *«font obligation à l'institution d'un État membre de prendre en compte, aux fins de l'octroi d'une pension de vieillesse, les périodes consacrées à l'éducation d'un enfant, accomplies dans un autre État membre, comme si ces périodes avaient été accomplies sur le territoire national, par une personne qui, au moment de la naissance de l'enfant, avait la qualité de travailleur frontalier occupé sur le territoire du premier État membre et résidant sur celui du second État membre»*.

La Cour est arrivée à cette conclusion après avoir constaté que la législation allemande était effectivement applicable à la situation d'un travailleur qui a cessé toute activité professionnelle en Allemagne et qui réside sur le territoire d'un autre État membre, pour ce qui concerne la prise en compte de périodes consacrées à l'éducation d'un enfant né alors que le parent travaillait encore en Allemagne en qualité de travailleur frontalier. Cette dernière circonstance *«permet, selon la Cour, d'établir un lien étroit entre les périodes d'éducation en cause et les périodes d'assurance accomplies en Allemagne du fait de l'exercice d'une activité professionnelle dans cet État. C'est en effet précisément en raison de l'accomplissement de ces dernières périodes que M^{me} Elsen a demandé à l'institution allemande la prise en compte des périodes subséquentes consacrées à l'éducation de son enfant»* (point 26).

L'applicabilité de la législation allemande ayant été ainsi établie, la Cour a jugé que les dispositions nationales qui empêchaient, en l'occurrence, la validation des périodes d'éducation accomplies dans un autre État membre étaient de nature à défavoriser *«les ressortissants communautaires ayant exercé leur droit de circuler et de séjourner librement dans les États membres, garanti à l'article 8 A du traité CE»* (point 34). Et *«d'ajouter que le règlement n° 1408/71 lui-même, adopté notamment sur la base de l'article 51 du traité (devenu, après modification, article 42 CE), comporte plusieurs dispositions visant à garantir le bénéfice des prestations de sécurité sociale, à charge de l'État compétent, même lorsque l'assuré, qui a exclusivement travaillé dans son État d'origine, réside ou transfère sa résidence dans un autre État membre. Ces dispositions contribuent assurément à garantir la liberté de circulation des travailleurs, au titre de l'article 48 du traité (devenu, après modification, article 39 CE), mais également des citoyens de l'Union, à l'intérieur de la Communauté, au titre de l'article 8 A du traité»* (point 35).

CHAPITRE 3 LE CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL

19. Notion. Le domaine spatial du règlement n° 1408/71 visant à assurer, en matière de sécurité sociale, la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, correspond nécessairement à celui des dispositions du traité relatives à la libre circulation des personnes.

La réalisation de celle-ci a conduit à la formation progressive d'un espace débarrassé des frontières intérieures, sans équivalent dans le monde, se substituant, d'un point de vue fonctionnel, aux quinze États membres, en d'autres termes, à élargir, à l'échelle de la Communauté comme telle, le domaine spatial des normes nationales.

Ce phénomène est particulièrement évident dans le domaine de la sécurité sociale. Les régimes nationaux de sécurité sociale sont, en premier analyse, territoriaux. L'un des objectifs fondamentaux du règlement n° 1408/71 et de l'article 42 du traité est de permettre la conservation des droits acquis (leur exportation) quelle que soit la résidence du travailleur ou des membres de sa famille. Toute la question est donc de savoir si, au-delà de la territorialité des régimes nationaux que le Conseil a ainsi pour mission de supprimer, sinon de limiter en vertu de l'article 42, il existe des circonstances qui, objectivement, peuvent justifier des modalités particulières pour la conservation des droits acquis, dans un État autre que l'État compétent, maintenant, dans une certaine mesure, des frontières intérieures et comportant un certain risque d'inégalité entre travailleurs⁴¹.

Il apparaît donc que le "territoire" de la Communauté est plus que la simple juxtaposition des territoires nationaux, puisque sa formation s'est accompagnée d'une "déterritorialisation" partielle du domaine spatial des normes des États membres.

20. Activité accomplie hors Communauté. Si l'application des dispositions communautaires en matière de libre circulation, en général, de sécurité sociale des travailleurs migrants, en particulier, requiert une "localisation" sur le territoire de la Communauté, il n'est nullement requis pour que le droit communautaire, et spécialement la règle de l'égalité de traitement, conservent leur emprise que l'activité professionnelle soit exercée sur le territoire de la Communauté⁴².

⁴¹ Voy. arrAt du 13 juillet 1976, Triches, 19/76, Rec. p. 1243.

⁴² Dans le domaine de la liberté de circulation en général, arrAts du 12 décembre 1974, Walrave, 36/74, Rec. p. 1405; du 12 juillet 1984, Prodest, 237/83, Rec. p. 3153.

Ainsi, le fait que les prestations de sécurité sociale considérées trouvent leur origine, même exclusivement, dans des périodes d'assurance accomplies en dehors du territoire communautaire ne saurait, comme tel, entraîner la non-application de la réglementation, dès lors qu'un lien étroit existe entre le droit aux prestations de sécurité sociale et l'État membre débiteur de celles-ci. Tel est le cas lorsque le régime de sécurité sociale considéré est géré, sous le contrôle de l'État, par un établissement de droit public et déploie ses effets sur le territoire national⁴³.

Ont pu ainsi relever du règlement n° 1408/71 en tant que législation d'un État membre, au sens de son article 2:

- la loi belge du 16 juin 1960 plaçant sous la garantie de l'État belge les organismes gérant la sécurité sociale des employés du Congo belge et du Rwanda-Urundi et portant garantie par l'État belge des prestations sociales assurées en faveur de ceux-ci⁴⁴;
- la loi belge du 17 juillet 1963 relative à la sécurité sociale d'outre-mer, organisant un régime facultatif d'assurance pour les personnes qui exercent leur activité professionnelle dans les pays autres que les États membres "même si les prestations y prévues ne peuvent être fondées que sur des périodes d'activité accomplies dans des États tiers⁴⁵ ;
- l'Algemene Arbeidsongeschiktheidswet (AAW - loi néerlandaise sur l'incapacité de travail), même lorsqu'elle étend ses effets aux personnes exerçant ou ayant exercé des activités partiellement ou exclusivement en dehors de la Communauté⁴⁶.

L'applicabilité du droit communautaire n'est donc en aucune manière déterminée par le lieu d'exercice de l'activité. Il est vrai que la réglementation communautaire n'a pas été conçue en fonction de la libre circulation des

⁴³ Voy. arrAts du 31 mars 1977, Bozzone, 87/76, Rec. p. 687; du 11 juillet 1980, Commission/Belgique, 150/79, Rec. p. 2621 et les remarquables conclusions de l'avocat général Capotorti sous ces affaires. Voy. aussi arrAts du 22 mars 1972, Merluzzi, 80/71, Rec. p. 175; Fiege et Hirardin, 110/73 et 112/75, précitées; du 23 octobre 1986, Van Roosmalen, 300/84, Rec. p. 3116; du 9 juillet 1987, Laborero et Sabato, 82 et 103/86, Rec. p. 3401; du 29 juin 1994, Alderwereld, C-60/93, Rec. p. I-2991, B propos d'un ressortissant néerlandais résidant aux Pays-Bas lorsqu'il a été engagé par une entreprise établie en Allemagne pour travailler immédiatement en Thaïlande.

⁴⁴ Aff. 87/76, Bozzone et 150/79, Commission/Belgique, précitée.

⁴⁵ Aff. jtes 82 et 103/86, Laborero et Sabato, précitées.

⁴⁶ Aff. 300/84, Van Roosmalen, précitée, spéc. point 30.

travailleurs entre la Communauté et les États tiers. En ce sens, le droit communautaire n'impose pas aux États membres de tenir compte des périodes d'assurance accomplies dans le cadre d'un régime de sécurité sociale d'un État tiers ou encore de protéger le droit aux prestations de sécurité sociale qu'un travailleur peut avoir obtenu auprès d'un État tiers.

Ainsi que l'a jugé la Cour dans l'aff. 16/72, Ortskrankenkasse Hamburg⁴⁷, a raison pour laquelle, dans cette affaire, les périodes d'affiliation accomplies dans un État tiers n'ont pas dû être prises en compte au titre du règlement n° 3, était précisément que les prestations acquises ne l'avaient pas été en vertu de la législation d'un État membre, mais sur la base d'une convention conclue entre un État membre et un État tiers, respectivement d'une législation d'un État non membre⁴⁸.

Mais il n'en est pas moins vrai que le droit communautaire impose aux États membres de soumettre les travailleurs aux obligations et de les admettre au bénéfice de leur législation de sécurité sociale dans les mêmes conditions que les nationaux, même si l'activité professionnelle sur laquelle se fonde le droit a été exercée à l'extérieur du territoire de la Communauté.

CHAPITRE 4 : LES RAPPORTS ENTRE LA RÉGLEMENTATION COMMUNAUTAIRE ET LES CONVENTIONS BILATÉRALES DE SÉCURITÉ SOCIALE

Paragraphe 1 : *Conflits entre les règlements et les conventions de sécurité sociale entre États membres*

21. En principe, conformément à l'article 6 du règlement n° 1408/71, celui-ci se substitue aux conventions de sécurité sociale antérieures conclues exclusivement entre deux ou plusieurs États membres (lettre a) et à celles conclues entre au moins deux États membres et un ou plusieurs États tiers pour autant que, dans cette dernière hypothèse, il s'agit de cas dans le règlement desquels aucune institution de l'un des États tiers n'est appelée à intervenir (lettre b)⁴⁹.

⁴⁷ ArrAt du 16 novembre 1972, Rec. p. 494, points 8 et 9.

⁴⁸ Voy. concl. de l'avocat général Mischo dans les aff. jtes 82 et 103/86, Laborero et Sabato, précitées, p. 3418.

⁴⁹ Dans le même sens, le règlement d'application se substitue, conformément à son article 5, aux arrangements relatifs à l'application des conventions visées à l'article 6 du règlement n° 1408/71.

Toutefois, une série d'instruments internationaux ont été maintenus en vigueur en vertu de l'article 7 du règlement et peuvent ainsi continuer de produire pleinement leurs effets à l'égard de toutes les situations qu'ils visent⁵⁰.

En dehors de ces cas, le maintien en vigueur d'un accord entre États membres incompatible avec le droit communautaire pourrait être considéré comme constituant un manquement à l'obligation de loyauté énoncée à l'article 10 CE⁵¹.

22. – Il était établi, jusqu'au prononcé de l'arrêt *Rönfeldt*⁵², conformément à ce qui vient d'être exposé, que le simple fait qu'une convention de sécurité sociale soit plus avantageuse pour un travailleur migrant que les dispositions du règlement n° 1408/71 ne suffit pas à justifier l'exception à la prééminence de celui-ci. Encore fallait-il que les dispositions pertinentes de la convention considérée soient mentionnées à l'annexe III (cfr. art. 7).

Il a ainsi été jugé dans l'affaire 82/72, *Walder*⁵³, à propos des articles 5 et 6 du règlement n° 3, qui contiennent des dispositions similaires à celles des articles 6 et 7 du règlement n° 1408/71, «que ces dispositions laissent clairement apparaître que le *principe de la substitution du règlement n° 3 aux dispositions des conventions de sécurité sociale intervenues entre États membres a une portée impérative qui n'admet pas d'exception en dehors des cas expressément stipulés par le règlement*».

En première analyse, l'arrêt *Rönfeldt* semble avoir mis à néant cette analyse, en reprenant le principe dégagé par la Cour dans son arrêt *Petroni*⁵⁴: si l'article 51 du traité habilite et oblige le Conseil à conférer des droits aux travailleurs migrants, il ne lui permet pas, tant que subsistent des régimes différents de sécurité sociale, de légiférer de manière à priver les travailleurs de droits qui leurs sont reconnus par la loi nationale. Le recours, dans l'affaire *Rönfeldt*, au principe de **l'intangibilité des droits acquis sur la base de la seule législation nationale d'un État membre**, indépendamment du droit communautaire, exigea que la Cour assimilât les droits acquis par le seul droit national aux droits acquis au titre d'une convention internationale intégrée dans ce droit national.

L'arrêt *Rönfeldt* a suscité un certain émoi dans les milieux spécialisés. D'aucuns ont pu regretter que la Cour se soit écartée, dans cette affaire, de la règle simple, quasi automatique et impérative de **l'effet de substitution** du droit

⁵⁰ L'article 5 du règlement n° 574/72 prévoit également que sont maintenues en vigueur les dispositions d'application de plusieurs conventions bilatérales visées à l'annexe 5 du même règlement.

⁵¹ Voy. en ce sens, CJCE 27 septembre 1988, *Matteucci*, aff. 235/87, Rec. p. 5589, point 19.

⁵² CJCE 7 février 1991, aff. C-227/89, Rec. p. I-323.

⁵³ Rec., 1973, p. 599.

⁵⁴ Aff. 24/75, Rec., 1995, p. 1149.

communautaire aux conventions de sécurité sociale, à la faveur d'un raisonnement jugé quelque peu périlleux⁵⁵.

23. – L'arrêt *Thévenon* du 9 novembre 1995 (aff. C-475/93, Rec., p. I-3813) a permis à la Cour, sans doute pas complètement insensible à ces arguments, de strictement limiter les conséquences de l'arrêt *Rönfeldt* en introduisant une distinction selon que le travailleur migrant a fait usage de son droit à la libre circulation avant ou après l'entrée en vigueur du règlement n° 1408/71: cette jurisprudence ne s'appliquerait que dans la première hypothèse.

Ainsi, dans l'affaire *Rönfeldt*, la Cour a été amenée à devoir régler un conflit entre une convention de sécurité sociale germano-danoise de 1953 et certaines dispositions du règlement n° 1408/71, à propos de la liquidation de droits à pension en faveur d'un ressortissant allemand, pour des périodes d'assurance accomplies en Allemagne et au Danemark avant l'adhésion de ce dernier État aux Communautés. En accomplissant ces périodes, l'intéressé a pu nourrir des espérances fondées quant à l'application qui lui serait faite, à l'âge de la retraite, des dispositions de la convention de sécurité sociale germano-danoise dès lors que le droit communautaire n'était pas encore applicable dans les relations entre l'Allemagne et le Danemark.

Aussi la Cour a-t-elle pu faire prévaloir, à titre transitoire, en faveur de M. Rönfeldt les dispositions conventionnelles plus favorables, applicables à l'époque de l'accomplissement des périodes d'assurance, sur celles du règlement n° 1408/71.

Les circonstances à la base de l'affaire *Thévenon* – qui concerne également la liquidation de droits à pension au regard d'une convention bilatérale entre États membres antérieure à l'entrée en vigueur des règlements communautaires et plus favorable à l'intéressé – étaient toutes autres: toutes les périodes d'assurance, accomplies en l'occurrence en France et en Allemagne, par M. Thévenon l'avaient été après l'entrée en vigueur du règlement n° 3. Dans ces conditions, la règle de substitution du droit communautaire à la convention franco-allemande de sécurité sociale de 1950 trouvait pleinement à s'appliquer quand bien même la convention aurait été plus favorable aux travailleurs (solution de l'arrêt *Walder*).

24. – L'arrêt du 5 février 2002, *Kaske* (aff. C-277/99, Rec. p. I-1261) offre un nouveau cas d'application de la jurisprudence *Rönfeldt* en permettant à un

⁵⁵ Voir notre étude, «Les rapports entre le règlement (CEE) n° 1408/71 et les conventions internationales dans le domaine de la sécurité sociale des travailleurs circulant à l'intérieur de la Communauté», *Cahiers de droit européen*, 1991, p. 449.

ressortissant autrichien de se prévaloir d'une convention plus favorable relative à l'assurance chômage conclue entre la République fédérale d'Allemagne et la République d'Autriche, en lieu et place des dispositions du règlement n° 1408/71⁵⁶ qui avaient pour effet d'écarter le droit à la prestation de chômage autrichienne dont le bénéfice était réclamé. En effet, si le règlement n° 1408/71 se substitue normalement aux conventions bilatérales, celles-ci demeurent invocables lorsqu'elles sont **plus favorables** et concernent des **périodes antérieures à l'adhésion**. La Cour a observé que les principes dégagés dans son arrêt Rönfeldt avaient précisément *«pour seul objet de pérenniser un droit acquis en matière sociale et non organisé dans le cadre du droit communautaire à la date à laquelle le ressortissant d'un État membre qui l'invoque pouvait en bénéficier. Dès lors, la circonstance que le règlement n° 1408/71 soit devenu applicable dans l'État membre d'origine d'un ressortissant à la date de l'adhésion de cet État membre à la Communauté européenne est sans incidence sur son droit acquis à bénéficier d'une réglementation bilatérale qui lui était seule applicable au moment où il a exercé un droit de libre circulation...une telle solution repose sur l'idée que l'intéressé était en droit d'avoir une confiance légitime dans le fait qu'il pourrait bénéficier des dispositions de la convention bilatérale»* (point 27).

Paragraphe 2 : Convention bilatérale de sécurité sociale et égalité de traitement

25. Un autre développement intéressant à signaler dans le contexte des rapports entre le règlement n° 1408/71 et les conventions bilatérales de sécurité sociale est celui qui a trait aux implications du principe de l'égalité de traitement.

La Cour a étendu au domaine de la sécurité sociale ce qu'elle avait jugé à propos des conventions préventives de double imposition (voir CJCE 21 septembre 1999 *Saint-Gobain ZN*, aff. C-307/97, Rec. p. I-6161, points 57 à 59). Ainsi, il découle de l'important arrêt du 25 janvier 2002, *Gottardo* (aff. C-55/00, Rec. p. I-413) *«que dans la mise en œuvre des engagements qu'ils ont contractés en vertu de conventions internationales, qu'il s'agisse d'une convention entre États membres ou d'une convention entre un État membre et un ou plusieurs pays tiers, les États membres sont tenus, sous réserve des dispositions de l'article 307 CE, de respecter les obligations qui leur incombent en vertu du droit communautaire. Le fait que les pays tiers, quant à eux, ne soient tenus au respect d'aucune obligation au titre du droit communautaire n'est, à cet égard, pas pertinent»* (point 33).

⁵⁶ Les articles 3, 6, 67 et 71 du règlement n° 1408/71.

Aussi, «lorsqu'un État membre conclut avec un pays tiers une convention internationale bilatérale de sécurité sociale, prévoyant la prise en compte des périodes d'assurance accomplies dans ledit pays tiers pour l'acquisition du droit à prestations de vieillesse, le principe fondamental d'égalité de traitement impose à cet État membre d'accorder aux ressortissants des autres États membres les mêmes avantages que ceux dont bénéficient ses propres ressortissants en vertu de ladite convention, à moins qu'il ne puisse avancer une justification objective à son refus» (point 34).

À cet égard, la Cour a estimé que «*la remise en cause de l'équilibre et la réciprocité d'une convention internationale bilatérale conclue entre un État membre et un pays tiers peut constituer une justification objective au refus de l'État membre partie à cette convention d'étendre aux ressortissants des autres États membres les avantages que ses propres ressortissants tirent de ladite convention (voir, en ce sens, arrêt Saint-Gobain ZN, précité, point 60)*» (point 36; c'est nous qui soulignons).

Cependant, en l'occurrence, le gouvernement italien (qui avait conclu une convention avec la Confédération suisse prévoyant la prise en compte par les autorités italiennes, aux fins de l'acquisition du droit à prestation de vieillesse, des périodes d'assurance accomplies dans ce dernier État) n'avait pas établi que les obligations que le droit communautaire lui impose compromettraient celles résultant des engagements pris par la République italienne à l'égard de la Confédération suisse, l'augmentation éventuelle des charges financières par l'Italie et les difficultés administratives liées à la collaboration avec les autorités suisses compétentes ne pouvant justifier le non-respect des obligations découlant du traité.

En conséquence, il incombait aux autorités italiennes de prendre en compte, aux fins de l'acquisition du droit à prestation de vieillesse, les périodes d'assurance accomplies en Suisse par un ressortissant français, lorsqu'en présence des mêmes cotisations, lesdites autorités reconnaissent, en application de la convention internationale bilatérale, la prise en compte de telles périodes accomplies par leurs propres ressortissants.

Cette jurisprudence a pour effet de diminuer l'impact du **principe de réciprocité** qui préside à l'établissement de relations conventionnelles afin de donner plein effet au principe fondamental de l'égalité de traitement dans l'ordre juridique communautaire.

TITRE II LES TRAITS FONDAMENTAUX DU RÉGIME DE LA COORDINATION

26. Coordination. Le droit communautaire recourt, de façon générale, à la technique de la coordination en vue de réaliser, dans le domaine de la sécurité sociale, la libre circulation des personnes. Il s'agit, sans changer le contenu des normes, de régler les rapports entre les systèmes nationaux de sécurité sociale en donnant effet à quelques principes essentiels pour garantir une protection entière et continue des travailleurs exerçant leurs activités professionnelles, en tout ou en partie, dans un pays autre que leur pays d'origine, ainsi que des membres de leur famille.

La coordination des législations de sécurité sociale des États membres suppose schématiquement le règlement de quatre types de problèmes:

- la condition faite aux travailleurs migrants et aux membres de leur famille au regard de la loi nationale qui leur est applicable;
- la détermination de la législation applicable aux intéressés;
- le sort qu'il convient de réserver, dans un État membre, à des droits acquis, dans le domaine de la sécurité sociale, dans un autre État membre;
- l'acquisition de droits ou le calcul de prestations de sécurité sociale au regard des périodes d'emploi, d'assurance ou de résidence accomplies dans un État membre autre que l'État débiteur.

A chacun des quatre problèmes correspond un principe essentiel; il s'agit, respectivement, du principe de l'égalité de traitement entre nationaux et autres ressortissants communautaires, du principe de l'unicité de la législation applicable (en règle générale, la *lex loci laboris*), du principe de la conservation des droits acquis (par l'"exportation" des prestations), et du principe de la conservation des droits en cours d'acquisition (par les techniques de la totalisation des périodes d'assurance, d'emploi ou de résidence, et de la proratisation des prestations).

CHAPITRE 1 L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

27. La règle de l'égalité de traitement, énoncée au premier titre à l'article 39, paragraphe 2, du traité, dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, aux articles 43, alinéa 1^{er}, 49, alinéa 1^{er}, et 50, alinéa 3, du traité, en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de service, se trouve davantage concrétisée, dans le domaine de la sécurité sociale, à l'article 3 du règlement n° 1408/71, lequel dispose que les personnes qui résident sur le territoire d'un État membre et auxquelles le règlement s'applique "sont soumises aux obligations et sont admises au bénéfice de la législation de tout État membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de celui-ci, sous réserve de dispositions particulières contenues dans le présent règlement"⁵⁷.

Paragraphe 1^{er}: *Le critère de différenciation*

28. Nationalité. Ce qui est interdit, ce sont les discriminations en raison de la nationalité entre ressortissants des États membres.

Le droit communautaire n'exclut cependant pas l'extension du bénéfice de l'égalité de traitement en faveur de ressortissants d'États tiers. Ainsi, la règle de l'égalité de traitement énoncée à l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71 bénéficie aussi aux membres de la famille du travailleur, quelle que soit leur nationalité.

29. Discrimination ostensible et discrimination déguisée. Selon une formule devenue célèbre, la règle de l'égalité de traitement prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par l'application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat⁵⁸.

Parmi ces critères, il y a lieu de relever celui de la **durée de résidence** sur le territoire national, considéré comme discriminatoire par la Cour dans l'affaire C-326/90, Commission c/ Belgique⁵⁹, à propos de l'octroi d'allocations pour handicapés, du revenu garanti pour personnes âgées et du minimex, et dans

⁵⁷ Encore faut-il que les différenciations ainsi permises se fondent sur des critères objectifs (cf. infra n°s 36 et ss.). On ne saurait admettre, sur la base de cette réserve, une inégalité de traitement non justifiée, sous peine de vider la règle de l'égalité de traitement de sa substance.

⁵⁸ ArrAt du 12 février 1974, Sotgiu, 152/73, Rec. p. 153.

⁵⁹ ArrAt du 10 novembre 1992, Rec. p. I-5517.

l'affaire C-111/91, Commission c/ Luxembourg⁶⁰, à propos de l'octroi d'allocations de naissance et de maternité.

On lira dans le même sens l'arrêt du 21 septembre 2000, Borawitz (C-124/99, Rec. p. I-7293, points 29 et s.) à propos d'une législation nationale (allemande) fixant un montant-seuil plus élevé pour les versements de pensions à l'étranger que pour les versements nationaux, imposant ainsi, en pratique, une condition de résidence qui est plus facilement remplie par les bénéficiaires nationaux que par ceux d'autres États membres.

L'arrêt rendu dans l'affaire 41/84 (Pinna)⁶¹, invalidant l'ancien article 73, paragraphe 2, du règlement en matière de paiement de prestations familiales⁶², fournit sans conteste un élément d'appréciation considérable à cet égard; il s'agit de vérifier si le critère, en l'occurrence **le lieu de résidence des membres de la famille du travailleur**, utilisé certes sans distinction apparente de nationalité, revêt "la même importance" pour les "travailleurs migrants" que pour les travailleurs nationaux. La circonstance que la Cour ait utilisé l'expression "travailleurs migrants" plutôt que celle de "ressortissants d'un autre État membre" a pour effet d'élargir considérablement la portée de la règle de l'égalité de traitement.

Dans le même sens, la Cour a considéré, dans l'affaire C-27/91, Le Manoir⁶³, que le fait de subordonner le bénéfice d'un allègement de charges sociales patronales à l'engagement, par l'employeur, de travailleurs stagiaires relevant de l'éducation nationale d'un État membre aboutit, en réalité, à opérer une discrimination entre les travailleurs stagiaires nationaux et ceux ressortissants des autres États membres, dès lors que "les personnes qui, dans le cadre d'une formation professionnelle dispensée dans un établissement scolaire, effectuent un stage en qualité de travailleurs, relèvent, dans leur très grande majorité, de l'éducation nationale de leur État d'origine".

⁶⁰ ArrAt du 10 mars 1993, Rec. p. I-840.

⁶¹ ArrAt du 15 janvier 1986, Rec. p. 1. Voy. notre étude "Les limites de la coordination communautaire des législations nationales de sécurité sociale au regard du principe de l'égalité de traitement après l'arrêt Pinna", *Cah. dr. eur.* 1986, p. 475. Voy. également arrAts du 2 mars 1989, Pinna II, 359/87, Rec. p. 585; du 12 juillet 1979, Toia, 237/78, Rec. p. 2645, B propos de l'allocation française aux mères de famille réservée à celles dont les enfants ont la nationalité française; du 30 mai 1989, Allue, 33/88, Rec. p. 1591, B propos de l'application d'une disposition de droit italien prévoyant une limite à la durée du lien de travail entre les universités et les lecteurs de langues étrangères, alors qu'une telle limite n'existe pas, en principe, pour les autres travailleurs; du 12 juin 1997, Merino García, 266/95, Rec. p. I-3279.

⁶² Cf. infra nE 75.

⁶³ ArrAt du 21 novembre 1991, Rec. p. I-5538.

La transposition au critère de la nationalité de celui d'avoir exercé ou non le droit de libre circulation à l'intérieur de la Communauté est particulièrement frappante dans l'affaire C-10/90, Masgio⁶⁴, où la Cour a été amenée à vérifier si une disposition nationale en matière de calcul d'une pension de vieillesse se cumulant avec une rente d'accident versée dans un autre État membre, bien qu'elle s'applique indépendamment de la nationalité des travailleurs concernés, est "susceptible de défavoriser, sur le plan de la sécurité sociale, des travailleurs migrants par rapport aux travailleurs qui n'ont exercé une activité que dans un seul État membre" (point 19). La Cour ayant constaté que le règlement du cumul s'opérant différemment selon que la rente est versée dans le même État membre ou dans un autre État membre, et de façon défavorable au travailleur ayant fait usage de ce droit, a jugé que la disposition en cause "est de nature à entraver la libre circulation des travailleurs" et est contraire aux articles 7 (actuellement 12) et 48 à 51 du traité CEE (devenus articles 39 à 42 du traité CE) ainsi qu'à l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71.

En revanche, le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que le législateur national modifie les conditions d'octroi d'une pension d'incapacité de travail, même s'il les rend plus rigoureuses, pourvu que les conditions adoptées n'entraînent aucune discrimination ostensible ou dissimulée entre travailleurs communautaires (arrêt du 20 septembre 1994, Drake, 12/93, Rec. p. I-4347). En l'espèce, le législateur néerlandais avait introduit une condition de revenus pour bénéficier d'une prestation au titre de l'Algemene Arbeidsongeschiktheidswet (AAW), législation sur l'assurance obligatoire contre l'invalidité, cette condition a été considérée par la Cour comme une condition objective s'appliquant indistinctement aux travailleurs nationaux et à ceux des autres États membres.

30. Discrimination à rebours. En rapport avec l'examen du critère de différenciation, la nationalité, se pose la question de la validité des discriminations à rebours, c'est-à-dire celle de savoir si le principe énoncé à l'article 12 du traité interdit à un État membre de traiter ses propres ressortissants de façon plus rigoureuse que ceux des autres États, question à propos de laquelle la Cour a été saisie à plusieurs reprises.

Nous pouvons résumer, de façon générale, sa jurisprudence, dans le domaine de la libre circulation des personnes, de la manière suivante: les discriminations à rebours sont admissibles dès lors qu'elles touchent des nationaux qui ne se sont jamais placés dans le domaine d'application du traité; mais lorsque le comportement personnel de l'intéressé l'a placé dans les conditions d'application

⁶⁴ ArrAt du 7 mars 1991, Rec. p. I-1134.

de la réglementation communautaire, le ressortissant d'un État membre pourra invoquer le bénéfice de celle-ci pour se soustraire aux conditions plus rigoureuses, imposées par sa législation nationale, que celles résultant du droit communautaire.

Il importe donc de bien distinguer les situations purement internes à un État membre, auxquelles les dispositions communautaires ne sauraient s'appliquer, des situations envisagées par le droit communautaire.

Ainsi, dans l'affaire 55/77 (Maris)⁶⁵, la Cour a jugé que si "l'article 84, paragraphe 4, du règlement n° 1408/71 impose aux autorités, institutions et juridictions des États membres l'obligation d'accepter, nonobstant toute disposition éventuellement divergente ou contraire de leur législation nationale, toutes requêtes ou tous autres documents concernant l'application dudit règlement et rédigés dans une langue officielle d'un autre État membre, sans qu'il soit permis d'établir à cet égard des distinctions en fonction de la nationalité ou de la résidence des personnes intéressées" (point 19), "il ne trouve application qu'en faveur des travailleurs qui se sont déplacés entre deux ou plusieurs États membres, ainsi que de leurs ayants droit" (point 13). Cela signifie, par exemple, qu'un ressortissant belge, francophone, non migrant, sera placé dans une situation moins favorable qu'un ressortissant français qui pourra, lui, déposer une requête rédigée en français auprès d'une juridiction anversoise. Par contre, le national qui a exercé son droit de libre circulation pourrait se voir reconnaître le bénéfice de l'article 84, paragraphe 4, du règlement: ainsi en a-t-il été de M^{me} Maris, de nationalité belge, mais qui avait été occupée successivement en Belgique, puis en France où elle résidait depuis 1947.

31. Détachement d'un travailleur dans un autre État membre. En cas de détachement d'un travailleur dans un autre État membre par l'entreprise dont il relève normalement, pour y exercer une activité salariée pour une durée n'excédant pas douze mois (et pour autant qu'il ne soit pas envoyé en remplacement d'une autre personne au terme de sa période de détachement), le travailleur demeure soumis à la législation de l'État d'origine [article 14, point a), du règlement n° 1408/71] (voir ci-après point 46).

⁶⁵

ArrAt du 6 décembre 1977, Rec. p. 2327.

Telle était la situation dans laquelle s'est trouvé M. Terhoeven, ressortissant néerlandais, qui avait transféré sa résidence au Royaume-Uni pour y exercer une activité salariée pour le compte d'une entreprise néerlandaise qui l'y avait détaché. Durant toute cette période, il a continué de relever de la législation de sécurité sociale des Pays-Bas, son État d'origine (arrêt du 26 janvier 1999, Terhoeven, C-18/95, Rec. p. I-345).

La Cour a été invitée à se prononcer sur la compatibilité avec l'ex-article 48 du traité CE (devenu article 39 CE) de plusieurs dispositions du régime néerlandais, en matière de financement de la sécurité sociale, soumettant un travailleur ayant transféré en cours d'année sa résidence dans un autre État membre pour y travailler à des cotisations d'assurances sociales plus lourdes que celles qui seraient dues, dans des circonstances analogues, par un travailleur qui aurait conservé pendant toute l'année sa résidence aux Pays-Bas (sans, au demeurant, que l'intéressé bénéficie de prestations sociales supplémentaires)⁶⁶.

Tout en rappelant que, en l'absence d'une harmonisation communautaire, les États membres restent libres de déterminer les conditions d'affiliation à leur régime de sécurité sociale, ils doivent néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire et l'article 48 du traité, lequel s'oppose "aux mesures qui pourraient défavoriser les ressortissants communautaires lorsqu'ils souhaitent exercer une activité économique sur le territoire d'un autre État membre (voir notamment arrêt du 15 décembre 1995, Bosman, C-415/93, Rec. p. I-4921, point 94)" (points 34 à 39). Or, "le ressortissant d'un État membre pourrait être dissuadé de quitter l'État membre où il réside pour exercer une activité salariée, au sens du traité, sur le territoire d'un autre État membre s'il se voyait imposer le paiement de cotisations sociales plus lourdes que dans le cas où il garderait sa résidence dans le même État membre pendant toute l'année, sans pour autant bénéficier de prestations sociales supplémentaires, de nature à compenser ladite majoration" (point 40)⁶⁷. Il s'ensuit qu'une législation nationale telle que celle en cause est contraire à l'ex-article 48 du traité.

⁶⁶ Ce désavantage découle de ce que la perception des cotisations sociales est, aux Pays-Bas, étroitement liée à celle de l'impôt sur le salaire et sur le revenu et de ce que si une personne a été assujettie au cours de la même année à l'impôt des résidents et à l'impôt des non-résidents, tout en restant soumis au régime obligatoire de sécurité sociale pendant toute l'année, elle se voit notifier deux avis d'imposition combinée reprenant l'assiette maximale sur laquelle les cotisations d'assurances sociales peuvent être perçues.

⁶⁷ Pour apprécier l'importance des charges en cause, précise encore la Cour, il convient de prendre en compte tous les revenus pertinents selon la législation nationale pour calculer le montant desdites charges (le cas échéant, ceux provenant d'immeubles), et non seulement les revenus exclusivement liés à l'activité salariée du travailleur (points 51 à 53).

32. Non discrimination et assimilation des faits survenus sur des territoires différents. La question se pose de savoir si la règle de l'égalité de traitement, qui vise l'assimilation des ressortissants de chacun des États membres aux nationaux de l'État d'accueil, implique également celle "de faits qui se sont produits sur le territoire de chacun des États membres à des faits analogues qui se seraient produits sur le territoire de l'État d'accueil ou de l'État compétent"⁶⁸.

Il n'existe pas à proprement parler de principe général communautaire obligeant, en l'absence de dispositions spécifiques en ce sens, l'institution d'un État membre à assimiler des faits survenus dans un autre État membre à des faits correspondants que la législation nationale considère comme n'engendrant des effets juridiques que s'ils ont eu lieu sur le territoire national⁶⁹.

Toutefois, l'absence d'assimilation possible de certains faits ou événements, survenus à l'étranger à ceux qui auraient dû survenir sur le territoire national, en application des dispositions législatives, réglementaires ou administratives pour l'ouverture d'un droit à certains avantages sociaux ou fiscaux en général, peut être une source de discrimination⁷⁰.

Dans le domaine de la sécurité sociale, la jurisprudence de la Cour est fluctuante à cet égard. D'abord, plusieurs arrêts paraissent hostiles à toute tentative qui pourrait être faite pour obliger un État membre, en dehors de ce qui est prévu dans les règlements n^{os} 1408/71 et 574/72, à assimiler un fait qui s'est produit dans un autre État membre à celui correspondant qui serait survenu sur son territoire national.

⁶⁸ Concl. de l'avocat général Mayras sur l'aff. 1/78, Kenny, o.c., p. 1506.

⁶⁹ Voy. en ce sens l'avocat général Trabucchi dans l'affaire 20/75, D'Amico, Rec. 1975, p. 202.

⁷⁰ Voy. arrAt du 15 octobre 1969, Ugliola, 15/69, Rec. 1969, p. 36, où la Cour a pu assimiler, sur la base du principe de l'égalité de traitement mis en oeuvre par l'ancien article 48 CEE, les obligations militaires accomplies dans le pays d'origine B celles accomplies dans l'État d'emploi afin de permettre au travailleur communautaire de bénéficier d'une protection identique B celle du travailleur national sur le plan des conditions d'emploi.

De mAme, dans l'affaire C-419/92, Ingegrat Scholz (arrAt du 23 février 1994, Rec. p. I-517), la Cour a considéré que l'ancien article 48, paragraphe 2, du traité CE interdit B un organisme public d'un État membre, B l'occasion du recrutement de personnel pour des postes, d'opérer une distinction en prenant compte les activités professionnelles antérieures, selon que ces activités ont été exercées dans le service public de ce mAme État membre ou dans celui d'un autre État membre.

Ainsi, dans l'affaire 66/77, Kuyken⁷¹, la Cour n'a pas admis, pour l'octroi des allocations de chômage aux anciens étudiants qui n'ont jamais occupé un emploi, au titre de la législation d'un État membre, l'assimilation des études accomplies dans un autre État membre à celles accomplies dans un établissement organisé, reconnu ou subventionné par l'État compétent⁷².

A l'inverse, d'autres arrêts de la Cour, surtout parmi les plus récents, paraissent plaider en faveur d'une reconnaissance de la technique de l'assimilation des faits ou événements pour les besoins de la libre circulation des travailleurs.

Elle a ainsi jugé:

- que, "lorsque la législation de l'État membre prestataire de certaines allocations exige, comme condition d'octroi de ces allocations, que le membre de la famille du travailleur se tienne à la disposition, comme chômeur, de l'agence pour l'emploi sur le territoire où cette législation s'applique, une telle condition doit être considérée comme remplie lorsque le membre de la famille se tient à disposition, comme chômeur, de l'agence pour l'emploi de l'État membre où il réside" (arrêts du 22 février 1990, Bronzino, 228/88 et Gatto, C-12/89, Rec. pp. I-549 et 577);
- à propos du calcul d'une pension de vieillesse résultant de la transformation d'une pension d'invalidité, que le droit communautaire s'oppose à ce qu'un travailleur migrant ne puisse se prévaloir du bénéfice prévue par la législation nationale (belge, en l'occurrence) de l'assimilation de périodes d'invalidité à des périodes d'activité au seul motif que, lors de la survenance de l'incapacité de travail, il était salarié non pas dans l'État membre en question, mais dans un autre État membre (arrêt du 9 décembre 1993, Lepore e.a., C-45 et C-46/92, Rec. p. I-6497);
- que, lorsqu'une législation nationale subordonne le droit à une prestation à une période minimale d'assurance au cours d'une période de référence précédant la survenance du risque tout en permettant, dans certains cas, la prorogation de cette période, une telle législation doit prévoir une possibilité de prorogation de la période

⁷¹ ArrAt du 1^{er} décembre 1977, Rec. p. 2711.

⁷² Voy. également les arrAts du 9 juillet 1975, D'Amico, 20/75, Rec. p. 202; et du 28 juin 1978, Kenny, précité.

de référence lorsque des faits ou circonstances correspondant à ceux qui permettent la prorogation surviennent dans un autre État membre (arrêt du 4 octobre 1991, *Paraschi*, C-349/97, Rec. p. I-4501);

- que, lorsque la législation d'un État membre prévoit la prorogation du droit à une rente d'orphelin au-delà de l'âge de 25 ans pour les titulaires de rentes dont la formation a été interrompue en raison de l'accomplissement du service militaire, cet État est tenu d'assimiler le service militaire accompli dans un autre État membre au service militaire accompli sous sa propre législation (arrêt du 25 juin 1997, *Mora Romero*, 131/96, Rec. p. I-3659);
- que les articles 39, paragraphe 2, CE et 42 CE s'opposent à une législation nationale qui ne prévoit pas de possibilité de prorogation d'une période de référence pour le calcul d'un droit à pension lorsque le versement de rentes d'accident, correspondant à celles qui permettent une telle prorogation, survient dans un autre État membre⁷³;
- qu'il va de même d'une réglementation nationale qui, pour la détermination des périodes d'assurance et assimilées au titre de l'assurance vieillesse, ne prend en compte, sans condition, que les périodes d'éducation accomplies sur le territoire national, mais subordonne au bénéfice d'allocations de maternité en espèce en vertu de la législation nationale la prise en compte des périodes d'éducation accomplies dans un autre État membre⁷⁴.

On mesure le chemin parcouru depuis l'arrêt *Kuyken* précité.

Il convient de noter qu'indépendamment de la règle de non-discrimination, la technique de l'assimilation des situations est largement utilisée dans le cadre des règlements 1408/71 et 574/72 (principe de la totalisation des périodes d'assurance, d'emploi et de résidence pour l'ouverture ou le calcul des prestations de sécurité sociale).

33. Certificats d'état civil. Enfin, on relèvera, dans ce contexte, la problématique de la reconnaissance des certificats d'état civil. Nul besoin de souligner leur importance pratique pour l'octroi de certaines prestations de sécurité sociale.

⁷³ CJCE 18 avril 2002, *Duchon*, aff. C-290/00, Rec. p. I-3567.

⁷⁴ CJCE 7 février 2002, *Kauer*, aff. C-28/00, Rec. p. I-1343, points 43 et 44; voir, dans le même sens, *Elsen*, précité, points 25 à 28.

La question s'est posée de savoir, dans l'affaire C-336/94, Dafeki (arrêt du 2 décembre 1997, Rec. p. I-6774), si le droit communautaire oblige les institutions nationales compétentes en matière de sécurité sociale et les juridictions nationales d'un État membre de respecter les certificats et actes analogues relatifs à l'état des personnes qui émanent des autorités compétentes des autres États membres.

En l'espèce, une ressortissante hellénique née en Grèce et travaillant en Allemagne se prévalut devant une caisse de retraite allemande de la rectification de sa date de naissance par un tribunal grec, en vue de bénéficier de la retraite anticipée prévue pour les femmes âgées de 60 ans. La caisse allemande rejeta la demande au motif que le droit allemand réserve la présomption d'exactitude aux seuls documents d'état civil délivrés par les autorités allemandes. En revanche, s'agissant de documents étrangers, les juridictions allemandes prennent en compte le document établi au moment qui est le plus proche chronologiquement de l'événement dont le document atteste.

La Cour a constaté que la force probante accordée par les dispositions allemandes aux certificats d'état civil émanant des autorités compétentes d'une autre État membre est inférieure à celle qui est accordée aux certificats établis par les autorités allemandes, ce qui en pratique joue au détriment des travailleurs ressortissants d'autres États membres (points 12 et 13). Certes, observe la Cour, "des différences considérables existent entre les ordres juridiques nationaux quant aux conditions et aux procédures permettant d'obtenir une décision ratifiant la date de naissance" et, "les États membres n'ont, à l'heure actuelle, ni harmonisé la matière ni mis en place un système de reconnaissance mutuelle de ces décisions, à l'instar de celui qui est prévu pour les décisions qui relèvent du champ d'application de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 1972, L 299, p. 32)" (point 16).

Dans ces conditions, "les autorités administratives et judiciaires d'un État membre sont tenues de respecter les certificats et actes analogues relatifs à l'état des personnes qui émanent des autorités compétentes des autres États membres, à moins que leur exactitude ne soit sérieusement ébranlée par des indices concrets se rapportant au cas individuel en cause".

Paragraphe 2: La comparabilité des situations

34. La règle de la relativité. Suivant une jurisprudence constante de la Cour de justice, la discrimination interdite suppose soit le traitement différent de situations similaires, soit le traitement identique de situations différentes. En résumé, il n'y a pas de discrimination lorsque des situations différentes sont traitées de manière différente.

Tel était le cas dans l'affaire C-28/92, Leguaye-Neelsen⁷⁵. Madame Marie-Hélène Leguaye-Neelsen, ressortissante française, s'était vu refuser le remboursement de cotisations obligatoires versées au titre de l'assurance pension légale allemande, après être entrée dans l'administration française, alors que les personnes qui entrent dans l'administration publique allemande peuvent demander le remboursement des cotisations qu'elles ont versées. En réalité, conformément à la législation allemande, les personnes qui cessent d'être assujetties à l'assurance obligatoire dans ce pays, sans avoir acquis le droit à une pension future, n'ont, en règle générale, aucun droit au remboursement des cotisations versées à titre obligatoire, mais elles peuvent continuer à cotiser à titre volontaire au régime allemand en vue d'acquérir le droit à une pension future. Cette règle est applicable indépendamment de la nationalité du travailleur.

C'est précisément parce que les travailleurs ayant cotisé au titre de l'assurance obligatoire pendant moins de soixante mois et qui entrent ensuite dans l'administration publique allemande sont exclus du droit de cotiser à titre volontaire (afin d'éviter des situations de double assurance), qu'ils ont droit au remboursement des cotisations versées en tant que contrepartie de la perte du droit à une pension future. "La situation de ces travailleurs n'est pas, selon la Cour, comparable à celle des travailleurs qui, dans les mêmes circonstances entrent dans l'administration publique d'un autre État membre, étant donné que ces derniers, contrairement aux premiers bénéficient, en Allemagne, du droit de cotiser à titre volontaire" (point 15). "Dès lors, l'application aux travailleurs, qui entrent dans l'administration publique d'un autre État membre, du régime général applicable aux travailleurs qui cessent d'être soumis à l'assurance

⁷⁵

ArrAt du 16 décembre 1993, Rec. p. I-6857.

obligatoire ne constitue pas une discrimination interdite par l'article 3 du règlement n° 1408/71."

Par ailleurs, dans son arrêt du 22 avril 1993, Levatino, C-65/92⁷⁶, la Cour a rappelé, à propos des règles communautaires de calcul de la pension de retraite, son arrêt Mura⁷⁷, où elle avait considéré que "si l'application de la réglementation communautaire a pour résultat d'avantager le travailleur migrant par rapport à celui qui ne l'est pas, elle ne représente pas, pour autant, un caractère discriminatoire car les travailleurs migrants ne sont pas dans une situation comparable à celle des travailleurs qui n'ont jamais quitté leur pays". De surcroît, "les éventuelles divergences existant au bénéfice des travailleurs migrants sont le fait, non de l'interprétation du droit communautaire, mais du manque d'un régime commun de sécurité sociale, ou du défaut d'harmonisation des régimes nationaux existants, que ne peut pallier la simple coordination actuellement en vigueur" (point 49).

35. Différences à l'intérieur d'un même État. L'examen des situations doit être effectué à l'intérieur d'un même État membre. Il est clair que la règle de l'égalité de traitement ne vise pas les disparités de traitement "qui peuvent résulter, d'un État membre à l'autre, des divergences existant entre toutes personnes tombant sous leur application, selon des critères objectifs et sans égard à leur nationalité"⁷⁸.

Ainsi, le bénéfice que pourrait tirer un travailleur migrant par rapport à un travailleur sédentaire des "éventuelles divergences existant entre les législations nationales (qui) sont le fait, non de l'interprétation du droit communautaire, mais du manque d'un régime communautaire de sécurité sociale, ou du défaut d'harmonisation des régimes nationaux existants que ne peut pallier la simple coordination actuellement en vigueur" n'est pas illicite, aucune discrimination ne pouvant être relevée dans le cas de situations légales qui ne sont pas comparables (arrêt du 13 octobre 1977, Mura I, 22/77, Rec. p. 1699; dans le même sens, arrêt du 22 avril 1993, Levatino, 65/92).

⁷⁶ Rec. p. I-2027.

⁷⁷ ArrAt du 13 octobre 1977, 22/77, Rec. p. 1699, points 9 et 10.

⁷⁸ Aff. 1/78, Kenny, o.c., point 18; arrAt du 27 septembre 1988, Lenoir, 313/86, Rec. p. 5391.

Comme l'a observé l'avocat général Roemer dans l'aff. 14/68, Wilhem, l'interdiction de discrimination n'a pas pour but de favoriser l'harmonisation du droit dans la Communauté⁷⁹.

Ainsi, dans l'affaire précitée 41/84, Pinna, la Cour de justice a condamné les disparités de traitement à l'intérieur de la France, entre les travailleurs, dont les enfants résident en France, pour la plupart nationaux, et qui bénéficient des prestations familiales au taux français, et les travailleurs dont les enfants résident dans un autre État membre, pour la plupart migrants, et qui bénéficient des allocations familiales au taux de l'État de résidence, du fait de la règle de l'ancien article 73, paragraphe 2, du règlement n° 1408/71. Ne sauraient, en revanche, être constitutives d'une discrimination interdite les disparités de traitement résultant d'un État membre à l'autre des divergences entre régimes nationaux de prestations familiales.

Paragraphe 3: Différenciation objective

36. Considérations d'ordre nataliste. Des situations comparables ne pourraient être traitées de manière différente que si la différenciation est objectivement justifiée, ou encore si elle n'est pas arbitraire.

Ainsi, des considérations d'ordre nataliste ne sauraient, selon la Cour, justifier une différence de traitement d'après la nationalité, dans l'octroi de prestations de sécurité sociale, "le règlement n° 1408/71 ne (faisant) pas de différence entre les régimes de sécurité sociale auxquels il s'applique, selon que ces régimes poursuivent ou non des objectifs de politique démographique"⁸⁰.

37. Territorialité des prestations. Dans le même sens, les arguments tirés de la territorialité des prestations de sécurité sociale ne sauraient en eux-mêmes constituer une justification objective, l'un des objectifs fondamentaux du règlement n° 1408/71 et de l'article 42 du traité étant précisément de permettre la conservation des droits acquis (leur exportation) quelle que soit la résidence du travailleur ou des membres de

⁷⁹ Rec. 1968, p. 30; voy. aussi les conclusions de l'avocat général Capotorti sur l'aff. 155/80, Oebel, Rec. 1981, p. 2013.

⁸⁰ Voy. arrAts du 12 juillet 1979, Toia, 237/78, Rec. p. 2645; du 14 janvier 1982, Reina, 65/81, Rec. p. 33, B propos de prAts B la naissance qui ne sauraient être soustraits, selon la Cour, B l'application des règles du droit communautaire relatives B la libre circulation des personnes "du seul fait qu'ils sont accordés en raison de considérations de politique démographique" (point 15); aff. 41/84, Pinna, précitée.

sa famille. En réalité, les régimes nationaux de sécurité sociale sont, en première analyse, territoriaux; toute la question est de savoir si, au-delà de cette territorialité, que le Conseil a pour mission de limiter, sinon de supprimer, en vertu de l'article 42 du traité, il existe des circonstances qui, objectivement, peuvent justifier des modalités particulières pour la conservation des droits acquis n'aboutissant pas à l'élimination de tout risque d'inégalité entre travailleur (voy. arrêt du 13 juillet 1976, Triches, 19/76, Rec. p. 1243, et arrêt Lenoir, précité)

On observera que les inconvénients résultant du fractionnement des prestations de sécurité sociale, en particulier en matière d'assurance vieillesse, du fait de l'accomplissement de la carrière professionnelle sur le territoire de plusieurs États membres (et qui sont d'ailleurs limités autant que possible par les dispositions du règlement n° 1408/71) ne sauraient être constitutifs d'une violation du principe de non-discrimination. En effet, de tels inconvénients, ainsi que la Cour l'a observé dans l'affaire 146/93 (arrêt du 7 juillet 1994, McLachlan, Rec. p. I-3229; voir également arrêt du 21 mars 1990, Cabras, 199/88, Rec. p. I-1023), sont inhérents au fait que l'article 42 du traité ne "tend pas à organiser un régime commun de sécurité sociale mais vise seulement à établir des règles de coordination des systèmes de sécurité sociale des États membres".

Ainsi, l'absence de prise en compte, conformément à l'article 49, paragraphe 1er, sous a), du règlement, dans le calcul du montant de la pension à charge d'un État, sous la législation duquel un travailleur a acquis un droit à pension, des périodes d'assurance accomplies sous la législation d'un autre État membre, ne saurait pas davantage violer le principe de non-discrimination (arrêt du 7 juillet 1994, précité).

Paragraphe 4: Caractère absolu de l'interdiction de discrimination

38. L'interdiction de discrimination, une fois celle-ci établie, est absolue, inconditionnelle, quelle que soit la nature ou la gravité de la discrimination (par exemple, arrêts du 4 avril 1974, Commission/France, 167/73, Rec. p. 359; du 12 décembre 1974, Walrave, 36/74, Rec. p. 1405; du 3 décembre 1974, Van Binsbergen, 33/74, Rec. p. 1299).

Elle s'impose à l'action des institutions des Communautés européennes (ainsi, par exemple, en matière de prestations familiales, l'invalidation de l'ancien article 73, paragraphe 2, du règlement n° 1408/71 par l'arrêt du 15 juin 1986 a entraîné la modification du règlement) comme à celle des

États membres. Il est sans importance que les dispositions en cause "soient déterminées par des règles arrêtées par le pouvoir central, par les autorités d'un pays membre d'un État fédéral ou d'autres entités territoriales ou bien par des autorités que le droit national leur assimile" (arrêt du 3 juillet 1974, Casagrande, 9/74, Rec. p. 773). En effet, la circonstance qu'une matière déterminée relève de la compétence des États membres ne les libère en rien de leur obligation d'appliquer leur législation sans discrimination et sans entrave au libre exercice des droits que les articles 39 et suivants du traité garantissent au titre de la liberté de circulation des personnes.

L'interdiction des discriminations s'impose également aux particuliers (Walrave, précitée). Ce constat n'est pas si théorique qu'il le paraît dans le domaine de la sécurité sociale si l'on songe aux formes privées d'assurances sociales, certes non couvertes par le règlement n° 1408/71, mais bien par les règles d'égalité de traitement énoncées aux articles 12 et 39, paragraphe 2, du traité.

CHAPITRE 2 : LA DÉTERMINATION DE LA LÉGISLATION APPLICABLE

39. Objectif. La réglementation communautaire désigne, devant une situation internationale donnée, pour chaque éventualité couverte, la législation de sécurité sociale d'un État membre déterminé que l'on appelle "État membre compétent", en vertu de laquelle naissent les obligations ou sont accordées les prestations⁸¹.

Le titre II du règlement n° 1408/71 (art. 13 à 17bis) contient les règles qui permettent de déterminer la législation applicable dans la généralité des cas, mais il convient également de se référer à d'autres règles particulières de rattachement contenues dans le titre III du règlement (relatif aux différentes catégories de prestations) et le règlement d'application lui-même (n° 574/72).

"Ces dispositions ont pour but, ainsi que la Cour de justice l'a souligné, d'éviter l'application simultanée de plusieurs législations nationales et les complications qui peuvent en résulter, mais également d'empêcher que les personnes entrant dans le champ d'application du règlement n° 1408/71

⁸¹ Les termes "autorité compétente", "institution compétente" et "État compétent" sont définis B l'article 1^{er}, lettres l), o) et q), du règlement nE 1408/71.

soient privées de protection en matière de sécurité sociale, faute de législation qui leur serait applicable"⁸².

Paragraphe 1^{er}: *Prévalence de la lex loci laboris*

40. En principe, conformément à l'article 13, paragraphe 2, sous a) et b), du règlement n° 1408/71, le travailleur est soumis à la législation de son État d'occupation salariée (a) ou non salariée (b), même s'il réside sur le territoire d'un autre État membre ou, s'agissant d'un travailleur salarié, si l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre État membre.

Il y a lieu de noter que l'article 13, paragraphe 2, sous a), n'introduit aucune distinction selon que l'activité salariée est exercée à temps plein ou à temps partiel (voy. aff. C-2/89, précitée, point 14).

La soumission du travailleur à la législation de l'État d'emploi suppose également celle de l'employeur à la même législation pour ce qui concerne l'obligation de cotiser, même si ce dernier réside dans un autre État.⁸³

Le choix de la *lex loci laboris*, avec rattachement secondaire à la loi du pays de résidence, particulièrement en cas de pluralité des lieux d'occupation⁸⁴ conforme à une conception "bismarkienne", encore

⁸² Voy. arrAt du 3 mai 1990, Kits van Heijningen, C-2/89, Rec. p. I-1769; voy. également arrAts du 10 juillet 1986, Luijten, 60/85, Rec. p. 2365; du 24 mars 1994, Van Poucke, C-71/93, Rec. p. I-1101; du 16 février 1995, Calle Grenzshop Andresen, C- 425/93, Rec. p. I-269; du 13 mars 1997, Huijbrechts, C-131/95, Rec. p. I-1409.

⁸³ Voy. arrAt du 24 juin 1975, Football Club d'Andlau, 8/75, Rec. p. 739.

⁸⁴ Il arrive que la réglementation communautaire s'écarte de ces orientations eu égard aux particularités de l'espace. Sont notamment visés:

- les cas d'activités professionnelles exercées dans plusieurs États membres: il est alors fait application, B titre subsidiaire, de la législation de l'État de résidence (cf. art. 14, paragraphe 2, sous b, et 14bis, paragraphe 2) ou de l'État du lieu où s'exerce l'activité salariée (art. 14quater);
- les cas de détachement d'un travailleur dans un autre État membre pour une période limitée, application étant faite de la législation de l'État du siège de l'entreprise (art. 14, paragraphe 1er, sous a) et 14bis);
- ou encore les hypothèses de cumul de prestations; sont alors désignées, selon le cas, la législation du lieu d'accouchement (art. 8, paragraphe 1er, du règlement n° 574/72), du lieu de décès (art. 9, paragraphe 1er), ou la législation B laquelle l'intéressé a été soumis en dernier lieu (art. 8, paragraphe 1er, in fine; art. 8, paragraphe 2, art. 8bis; art. 9bis; art. 10bis; etc.)

dominante dans la réglementation communautaire, suivant laquelle les coûts de la sécurité sociale sont à charge de l'État où le travailleur exerce son activité et contribue à ce régime. Le droit positif de l'Europe des Six était, du reste, dominé par le système de l'assurance du travail. Observons qu'après l'adhésion d'États qui connaissent des systèmes universalistes de sécurité sociale et compte tenu de l'évolution des politiques nationales de sécurité sociale vers la couverture de l'ensemble de la population, active ou non active, des critiques se sont élevées devant une conception communautaire "statique" de solution des conflits de lois⁸⁵. Il y a lieu, cependant, d'observer que le choix du facteur de rattachement s'inscrit dans le cadre de la libre circulation des travailleurs, salariés ou non salariés; aussi est-il cohérent de se référer, à titre principal, au lieu où s'exerce l'activité économique pour déterminer la législation applicable. L'absence d'homogénéité suffisante des régimes nationaux de sécurité sociale renforce cette idée. On ne saurait occulter le fait que la question du choix du système national de sécurité sociale compétent est aussi, et avant tout, une question de répartition financière entre les États membres des coûts de la sécurité sociale des travailleurs circulant à l'intérieur de la Communauté, laquelle est liée à un principe de solidarité financière.

Quoi qu'il en soit, à défaut de disposition spécifique dans le règlement, désignant expressément la loi nationale applicable à telle situation juridique, la Cour de justice entend qu'il soit fait application de la législation de l'État d'emploi, conformément à l'article 13, paragraphe 2, du règlement⁸⁶.

41. Cas du travailleur inactif. Le règlement n° 2195/91 du 25 juin 1991 (JOCE 1991, n° L 206) a introduit à l'article 13, paragraphe 2, du règlement n° 1408/71 un nouveau point f traitant de la personne à laquelle la législation d'un État membre cesse d'être applicable sans que la législation d'un autre État membre lui devienne applicable. Aux termes de cette disposition, la personne à laquelle la législation d'un État membre, jusqu'alors applicable du fait de l'exercice d'une activité professionnelle, cesse de l'être, est soumise à la législation de l'État de résidence si aucune législation ne lui devient applicable en vertu des dispositions des articles 13 à 17 du règlement.

⁸⁵ Voy. P. RODIERE, "L'arrAt Bentzinger et la jurisprudence de la CJCE relative aux conflits de lois", *RTDE*, 1974, pp. 431 et 441. Les règles internationales de rattachement sont évidemment déterminées par les caractères fondamentaux des systèmes nationaux de sécurité sociale. Sur l'évolution de ceux-ci, voy. notamment J.J. DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, Précis, Dalloz, 1984, pp. 202 et ss.; G. PERRIN, "Cent ans d'assurance sociale", *Revue belge de sécurité sociale*, 1983, p. 837; "La sécurité sociale au passé et au présent", *RFAS*, 1979, p. 87.

⁸⁶ Voy. aff. 58/87, Rebmman, arrAt du 29 juin 1988, Rec. 1988, p. 3467.

La date et les conditions auxquelles la législation d'un État membre cesse d'être applicable à une personne visée ci-dessus sont déterminées conformément aux dispositions de cette législation⁸⁷.

Des dispositions particulières excluent certaines conséquences (en matière de totalisation des périodes d'assurance) de l'application du point f nouveau de l'article 13, paragraphe 2, du règlement n° 1408/71 pour les États dont la législation prend en compte de simples périodes de résidence pour l'ouverture du droit à certaines prestations de sécurité sociale (règlement n° 1408/71, annexe VI, rubriques "G. Irlande" et "P. Royaume-Uni" modifiée par le règlement n° 2195/91, précité).

42. Employeur. La soumission du travailleur à la législation de l'État d'emploi suppose également la soumission de l'employeur à la même législation pour ce qui concerne l'obligation de cotiser, même si ce dernier réside dans un autre État (arrêt du 24 juin 1975, Football Club d'Andlau, 8/75).

On observera que:

- l'employeur ne peut être contraint au paiement de cotisations majorées, du fait que son domicile ou le siège de son entreprise se trouve sur le territoire d'un État membre autre que l'État compétent (règl. art. 91);
- les cotisations dues à une institution d'un État membre peuvent être recouvrées sur le territoire d'un autre État membre, suivant la procédure administrative et avec les garanties et privilèges prévus, en matière de recouvrement des cotisations, par la législation de ce dernier État (règl. art. 92).

L'employeur n'ayant pas d'établissement dans l'État membre sur le territoire duquel le travailleur est occupé peut convenir avec ce travailleur salarié que celui-ci exécute les obligations patronales en ce qui concerne le versement des cotisations. L'employeur est alors tenu de communiquer un tel arrangement à l'institution compétente, ou, le cas échéant, à l'institution désignée par l'autorité compétente de l'État membre précité (règl. 574/72 art. 109). Bien entendu, l'employeur rembourse au salarié le montant de la part patronale des cotisations.

⁸⁷

Voir article 10ter nouveau du règlement n° 574/72, introduit par le règlement n° 2195/91 du 25 juin 1991, précité.

Paragraphe 2: Caractère obligatoire du choix de la législation applicable

43. Le caractère obligatoire des règles de rattachement contenues dans le règlement résulte assurément de la primauté du droit communautaire sur les droits internes. Il en découle que les travailleurs ne sauraient avoir le libre choix de la législation nationale applicable, alors même qu'ils rempliraient les conditions d'assujettissement à plusieurs régimes nationaux, de la même manière que "les États membres ne disposent pas de la faculté de déterminer dans quelle mesure est applicable leur propre législation ou celle d'un autre État membre", étant tenus "de respecter les dispositions de droit communautaire en vigueur"⁸⁸. L'application d'une législation nationale est déterminée en fonction de certains critères objectifs par les règles communautaires; le rattachement à telle législation nationale, désignée par le droit communautaire relève, comme l'a jugé la Cour de justice dans l'affaire 12/67 (Guissart), de circonstances objectives dans lesquelles se trouve le travailleur et en dehors de son libre choix⁸⁹. L'avocat général VerLoren van Themaat a ainsi précisé, dans ses conclusions sous l'affaire 276/81 (Kuijpers), qu'"il n'appartient pas à l'État membre de prescrire lui-même une règle - à charge des autres États membres - évitant le cumul d'application de plusieurs législations puisque le règlement indique lui-même la règle à suivre en matière de conflit" (Rec. 1982, p. 3051).

Le caractère obligatoire des règles de rattachement a été nettement affirmé à propos du droit aux prestations de chômage des travailleurs frontaliers⁹⁰. A la différence des travailleurs en chômage complet, autres que frontaliers, disposant, en vertu de l'article 71, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 1408/71, d'une option entre les prestations de l'État d'emploi et celles de l'État de résidence, les travailleurs frontaliers ne bénéficient, en vertu des dispositions de l'article 71, paragraphe 1, sous a), ii), du même règlement, que des seules prestations de l'État de résidence. Selon la Cour de justice, "l'article 71, paragraphe 1, sous a), ii), du règlement n° 1408/71, doit être interprété en ce sens qu'un travailleur

⁸⁸ Voy. arrAt du 23 septembre 1982, Kuijper, 276/81, Rec. p. 3027. Comparer avec arrAts du 24 avril 1980, Coonan, 110/79, Rec. p. 1445 et du 23 septembre 1982, Koks, 275/81, Rec. p. 3013. Voy. également aff. 302/84, Ten Holder, précitée, point 21, et arrAts du 10 juillet 1986, Luijten, 60/85, Rec. p. 2368; du 4 octobre 1991, De Paep, C-196/90, Rec. p. I-4828.

⁸⁹ ArrAt du 13 décembre 1967, Rec. p. 551.

⁹⁰ ArrAt du 12 juin 1986, Miethe, 1/85, Rec. 1837; voir également arrAt du 29 juin 1988, Rebmann, 58/87, Rec. 3467.

frontalier en chômage complet relevant du champ d'application de ces dispositions peut exclusivement prétendre aux prestations de l'État membre de résidence, alors même qu'il remplirait les conditions exigées par la législation de l'État membre du dernier emploi pour l'octroi du droit à prestation" (aff. Miethe, précitée).

On se référera également à l'arrêt du 5 mars 1998, Molenaar (C-160/96, Rec. p. I-843) qui souligne le caractère obligatoire des règles de rattachement à tel régime de sécurité sociale d'un État membre, contenues dans le règlement n° 1408/71, sans que l'assuré puisse avoir le choix de renoncer au bénéfice des prestations prévues par ledit régime et, par voie de conséquence, demander à être exonéré des cotisations correspondantes.

Ces développements sont bien conformes au but de la réglementation communautaire en cette matière qui est d'éviter les imprécisions et les cumuls de charges pouvant résulter de l'application simultanée de régimes de plusieurs États membres.

Paragraphe 3: Unicité et exclusivité de la législation applicable

44. L'article 13, paragraphe 1, énonce le principe de l'unicité de la législation applicable, gouvernant l'ensemble des règles de rattachement contenues aux articles 13, paragraphe 2, à 17 bis du règlement.

Il en résulte notamment qu'aucun État membre autre que celui dont la législation est ainsi rendue applicable n'est habilité à percevoir des cotisations du travailleur en question⁹¹, le régime applicable en matière de cotisations étant ainsi entièrement parallèle à celui qui est applicable aux prestations. Notons qu'il arrive que des avantages pour lesquels il n'y a pas eu de versement de cotisations soient consentis⁹²: dans les régimes de sécurité sociale, prestation et cotisation ne sont pas toujours liées l'une à l'autre en ce sens que la perception de la cotisation conditionnerait l'octroi de la prestation.

⁹¹ Voy. aff. 102/76, Perenboom, Rec. 1977, p. 824.

⁹² Voy. les conclusions de l'avocat général VerLoren van Themaat sous l'aff. 275/81, Koks, Rec. 1982, p. 3026.

Au-delà de la législation applicable, la question s'est posée de savoir si les règles de rattachement sont de nature à exclure en toutes circonstances l'application de la législation d'un État membre autre que celle désignée par les dispositions communautaires sans violer les articles 39 à 42 du traité.

Le moins qu'on puisse dire est que la jurisprudence de la Cour n'a pas été constante à cet égard.

Après avoir jugé dans les affaires 92/63 (Nonnenmacher), précitée, et 19/67 (arrêt du 5 décembre 1967, Van der Vecht, Rec. p. 445) que l'application simultanée de plusieurs législations nationales était permise, même si cela avait pour effet d'accroître la charge contributive du travailleur ou celle de son employeur, dès lors qu'il en résultait au profit de l'intéressé un "complément de protection sociale correspondant", la Cour de justice a défendu la thèse d'une application stricte de la règle de l'exclusivité de la législation applicable désignée par les règlements dans les affaires 302/84 (Ten Holder), 60/85 (Luijten) et 1/85 (Miethe), précitées.

45. Incidence sur les conditions d'octroi des prestations. La sécurité sociale d'un État membre déterminé soit intégralement appliqué au travailleur. Les conditions d'octroi des prestations sont donc celles prévues par la législation nationale applicable⁹³. désignation d'une législation applicable implique, concrètement, que le régime de

Toutefois, pour déterminer si les conditions d'octroi prévues par la législation en cause sont remplies, il y a lieu de tenir compte des autres principes directeurs communautaires, à savoir la conservation des droits acquis ou en cours d'acquisition et l'égalité de traitement.

Il va de soi que les conditions d'affiliation d'une personne à un régime de sécurité sociale ne peuvent avoir pour effet d'exclure de l'application de la législation en cause les personnes auxquelles, en vertu du règlement n° 1408/71, cette législation est applicable⁹⁴.

⁹³ A titre d'exemples, voir arrAts du 19 janvier 1978, Recq, 84/77, Rec. p. 7; du 12 juillet 1976, Brunori, 266/78, Rec. p. 2705; du 24 avril 1980, Coonan, 110/79, Rec. p. 1445; du 17 mai 1984, Brusse, 101/83, Rec. p. 2223; du 24 septembre 1987, De Rijke, 43/86, Rec. p. 3611; du 28 février 1989, Schmitt, 29/88, Rec. p. 581; du 18 mai 1989, Troiani, 368/87, Rec. p. 1333; du 3 mai 1990, Kits van Heijningen, C-2/89, Rec. p. I-1755; du 13 mars 1997, Huijbrecht, C-139/93, Rec. p. I-1409; du 11 juin 1998, Kuurijärvi, C-275/96, Rec. p. I-3419.

⁹⁴ ArrAts du 4 octobre 1991, De Paep, C-196/90, Rec. p. I-4828; du 3 mai 1990, Kits van Heijningen, C-2/89, Rec. p. I-1755.

46. Recours de l'institution débitrice à l'encontre du tiers responsable. L'article 93, paragraphe 1, du règlement permet à une institution de sécurité sociale qui a versé des prestations à la suite d'un dommage survenu sur le territoire d'un autre État membre, d'exercer à l'encontre du tiers responsable du dommage les voies de recours prévues par le droit qu'elle applique, qu'il s'agisse de la voie de la subrogation ou d'un autre technique juridique (voir arrêt du 12 novembre 1969, Entr'aide médicale, 27/69, Rec. p. 405, point 15). Le droit ainsi conféré aux institutions nationales de sécurité sociale constitue le complément logique et équitable des règles de détermination de la législation applicable et de l'extension des obligations desdites institutions sur l'ensemble du territoire de la Communauté, extension qui découle des dispositions du règlement (voir arrêts du 11 mars 1965, Van Dijk, 33/64, Rec. p. 131; du 9 décembre 1965, Hessische Knappschaft, 44/65, Rec. p. 1191).

En conséquence, chaque État membre reconnaît la subrogation de l'institution débitrice dans les droits que le bénéficiaire des prestations détient à l'égard du tiers tenu de réparer le dommage ou le droit de l'institution débitrice d'agir directement contre ce tiers lorsque l'une ou l'autre de ces voies de droit est prévue en faveur de l'institution débitrice par la législation de l'État membre dont elle relève⁹⁵.

Paragraphe 4: Règles particulières et exceptions au principe du pays d'emploi

47. Le principe de la *lex loci laboris* souffre quelques aménagements et exceptions formulés spécialement aux articles 14 à 17 bis du règlement n° 1408/71. En effet, ainsi que la Cour de justice l'a observé dans l'affaire 101/83 (Brusse)⁹⁶, dans certaines situations particulières, l'application pure et simple de la règle visée à l'article 13, paragraphe 2, lettre a), risquerait non pas d'éviter mais, au contraire, de créer, tant pour le travailleur que pour l'employeur et les organismes de sécurité sociale, des complications administratives dont l'effet serait de retarder l'expédition des dossiers concernant les travailleurs et d'entraver ainsi l'exercice de leur libre circulation (attendu 10). Des règles spécifiques à de telles situations justifiées par la nature du travail en cause, par celle des

⁹⁵ Pour un cas d'application, voir arrAt du 2 juin 1994, DAK, C-428/92, Rec. p. I-2270.

⁹⁶ ArrAt du 17 mai 1984, Rec. p. 2223; voy. aussi arrAt du 29 juin 1988, Rebmann, 58/87, précitée.

prestations servies à l'intéressé ou à ses ayants droit, par "des considérations sociales et d'efficacité pratique", sont également prévues au titre III du règlement n° 1408/71 et au règlement n° 574/72.

Les diverses situations régies par les dispositions particulières des règlements peuvent être classifiées de la manière suivante:

- Fonctionnaires et personnel assimilé: application de la "législation de l'État membre dont relève l'administration qui les occupe" (article 13, paragraphe 2, d)).
- Personnes appelées sous les drapeaux ou au service civil d'un État membre: application de la législation de cet État (article 13, paragraphe 2, e)).
- Personne à laquelle la législation d'un État membre cesse d'être applicable, sans que la législation d'un autre État membre lui devienne applicable en conformité avec les autres règles de rattachement: application de la législation de l'État de résidence (art. 13, paragraphe 2, f).
- Gens de mer: application de la loi du pavillon (article 13, paragraphe 2, c))⁹⁷.
- Travailleurs occupés dans les ports ou les eaux territoriales d'un État membre: application de la législation de cet État (article 14 ter, paragraphe 3).
- Travailleurs détachés: application de la législation de l'État de provenance à condition que la durée prévisible du travail n'excède pas douze mois (sauf prolongation exceptionnelle) et que la personne ne soit pas envoyée en remplacement d'une autre parvenue au terme de la période de son détachement (pour éviter la pratique des "rotations") (article 14, paragraphe 1).

Dans son célèbre arrêt *Manpower* du 17 décembre 1970 (35/70, Rec. p. 1251), la Cour a souligné l'objectif de cette dernière exception à la règle de l'État d'emploi [à l'époque contenue à l'article 13, sous a), du règlement n° 3]: il s'agit de promouvoir la libre prestation des services au bénéfice des entreprises qui en font usage en envoyant des travailleurs dans

⁹⁷

L'article 14 ter du règlement contient plusieurs exceptions à cette règle.

d'autres États membres que celui dans lesquels elles sont établies et de favoriser l'interpénétration économique (point 10), en évitant qu'une entreprise établie dans un État membre ne soit obligée d'affilier ses travailleurs, soumis normalement à la législation de sécurité sociale de cet État, au régime de sécurité sociale d'un autre État membre où ils seraient envoyés pour accomplir des travaux d'une durée limitée dans le temps (point 11). La Cour a ainsi considéré que cette exception était applicable à une entreprise de travail temporaire désireuse d'offrir des services transfrontaliers, à condition qu'elle exerce une activité "normale" dans l'État membre où elle est établie (point 16).

Dans son arrêt du 10 février 2000, Fitzwilliam (C-202/97, Rec. p. I-883), la Cour a précisé davantage les conditions d'application de l'article 14, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 1408/71 aux travailleurs intérimaires détachés dans un autre État membre afin d'éviter que le recours à cette exception ne soit détournée de sa finalité et ne serve, en réalité, qu'une volonté délibérée d'échapper à l'application de la règle générale de l'État d'emploi.

Deux conditions doivent être respectées selon la Cour.

D'une part, un lien organique doit exister entre l'entreprise et les travailleurs qu'elle a détachés sur le territoire d'un autre État membre pendant la durée de leur détachement. Il suffit, à cet égard, que le travailleur en cause soit placé sous l'autorité de l'entreprise.

D'autre part, l'entreprise de travail temporaire doit exercer normalement des activités dans l'État membre d'établissement, c'est-à-dire y exercer "habituellement des activités significatives". A cet égard, la Cour cite un certain nombre de critères susceptibles de caractériser de telles activités:

"le lieu du siège de l'entreprise et de son administration, l'effectif du personnel administratif travaillant respectivement dans l'État membre d'établissement et dans l'autre État membre, le lieu où les travailleurs détachés sont recrutés et celui où sont conclus la plupart des contrats avec les clients, la loi applicable aux contrats de travail conclus par l'entreprise avec ses travailleurs, d'une part, et avec ses clients, d'autre part, ainsi que les chiffres d'affaires réalisés pendant une période suffisamment caractéristique dans chaque État membre concerné" (point 43).

En revanche, la nature des travaux confiés respectivement aux travailleurs mis à la disposition d'entreprises situées sur le territoire de l'État membre

où est établie l'entreprise de travail temporaire et aux travailleurs détachés sur le territoire d'un autre Etat membre est sans pertinence.

Cela étant, dans l'hypothèse d'un détachement de travailleurs, l'institution compétente de l'État membre où l'entreprise de travail temporaire est établie aura normalement délivré un certificat (E 101) constatant que son régime de sécurité sociale reste applicable pendant la période de détachement. En raison des principes de l'unicité de la législation applicable et de sécurité juridique, "ce certificat implique nécessairement que le régime de l'autre État membre n'est pas susceptible de s'appliquer" (point 49). "Il crée une présomption de régularité de l'affiliation des travailleurs détachés au régime de sécurité sociale de l'État membre où est établie l'entreprise de travail temporaire" et s'impose donc à l'institution compétente de l'État membre dans lequel sont détachés ces travailleurs (point 53). Dès lors, "aussi longtemps que le certificat E 101 n'est pas retiré ou déclaré invalide, l'institution compétente de l'État membre dans lequel sont détachés les travailleurs doit tenir compte du fait que ces derniers sont déjà soumis à la législation de sécurité sociale de l'État où l'entreprise qui les emploie est établie et cette institution ne saurait, par conséquent, soumettre les travailleurs en question à son propre régime de sécurité sociale" (point 55).

La Cour observe cependant que le principe de coopération loyale, énoncé à l'article 5 du traité (devenu article 10 CE) "impose à l'institution compétente de procéder à une appréciation correcte des faits pertinents pour l'application des règles relatives à la détermination de la législation applicable en matière de sécurité sociale et, partant, de garantir l'exactitude des mentions figurant dans le certificat E 101" (point 51). Il lui incombe "de reconsidérer le bien-fondé de cette délivrance et, le cas échéant, de retirer le certificat lorsque l'institution compétente de l'État membre dans lequel sont détachés les travailleurs émet des doutes quant à l'exactitude des faits qui sont à la base dudit certificat et, partant, des mentions qui y figurent" (point 56).

Il est, en outre, toujours loisible aux institutions concernées, qui ne parviendraient pas à se mettre d'accord, d'en appeler à la commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants, indépendamment de la possibilité pour l'État membre sur le territoire duquel sont détachés les travailleurs concernés d'engager une procédure en manquement au titre de l'article 170 du traité (devenu article 227 CE) (point 58).

- Travailleurs indépendants se rendant dans un autre État membre pour exercer un travail l'article 14 bis, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71 comporte une disposition similaire à celle de l'article 14, paragraphe 1, applicable cette fois aux travailleurs non salariés qui se rendent dans un autre États membre pour y effectuer un travail occasionnel: ces travailleurs demeurent également soumis à la législation du premier État où ils exercent normalement une activité non salariée.

Dans l'arrêt Banks e.a., précité, la Cour a été invitée à préciser le terme "travail" effectué dans l'autre État membre: vise-t-il toute prestation de travail, salariée ou non salariée, ou uniquement un travail non salarié?

En l'espèce, M. Banks et d'autres chanteurs d'opéra ainsi qu'un chef d'orchestre avaient contesté la retenue de cotisations sur leurs cachets par le Théâtre royal de la Monnaie (TRM) au titre du régime général de sécurité sociale belge des travailleurs *salariés*. Ils estimaient qu'en application de l'article 14 bis, paragraphe 1, du règlement, ils étaient exclusivement soumis au régime de sécurité sociale britannique en tant que travailleurs non salariés, dès lors qu'ils exerçaient normalement leur activité professionnelle au Royaume-Uni, où ils résidaient d'ailleurs, et qu'ils avaient été engagés par le TRM pour se produire en Belgique au cours d'une période de trois années pour moins de trois mois d'activité au total (à l'exception d'un seul d'entre eux dont les contrats portaient sur une période d'un peu plus de quatre mois de prestations).

La Cour, en se fondant sur la lettre même de l'article 14 bis, paragraphe 1, sous a) (point 21), ainsi que, fait exceptionnel, sur les travaux préparatoires (point 23)⁹⁸, a considéré que le terme devait s'entendre de toute prestation de travail, salariée ou non salariée. **Le "travail" doit consister en "une tâche déterminée dont la teneur et la durée sont prédéfinies et dont la réalité doit pouvoir être prouvée par la production des contrats correspondants"** (point 27).

⁹⁸

La proposition initiale de la Commission (JO 1978, C 14, p. 9) utilisait les termes "prestations de service", entendant ainsi réserver l'application de la disposition au seul cas de la réalisation d'un travail non salarié sur le territoire d'un autre État membre.

- Travailleurs occupés dans différents États membres: application de la législation de l'État de résidence du travailleur, s'il y exerce une partie de son activité (article 14, paragraphe 2, b), et 14 bis, paragraphe 2, du règlement): sinon, application de la législation du siège ou du lieu de l'activité principale⁹⁹.

- Personnes exerçant simultanément une activité salariée et une activité non salariée sur le territoire de différents États membres: l'article 14 quater, sous a), du règlement n° 1408/71 détermine la législation applicable aux personnes qui exercent simultanément une activité salariée et une activité non salariée sur le territoire de deux ou plusieurs États membres; il s'agit de la législation de l'État sur le territoire duquel la personne exerce son activité salariée, ou, si elle exerce une telle activité sur le territoire de deux ou plusieurs États membres, de la législation déterminée conformément à l'article 14, paragraphe 2 ou 3 (en général, application, à titre subsidiaire, de la législation de l'État de résidence)¹⁰⁰.

⁹⁹ Pour des cas d'application, voir

- arrAt du 16 février 1995, Calle Grenzshop Andresen, C-425/93, Rec. p. I-291, B propos d'un travailleur danois demeurant au Danemark et employé exclusivement par une entreprise ayant son siège social en Allemagne, spécialisée dans la vente de vins, spiritueux et cadeaux. Dans le cadre de ce rapport de travail, l'intéressé exerçait de manière régulière, B raison de plusieurs heures par semaine et pour une période qui n'était pas limitée B douze mois, une partie de son activité au Danemark.

La Cour a estimé que l'intéressé relevait, en application de l'article 14, paragraphe 2, sous b), de la sécurité sociale danoise et, partant, que l'organisme allemand n'avait pas B réclamer des cotisations pour l'intéressé alors que celui-ci en versait déjà B l'organisme danois.

En outre, la circonstance que l'activité exercée par l'intéressé au Danemark excédait la durée de 12 mois, excluait que l'on puisse faire application de l'article 14, paragraphe 1, sous a) (qui concerne le détachement, par une entreprise établie dans un État membre, d'un travailleur dans un autre État membre pour une période inférieure B 12 mois et qui désigne, comme loi applicable, la législation du premier État);

- arrAt du 13 octobre 1993, Zinnecker, C-121/92, Rec. p. I-5023 concernant le cas d'un ressortissant allemand résidant en Allemagne et exerçant une activité non salariée pour moitié dans cet État et pour moitié aux Pays-Bas: en vertu de l'article 14 bis du règlement n° 1408/71, la législation applicable est celle de l'État membre où réside le travailleur non salarié, en l'occurrence la législation allemande. Dès lors, l'intéressé qui, en l'espèce, n'était assuré ni en Allemagne ni aux Pays-Bas, ne pouvait se voir réclamer par les autorités néerlandaises des cotisations sur la base du droit néerlandais pour son activité aux Pays-Bas.

¹⁰⁰ Sous réserve des cas mentionnés B l'annexe VII du règlement, donnant lieu, conformément B l'article 14 quater, sous b), B l'application conjointe de deux législations nationales. Il en est ainsi lorsque l'activité non salariée est exercée en France et l'activité salariée dans tout autre État membre (sauf le Luxembourg) ou encore lorsqu'une activité non salariée agricole est exercée en France et une activité salariée au Luxembourg: la personne est soumise B la législation de chacun de ces États en ce qui concerne l'activité exercée sur son territoire. L'activité salariée exercée sur le territoire d'un autre État peut cependant être prise en considération pour conférer, le cas échéant, B l'activité non salariée exercée sur le territoire d'un État membre, le caractère d'activité complémentaire, avec les conséquences favorables au travailleur, qui en résultent sur le plan des cotisations (article 14, quinquiés, paragraphe 2).

L'application de l'article 14 quater du règlement requiert que l'on puisse déterminer la nature des activités professionnelles exercées dans différents États membres. Or les notions d'activité salariée et d'activité non salariée ne sont pas définies par le règlement. Les difficultés pratiques liées à cette absence de définition ont amené la Cour de justice à trancher la question. Elle a décidé que, pour les besoins de l'application du titre II du règlement, relatif à la détermination de la législation applicable, il convenait de se référer à la législation de sécurité sociale de l'État sur le territoire duquel l'activité est exercée en vue de qualifier l'activité de salariée ou de non salariée (arrêts du 30 janvier 1997, de Jaeck, C-340/94, Rec. p. I-461 et Hervein, C-221/95, Rec. p. I-609).

M. de Jaeck, de nationalité belge, exerçait en 1984 une double activité professionnelle. Outre des activités non salariées sur le territoire belge où il résidait, M. de Jaeck était le directeur et l'unique actionnaire d'une société à responsabilité limitée aux Pays-Bas où il se rendait généralement deux jours par semaine. Au titre de cette dernière activité, il avait été appelé à devoir verser des cotisations au régime général des assurances sociales néerlandais. S'est posée ainsi la question de savoir si les activités aux Pays-Bas devaient être considérées comme des activités salariées ou non salariées pour l'application des articles 14 bis ou 14 quater du règlement, et plus généralement de son titre II.

Quant à M. Hervein, de nationalité française et résidant en France, il avait exercé jusqu'en octobre 1986, en France et en Belgique, une activité professionnelle similaire (fonctions de président-directeur général et d'administrateur-délégué de sociétés de droit belge en français). Il est constant que, durant la période litigieuse, M. Hervein n'était pas lié par un contrat de travail, en l'absence de lien de subordination, avec les entreprises en cause. Sous le régime de sécurité sociale belge, M. Hervein était considéré comme travailleur indépendant, alors que, sous la législation française, il était assujéti au régime de sécurité sociale des salariés (tout en ne perdant pas sa qualité de travailleur non salarié, sous l'angle du droit du travail, dès lors qu'il n'était pas lié à l'entreprise française par un quelconque lien de subordination). Se posait la question de savoir quelle qualification donner à l'activité exercée en France au regard des articles 14 bis et 14 quater du règlement, et plus généralement de son titre II.

Dans les deux arrêts précités, la Cour a estimé que, "s'il est vrai que les dispositions du titre II du règlement se réfèrent littéralement aux personnes qui exercent une activité salariée ou non salariée, et non aux

travailleurs salariés ou non salariés, une interprétation logique et cohérente du champ d'application personnel du règlement et du système de règles de conflit de lois qu'il met en place commande d'interpréter les notions en cause du titre II du règlement à la lumière des définitions de son article 1, sous a)". "En conséquence, de même que la qualification de salarié ou de non-salarié d'un travailleur, au sens des articles 1, sous a) et 2, paragraphe 1, du règlement, résulte du régime national de sécurité sociale auquel ce travailleur est affilié, il convient d'entendre par activité salariée et activité non salariée au sens du titre II du règlement les activités qui sont réputées telles par la législation applicable en matière de sécurité sociale dans l'État membre sur le territoire duquel ces activités sont exercées".

- Personnes exerçant simultanément une activité de fonctionnaire et une activité salariée ou non salariée sur le territoire de différents États membres: selon l'article 14 sexies du règlement n° 1408/71, l'intéressé est soumis à la législation de l'État membre dans lequel il est couvert par un régime spécial des fonctionnaires.

Comme pour le travailleur visé à l'article 14 quater, sous b), l'article 14 quinquies prévoit que l'intéressé est traité, aux fins de l'application de la législation applicable, comme si elle exerçait l'ensemble de son activité professionnelle sur le territoire de l'État concerné.

- Personnes exerçant simultanément une activité de fonctionnaire dans plusieurs États membres: en vertu de l'article 14 septies, une personne qui est simultanément employée dans deux ou plusieurs États membres comme fonctionnaire (ou personnel assimilé) et qui relève, dans au moins un desdits États, d'une régime spécial des fonctionnaires est soumis à la législation de chacun de ces États membres.

Les fonctionnaires échappent ainsi à la règle de l'unicité de la législation applicable.

- Travailleurs d'entreprises frontalières: application de la loi du siège (art. 14, par. 3, et 14 bis, par. 3).

- Personnel de service des missions diplomatiques et des postes consulaires et agents auxiliaires des Communautés européennes: application de la lex loci laboris, sauf possibilité d'option en faveur de la législation de l'État accréditant, d'envoi ou d'origine (art. 16)¹⁰¹.

¹⁰¹ Il convient toutefois d'observer que la décision d'un membre du personnel de service d'un poste consulaire ou diplomatique d'opter pour l'application de la législation sociale de l'État d'envoi n'a pas

- Travailleurs bénéficiant d'accords dérogatoires aux articles 13 à 16 du règlement, conclus, dans leur intérêt, entre deux ou plusieurs États membres ou institutions de sécurité sociale (art. 17).¹⁰²

- Titulaires de pensions ou de rentes: les titulaires de pensions ou de rentes dues au titre de la législation d'un ou de plusieurs États membres qui transfèrent leur résidence sur le territoire d'un autre État membre peuvent, sur leur demande, être exemptés de l'application de la législation de l'État de résidence (en particulier, lorsqu'ils ont déjà droit aux prestations de maladie ou aux prestations pour enfants à charge au titre de la législation d'un autre État membre), à condition qu'ils ne soient pas soumis à cette législation en raison de l'exercice d'une activité professionnelle (règlement n° 1408/71, article 17 bis).

- Personnes détachées dans un pays tiers: il est de jurisprudence constante que la seule circonstance que les activités d'un travailleur s'exercent en dehors du territoire de la Communauté ne suffit pas pour écarter l'application des règles communautaires sur la libre circulation des travailleurs, dès lors que le rapport de travail garde un rattachement suffisamment étroit avec le territoire de la Communauté. Ainsi, dans la situation d'un ressortissant néerlandais habitant aux Pays-Bas lorsqu'il a été engagé par une entreprise établie en Allemagne et envoyé immédiatement en Thaïlande, un tel rattachement se trouve dans la circonstance que le travailleur communautaire a été engagé par une entreprise d'un autre État membre et, de ce fait, a été affilié au régime de sécurité sociale de cet État (arrêt du 29 juin 1994, Alderwereld, C-60/93, Rec. p. I-2991).

Reste à déterminer la législation applicable à ce travailleur. Dans l'affaire 60/93 précitée, la Cour, après avoir dégagé les éléments de rattachement avec la législation d'un État membre (à savoir, le lieu de résidence du travailleur et le lieu où l'employeur était établi), a rappelé que, dans le système du règlement, l'application de la législation de l'État membre de résidence du travailleur apparaît comme une règle accessoire qui n'intervient que dans l'hypothèse où cette loi présente un lien de

pour effet de priver son conjoint d'un avantage de sécurité sociale (telles les allocations familiales) que lui assure, indépendamment de la couverture sociale de son conjoint, la législation de l'État membre dans lequel il réside, sous réserve des règles anticumul contenues dans la réglementation communautaire (voir, B cet égard, art. 10, par. 1, sous a), du règlement n° 574/72) (voir arrêt du 3 juin 1999, Gómez Rivero, C-24/97, Rec. p. I-3219).

¹⁰²

Voy. aff. 101/83, Brusse, précitée.

rattachement avec la relation de travail. Ainsi, lorsque le travailleur ne réside pas sur le territoire de l'un des États membres où il exerce son activité, c'est normalement la loi du siège ou du domicile de l'employeur qui s'applique. Aussi, pour déterminer, en l'espèce, la loi applicable, la Cour s'est-elle référée à l'article 14, § 2, b, ii, du règlement n° 1408/71, lequel prévoit l'application de la législation de l'État du siège ou du domicile de l'employeur. Il en résulte que l'intéressé qui, du fait de son emploi, est redevable de cotisations sociales conformément à cette législation ne peut se voir réclamer des cotisations en application de la législation de l'État membre sur le territoire duquel il réside.

48. Par ailleurs, au titre III du règlement, les dispositions particulières aux différentes catégories de prestations, contiennent également plusieurs règles de rattachement. Citons notamment:

- l'article 57, paragraphe 1, en matière de prestations pour maladie professionnelle lorsque l'intéressé a été exposé au même risque dans plusieurs États membres (en principe application de la législation du dernier État d'exposition au risque);
- l'article 71 en matière de prestations de chômage, lorsque le chômeur a au cours de son dernier emploi, résidé dans un État membre autre que l'État compétent (voir infra n° 74);
- l'article 73 en matière de prestations familiales lorsque les enfants résident dans un État membre autre que l'État d'emploi (voir infra n° 76);
- l'article 76 en cas de cumul de droits à prestations en vertu des articles 73 ou 74 et en raison de l'exercice d'une activité professionnelle dans le pays de résidence des membres de la famille (prévalence de la législation de l'État de résidence de la famille);
- l'article 77, paragraphe 2, en matière de prestations pour enfants à charge de titulaires de pensions ou de rentes (voir infra n° 80);
- l'article 78, paragraphe 2, en matière de prestations pour orphelins (voir infra n° 80);
- l'article 79, paragraphes 2 et 3, en cas de cumul de prestations pour enfants à charge de pensionnés ou pour orphelins et de prestations

liées à l'exercice d'une activité professionnelle (prévalence de la législation de l'État de l'activité professionnelle).

49. Complément différentiel en matière de prestations familiales. En ce qui concerne l'octroi des prestations familiales (chapitre 7 du titre III du règlement) et des prestations pour enfants à charge de pensionnés ou pour orphelins (chapitre 8), la Cour de justice a développé, à travers une jurisprudence dite sur "le complément différentiel", la règle selon laquelle l'ensemble des prestations acquises pour enfants à charge, dans les différents États membres, doivent être garanties aux travailleurs qui se déplacent dans la Communauté "dans la limite du plus élevé des montants de ces prestations". Il en résulte que les règles anticumul contenues dans les articles 76 et 79, paragraphe 3, du règlement n° 1408/71 et 10, paragraphe 1, du règlement n° 574/72, qui ont pour effet de suspendre le droit à l'une des prestations en concours, ainsi que les règles de rattachement contenues dans les articles 73, 77, paragraphe 2, 78, paragraphe 2, et 79, paragraphe 2, qui désignent la législation applicable pour l'octroi des prestations considérées, ne peuvent s'appliquer que partiellement lorsque le montant des prestations dont le versement est suspendu est supérieur à celui des prestations acquises au titre des dispositions communautaires précitées: dans ce cas, celles-ci ne s'appliquent que jusqu'à concurrence du montant effectivement versé au titre de la législation qu'elles désignent ou dont elles maintiennent l'application.

La "règle de l'effet partiel" a été inaugurée dans l'affaire 100/78 (arrêt du 6 mars 1979, Rossi, Rec. p. 831), qui illustre d'une manière topique l'importance de l'interprétation téléologique dans la mise en oeuvre du droit communautaire¹⁰³.

¹⁰³ Voy. B propos

- de l'article 76: arrAts du 23 avril 1986, Ferraioli, 153/84, Rec. p. 1401; du 27 juin 1989, Georges, 24/88, Rec. p. 1905;
- de l'article 77, paragraphe 2, b, i: arrAts du 12 juin 1980, Laterza, 733/79, Rec. 1915; du 11 juin 1991, Athanasopoulos et autres, C-251/89, Rec. p. I-2797;
- de l'article 77, paragraphe 2, a: arrAt du 14 mars 1989, Baldi, 1/88, Rec. p. 667;
- de l'article 78, paragraphe 2, b, i: arrAts du 9 juillet 1980, Gravina, 807/79, Rec. p. 3811; du 12 juillet 1984, Patteri, 242/83, Rec. p. 3171; du 14 mars 1989, Baldi, précité; du 11 juin 1991, Athanasopoulos et autres, précitée; du 19 mars 1992, Doriguzzi-Zordanin, C-188/90, Rec. p. I-2053; du 18 février 1993, Gobbis, C-218/91, Rec. p. I-720;
- de l'article 78, paragraphe 2, b, ii: arrAt du 14 décembre 1988, Ventura, 269/87, Rec. p. 6411;
- de l'article 78, paragraphe 2, dernière phrase: arrAt du 24 novembre 1983, D'Amario, 320/82, Rec. p. 3811;

L'article 76 a été modifié par le règlement n° 3427/89 du 30 octobre 1989 (JOCE L 331, p. 1) pour y exprimer la règle sur le complément différentiel issue de la jurisprudence précitée de la Cour. Ce même règlement a ajouté à cet article un deuxième paragraphe disposant que "si une demande de prestations n'est pas introduite dans l'État membre sur le territoire duquel les membres de la famille résident, l'institution compétente de l'autre État membre peut appliquer les dispositions du paragraphe 1 (application de la règle de non-cumul) comme si des prestations étaient octroyées dans le premier État membre". Cette modification tend à pallier les conséquences, sur le plan de la répartition financière entre les États membres concernés, du coût des prestations familiales, résultant des arrêts de la Cour suivant lesquels les règles anticumul communautaires ne peuvent s'appliquer que lorsque le travailleur se trouve concrètement en mesure d'obtenir deux prestations dans deux ordres juridiques distincts, ce qui suppose qu'il ait effectivement présenté, en temps utile, sa demande aux deux institutions compétentes concernées¹⁰⁴.

La portée de la jurisprudence sur le complément différentiel doit encore être précisée. Selon la Cour, lorsque les droits aux prestations pour enfants à charge, en l'occurrence les droits du titulaire de pensions ou de rentes ou de l'orphelin, ne sont ouverts que par application des règles de totalisation prévues par le règlement, il n'y a pas lieu, vu le raisonnement qui sous-tend cette jurisprudence, de garantir le versement d'un complément d'allocation. En effet, dans cette situation, l'application des règles communautaires, c'est-à-dire des articles 77 et 78 du règlement n° 1408/71, ne prive pas les intéressés des prestations accordées en vertu de la seule législation d'un autre État membre (voir arrêt du 27 février 1997, Bastos Moriana, C-59/95, Rec. p. I-1071; voir également arrêt du 7 mai 1998, Gómez Rodríguez, C-13/96, Rec. p. I-1071).

-
- de l'article 10, paragraphe 1, a, du règlement n° 574/72 (dans sa version antérieure au règlement n° 1660/85): arrêts du 19 février 1981, Beeck, 104/80, Rec. p. 503; du 4 juillet 1985, Kromhout, 104/84, Rec. p. 2213;
 - de l'article 10, paragraphe 1, a et b, i (dans sa version antérieure au règlement n° 1249/92): arrêt du 9 décembre 1992, McMenamin, C-119/91, Rec. p. I-6393).

¹⁰⁴ Voy. arrêts du 20 avril 1978, Ragazzoni, 134/77, Rec. p. 963; Rossi, 100/78, précitée; du 13 novembre 1984, Salzano, 191/83, Rec. p. 3741; Ferraioli, 153/84, précitée; du 4 juillet 1990, Kracht, C-117/89, Rec. p. I-2794.

En d'autres termes, pour qu'un État membre soit tenu au versement d'un complément différentiel, par suite de l'application des articles 77, paragraphe 2, i, et 78, paragraphe 2, b), i du règlement, en faveur des titulaires de pensions ou de rentes ou des orphelins résidant dans un autre État membre, dans le cas où le montant des prestations familiales servies par ce dernier État de résidence, désigné par le règlement comme l'État compétent, est inférieur à celui des prestations prévu par la législation du premier État, il faut, selon la Cour, que le droit à la pension ou à la rente, ou le droit de l'orphelin, soit acquis exclusivement au titre des périodes d'assurance accomplies dans le premier État.

CHAPITRE 3 LA CONSERVATION DES DROITS ACQUIS

50. Objectif. La conservation des droits acquis constitue l'une des exigences fondamentales de la coordination internationale en matière de sécurité sociale. Ce principe, emprunté au droit international classique de sécurité sociale, signifie en clair qu'un travailleur ne peut perdre le bénéfice d'une prestation de sécurité sociale du simple fait de sa résidence dans un État membre autre que celui sous la législation duquel il a acquis ou pourrait acquérir le droit, palliant ainsi les effets de la territorialité qui domine largement sous les législations nationales, le paiement ou l'acquisition des prestations de sécurité sociale.

En droit communautaire, cette règle de la conservation des droits acquis poursuit une finalité qui éclaire toute sa portée: elle doit permettre l'exercice du droit de libre circulation¹⁰⁵. L'article 42, sous b), du traité s'y réfère expressément.

La réglementation communautaire distingue à cet égard:

- les prestations d'invalidité, de vieillesse ou de survivants, les rentes d'accident du travail ou de maladie professionnelle et les allocations de décès, en bref, les prestations à long terme dont les titulaires ont cessé de travailler et souhaitent normalement retourner dans leur pays d'origine;

¹⁰⁵ Voy. arrAt du 7 novembre 1973, Smieja, 51/73, Rec. p. 1213; du 4 juillet 1990, Camera, 92/81, Rec. p. 2213; du 24 février 1987, Gilletti e.a., 379, 380, 381/85 et 93/86, Rec. p. 971; du 2 mai 1990, Winter-Lutzins, 293/88, Rec. p. I-1639.

- les prestations spéciales à caractère non contributif;
- les autres prestations, en général à court terme.

Pour les premières, il existe une disposition générale qui lève les clauses de résidence (article 10, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71), compte tenu par ailleurs des modalités d'application, pour le paiement des prestations, contenues dans le règlement n° 574/72; pour les secondes, l'article 10 bis du règlement n° 1408/71 comporte une dérogation à la règle de l'exportation, justifiée par la nature des prestations en cause; pour les troisièmes, il convient de se référer, branche par branche, aux dispositions particulières contenues au titre III du règlement n° 1408/71, ainsi qu'à leurs modalités d'application.

Paragraphe 1^{er}: *Les pensions et rentes d'accident du travail ou de maladie professionnelle*

51. Aux termes de l'article 10, paragraphe 1, du règlement, "à moins que le présent règlement n'en dispose autrement¹⁰⁶, les prestations en espèces d'invalidité, de vieillesse ou de survivants, les rentes d'accident du travail ou de maladie professionnelle et les allocations de décès acquises au titre de la législation d'un ou de plusieurs États membres ne peuvent subir aucune réduction, ni modification, ni suspension, ni suppression, ni confiscation du fait que le bénéficiaire réside sur le territoire d'un État membre autre que celui où se trouve l'institution débitrice".

Comme la Cour l'a relevé à plusieurs reprises, l'objet de cette disposition est "de favoriser la libre circulation des travailleurs en protégeant les intéressés contre les préjudices qui pourraient résulter du transfert de leur résidence d'un État membre à un autre"¹⁰⁷.

Il est entendu que l'article 10, paragraphe 1, lève tant les clauses de résidence s'attachant au versement des prestations que celles s'attachant à l'acquisition même du droit aux prestations, quand bien même le titulaire de la prestation n'aurait plus de résidence dans l'État compétent ou n'aurait jamais résidé dans cet État (cf. par exemple le cas du conjoint

¹⁰⁶ Voy. B cet égard l'article 10 bis du règlement relatif B l'exportation des prestations non contributives de type mixte, infra nE 53.

¹⁰⁷ Voy. les aff. 51/73, Smieja; 92/81, Camera; et 379, 380, 381/85 et 93/86, Giletti e.a., précitées.

survivant d'un travailleur migrant ayant toujours vécu au pays d'origine)¹⁰⁸.

Enfin, il convient de relever que l'article 10, paragraphe 1, ne vise que les prestations d'invalidité, de vieillesse ou de survivants, les rentes d'accident du travail ou de maladie professionnelle et les allocations de décès; en d'autres termes, il concerne des titulaires de prestations qui, en général, ont cessé de travailler et qui, normalement, ont envie de retourner dans leur État d'origine. Il n'est applicable qu'aux prestations qui y sont expressément mentionnées, parmi lesquelles, par exemple, ne figurent pas les prestations familiales (arrêt du 11 juin 1998, Kuusijärvi, C-275/96).

Cela ne signifie pas que les autres prestations de sécurité sociale ne sont pas exportables (prestations de maladie, de chômage, familiales) mais que, pour leur service hors de l'État compétent, il convient de se référer directement aux dispositions particulières les gouvernant (titre III du règlement).

52. Système d'assurance fondé sur le seul critère de la résidence. Il y a lieu toutefois d'observer que la règle de l'article 10, paragraphe 1, précité, ne peut être appliquée sans restriction à un système d'assurance où *le seul fait de résider sur le territoire national suffit pour être assuré*. Tel est le cas de l'assurance vieillesse généralisée aux Pays-Bas, raison pour laquelle l'annexe VI, titre "Pays-Bas", point 2, du règlement n° 1408/71, contient des modalités particulières pour la mise en oeuvre du principe de l'exportation en ce qui concerne la législation néerlandaise, lesquelles modalités tendent à établir entre l'intéressé et le régime néerlandais un lien suffisamment étroit¹⁰⁹.

Paragraphe 2: Prestations spéciales à caractère non contributif

53. Le règlement comporte des règles particulières de coordination applicables aux prestations à caractère non contributif destinées à couvrir, à titre supplétif, complémentaire ou accessoire, les éventualités correspondant aux branches de la sécurité sociale visées par le règlement

¹⁰⁸ Voy. les aff. Smieja, Camera et surtout Giletti précitées et l'aff. Van Roosmalen, précitée. Voir également arrêt du 6 juillet 2000, Movrin, C-73/99, Rec. 5265, point 33.

¹⁰⁹ Voy. l'arrêt Winter-Lutzins, précité, reconnaissant la validité d'une telle réglementation spécifique, contenue B l'annexe VI du règlement.
Voy. également arrêt du 30 mars 1993, de Wit, C-282/91, Rec. p. I-1238.

n° 1408/71, ou à assurer la protection spécifique des handicapés (voir art. 4, paragraphe 2 bis, nouveau).

Ces prestations, dont la liste figure pour chaque État membre à l'annexe II bis du règlement, sont octroyées uniquement sur le territoire de l'État de résidence et au titre de la législation de cet État, en totalisant, si nécessaire, les périodes d'emploi, d'activité professionnelle ou de résidence accomplies dans tout autre État membre. Elles sont servies par l'institution du lieu de résidence et à sa charge. Diverses règles d'équivalence sont prévues pour pallier la diversité des législations nationales quant aux conditions d'octroi des prestations (voir art. 10 bis nouveau).

Dans son arrêt du 4 novembre 1997, Snares (C-20/96), la Cour a reconnu la validité du règlement n° 1247/92, dont la légalité, au regard du traité, avait été contestée en ce qu'il restreint l'exportabilité des prestations visées et entraverait ainsi la libre circulation des personnes.

En l'espèce, M. Snares, après avoir travaillé 25 ans comme salarié au Royaume-Uni, avait bénéficié d'une allocation de subsistance pour handicapés (DLA) à la suite d'un accident. Peu après, il décida de s'établir à Ténériffe et en avertit l'administration britannique. Cette dernière décida alors de supprimer son droit à la DLA à compter de son départ, cette allocation étant subordonnée à une condition de résidence dans l'État prestataire, conformément à l'article 10bis du règlement n° 1408/71, tel que modifié par le règlement n° 1247/92, et de son annexe II bis, qui mentionne ce type d'allocation comme étant une prestation spéciale à caractère non contributif.

La Cour a jugé que des prestations "étroitement liées à l'environnement social", telle l'allocation DLA, peuvent être octroyées sous réserve d'une condition de résidence (voir arrêt du 27 septembre 1988, 313/86, Lenoir, point 16) (point 42). En outre, la circonstance qu'une personne se trouvant dans la situation de M. Snares ne remplit pas les conditions auxquelles l'État de sa nouvelle résidence soumet l'octroi de l'allocation d'invalidité n'est pas de nature, selon la Cour, à invalider le régime mis en place par la législation communautaire qui permet le maintien de la condition de résidence:

"En effet, selon la jurisprudence de la Cour (voir, notamment, arrêt [du 20 février 1997], Martínez Losada e.a., [C-89/95, C-102/95 et C-103/95, point 43), à défaut d'harmonisation en matière de sécurité sociale, les États membres restent compétents pour définir les conditions requises

pour l'octroi des prestations sociales, même s'ils les rendent plus rigoureuses, pourvu que les conditions adoptées n'entraînent aucune discrimination ostensible ou dissimulée entre les travailleurs communautaires" (point 45).

La Cour a précisé, à cet égard, que le régime mis en place par l'article 10 bis du règlement n° 1408/71 contient des règles de coordination qui sont précisément destinées à protéger les intérêts des travailleurs migrants conformément aux dispositions de l'article 42 du traité, dans la mesure où l'État de résidence est obligé de tenir compte des éléments survenus dans d'autres États membres (périodes d'emploi et de résidence, constatation d'invalidité ou de handicap, octroi de prestation) (points 46 à 48) (voir également à propos de l'allocation DLA, arrêt du 11 juin 1998, Partridge, C-297/96 précitée).

Par ailleurs, jugé que la notion d'"État membre dans lequel elles résident", qui figure à l'article 10bis du règlement n° 1408/71, vise l'État dans lequel les personnes concernées résident habituellement et dans lequel se trouve également le centre habituel de leurs intérêts (arrêt du 25 février 1999, Swadding, C-90/97 Rec. p. I-1090). Dans ce contexte, il convient de considérer en particulier la situation familiale du travailleurs, les raisons qui l'ont amené à se déplacer, la durée et la continuité de sa résidence, le fait de disposer, le cas échéant, d'un emploi stable et l'intention du travailleur, telle qu'elle ressort de toutes les circonstances (voir, mutatis mutandis, concernant l'article 71, paragraphe 1, sous b), ii), du règlement n° 1408/71; arrêts du 17 février 1977, Di Paolo, 76/76, Rec. p. 315; du 8 juillet 1992, Knoch, C-102/91, Rec. p. I-4341).

Selon la Cour, la durée de la résidence dans l'État dans lequel le versement de la prestation est sollicité ne saurait toutefois être regardée comme représentant un élément de la notion de résidence au sens de l'article 10bis du règlement n° 1408/71.

En l'espèce, l'intéressé, après avoir exercé son droit à la libre circulation, puis être retourné dans son État d'origine, avait, lors de sa demande d'octroi d'un complément de ressources ("income support"), clairement manifesté son intention de demeurer dans son État d'origine dans lequel vivait sa proche famille, tout en acceptant le cas échéant des déplacements occasionnels dans d'autres État membres à l'occasion de futurs emplois. Il ne pouvait être considéré, selon la Cour, qu'il n'était pas satisfait à la condition de résidence au sens de l'article 10bis au seul motif que la durée de la résidence dans son État d'origine n'était pas suffisante.

Enfin, l'article 10bis du règlement n° 1408/71, dérogeant au principe de l'exportation des prestations de sécurité sociale, doit être interprété strictement. Selon la Cour, il ne peut s'appliquer qu'à des prestations répondant aux conditions fixées à l'article 4, paragraphe 2bis, du règlement, à savoir les prestations qui présentent à la fois un **caractère spécial et non contributif** et qui sont mentionnées à l'annexe II bis du règlement (arrêt du 8 mars 2001, Jauch, C-215/99, Rec. p. I- 1901). L'inscription à l'annexe ne suffit donc pas à justifier la dérogation au principe de l'exportation. Ne répondent pas à cette définition:

- des **allocations de dépendance**, prévues par la législation autrichienne, considérées par la Cour comme des prestations de maladie en espèces, ne répondant donc pas à la condition de "spécialité" (arrêt Jauch, précité, point 28; voir également arrêt Molenaar, précité), et financées indirectement par les cotisations d'assurance maladie;
- des **allocations luxembourgeoises de maternité**, relevant, en réalité, au regard de ses caractéristiques, de l'article 4, paragraphe 1, sous a), du règlement visant les "prestations de maternité" et ne présentant donc pas le caractère d'une allocation spéciale, au sens de l'article 4, paragraphe 2bis (arrêt du 31 mai 2001, Leclere et Deaconescu, C-43/99, Rec. p. I-4265).

Paragraphe 3: Autres prestations

54. Sont ici visées les prestations de maladie-maternité, les prestations de chômage, les prestations et allocation familiales et les prestations pour enfants à charge de titulaires de pensions ou de rentes ou pour orphelins, non visées par l'article 10, paragraphe 1, du règlement. La conservation des droits acquis n'en est pas moins assurée en vertu des dispositions particulières du titre III du règlement, complétées par les dispositions d'application du règlement n° 574/72.

a) Prestations de maladie

55. Résidence dans un État autre que l'État compétent. De façon générale, en cas de résidence des bénéficiaires dans un État membre autre que l'État compétent:

- les prestations en nature sont servies, pour le compte de l'institution compétente par l'institution du lieu de résidence, selon

les dispositions de la législation qu'elle applique, comme si les bénéficiaires y étaient affiliés;

- les prestations en espèce sont servies par l'institution compétente selon les dispositions de la législation qu'elle applique, sauf accord entre l'institution compétente et l'institution du lieu de résidence prévoyant le service des prestations par cette dernière pour le compte de la première, selon les dispositions de la législation de l'État compétent (article 19 du règlement n° 1408/71).

L'article 19 du règlement n° 1408/71, applicable aux travailleurs salariés et non salariés et aux membres de la famille résidant dans un État membre autre que l'État compétent, établit le droit commun en la matière, qui se résume aux deux règles énoncées ci-dessus, dès lors, bien sûr, que le travailleur satisfait aux conditions requises par la législation de l'État compétent pour avoir droit aux prestations, compte tenu, le cas échéant, des règles de totalisation des périodes d'assurance, d'emploi ou de résidence.

Il est entendu que les prestations de maladie servies par l'État de résidence restent à charge de l'État compétent (qui rembourse intégralement l'État de résidence conformément à l'article 36 du règlement et aux articles 93 à 95 du règlement d'application n° 574/72).

56. Séjour dans un État membre autre que l'État compétent. Deux arrêts retentissants de la Cour ont libéré le choix, pour les citoyens européens, des produits médicaux et des prestations de soins en garantissant, en principe, le remboursement des frais médicaux selon le barème de l'État compétent (arrêts du 28 avril 1998, Decker, C-120/95, Rec. p. I-1831 et Kohll, C-118/98, Rec. p. I-1931), alors que, s'agissant des prestations de maladie en nature, la réglementation communautaire (art. 22, paragraphe 1, du règlement) subordonne, sauf urgence, à l'obtention d'une autorisation préalable par l'institution compétente le remboursement des frais médicaux à sa charge mais selon les tarifs de la législation de l'État sur le territoire duquel les prestations avaient été servies ou les produits achetés. Selon la Cour, "interprété à la lumière de son objectif, (cet article) n'a pas pour objet de réglementer et, dès lors, n'empêche nullement le remboursement par les États membres aux tarifs en vigueur dans l'État compétent des produits médicaux achetés dans un autre État membre, même en l'absence d'autorisation préalable" (arrêt Decker, point 29) ou "des frais engagés à l'occasion de soins fournis dans un autre État membre, même en l'absence d'autorisation préalable" (arrêt Kohll, point 27).

Il convient donc d'exposer les deux systèmes de prise en charge des soins de santé exposés dans un État autre que l'État compétent: celui mis en place par l'article 22, paragraphe 1, du règlement et celui dégagé de la jurisprudence de la Cour au titre des principes de libre circulation des marchandises et de libre prestation de services.

1. Article 22, paragraphe 1, du règlement

57. En cas de séjour (temporaire) dans un État membre autre que l'État compétent, des règles analogues à celles de l'article 19 du règlement (voir point 65) régissent l'octroi des prestations de maladie (cf. article 22 du règlement n° 1408/71). Toutefois, le bénéficiaire doit se trouver dans l'une des trois situations suivantes:

- a) son "état vient à nécessiter immédiatement des prestations au cours d'un séjour sur le territoire d'un autre État membre";
- b) "après avoir été admis au bénéfice des prestations à charge de l'institution compétente, (il) est autorisé par cette institution à retourner sur le territoire de l'État membre où il réside ou à transférer sa résidence sur le territoire d'un autre État membre";
- c) il "est autorisé par l'institution compétente à se rendre sur le territoire d'un autre État membre pour y recevoir des soins appropriés à son état"¹¹⁰.

Ces points appellent quelques commentaires.

D'abord, la condition d'urgence pour bénéficier, sans autorisation préalable, des prestations en nature sur le territoire de l'État de séjour n'est pas d'application lorsque l'intéressé séjourne dans cet État pour des raisons professionnelles (règl. art. 22 ter introduit par règl. 3096/95 du 22 décembre 1995). Il en est ainsi des travailleurs salariés détachés, des travailleurs salariés exerçant leur activité sur le territoire de plusieurs États membres ou exerçant leur activité sur le territoire d'un État membre dans une entreprise ayant son siège dans un autre État membre et se

¹¹⁰ On signalera que, en vue de faciliter les séjours temporaires et l'accès aux soins sur le territoire de l'Union européenne avec l'autorisation de l'institution compétente (règl. art. 22, paragraphe 1, sous a et c), le bénéfice des prestations de maladie-maternité est étendu à tous les ressortissants communautaires assurés en vertu de la législation d'un État membre et aux membres de leur famille résidant avec eux, même s'ils n'ont pas la qualité de travailleur salarié ou non salarié (règl. art. 22 bis).

trouvant traversée par leur frontière commune, des travailleurs non salariés ou des gens de mer qui se trouvent dans des situations analogues et des personnes bénéficiant d'une dérogation aux articles 13 à 16 du règlement en vertu d'un accord entre autorités compétentes.

Ensuite, la formulation des points b) et c) est malheureuse: il n'appartient évidemment pas à l'institution compétente d'autoriser l'intéressé à se rendre sur le territoire d'un autre État membre pour y recevoir des soins ou à retourner dans l'État où il réside. L'autorisation ne se conçoit que dans le contexte du maintien des droits acquis en matière d'assurance maladie sur le territoire d'un État autre que l'État compétent, et ce selon les tarifs de la législation du premier État, où les prestations sont servies.

Enfin, l'article 22, paragraphe 2, du règlement fournit d'importantes indications quant aux limites du pouvoir d'appréciation de l'institution d'un État membre d'accorder ou de refuser à une personne couverte par le règlement ladite autorisation: celle-ci "ne peut être refusée que s'il est établi que le déplacement de l'intéressé est de nature à compromettre son état de santé ou l'application du traitement médical" ou "lorsque les soins dont il s'agit figurent parmi les prestations prévues par la législation de l'État membre sur le territoire duquel réside l'intéressé" et "ne peuvent, compte tenu de son état actuel de santé et de l'évolution probable de la maladie, lui être dispensés dans le délai normalement nécessaire pour obtenir le traitement dont il s'agit dans l'État membre de résidence".

58. Contrôle médical. Des dispositions particulières du règlement n° 574/72, sur lesquelles il ne nous paraît pas utile de nous étendre ici même régissent le contrôle médical de l'assuré séjournant ou résidant dans un État autre que l'État compétent (voir article 18, paragraphes 1 à 5, du règlement n° 574/72 et les arrêts du 12 mars 1987, Rindone, 22/86, Rec. p. 1339, du 3 juin 1992, Paletta, C-45/90, Rec. p. I-3423 et du 2 mai 1996, Paletta II, C-206/94, Rec. p. I-2382).

2. *Libre circulation des marchandises (produits médicaux) et libre prestation de services (soins de santé¹¹¹).*

59. Les arrêts du 28 avril 1998, Decker, C-120/95, et Kohll, C-158/96 (Rec. respectivement p. I-1831 et p. I-1931), qui concernent au premier chef la libre prestation des services (soins de santé) et la libre circulation des marchandises (produits médicaux), ont connu un grand retentissement

¹¹¹ Voy. notre étude, "Le libre choix par les citoyens européens des produits médicaux et des prestataires de soins, conséquence sociale du marché intérieur", *Cahiers de droit européen*, 1998, p. 683.

non seulement dans les milieux spécialisés de l'assurance maladie, mais également, ce qui est plus rare, en raison de la technicité de la matière, dans l'opinion publique. Il n'est pas exclu que ces arrêts, qui ont servi de catalyseurs à de nouveaux renvois préjudiciels devant la Cour de justice, nécessitent¹¹², à terme, quelque ajustement des principes qui gouvernent les régimes d'assurance maladie des États membres, afin d'assurer la pleine réalisation des libertés garanties par le traité.

Certes, il est constant que “le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale (arrêts du 7 février 1984, Duphar e.a., 238/92, Rec. p. 523, point 16, et du 17 juin 1997, Sodemare e.a., C-70/95, Rec. p. I-3395, point 27)” (arrêt Decker, point 21; arrêt Kohll, point 17). Dès lors, en l'absence d'une harmonisation au niveau communautaire¹¹³, il appartient à la législation de chaque État membre de déterminer les conditions du droit ou de l'obligation de s'affilier à un régime de sécurité sociale ainsi que les conditions d'octroi (voy. notamment arrêts du 24 avril 1980, Coonan, 110/79, Rec. p. 1445, point 12; du 4 octobre 1991, Paraschi, C-349/87, Rec. p. I-4501, point 15; arrêt du 30 janvier 1997, Stöber et Piosa Pereira, C-4/95 et C-5/95, Rec. p. I-511, point 36; arrêt Decker, précité, point 23 et arrêt Kohll, précité, point 19).

Il n'en demeure pas moins que “les États membres doivent..., dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire” (arrêt Decker, point 23; arrêt Kohll, point 19). Il s'agit d'un bel exemple d'imbrication du droit communautaire et du droit national. Alors que le droit communautaire se limite, comme bien souvent, à fixer impérativement un objectif à atteindre, telle la réalisation de la liberté de circulation des personnes ou l'égalité de traitement en fonction de la

¹¹² Voir les arrêts du 12 juillet 2001, Vanbraeckel, C-368/98, Rec. p. I-5363, et Smits et Peerbooms, C-157/99, Rec. p. I-5423; du 13 mai 2003, Muller-Fauré, C-385/99, Rec. I-4509; du 23 octobre 2003, Inizan, C-56/01, non encore publié au Recueil, et du 3 juillet 2003, van der Duin et ANOZ Zorgverzekerings, C-156/01, non encore publié au Recueil. On citera également l'arrêt du 25 février 2003, Ioannidis, C-326/00, Rec. p. I-1703, qui concerne plus particulièrement le cas des titulaires de pensions en séjour provisoire dans un autre État membre.

¹¹³ On rappellera, à cet égard, que la réglementation communautaire en la matière (en particulier le règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement (CE) n° 118/97 du Conseil, du 2 décembre 1996 (JO 1997, L 28, p. 1), a essentiellement pour objet la coordination des régimes nationaux de sécurité sociale, afin de garantir la mobilité des personnes dans l'Union européenne, mais nullement à l'harmonisation des conditions d'affiliation ou d'octroi des prestations. Il s'agit, sans changer le contenu des normes, de régler les rapports entre les systèmes nationaux de sécurité sociale en donnant effet à quelques principes essentiels (tels l'égalité de traitement, l'unicité de la législation applicable, la conservation des droits acquis ou en cours d'acquisition) pour garantir une protection entière et continue des travailleurs exerçant leurs activités professionnelles, en tout ou en partie, dans un pays autre que leur pays d'origine, ainsi que des membres de leur famille.

nationalité ou du sexe, les compétences nationales subsistent, mais elles sont encadrées par les règles du traité ou du droit dérivé, avec lesquelles elles ne peuvent entrer en conflit.

Quel enseignement pouvons-nous tirer de la jurisprudence de la Cour? Et quelles sont les questions qui restent en suspens? C'est ce que nous tenterons de clarifier ci-après, sans chercher, évidemment, à épuiser le débat.

i) Les arrêts Kohll et Decker¹¹⁴

60. M. Decker, ressortissant luxembourgeois, s'était heurté au refus de sa caisse de 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, requise par la réglementation nationale pertinente.

M. Kohll, également de nationalité luxembourgeoise, avait, quant à lui, préalablement demandé à l'Union des caisses de maladie (luxembourgeoise) à laquelle il était affilié, l'autorisation pour sa fille mineure de bénéficier d'un traitement orthodontique à Trèves (Allemagne). Cette autorisation lui a cependant été refusée au motif que le traitement demandé n'était pas urgent et qu'au Luxembourg ce type de soins était possible et adéquat.

À vrai dire, l'article 22, paragraphe 1er, du règlement n° 1408/71 autorisait l'institution compétente à subordonner à l'obtention d'une autorisation préalable¹¹⁵ le remboursement, à sa charge des frais médicaux, mais selon les tarifs de la législation de l'État sur le territoire duquel les prestations avaient été servies ou les produits achetés.

Toutefois, en l'occurrence, MM. Kohll et Decker demandaient la prise en charge du traitement médical ou de l'achat de la paire de lunettes selon le

¹¹⁴ Voy. pour plus de détails, notre étude, "Le libre choix par les citoyens européens des produits médicaux et des prestataires de soins, conséquences sociales du marché intérieur", CDE 1998, pp. 683-697.

¹¹⁵ Laquelle, cependant, conformément à l'article 22, paragraphe 2, ne peut pas être refusée lorsque les soins en cause ne peuvent être dispensés dans un délai acceptable compte tenu de l'état de santé de l'assuré.

barème en vigueur au Luxembourg, État compétent. La Cour écartera pour ce motif la pertinence de l'article 22 du règlement n° 1408/71 pour les besoins du litige: "interprété à la lumière de son objectif, (cet article) n'a pas pour objet de réglementer et, dès lors, n'empêche nullement le remboursement par les États membres, aux tarifs en vigueur dans l'État compétent, des produits médicaux achetés dans un autre État membre, même en l'absence d'autorisation préalable" (arrêt Decker, point 29) ou "des frais engagés à l'occasion de soins fournis dans un autre État membre, même en l'absence d'autorisation préalable" (arrêt Kohll, point 27).

61. La Cour a ainsi été amenée à se prononcer sur la compatibilité de la réglementation nationale en cause directement sous l'angle des **entraves** qu'elle pouvait comporter pour la libre circulation des marchandises, au regard des articles 30 et 36 du traité (devenus, après modification, articles 28 et 30 CE) (aff. C-120/95), et celui des restrictions éventuelles qu'elle pouvait apporter à la libre prestation des services, plus particulièrement à l'encontre des destinataires de ces services, au regard des articles 59 (devenu, après modification, article 49 CE) et 60 du traité (devenu article 50 CE) (aff. C-158/96).

À cet égard, dans les deux affaires, la Cour aura vite fait de considérer que l'autorisation préalable, aux fins de la prise en charge par l'État d'affiliation, constitue une **entrave** respectivement à la libre circulation des marchandises et à la libre prestation des services en soulignant l'effet dissuasif indéniable de la réglementation litigieuse à l'achat de produits médicaux ou au recours à des prestataires de services médicaux établis dans un État membre autre que l'État d'affiliation (arrêt Decker, point 36; arrêt Kohll, point 35).

62. Plus étoffé a été l'examen des justifications avancées au regard à la fois de la protection de la santé publique, visée par l'article 36 du traité, et des raisons impérieuses d'intérêt général.

S'agissant de la protection de la santé publique et, en particulier, la nécessité de garantir aux assurés **l'accès à des soins de qualité**, la Cour s'est référée, dans l'affaire Decker, à la directive 95/51/CEE relative à un deuxième système général de reconnaissance des formations professionnelles¹¹⁶, qui "implique que l'achat d'une paire de lunettes auprès d'un opticien établi dans un autre État membre présente des

¹¹⁶ JO L 184, p. 21.

garanties équivalentes à celles offertes lors de la vente d'une paire de lunettes par un opticien établi sur le territoire national" (point 43)¹¹⁷ et, dans l'affaire Kohll, de façon plus spécifique, à la réglementation communautaire en matière de coordination ou d'harmonisation des conditions d'accès et d'exercice des activités des médecins et de dentistes, qui implique que ces derniers, établis dans d'autres États membres, se voient reconnaître "toutes les garanties équivalentes à celles accordées aux médecins et dentistes établis sur le territoire national aux fins de la libre prestation de services" (point 48).

Était également invoqué, sous l'angle de la protection de la santé publique, dans l'affaire Kohll, par le gouvernement luxembourgeois, la nécessité d'assurer **un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous les affiliés**. À cet égard, la position de la Cour a été plus nuancée. Elle a admis qu'un tel objectif, bien qu'"intrinsèquement lié au mode de financement du système de sécurité sociale", puisse également relever des dérogations en vertu des raisons de santé publique au titre de l'article 56 du traité (devenus, après modification, article 46 CE), dans la mesure où il contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection de la santé (point 50).

Toutefois, la Cour a considéré qu'en l'occurrence, il n'avait pas été établi que la réglementation litigieuse était "indispensable au maintien d'une capacité de soins ou d'une compétence médicale essentielle sur le territoire national". Ce qui signifie qu'**une réglementation restrictive pour la libre prestation des services, mais dont il serait établi qu'elle est nécessaire en vue d'assurer un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous, pourrait valablement être justifiée au titre de l'article 56 du traité**¹¹⁸.

Enfin, cette justification est intimement liée à la raison impérieuse d'intérêt général, susceptible de justifier l'entrave, que constitue **la**

¹¹⁷ De surcroît, la Cour a constaté que, en l'occurrence, l'achat des lunettes avait été effectué sur ordonnance d'un ophtalmologiste, ce qui garantissait une protection supplémentaire de la santé publique (point 44).

¹¹⁸ Sur cette question, les conclusions de l'avocat général sont plus explicites. M. Tesouro s'est référé à la situation des infrastructures hospitalières dont l'aménagement et le nombre, à la différence de ce qui prévaut pour les titulaires de professions libérales, "sont fonction d'une planification des besoins" (Rec. p. I-1686). "Il va de soi en effet que, si de nombreux assurés choisissaient de recourir à des infrastructures présentes sur le territoire d'autres États membres, les infrastructures nationales resteraient partiellement inutilisées tout en continuant à supporter des coûts (fixes) en personnel et en équipements aussi élevés qu'en cas d'utilisation optimale des capacités" (pp. I-1868-1869). Dans ces conditions, le remboursement par l'institution compétente de prestations médicales fournies dans des hôpitaux d'autres États membres entraînerait, même sur la base d'un montant forfaitaire, une charge supplémentaire pour le système concerné et pourrait valablement, afin de ne pas bouleverser son équilibre financier et assurer le maintien d'un service accessible à tous, être subordonné à la délivrance d'une autorisation préalable.

nécessité de maintenir l'équilibre financier du système de sécurité sociale et donc de contrôler les dépenses de santé.

Certes, on rappellera que des objectifs de nature purement économique ne peuvent justifier une entrave au principe fondamental de libre prestation des services (voir, en ce sens, arrêts du 5 juin 1997, SETTG, C-398/95, Rec. p. I-3091, point 23, et Kohll, précité, point 41). Cependant, dans la mesure notamment où il pourrait avoir des conséquences sur le niveau global de la protection de la santé publique, un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier pareille entrave (arrêts Decker, point 39, et Kohll, point 41).

Toutefois, un tel risque n'a pas été établi, en l'espèce, selon la Cour. En effet, d'une part, "le remboursement forfaitaire de lunettes et de verres correcteurs achetés dans d'autres États membres ne pourrait pas avoir d'incidence sur le financement ou l'équilibre du système de sécurité sociale" (arrêt Decker, point 40), et, d'autre part, "le remboursement des soins dentaires prodigués dans d'autres États membres selon les tarifs de l'État d'affiliation n'aurait pas d'incidence significative sur le financement du système de sécurité sociale" (arrêt Kohll, point 42).

63. En conclusion, tout en préservant la validité de l'article 22 du règlement n°1408/71, qui ne viserait que l'hypothèse d'un remboursement des frais de santé aux taux de la législation de l'État de séjour, sans exclure l'octroi des prestations de maladie selon la législation de l'État d'affiliation, la Cour a estimé qu'un système d'autorisation préalable, tel que celui prévu par la réglementation luxembourgeoise, était contraire aux articles 30, 59 et 60 du traité, selon qu'elle faisait obstacle à l'achat de produits médicaux ou à l'octroi de soins de santé dans un État membre autre que l'État compétent.

La Cour n'a cependant pas été hostile à toute justification d'entraves aux libertés en cause.

ii) Les arrêts Vanbraekel et Smits et Peerboms en matière de soins hospitaliers

64. Les arrêts Kohll et Decker concernaient des prestations non hospitalières. Le raisonnement qui les sous-tend (reconnaissance d'une

entrave et examen des justifications avancées) était-il transposable aux prestations dispensées dans un milieu hospitalier? La réponse est clairement affirmative depuis que la Cour a rendu ses arrêts du 12 juillet 2001 dans les affaires Vanbraekel, C-368/98, et Smits et Peerbooms, C-157/99, précitées:

- la première, à propos du refus de remboursement par une caisse de maladie belge des frais d'hospitalisation liés à une intervention chirurgicale orthopédique subie en France au motif que l'intéressé n'avait pas produit d'avis d'un professeur médecin exerçant dans une structure universitaire nationale;
- la seconde, à propos du refus de remboursement par une caisse de maladie néerlandaise des frais d'hospitalisation exposés en Allemagne et en Autriche au motif qu'un traitement satisfaisant et adéquat de la maladie en cause était disponible aux Pays-Bas¹¹⁹.

Les arrêts du 12 juillet 2001 sont instructifs sous l'angle de l'examen de la **justification de l'obstacle à la libre prestation des services**.

65. Dans l'arrêt Vanbraekel, la Cour rappelle qu'un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une entrave, mais refuse d'admettre, en l'occurrence, l'existence d'un tel risque car l'intéressée était précisément en droit d'obtenir l'autorisation prévue par la législation nationale et par l'article 22, paragraphe 1, sous c), du règlement. Dans ces conditions, le versement d'un remboursement complémentaire (correspondant à la différence entre le régime de l'État de séjour et celui de l'État d'affiliation, plus favorable) n'était pas de nature à mettre en péril le maintien, dans ce dernier État, d'un "service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous". En outre, cela n'impliquait "par hypothèse aucune charge financière supplémentaire pour le système d'assurance maladie de cet État par rapport au remboursement qui aurait été supporté en cas d'hospitalisation dans ce dernier".

66. L'affaire Smits et Peerbooms était plus intéressante dans la mesure où elle mettait en cause **un régime dit de prestation en nature**¹²⁰ en

¹¹⁹ Mme Smits souffrait de la maladie de Parkinson et avait suivi un traitement dans une clinique située en Allemagne; M. Peerbooms était tombé dans un coma à la suite d'un accident de la circulation et avait été transféré dans un état végétatif dans une clinique située en Autriche.

¹²⁰ Les questions que soulève l'application de la jurisprudence Kohll et Decker à ce type de régime (en vigueur non seulement aux Pays-Bas, mais également en Autriche et en Allemagne) se posent également

l'occurrence, le régime néerlandais garantissant une intervention en nature et reposant sur un système de conventionnement, alors que les arrêts Kohll et Decker concernaient un régime (luxembourgeois) d'assurance maladie dit de "remboursement"¹²¹.

En l'occurrence, la législation néerlandaise subordonnait la prise en charge de soins dispensés dans un établissement hospitalier non conventionné (situé tant aux Pays-Bas qu'à l'étranger) à l'obtention d'une autorisation de la caisse de maladie. Cette dernière l'accordait, d'une part, si le traitement envisagé pouvait être considéré comme "usuel dans les milieux professionnels concernés" et, d'autre part, si des soins adéquats ne pouvaient pas être dispensés en temps opportun par un prestataire de soins conventionné aux Pays-Bas. De telles exigences étaient, par nature, susceptibles de limiter fortement les hypothèses dans lesquelles une autorisation pouvait être obtenue et donc d'entraver la libre prestation de services. S'il est vrai que le problème se posait également pour les prestataires non conventionnés établis aux Pays-Bas et que les caisses de maladie néerlandaises étaient entièrement libres de conclure des conventions avec des prestataires établis à l'étranger, dans les faits, toutefois, les assurés qui voulaient bénéficier de soins à l'étranger étaient plus souvent confrontés à la nécessité d'obtenir une autorisation préalable que les assurés qui recouraient aux prestataires nationaux. La question essentielle pour la Cour était donc de savoir si l'autorisation préalable et les conditions auxquelles son octroi était subordonné pouvaient objectivement être justifiées par la prétendue existence d'un "risque d'atteinte grave à l'équilibre financier" au système de sécurité sociale néerlandais.

La Cour a admis, en raison des "incontestables particularités" que présentent les prestations médicales dispensées dans **un milieu hospitalier**, que le système d'autorisation préalable était justifié. En effet, "le nombre des infrastructures hospitalières, leur répartition géographique, leur aménagement et les équipements dont elles sont pourvues, ou encore la nature des services médicaux qu'elles sont à

à propos des services nationaux de santé qui garantissent une protection universelle à tous les résidents du pays (Royaume-Uni et Irlande qui connaissent un service centralisé, et Espagne, Italie, Portugal, Grèce, Danemark, Finlande et Suède, qui connaissent un service décentralisé).

¹²¹ On notera cependant que la grande majorité des prestations hospitalières, au Luxembourg, sont prises en charge directement par l'Union des caisses de maladie (UCM); en l'absence de tarifs de remboursement individuels, les versements sont directement effectués auprès des hôpitaux (voir R. Kieffer, "Quelques réflexions sur la nature des prestations hospitalières au Luxembourg et sur la justification de l'autorisation préalable pour les transferts à l'étranger", Bull. luxembourgeois des Questions sociales, vol. 9, 2001, p. 1).

Le régime dit de remboursement est également d'application en France et en Belgique.

même d’offrir, doivent pouvoir faire l’objet d’une planification” (point 76), afin de garantir “une accessibilité suffisante et permanente à une gamme équilibrée” de soins qualitatifs et d’assurer “une maîtrise de coûts, en évitant les gaspillages” (point 79):

“... il est clair que, si les assurés pouvaient librement et en toutes circonstances faire appel à des établissements hospitaliers avec lesquels leur caisse de maladie n’a conclu aucune convention, ... tout effort de planification géré au travers du système de conventionnement... s’en trouverait du même coup compromis” (point 80). Nous retrouvons, ici, en substance les considérations développées par l’avocat général Tesouro dans ses conclusions dans les affaires Kohll et Decker (voir point 62 ci-dessus).

S’agissant plus particulièrement des conditions auxquelles l’autorisation de la caisse néerlandaise était subordonnée et, en premier lieu, de la condition liée au caractère usuel du traitement, la Cour, tout en rappelant la compétence générale des États membres pour fixer l’étendue des prestations médicales prises en charge par leur système de protection sociale (voir arrêt du 7 février 1984, Duphar e.a., 238/82, Rec. p. 253, point 89), a jugé que cette condition, pour être conforme au principe de non-discrimination, ne peut se baser sur la prise en considération “des seuls traitements habituellement pratiqués sur le territoire national et des seules conceptions scientifiques du milieu national”, puisque cela risquerait de privilégier, en fait, les prestataires de soins néerlandais. Au contraire, pour être objective, la condition relative au caractère “usuel” d’un traitement doit être entendue de telle manière que, “lorsqu’un traitement est suffisamment éprouvé et validé par la science médicale internationale”, l’autorisation sollicitée ne peut pas être refusée de ce chef (points 97 et 98).

S’agissant, en second lieu, de la condition liée au **caractère nécessaire du traitement envisagé**, la Cour a estimé qu’elle peut être justifiée au regard de la libre prestation de services, pour autant que l’autorisation ne puisse être refusée que “lorsqu’un traitement identique ou présentant le même degré d’efficacité pour le patient peut être obtenu en temps opportun en ayant recours à un établissement avec lequel la caisse de maladie de l’assuré a conclu une convention” (point 103). Une telle condition est, en effet, susceptible “de permettre le maintien sur le territoire national d’une offre suffisante, équilibrée et permanente de soins hospitaliers de qualité ainsi que de garantir la stabilité financière du système de l’assurance maladie” (point 105).

On constate, une fois encore, le rôle actif qui est attendu par la Cour du juge national pour garantir la pleine efficacité du droit communautaire. Il s'agit de l'un des maîtres traits de l'ordre juridique communautaire, particulièrement depuis l'arrêt du 9 mars 1978, *Simmenthal* (106/77, Rec. p. 629, point 21).

67. Alors que, dans les arrêts *Kohll* et *Decker*, la Cour a rejeté le principe même de l'autorisation préalable pour l'accès à des prestations non hospitalières, sauf s'il est clairement démontré qu'il existe un risque d'atteinte **grave** à l'équilibre financier du système de sécurité sociale ou à la nécessité d'assurer un service médical équilibré et accessible à tous ce qui contribue à garantir un niveau élevé de protection de la santé, l'on retiendra, en particulier de l'arrêt *Smits* et *Peerbooms*, s'agissant de l'accès aux soins hospitaliers, que le principe même de l'autorisation préalable est admis par la Cour, mais le pouvoir d'appréciation de la caisse nationale quant aux motifs susceptibles de justifier un refus d'autorisation est soigneusement encadré.

iii) L'arrêt *Müller-Fauré*

68. L'arrêt du 13 mai 2003, *Müller-Fauré* (C-385/99, Rec. p. I-4509) a permis de dissiper plusieurs incertitudes quant à la portée de la jurisprudence de la Cour. L'intérêt de cette affaire réside précisément dans le fait qu'elle concerne pour partie des **soins non hospitaliers à charge d'un régime de prestations en nature** (néerlandais).

Les faits sont les suivants:

- Madame Müller a demandé à la caisse de maladie de Zwijndrecht la prise en charge d'un traitement dentaire (la pose de six couronnes et d'une prothèse fixe sur la mâchoire supérieure) qu'elle a suivi pendant ses vacances, en octobre/novembre 1994, en Allemagne;
- Madame Van Riet, qui souffrait depuis 1985 de douleurs dans le poignet droit, a demandé à la caisse de maladie d'Amsterdam la prise en charge d'une arthroscopie et d'une résection du cubitus qu'elle a subies, en mai 1993, en Belgique. La préparation, l'exécution et le suivi de ces interventions ont eu lieu partiellement en milieu hospitalier et partiellement en dehors de toute infrastructure hospitalière.

Dans ces litiges, ce n'est pas la couverture comme telle des soins par l'assurance maladie néerlandaise qui est en cause, mais les conséquences pour la prise en charge effective de ce qu'ils ont été fournis, sans autorisation préalable, par un médecin/dentiste ou un établissement non conventionné (ce qui, comme nous l'avons vu, est presque toujours le cas s'agissant de soins fournis à l'étranger).

Fallait-il étendre comme telle la solution Kohll et Decker (pas d'autorisation préalable, sauf exception dûment démontrée au cas par cas) ou retenir la solution Smits et Peerbooms (admissibilité de l'autorisation préalable qui ne peut cependant être refusée qu'à certaines conditions soumises au contrôle juridictionnel) en raison des caractéristiques mêmes du régime d'intervention en nature à caractère conventionnel?

Sur la prise en compte des caractéristiques essentielles du régime national d'assurance maladie.

69. À ce jour, la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur les conséquences de la libre prestation de services (soins de santé) ou de la libre circulation des marchandises (produits médicaux) dans des affaires qui mettaient en cause:

- tantôt un régime dit de remboursement, en ce qui concerne l'accès tant à des soins non hospitaliers¹²² qu'à des soins hospitaliers¹²³,
- tantôt un régime dit de prestations en nature, en vertu duquel les assurés ont droit, aux soins eux-mêmes, dispensés gratuitement, mais uniquement en ce qui concerne l'accès à des soins hospitaliers¹²⁴.

Cette distinction entre les deux catégories de régime est-elle à vrai dire pertinente?

Cette question a été au centre des débats. Trois motifs pour l'essentiel ont permis à la Cour de rejeter l'argument tiré des caractéristiques essentielles du régime national d'assurance maladie en cause:

– déjà dans le cadre même de l'application du règlement 1408/71, les États membres ayant institué un régime de prestations en nature, voire un

¹²² Affaires Kohll et Decker.

¹²³ Affaire Vanbraeckel.

¹²⁴ Affaires Smits et Peerbooms.

service national de santé, doivent prévoir des mécanismes de remboursement a posteriori de soins dispensés dans un État membre autre que celui compétent. Il en va de la sorte dans le cas où les formalités n'ont pas pu être accomplies pendant le séjour de l'intéressé dans ce dernier État (voir article 34 du règlement 574/72), ou lorsque l'État compétent a précisément autorisé, conformément à l'article 22, paragraphe 1, sous c), du règlement 1408/71, l'accès aux soins à l'étranger;

– la couverture garantie à l'assuré qui se rend dans un autre État membre pour s'y faire soigner est, en tout état de cause, celle du régime d'assurance maladie de l'État d'affiliation, selon les conditions auxquelles est subordonné l'octroi des prestations – pour autant évidemment qu'elles ne soient ni discriminatoires ni constitutives d'une entrave à la libre prestation de services;

– enfin, rien ne s'oppose, observe la Cour, à ce que l'État membre compétent dans lequel existe un régime de prestations en nature fixe les montants du remboursement auxquels des patients ayant reçu des soins dans un autre État membre peuvent prétendre, pour autant que des montants reposent sur des critères objectifs, non discriminatoires et transparents.

En d'autres termes, les exigences de la libre circulation des personnes impliquent des ajustements des régimes nationaux d'assurance maladie, qui ne peuvent pour autant être considérés comme des atteintes à la souveraineté des États membres, ces derniers conservant la maîtrise de l'étendue de la couverture garantie.

Sur la distinction entre prestations hospitalières et prestations non hospitalières

70. À vrai dire, derrière tout ce débat se profilent les difficultés auxquels se heurtent les assurés relevant d'un régime de prestation en nature (ou d'un service national de santé) en raison de l'établissement de listes d'attente, fonction des priorités médicales et de l'étendue des ressources financières disponibles. Pour échapper au délai d'attente, qui peut être fort long, un assuré sera tenté de se faire soigner dans un autre État membre et de réclamer le remboursement des soins à la caisse de maladie compétente, alors même que le régime national garantit la gratuité des soins reposant sur un système de conventionnement.

De façon générale, c'est donc le problème des moyens de contrôle des dépenses de soins de santé qui est posé. Un système de conventionnement des prestataires – qui peut, d'ailleurs, également exister dans un régime dit de remboursement – repose, généralement, sur la négociation préalable des tarifs pratiqués, de la nature des actes et des prescriptions (choix des thérapies, des médicaments, des produits médicaux, durée de l'hospitalisation), afin de ne pas dépasser ce qui est nécessaire et approprié à la guérison, la demande des soins de santé étant largement induite par le corps médical lui-même. Le système de conventionnement constitue donc un moyen efficace, pour les États membres, pour contrôler et agir sur l'équilibre financier de leur régime d'assurance maladie.

Il existe évidemment d'autres moyens, sans doute plus radicaux, pour limiter les dépenses, à savoir la réduction des taux de remboursement ou la diminution du volume des actes et prescriptions pris en charge. Toutefois, le recours à de tels moyens opère un transfert de charges supplémentaires vers les assurés et a pour effet de rendre l'accès aux soins de santé plus difficile pour les catégories d'assurés à faibles revenus et, partant, de diminuer le niveau de protection de la santé.

Il en découle que la suppression de la condition du conventionnement pour les prestations de services à l'étranger soulève un problème réel en termes de contrôle du volume des dépenses. Mais pourrait-il entraîner une atteinte grave à l'équilibre financier des systèmes nationaux d'assurance maladie considérés et avoir des conséquences sur le niveau global de la protection de la santé publique. Là réside toute la question, étant rappelé que des considérations purement économiques ne peuvent jamais, en tant que telles, justifier une entrave au principe fondamental de libre prestation des services?

À cet égard, l'approche prudente retenue par la jurisprudence de la Cour, en dernier lieu dans l'arrêt Müller-Fauré (voir points 75 à 98) repose sur une distinction entre les prestations médicales fournies au cabinet du praticien et celles qui sont dispensées dans un établissement hospitalier.

S'agissant des premières, force est de constater que, par nature, elles ne représentent pas la partie essentielle des coûts de l'assurance maladie des États membres. En tout cas, rien ne permet de penser sérieusement, selon la Cour, que la suppression de l'exigence de l'autorisation préalable pour ce type de soins provoquerait des déplacements transfrontaliers de patients d'une importance telle, nonobstant les barrières linguistiques et la

distance géographique, les frais de séjour à l'étranger et le manque d'information sur la nature des soins qui y sont dispensés, que l'équilibre financier du système de sécurité sociale des États membres en serait perturbé et que, de ce fait, le niveau global de protection de santé publique serait menacé, ce qui seulement pourrait valablement justifier une entrave au principe fondamental de la libre prestation des services (point 95).

Quant aux prestations dispensées dans un milieu hospitalier, la Cour a déjà admis, ainsi que nous l'avons vu, dans son arrêt *Smits et Peerbooms*, le principe même de l'autorisation préalable, celle-ci ne pouvant être refusée que pour des raisons objectives, connues à l'avance, en l'absence de tout comportement arbitraire de la part des autorités nationales.

Parmi ces raisons, il y a, selon la Cour, la possibilité pour le patient de bénéficier d'un traitement identique ou présentant le même degré d'efficacité "en temps opportun" sur le territoire de l'État compétent (voir point 103 de l'arrêt). Cette expression "en temps opportun" nécessite sans doute une clarification par la Cour: faut-il se fonder sur des éléments purement objectifs de nature médicale, en ce compris l'évolution probable de la maladie, ou peut-on tenir compte d'autres facteurs plus subjectifs, tels le degré de la douleur, la nature du handicap, la situation personnelle de l'intéressé, voire la durée comme telle du délai d'attente pour bénéficier des soins sur le territoire de l'État compétent?

L'arrêt *Smits et Peerbooms* fournissait déjà une indication à cet égard, au point 104, puisque la Cour invite les autorités nationales à «prendre en considération l'ensemble des circonstances caractérisant chaque cas concret, en tenant compte non seulement de la situation médicale du patient au moment où l'autorisation est sollicitée, mais également de ses antécédents». L'arrêt *Müller-Fauré* apporte deux précisions supplémentaires et de taille:

– d'une part, parmi les **circonstances caractérisant chaque cas concret**, qu'il incombe à la caisse de maladie de prendre compte, il y a le «degré de douleur» ou «la nature du handicap de l'assureur» qui pourrait, par exemple, rendre impossible ou excessivement difficile l'exercice d'une activité professionnelle (point 90). La Cour retient ainsi une interprétation particulièrement large de la notion de «situation médicale» du patient;

– d’autre part, «un refus d’autorisation préalable qui serait motivé non pas par la crainte de gaspillage ou de déperdition, du fait d’une surcapacité hospitalière, mais exclusivement par un motif tiré de l’existence de **listes d’attente** sur le territoire national pour bénéficier des soins hospitaliers en cause, sans que soient prises en considération les circonstances concrètes qui caractérisent la situation médicale du patient ne saurait constituer une entrave valablement justifiée à la libre prestation des services. La Cour relève, du reste, à cet égard, qu’un délai d’attente trop long ou anormal serait plutôt de nature à restreindre l’accessibilité à un ensemble équilibré de soins hospitaliers de qualité» (point 92 in fine).

b) Prestations de naissance

71. L’article 1^{er}, sous u), i), du règlement n° 1408/71 exclut de la notion de prestations familiales au sens dudit règlement “les allocations spéciales de naissance et d’adoption mentionnées à l’annexe II”, parmi lesquelles figurent les “allocations prénatales” et les “allocations de naissance” luxembourgeoises. Cette exclusion a également pour effet de rendre ces allocations inexportables au titre de l’article 73 du règlement. Ce dernier article lève précisément toute condition de résidence des membres de la famille à laquelle serait subordonné l’octroi des “prestations familiales”.

Interrogée sur la légalité de cette exclusion, la Cour a rappelé, dans son arrêt Leclerc et Deaconescu, précité, que

“Eu égard au large pouvoir d’appréciation dont dispose le Conseil pour la mise en oeuvre des articles 48 et 51 du traité (voir arrêt du 20 avril 1999, Nijhuis, C-360/97, Rec. p. I-1919, point 30), le fait qu’une catégorie de prestations ne soit pas concernée par la coordination mise en place au titre du règlement n° 1408/71 ne saurait, en tout état de cause, entacher d’invalidité les dispositions pertinentes de ce règlement. En effet, une telle limitation du champ d’application du règlement n° 1408/71 ne peut avoir, par elle-même, pour effet d’ajouter des disparités supplémentaires à celles qui résultent du défaut d’harmonisation des législations nationales ou d’enfreindre le principe d’égalité de traitement” (point 29).

Encore faut-il s’assurer, précise la Cour, “qu’aucune autre règle de droit communautaire, tirée en particulier du règlement n° 1612/68, ne fait

obstacle à l'imposition d'une condition de résidence" (point 51). L'on songe évidemment au principe de l'égalité de traitement, en matière d'avantages sociaux, énoncé à l'article 7, paragraphe 2, de ce dernier règlement.

À cet égard, cependant, l'intéressé, pour se prévaloir de cette disposition, doit avoir la qualité de travailleur. Or, si, en l'espèce, M. Leclerc, résidant en Belgique, percevait une pension d'invalidité à charge du grand-duché de Luxembourg et était donc protégé, à ce titre par l'article 48 du traité (devenu, après modification, article 39 CE) contre toute discrimination affectant les droits acquis à l'occasion de l'ancien rapport de travail", il ne pouvait pas "*acquérir de nouveaux droits dépourvus de liens avec son activité professionnelle passée*", n'étant pas actuellement engagé dans une relation de travail (point 59).

En l'espèce, il avait eu un enfant **après** la cessation de sa relation de travail et ne pouvait donc se fonder sur l'article 7 du règlement n° 1612/68 pour prétendre au bénéfice des allocations de naissance luxembourgeoises.

c) Prestations de chômage

72. La conservation des droits acquis en matière d'assurance chômage est assurée par deux catégories de dispositions du chapitre 6 du titre III du règlement n° 1408/71: la première est relative au paiement des prestations de chômage aux chômeurs à la recherche d'un emploi dans un État autre que l'État compétent; la deuxième catégorie concerne l'acquisition du droit aux prestations de chômage au profit de chômeurs qui, au cours de leur emploi, résidaient dans un État autre que l'État compétent.

73. Paiement des prestations aux chômeurs à la recherche d'un emploi dans un État autre que l'État compétent. L'article 69 du règlement prévoit, aux conditions qu'il fixe, le maintien du droit aux prestations de chômage pendant une durée maximale de trois mois (sauf prolongation exceptionnelle) pour le travailleur en chômage complet qui se rend dans un ou plusieurs autres États membres pour y chercher un emploi: l'article 70 règle le service des prestations (à assurer par l'institution de chacun des États où le chômeur va chercher un emploi) et les remboursements de ces prestations par l'institution compétente.

On constate que l'assurance-chômage, sur le plan communautaire, est encore largement dominée par le principe de la territorialité. Il est

difficilement contestable que la non-exportation des prestations de chômage n'encourage pas la liberté de circulation des travailleurs, particulièrement en période de crise de l'emploi, puisque cela peut, en dernière analyse, dissuader le travailleur de rentrer chez lui, voire de quitter son pays d'origine aux fins de ses activités professionnelles, s'il sait que, tombé en chômage, il sera tenu de rester dans le pays d'accueil s'il veut maintenir son droit aux prestations de chômage, sauf recours limité à l'article 69 du règlement. Ces considérations n'ont cependant pas empêché la Cour de justice de reconnaître, dans les affaires jointes 41, 121 et 796/79 (Testa e.a.)¹²⁵, la conformité du régime institué par l'article 69 du règlement à l'ancien article 51 du traité, dès lors que celui-ci n'interdit pas au législateur d'assortir de conditions les facilités qu'il accorde en vue d'assurer la libre circulation ni d'en fixer les limites¹²⁶.

74. Acquisition du droit aux prestations de chômage pour les travailleurs frontaliers et saisonniers. L'article 71 du règlement règle l'octroi desdites prestations au profit des travailleurs (saliés) en chômage qui, au cours de leur dernier emploi, résidaient dans un État membre autre que l'État compétent. Ainsi, en ce qui concerne notamment les travailleurs frontaliers (article 71, paragraphe 1, sous a):

- en cas de chômage partiel ou accidentel, l'intéressé bénéficie des prestations selon la législation du pays d'emploi (i);
- en cas de chômage complet, les prestations sont accordées au titre de la législation du pays de résidence comme si l'intéressé avait été soumis à cette législation pendant le dernier emploi, la charge incombant à l'institution du pays de résidence¹²⁷(ii).

¹²⁵ ArrAt du 19 juin 1980, Rec. p. 1979.

¹²⁶ Il est vrai que le droit communautaire ne garantit pas B proprement parler la libre circulation des travailleurs en chômage, ou plus exactement le droit pour un travailleur en chômage dans un État membre de se rendre dans un autre État membre pour y chercher un emploi pendant une durée indéterminée: B défaut de trouver un emploi dans un délai raisonnable après son arrivée, il peut être invité B quitter le territoire national (voir arrAt du 26 février 1991, Antonissen, C-292/89, Rec. p. I-773).

¹²⁷ En ce qui concerne le calcul de prestations de chômage qui serait fonction du dernier salaire perçu, il découle de l'arrAt du 28 février 1980, Fellingner, aff. 67/79, Rec. p. 535, que, dans le cas d'un travailleur frontalier en chômage complet, l'institution compétente de l'État de résidence, dont la législation nationale prévoit que le calcul des prestations repose sur le montant du salaire antérieur, doit calculer ces prestations en tenant compte du salaire perçu par le travailleur pour le dernier emploi qu'il a exercé dans l'État membre où il était occupé immédiatement avant sa mise au chômage (par application analogique de l'article 68, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71, le cas du travailleur frontalier n'ayant manifestement pas été pris en considération par le législateur dans la formulation de cet article).

La règle de rattachement à la législation du pays de résidence, contenue à l'article 71, paragraphe 1, a), ii), du règlement, doit être appliquée pleinement: elle exclut, par conséquent, que l'institution de l'État de résidence, chargée de verser les allocations de chômage aux travailleurs frontaliers en chômage complet, puisse appliquer à la rémunération servant de base au calcul desdites allocations les règles de plafonnement prévues par la législation de l'État d'emploi.¹²⁸

75. Prise en compte des membres de la famille. Aux termes de l'article 68, paragraphe 2, du règlement n° 1408/71, lorsque le montant des prestations varie en fonction des membres de la famille, il est tenu compte également des membres de la famille de l'intéressé qui résident sur le territoire d'un État membre autre que celui du travailleur (sauf dans le cas où, dans leur pays de résidence, les membres de la famille sont pris en compte pour l'octroi de prestations de chômage à une personne autre que le travailleur).

d) Prestations familiales

76. Aux termes de l'article 73, les prestations familiales¹²⁹ sont servies au travailleur salarié ou non salarié soumis à la législation d'un État membre pour les membres de sa famille qui résident dans un autre État membre, conformément à la législation du premier État, comme s'ils résidaient sur le territoire de celui-ci, sous réserve des dispositions de l'annexe VI.

Dans cette hypothèse, les prestations sont servies par l'institution compétente de l'État à la législation duquel le travailleur salarié est soumis conformément aux dispositions qu'elle applique, que "la personne physique ou morale à laquelle ces prestations doivent être versées réside ou séjourne sur le territoire de l'État compétent ou sur celui d'un autre État membre" (article 75, paragraphe 1).

Des dispositions similaires régissent l'octroi des prestations familiales aux travailleurs en chômage dont les membres de la famille résident dans un

¹²⁸ Voir arrAt du 1^{er} octobre 1992, Grivard et Kreitz, C-201/91, Rec. p. I-5009.

¹²⁹ Selon l'article 1^{er}, lettre u), du règlement n° 1408/71, le terme "prestations familiales" désigne toutes les prestations destinées "à compenser les charges de famille", à l'exclusion des allocations spéciales de naissance mentionnées à l'annexe II du règlement, tandis que le terme "allocations familiales" désigne les seules prestations "périodiques en espèces accordées exclusivement en fonction du nombre et, le cas échéant, de l'âge des membres de la famille". On ajoutera que, la nature et les conditions d'octroi des allocations spéciales d'adoption étant similaires à celles des allocations de naissance, il convient, tout comme ces dernières, de ne pas les considérer comme des prestations familiales (sous u).

État autre que l'État compétent (voy. les art. 74 et 75 du règlement n° 1408/71 ainsi que les articles 88 et 89 du règlement n° 574/72).

Dans l'arrêt Martinez du 5 octobre 1995 (C-321/93, Rec. p. I-2821), la Cour a apporté des précisions quant à la portée de l'article 73.

Le litige portait sur le mode de calcul du montant d'une allocation familiale de droit allemand ("l'allocation complémentaire"): dès lors que la législation nationale faisait dépendre indirectement¹³⁰ le montant de l'allocation d'une condition de résidence des enfants et du conjoint sur le territoire national, la caisse nationale était-elle tenue de prendre en compte, à cet effet, la résidence des enfants et du conjoint sur le territoire d'un autre État membre comme s'ils résidaient sur le territoire national?

La Cour a répondu par l'affirmative. La circonstance que la condition de résidence figure, non pas dans la législation relative aux allocations familiales proprement dites, mais dans la législation fiscale à laquelle la législation sociale renvoie en vue de la détermination des bénéficiaires et du montant de la prestation ne fait pas obstacle à l'obligation pour l'institution compétente, conformément à l'article 73, de prendre en considération, aux fins du calcul du montant de l'allocation, la résidence de l'enfant sur le territoire d'un autre État membre comme s'il résidait sur le territoire national.

En outre, selon la Cour, l'article 73 du règlement implique également la prise en compte de la résidence du conjoint sur le territoire d'un autre État membre comme si le conjoint résidait dans l'État compétent aux fins de l'octroi et du calcul de la prestation, compte tenu de l'objectif de cet article qui est de ne pas dissuader le travailleur communautaire d'exercer son droit à la libre circulation.¹³¹

¹³⁰ Par renvoi B certaines dispositions fiscales en matière d'abattement pour enfant B charge et d'imposition conjointe des époux. Tantôt ces dispositions subordonnent l'octroi de certains avantages fiscaux (abattements, "splitting" des revenus des époux) B une condition de résidence des enfants et/ou du conjoint sur le territoire national; tantôt elles proratisent le montant de l'abattement fiscal en fonction de la durée de l'assujettissement au cours de l'exercice fiscal en cause.

En l'espèce, le montant de l'allocation complémentaire versée par M. Martinez était le résultat d'une application indirecte et combinée de ces dispositions fiscales.

¹³¹ Voy. également arrêt du 10 octobre 1996, Hoefer et Zachow, C-245/94 et C-312/94, Rec. p. I-4895, point 34. Dans l'affaire Martinez, la Cour a pris, B cet égard, la précaution de renvoyer B la directive 77/799/CEE du Conseil, du 19 décembre 1977, concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs (JOCE, L 326, p. 225) pour régler les problèmes administratifs que pourrait poser la détermination de la situation personnelle et familiale des non-résidents.

77. Allocation d'éducation en faveur du conjoint du travailleur.

L'article 73 est également applicable au versement d'une allocation d'éducation en faveur du conjoint résidant, avec le travailleur et les enfants, dans un État membre autre que l'État d'emploi (arrêt du 10 octobre 1996, Hoever et Zachow, C-245 et 312/94, Rec. p. I-4895). Cet article a précisément pour objet d'empêcher qu'un État membre puisse faire dépendre l'octroi ou le montant de prestations familiales de la résidence des membres de la famille du travailleur sur le territoire national, afin de ne pas dissuader le travailleur communautaire d'exercer son droit de libre circulation (voir également arrêt Martinez, précité, point 21). En l'espèce, l'octroi de l'allocation d'éducation allemande, considérée comme une prestation familiale par la Cour était soumis à la condition que le conjoint d'un travailleur, qui ne réside pas en Allemagne, exerce une activité salariée en Allemagne.

78. Situation du conjoint. Il y a lieu d'observer que l'article 73 n'exige pas que le conjoint du travailleur exerce également une activité dans l'État membre dont la législation est applicable: il vise précisément la situation dans laquelle la famille du travailleur réside dans un autre État membre. Aussi, importe-t-il peu, en ce qui concerne l'octroi du droit à des prestations familiales, que le conjoint du travailleur n'ait jamais résidé ni été salarié dans l'État membre dont la législation est applicable¹³².

79. Mise à disposition de l'agence pour l'emploi. Compte tenu de l'objectif des articles 73 et 74, qui est d'éviter qu'un État membre puisse refuser des prestations familiales du fait de la résidence des membres de la famille dans un État membre autre que l'État membre prestataire, "une condition selon laquelle l'enfant du travailleur doit, pour l'ouverture du droit à certaines prestations familiales, être à la disposition de l'agence pour l'emploi de l'État membre prestataire, condition qui ne peut être remplie que si l'enfant réside sur le territoire de ce dernier État, doit être considérée comme remplie lorsque l'enfant se trouve à la disposition de l'agence pour l'emploi de l'État membre de sa résidence¹³³.

d) Prestations pour enfants à charge de titulaires de pensions ou de rentes et pour orphelins

¹³² ArrAt du 16 juillet 1992, Hughes, C-78/91, Rec. p. I-4839.

¹³³ ArrAts du 22 février 1990, Bronzino, 228/88, Rec. p. I-549; du 22 février 1990, Gatto, C-12/89, Rec. p. I-557.

80. Les articles 77 et 78 du règlement n° 1408/71 tendent, de façon générale, à désigner la législation applicable à l'octroi de prestations respectivement pour enfants à charge de titulaires de pensions ou de rentes et pour orphelins, et ce quel que soit l'État membre sur le territoire duquel résident "le titulaire de pensions ou de rentes, et les enfants", ou, selon le cas, "l'orphelin ou la personne physique ou morale qui en a la charge effective" (voy. spécialement les articles 77, paragraphe 2, et 78, paragraphe 2).

Le régime établi par ces dispositions, levant en cela toute clause de résidence au respect de laquelle serait subordonnée l'acquisition du droit auxdites prestations, peut être synthétisé de la manière suivante¹³⁴.

L'article 77, paragraphe 2, prévoit un régime différent de paiement des **prestations pour enfants à charge de titulaires de pensions ou de rentes** selon que ceux-ci perçoivent leurs pensions ou leurs rentes au titre de la législation d'un seul État membre ou de plusieurs États membres;

- dans le premier cas, les prestations sont dues au titre de la législation de l'État compétent pour la pension ou la rente (article 77, paragraphe 2, sous a));
- si le titulaire perçoit une pension à charge de deux ou plusieurs États membres et réside sur le territoire de l'un deux, sous la législation duquel un droit aux prestations pour enfants à charge est ouvert, ces dernières prestations sont accordées conformément à la législation de cet État (article 77, paragraphe 2, sous b), i)).

Dans les autres cas, le titulaire perçoit les prestations selon la législation de l'État membre à laquelle il a été soumis le plus longtemps, si le droit auxdites prestations est ouvert en vertu de cette législation: sinon, les "conditions d'ouverture du droit sont examinées au regard des législations des autres États membres concernés dans l'ordre dégressif de la durée des périodes d'assurance ou de résidence accomplies sous la législation de ces États membres" (article 77, paragraphe 2, sous b), i)). Au cas où l'application de ces règles aurait pour effet de rendre compétents plusieurs États membres, la durée des périodes étant égale, les prestations sont accordées conformément à celle des législations de ces États à laquelle le titulaire a été soumis en dernier lieu (article 79, paragraphe 2)¹³⁵.

¹³⁴ Sur la jurisprudence concernant le "complément différentiel", voir supra nE 49.

¹³⁵ Pour une illustration concrète de l'article 77, paragraphe 2, lettres a) et b), voy. arrêt du 14 mars 1989, Baldi, 1/88, Rec. p. 667, point 21.

En ce qui concerne les **prestations pour orphelins**, il y a lieu, si elles constituent des pensions ou des rentes d'orphelins, de se référer aux règles de calcul du chapitre "Pensions" du règlement (chapitre 3 du titre III), depuis l'entrée en vigueur du règlement n° 1399/1999, du 29 avril 1999 (JOCE n° L 164, 30 juin 1999), modifiant le règlement n° 1408/71, à moins que le défunt, à un moment quelconque, ait été couvert "par un régime qui ne prévoit pour les orphelins que des allocations familiales ou des allocations supplémentaires ou spéciales" (nouvel art. 78bis)¹³⁶.

Lorsque les prestations en cause constituent des allocations familiales ou des allocations supplémentaires ou spéciales prévues pour les orphelins, elles relèvent du champ d'application du chapitre 8 (art. 78, paragraphe 1). Les règles relatives à la détermination de la législation applicable sont similaires à celles régissant les prestations pour enfants à charge de titulaires de pensions:

- si le défunt a été soumis à la législation d'un seul État membre, l'orphelin a droit aux prestations en vertu de la législation de cet État (article 78, paragraphe 2, sous a)).
- si le défunt a été soumis à la législation de deux ou plusieurs États membres et si l'orphelin réside sur le territoire de l'un deux, sous la législation duquel un droit aux prestations est ouvert, ces prestations sont accordées conformément à la législation de cet État (article 78, paragraphe 2, sous b), i)).

Dans les autres cas, les prestations sont accordées conformément à la législation de l'État membre à laquelle le défunt a été soumis le plus longtemps, si un droit est ouvert en vertu de cette législation. Sinon, "les conditions d'ouverture du droit sont examinées au regard des législations des autres États membres concernés, dans l'ordre dégressif de la durée des périodes d'assurance ou de résidence accomplies sous la législation de ces États membres" (article 78, paragraphe 2, sous b), i)). Au cas où l'application de ces règles aurait pour effet de rendre compétents plusieurs États membres, la durée des périodes étant égale, les prestations sont accordées conformément à celle des législations considérées à laquelle le défunt a été soumis en dernier lieu (article 79, paragraphe 2).

¹³⁶ Ces régimes sont énumérés B l'annexe VIII du règlement.

Les prestations sont servies, conformément à l'article 79, selon la législation déterminée en application des articles 77 et 78, par l'institution chargée d'appliquer celle-ci et à sa charge, comme si le titulaire ou le défunt avait été soumis à la seule législation de l'État compétent.

81. Restriction à l'exportation des prestations familiales. Les articles 77, paragraphe 1, et 78, paragraphe 1, du règlement comportent une restriction en ce qui concerne l'exportation des prestations puisqu'ils réservent aux titulaires de pensions ou de rentes ou aux orphelins demeurant sur le territoire d'un État membre autre que l'État compétent le bénéfice du paiement des seules "allocations familiales", à l'exclusion des "prestations familiales" au sens de l'article 1^{er}, lettre u), du règlement.

Dans son arrêt Lenoir du 27 septembre 1988 (313/86, Rec. 5391), s'agissant de la non exportabilité des prestations familiales soumises à d'autres conditions que le nombre ou l'âge des membres de la famille, la Cour observa que les prestations de cette nature "sont, le plus souvent, étroitement liées à l'environnement social et, partant, à la résidence des intéressés" (attendu 16). C'est là l'apport le plus important de cet arrêt qui fournit ainsi toute la mesure de l'obligation du Conseil d'assurer la conservation des droits acquis, dans le domaine de la sécurité sociale, en faveur des travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté et des membres de leur famille.

CHAPITRE 4: LA CONSERVATION DES DROITS EN COURS D'ACQUISITION

82. Le bénéfice de nombreuses prestations de sécurité sociale est subordonné à l'accomplissement de périodes d'emploi, d'assurance ou de résidence. Il en résulte que le changement de pays d'emploi ou de résidence peut être générateur de préjudices sérieux pour le travailleur ou les membres de sa famille si l'intéressé n'a pas accompli, sous la législation de l'État compétent, la période de stage nécessaire à l'ouverture du droit à prestations, ou, s'agissant en particulier des prestations à long terme, s'il n'a pas accompli, sous les diverses législations d'affiliation, les périodes minimales requises ou suffisantes qui lui permettraient de bénéficier, au total, d'une pension comparable à celle qu'il aurait eue s'il avait passé toute sa carrière dans un seul État.

L'importance du principe de la conservation des droits en cours d'acquisition, emprunté au droit international classique, est évidente. Sa réalisation exige l'utilisation de deux techniques bien connues: celle de la totalisation des périodes et celle de la proratisation des prestations.

Paragraphe 1^{er}: *La totalisation des périodes*

83. L'article 42, sous a), du traité prévoit expressément, en vue de l'établissement de la libre circulation des travailleurs dans le domaine de la sécurité sociale, "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".

La technique de la totalisation doit être prise en compte tant pour l'ouverture du droit aux prestations (condition de stage), lorsque la législation d'un État membre subordonne l'ouverture du droit à l'accomplissement de périodes de qualification et que le travailleur ne les a pas accomplies dans cet État, que pour le calcul des prestations dont le montant serait fonction de la durée de la carrière (spécialement pour les prestations à long terme: vieillesse, survie, invalidité). Cette technique consiste, pour l'institution d'un État membre, à prendre en considération, dans la mesure nécessaire, les périodes accomplies par le travailleur migrant dans tout autre État membre, "sans discrimination à l'égard des autres travailleurs, en raison de l'exercice de son droit de libre circulation"¹³⁷.

La règle de la totalisation des périodes d'assurance (ou, le cas échéant, des périodes d'activité salariée ou non salariée, ou de résidence), accomplies sous la législation de deux ou plusieurs États membres, dont les modalités d'application se trouvent inscrites aux articles 15 et 46 du règlement n° 574/72, est énoncée par plusieurs dispositions du règlement n° 1408/71 relativement aux diverses branches de la sécurité sociale¹³⁸.

Ainsi, dans le domaine des pensions (vieillesse, survie, invalidité¹³⁹), l'article 45, paragraphe 1, du règlement énonce la règle générale de la

¹³⁷ ArrAt du 13 juillet 1966, Hagenbeek, 4/66, Rec. p. 625.

¹³⁸ Maladie-maternité: article 18; invalidité: articles 38 et 40, paragraphe 1; vieillesse et survie: articles 45 et 48 (pour les périodes d'assurance ou de résidence inférieures B un an); maladie professionnelle: article 57, paragraphe 4; décIIs: article 64; chômage: article 67; prestations familiales: article 72; prestations pour enfants B charge de titulaires de pensions ou de rentes et pour orphelins: article 79, paragraphe 1.

¹³⁹ Lorsque l'intéressé a exercé des activités B la fois sous une législation de type A (selon laquelle le montant des prestations d'invalidité est indépendant de la durée des périodes d'assurance) et sous une législation de type B (qui fixe le montant des prestations d'invalidité en fonction des périodes d'assurance). Voy. infra nE94.

totalisation: l'institution compétente d'un État membre, dont la législation subordonne l'acquisition, le maintien ou le recouvrement du droit à prestations à l'accomplissement de périodes d'assurance ou de résidence, doit tenir compte, dans la mesure nécessaire, des périodes accomplies sous la législation de tout autre État membre, comme s'il s'agissait de périodes accomplies sous la législation qu'elle applique.

Si la législation d'un État membre subordonne l'octroi de certaines prestations à la condition que les périodes d'assurance aient été accomplies dans une profession soumise à un régime spécial applicable à des travailleurs salariés (par exemple, des ouvriers mineurs) ou, le cas échéant, dans un emploi déterminé, les périodes accomplies sous les législations d'autres États membres ne sont prises en compte, pour l'octroi de ces prestations, que si elles ont été accomplies sous un régime correspondant ou, à défaut, dans la même profession ou, le cas échéant, dans un même emploi. Si, compte tenu des périodes ainsi accomplies, l'intéressé ne satisfait pas aux conditions requises pour bénéficier desdites prestations, ces périodes sont prises en compte pour l'octroi des prestations du régime général de sécurité sociale ou, à défaut, du régime applicable aux ouvriers ou aux employés, selon le cas (article 45, paragraphe 2).

De même, il est prévu que, si la législation d'un État membre subordonne l'octroi de certaines prestations à la condition que les périodes d'assurance aient été accomplies uniquement dans une profession soumise à un régime spécial applicable à des travailleurs non salariés, les périodes accomplies sous la législation d'autres États membres ne sont prises en compte, pour l'octroi de ces prestations, que si elles ont été accomplies sous un régime correspondant ou, à défaut, dans la même profession. Si, compte tenu des périodes ainsi accomplies, l'intéressé ne satisfait pas aux conditions requises pour bénéficier desdites prestations, ces périodes sont (dans certaines conditions) prises en compte pour l'octroi des prestations du régime général ou, à défaut, du régime applicable aux ouvriers ou aux employés, selon le cas.

84. Portée de la règle de totalisation. Deux arrêts de la Cour ont donné à la règle de la totalisation des périodes d'assurance (ou, le cas échéant, des périodes d'emploi ou de résidence), accomplies sous la législation de deux ou plusieurs États membres, une portée qui dépasse sensiblement les questions d'ouverture du droit aux prestations et de calcul des prestations pour lesquelles elle avait été conçue à l'origine: il s'agit des arrêts du 26 octobre 1995, *Moscato*, C-481/93 (Rec. p. I-3537), et *Klaus*, C-482/93 (Rec. p. I-3560).

M. Moscato, de nationalité italienne, avait travaillé en Belgique, puis aux Pays-Bas; il était ensuite devenu chômeur en Belgique avant de retravailler aux Pays-Bas. Mais deux mois plus tard, il a dû cesser toute activité professionnelle en raison de troubles psychiques. Il a perçu des prestations de maladie à charge du régime néerlandais. Toutefois, l'organisme néerlandais, s'appuyant sur la législation nationale en matière d'invalidité, a refusé de lui octroyer des indemnités d'incapacité de travail au motif que, au début de sa dernière activité professionnelle aux Pays-Bas, son état de santé laissait clairement présager l'apparition d'une incapacité de travail moins de six mois plus tard.

L'organisme était-il en droit de prendre, pour point de départ de l'affiliation, la date à laquelle M. Moscato s'était affilié au régime néerlandais, en faisant ainsi abstraction des périodes d'affiliation antérieures, accomplies par l'intéressé sous la législation d'un autre État membre? La réponse de la Cour a été négative: la règle de la totalisation, énoncée à l'article 42, sous a), du traité et telle que mise en oeuvre par l'article 38, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71 dans le domaine de l'assurance invalidité, commande aux institutions compétentes de raisonner comme si l'ensemble de la carrière du travailleur avait été accompli sur un seul et même territoire.

Dans l'arrêt Klaus, la Cour réitère cette interprétation de la règle de totalisation, mais cette fois à propos de l'assurance-maladie.

Mme Klaus, de nationalité néerlandaise, avait travaillé en Espagne, aux Pays-Bas, de nouveau en Espagne, puis, à compter d'octobre 1989, aux Pays-Bas. A peine quinze jours après le début de la nouvelle activité aux Pays-Bas, elle s'est trouvée dans l'incapacité de travailler en raison de maux de dos. Les indemnités de maladie qu'elle a alors réclamées à la caisse néerlandaise compétente lui ont été refusées au motif que, le 20 octobre 1989, date à laquelle son assurance au titre du régime néerlandais d'assurance maladie avait pris cours, elle était déjà inapte à exercer son travail.

A l'instar de l'article 38, l'article 18 du règlement a été interprété comme obligeant les institutions compétentes de tenir compte également des périodes d'affiliation accomplies par l'assuré sous la législation d'un autre État membre, comme s'il s'agissait de périodes accomplies par l'assuré sous la législation qu'elles appliquent, en particulier lorsque la législation de l'État compétent soumet l'octroi des prestations de maladie à la

condition que l'inaptitude au travail n'ait pas déjà existé au moment de l'affiliation.

85. Fonctionnaires. Il existe une dérogation au principe général de totalisation en ce qui concerne la liquidation des pensions d'invalidité ou de vieillesse au titre d'un régime spécial des fonctionnaires (voir art. 43 bis, paragraphe 2, et 51 bis, paragraphe 2): ainsi, si la législation d'un État membre subordonne l'acquisition des droits à de telles prestations à la condition que toutes les périodes d'assurance aient été accomplies dans le cadre du ou des régimes spéciaux des fonctionnaires dans cet État ou soient assimilées à de telles périodes en vertu de la législation de cet État, il ne sera tenu compte que des périodes qui peuvent être reconnues en vertu de la législation en cause. Toutefois, pour éviter la perte de ces périodes, dans l'hypothèse où elles seraient insuffisantes pour ouvrir un droit à des prestations de régime spécial, elles pourront être prises en compte pour l'octroi des prestations du régime général.

86. Conditions d'affiliation. On rappellera, dans ce contexte, que le règlement n° 1408/71 a essentiellement pour objet la coordination des régimes nationaux de sécurité sociale afin d'assurer la libre circulation des personnes, mais nullement l'harmonisation des conditions d'affiliation; celles-ci, ainsi que la Cour l'a souligné dans l'affaire 266/78, Brunori¹⁴⁰, relèvent des seules législations nationales¹⁴¹.

Aussi, les diverses dispositions du règlement relatives à la totalisation des périodes d'assurance ne sauraient-elles, par elles-mêmes, régler la question préalable de l'affiliation à tel régime national de sécurité sociale, en dehors de la prise en compte des périodes pour l'ouverture du droit.

Jugé que l'article 9, paragraphe 2, du règlement n° 1408/71¹⁴², "ne règle pas les autres conditions auxquelles les législations de chaque État membre peuvent subordonner l'ouverture d'un droit, tel que celui de cotiser à un régime national d'assurance volontaire ou facultative continuée" (voir arrêt Hartmann Troiani, précité, point 16).

¹⁴⁰ ArrAt du 12 juillet 1979, Rec. p. 2705.

¹⁴¹ Voy. également arrAts du 23 septembre 1982, Koks, 275/81, Rec. p. 3013; du 24 septembre 1987, De Rijke, 43/86, Rec. p. 3611; du 3 mai 1990, Kits, C-2/89, Rec. p. I-1769.

¹⁴² Cet article comporte une règle de totalisation en vue d'assurer l'équivalence des périodes d'assurance accomplies dans différents État membre, de manière à ce que les intéressés puissent remplir la condition d'une durée minimale de périodes d'assurance, lorsqu'une législation nationale subordonne l'admission à l'assurance volontaire ou facultative continuée à une telle condition (arrAt du 18 mai 1989, Troiani, 368/87, Rec. p. 1333, point 15).

Dans ces conditions, c'est à la législation de chaque État membre qu'il appartient de déterminer les conditions du droit de l'obligation de s'affilier à un régime de sécurité sociale ou à telle ou telle branche de pareil régime, du moment qu'il n'est pas fait, à cet égard, de discrimination entre nationaux et ressortissants des autres États membres (voir, notamment, arrêt Hartmann Troiani, précité, point 21)"¹⁴³.

Paragraphe 2: La proratisation des prestations

87. Lorsque la totalisation de périodes a trouvé application en faveur d'un travailleur qui a été soumis à la législation de deux ou plusieurs États membres, il est évident que ce travailleur ne reçoit pas, dans l'État membre concerné, une prestations complète comme s'il y avait accompli l'ensemble des périodes considérées: il n'y reçoit qu'une part de la prestation nationale, proportionnelle à la période effectivement accomplie dans cet État. C'est la proratisation (ou système de répartition).¹⁴⁴

La proratisation n'est susceptible d'affecter que les prestations dont le montant varie en fonction de la carrière accomplie (vieillesse, invalidité, survie, etc.); elle s'opère au niveau, non pas de l'ouverture du droit aux prestations, mais du calcul de celles-ci.

88. Principe de l'intangibilité des droits acquis. La mise en oeuvre des techniques de totalisation des périodes de qualification et de proratisation des prestations pour le maintien des droits en cours d'acquisition a suscité une jurisprudence importante, correctrice, de la Cour de justice, fondée, de façon générale, sur le principe de l'intangibilité des droits acquis par les particuliers en matière de sécurité sociale sous une législation nationale. En effet, il est établi que les articles 39 et 42 du traité, qui, selon la formule consacrée, constituent le fondement, le cadre et les limites des règlements, ont pour principal objet d'éliminer les entraves à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté. Cet objectif ne serait pas atteint si l'application des règlements avait pour résultat de supprimer ou de réduire les avantages de sécurité sociale qu'un travailleur tiendrait de la seule législation d'un État

¹⁴³ ArrAt du 20 octobre 1993, Baglieri, C-297/92, Rec. p. I-5228, points 12 et 13.

¹⁴⁴ Ce systIime est parfois remplacé, en droit conventionnel, par celui dit d'intégration qui consiste B accorder les prestations complIItes au titre de la seule législation d'une partie contractante. Les rIIglements communautaires appliquent ce dernier systIime dans la branche des prestations d'invalidité lorsque l'intéressé a été soumis exclusivement B des législations de type A (voir infra, nE 75).

membre et de placer ainsi le travailleur migrant dans une situation moins favorable que celle que lui garantissent les législations nationales¹⁴⁵.

Il en résulte que l'opération de totalisation et son mécanisme corrélatif qu'est la proratisation des prestations ne se conçoivent que dans le but d'assurer à une personne qui a travaillé dans différents États membres le bénéfice de prestations de sécurité sociale qu'elle aurait obtenues si elle avait toujours travaillé dans le même État membre. En revanche, il n'y a pas lieu de procéder à la totalisation ni, par conséquent, à la proratisation, sous peine de violer l'article 42 du traité, dans le cas d'un travailleur qui, sur base des seules périodes d'emploi ou d'assurance accomplies dans un État membre, peut prétendre à l'intégralité des prestations en vertu de la législation de ce seul État sans recourir à la totalisation, même s'il y a lieu de recourir à celle-ci dans le but de lui ouvrir un droit aux prestations dans un autre État membre¹⁴⁶.

89. Liquidation des pensions. L'article 46 du règlement n° 1408/71 constitue la pièce maîtresse en matière de liquidation des pensions. Son application a suscité une jurisprudence abondante et "correctrice" de la Cour de justice, particulièrement sur les rapports entre le droit communautaire et les règles anticumul nationales, lesquelles foisonnent en matière d'assurance-vieillesse¹⁴⁷.

Le législateur communautaire a tiré les enseignements de cette jurisprudence par règlement n° 1248/92 du 30 avril 1992¹⁴⁸. Celui-ci a profondément remanié la formule de liquidation des pensions, tout en procédant à une clarification et à une simplification du dispositif, dont la lecture avait été rendue très difficile par la jurisprudence de la Cour. Nous nous limiterons à l'exposé des grandes lignes de la réglementation nouvelle, entrée en vigueur le 1^{er} juin 1992.

¹⁴⁵ Voy. parmi les arrAts récents, arrAts du 12 juillet 1984, Patteri, 242/83, Rec. p. 3171; du 6 octobre 1987, Stefanutti, 197/85, Rec. p. 3874; du 21 mars 1990, Cabras, C-199/88, Rec. p. I-1049; du 22 février 1990, Bronzino, 228/88, Rec. 1990, p. I-549; du 7 mars 1991, Masgio, C-10/90, Rec. 1991, p. I-1134.

¹⁴⁶ Voy. par exemple, arrAts du 15 juillet 1964, Van der Veen, 100/63, précité; du 9 juin 1964, Nonnemacher, 92/63, précité; du 6 décembre 1973, Mancuso, 140/73, Rec. p. 1449; du 28 mai 1974, Niemann, 191/73, Rec. p. 571; du 6 octobre 1987, Stefanutti, 197/85, Rec. p. 3874; du 9 juillet 1987, Burchell, 377/85, précité.

¹⁴⁷ Voy. p. ex. arrAts du 21 octobre 1975, Petroni, 24/75, Rec. p. 1149; du 3 février 1977, Strehl, 62/76, Rec. p. 211; du 13 octobre 1977, Manzoni, 112/76, Rec. p. 1656; du 25 novembre 1975, Massonet, 50/75, Rec. p. 1473; du 20 octobre 1977, Giuliani, 32/77, Rec. p. 1857; du 13 mars 1986, Sinatra, 296/84, Rec. p. 1056; du 17 décembre 1987, Collini, 323/86, Rec. p. 5503; du 18 avril 1989, Felice, 128/88, Rec. p. 836; du 6 juin 1990, Spits, 342/88, Rec. p. I-2268; du 21 mars 1990, Cabras, C-199/88, précité; du 5 avril 1990, Bianchin, C-109/89, Rec. p. I-1619.

¹⁴⁸ JOCE nE L 136.

90. Un double calcul doit être effectué:

1. Lorsque le droit à prestation est ouvert dans un État membre sans qu'il soit nécessaire de recourir à la totalisation des périodes, l'intéressé reçoit, de l'institution compétente de cet État, une pension calculée selon sa propre législation nationale, c'est-à-dire en fonction des seules périodes accomplies sous la législation de cet État (méthode de calcul direct), soit une *prestation autonome* (article 46, paragraphe 1, a)). L'institution calcule cependant aussi le montant de la prestation qui serait due par application de la règle de calcul proportionnel (point 2 ci-après), l'intéressé bénéficiant du montant le plus élevé (article 46, paragraphe 1, a, ii, et paragraphe 3)¹⁴⁹.

Ces calculs doivent être effectués en tenant compte, le cas échéant, des clauses anticumul nationales.

2. Lorsque le droit à la prestation n'est ouvert dans un État membre qu'en recourant à la totalisation des périodes d'assurance ou de résidence (ou pour l'établissement de la comparaison prévue au 1 ci-dessus), l'intéressé reçoit de l'institution compétente de cet État et à sa charge une part de pension calculée selon la méthode de calcul proportionnel:

- d'abord, l'institution calcule le montant "*théorique*" de la prestation qui serait due si toutes les périodes avaient été accomplies sous sa propre législation ("calcul pour ordre") (article 46, paragraphe 2, a);
- sur la base de ce montant, elle fixe le montant effectif au prorata de la durée des périodes d'assurance ou de résidence accomplies sous la législation qu'elle applique par rapport à la durée totale des périodes d'assurance ou de résidence accomplies sous les législations des États membres en cause; c'est le procédé de proratisation proprement dit (*prestation proratisée*) (article 46, paragraphe 2, b)¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Toutefois, elle peut renoncer à ce dernier calcul si le résultat de celui-ci s'avère identique ou inférieur à celui du calcul effectué conformément à sa législation nationale, à la condition que la législation de l'État en cause ne comporte aucune clause anticumul susceptible d'affecter le montant autonome. La nouvelle annexe IV, partie C, mentionne pour chaque État membre concerné les cas où il peut être renoncé au calcul de la prestation proratisée (aucun cas n'est mentionné sous les législations belge, allemande, espagnole, française, grecque, luxembourgeoise, autrichienne et finlandaise) (article 46, paragraphe 1, b).

¹⁵⁰ Pour l'application de l'article 46, paragraphe 2, a) et b), lorsque la législation appliquée prévoit une durée maximale de périodes pour le bénéfice d'une prestation complète et que, suite à la totalisation, la durée

3. Le travailleur ou le survivant a droit au montant le plus élevé des montants de la prestation autonome et de la prestation proratisée. Mais chacune des deux pensions doit faire l'objet d'un calcul complet, y compris en application des règles anticumul nationales, dans les limites ou sauf exceptions prévues aux nouveaux articles 46bis, 46ter et 46quater.

Ces différents modes de calcul (direct ou proportionnel) peuvent s'appliquer séparément dans chaque État membre où un droit est ouvert, l'intéressé recevant une ou plusieurs pensions autonomes ou/et une ou plusieurs pensions proratisées.

91. Règles anticumul. Le règlement n° 1408/71 régit l'application des règles anticumul nationales (articles 46bis, 46ter et 46quater).

De façon générale:

- il est tenu compte du montant des prestations à verser par un autre État membre avant déduction de l'impôt, des cotisations de sécurité sociale et autres retenues individuelles (article 46bis, paragraphe 3, sous b);
- les règles anticumul ne peuvent prendre en compte les prestations acquises au titre de la législation d'un autre État membre et qui correspondent à des périodes d'assurance volontaire ou facultative continuée (article 46bis, paragraphe 3, sous c);
- la prestation due en vertu de la législation considérée ne peut être réduite, par application d'une clause de non-cumul, que dans la limite du montant des prestations ou des revenus acquis dans un autre État membre (article 46bis, paragraphe 3, sous d).

En outre, des dispositions particulières sont applicables selon que le cumul considéré concerne des prestations de même nature, due en vertu de la législation de deux ou plusieurs États membres, ou des prestations de nature différente¹⁵¹.

des périodes est supérieure à la durée maximale en cause, l'institution compétente prend en considération celle-ci au lieu de la durée totale desdites périodes (article 47, paragraphe 1, a).

¹⁵¹ L'article 46bis, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71, définit, à cette fin, le cumul des prestations de même nature comme visant "tous les cumuls de prestations d'invalidité, de vieillesse et de survivants calculées ou servies sur la base des périodes d'assurance et/ou de résidence accomplies par une même personne". En revanche, par cumul de prestations de nature différente, il y a lieu d'entendre "tous les cumuls de prestations qui ne peuvent être considérées de même nature au sens du paragraphe 1" (article 46bis, paragraphe 2).

S'il s'agit de **prestations de même nature**, les clauses anticumul ne peuvent pas être appliquées à une prestation proratisée (art. 46 ter, paragraphe 1) et ne peuvent être appliquées à une prestation autonome que dans des conditions strictes, énoncées à l'article 46 ter, paragraphe 2, (complété par l'annexe IV, D), destinées à éviter un cumul abusif.

Selon l'article 46 ter, paragraphe 2 du règlement, il doit s'agir:

- a) d'une prestation dont le montant est indépendant de la durée des périodes d'assurance ou de résidence accomplies et qui se trouve visée à l'annexe IV partie D (législation de type "A")

ou

- b) d'une prestation dont le montant est déterminé en fonction d'une période fictive censée être accomplie entre la date de réalisation du risque et une date ultérieure. Dans ce dernier cas, lesdites clauses s'appliquent en cas de cumul d'une telle prestation:
 - soit avec une prestation du même type, sauf si un accord a été conclu entre deux ou plusieurs États membres visant à éviter de prendre en considération deux ou plusieurs fois la même période fictive;
 - soit avec une prestation du type visé au point a).

Les prestations et les accords visés au point b) sont mentionnés à l'annexe IV partie D.

En présence de **prestations de nature différente**, il y a lieu de se référer à l'article 46 quater tendant à pallier les conséquences préjudiciables, pour le travailleur migrant ou le survivant, d'une application conjointe de dispositions anticumul par deux ou plusieurs États membres. Ainsi, si plusieurs prestations autonomes doivent être simultanément réduites par application de telles règles, le montant sur lequel porte la réduction, la suspension ou la suppression doit être divisé par le nombre de prestations sujettes à réduction, suspension ou suppression. De même, s'agissant des prestations proratisées, les prestations de nature différente ne sont prises en compte, pour l'application des règles anticumul considérées, que pour une fraction de leur montant déterminé au prorata de la durée des périodes d'assurance ou de résidence retenues pour le calcul de la prestation proratisée.

92. Pension minimum. Le bénéficiaire de prestations ne peut, dans l'État de sa résidence et au titre de la législation duquel une prestation lui est due, percevoir un montant de prestations inférieur à celui de la prestation minimale fixée par cette législation pour une période d'assurance ou de résidence égale à l'ensemble des périodes accomplies par lui sur le territoire des États membres. L'institution compétente de cet État verse éventuellement à l'intéressé, pendant toute la durée de sa résidence dans cet État, un complément égal à la différence entre le montant de la prestation minimale et la somme des prestations calculées selon les règles communautaires de totalisation et de proratisation énoncées ci-dessus (article 50 du règlement).¹⁵²

93. Revalorisation et nouveau calcul des prestations. L'article 51 du règlement n° 1408/71 a été introduit en vue de réduire la charge administrative que représenterait un nouveau calcul de prestations liquidées conformément à l'article 46, lorsque les prestations sont simplement adaptées dans un État membre en raison "d'événements étrangers à la situation individuelle de l'assuré" et liés à "l'évolution générale de la situation économique et sociale" (augmentation du coût de la vie, variation du niveau des salariés, etc.) (art. 51, paragraphe 1).¹⁵³

En revanche, selon l'article 51, paragraphe 2, un nouveau calcul est effectué en cas de modification du mode d'établissement ou des règles de calcul des prestations, en raison d'un changement dans la situation personnelle du travailleur.

Dans l'affaire C-65/92, Levatino¹⁵⁴, la Cour a été saisie de la question de savoir si l'article 51 du règlement pourrait pleinement s'appliquer à l'adaptation du montant d'une prestation telle que le revenu garanti. Il est constant que celui-ci doit être regardé comme une "prestation de vieillesse" au sens du règlement et, partant, susceptible de relever du champ d'application de l'article 46.¹⁵⁵

¹⁵² Voy. arrAts du 30 novembre 1977, Torri, 64/77, Rec. p. 2299; du 17 décembre 1981, Browning, 22/81, Rec. p. 3357.

¹⁵³ Voy. arrAts du 2 février 1982, Sinatra, 7/81, Rec. p. 137; du 1^{er} mars 1989, Jordan, 141/88, Rec. p. 2387; du 21 mars 1990, Ravida, C-85/89, Rec. p. I-1063; du 20 mars 1991, Cassamali, C-93/90, Rec. p. I-1401, points 15 et 16; du 18 février 1993, Bogana, C-192/92, Rec. p. I-755.

¹⁵⁴ ArrAt du 22 avril 1993, Rec. p. I-2027.

¹⁵⁵ Cfr. arrAt du 22 juin 1972, Trilli, 1/72, Rec. p. 457, point 18.

Il n'empêche que, eu égard aux "caractéristiques particulières" du revenu garanti aux personnes âgées, l'application de l'article 51, *paragraphe 1*, serait de nature, selon la Cour, à "entraîner le bouleversement de la législation nationale" en cause, en dénaturant l'objet de la prestation, qui est de compenser l'insuffisance des ressources de l'intéressé de manière à lui permettre d'atteindre le minimum de ressources garanti par la loi. En effet, en empêchant de prendre en compte la revalorisation d'une pension vieillesse servie par un autre État membre, dont le montant doit normalement venir en déduction de celui du revenu minimum garanti, l'application de l'article 51, *paragraphe 1*, "porterait atteinte au caractère complémentaire d'une prestation dont le montant varie avec les ressources de l'intéressé, dont elle a pour fonction de compenser l'insuffisance".

En revanche, poursuit la Cour, l'article 51, *paragraphe 2*, devait en l'espèce, trouver à s'appliquer dès lors que "toute modification des ressources du bénéficiaire, quelle qu'en soit l'origine, affecte la situation individuelle de ce dernier au regard de la législation applicable et modifie le mode d'établissement de la prestation qui lui est servie" (point 43).

Il s'agit d'un arrêt fondamental en matière de "prestations non contributives de type mixte", qui à l'instar de l'arrêt Lenoir (qui concernait des prestations familiales à finalité spéciale)¹⁵⁶, corrige les conséquences extrêmes d'une assimilation pure et simple de telles prestations à celles (pensions de vieillesse, prestations familiales, prestations de chômage, ...) auxquelles elles sont rattachées à titre complémentaire ou supplétif.

En revanche, un nouveau calcul est exclu en cas d'octroi dans un autre État membre d'une allocation qui présente le caractère d'une prestation familiale, telle l'allocation italienne pour le noyau familiale (arrêt du 22 septembre 1994, Bettaccini, C-301/93, Rec. p. I-4361). En effet, selon l'article 51, *paragraphe 2*, du règlement n° 1408/71, il n'y a lieu d'effectuer un nouveau calcul conformément à l'article 46 qu'en cas de modification du mode d'établissement ou des règles de calcul des prestations de vieillesse, de survie ou d'invalidité. Rien dans le libellé de l'article 51 ne suggère qu'il concerne autre chose.

94. Liquidation des prestations d'invalidité. En ce qui concerne la détermination de l'institution débitrice en matière d'invalidité, le règlement opère une distinction selon que le travailleur a été

¹⁵⁶ ArrAt du 27 novembre 1988, 313/86, Rec. p. 5391.

exclusivement soumis à des législations de type A¹⁵⁷ selon lesquelles le montant des prestations d'invalidité est indépendant de la durée des périodes d'assurance (articles 37 à 39) ou qu'il a été soumis à des législations dont l'une au moins fixe le montant des prestations en fonction des périodes d'assurance (législation de type B) (article 40)¹⁵⁸.

1. Dans la première hypothèse, la prestation est fixée conformément aux dispositions de la législation qui était applicable à l'intéressé au moment où est survenue l'incapacité de travail suivie de l'invalidité; elle est entièrement à charge de l'institution compétente aux termes de cette législation.

2. Dans la deuxième hypothèse, la prestation est fixée selon les règles prévues en matière de pensions de retraite ou de survie.

Remarque: Lorsque la législation applicable d'un État membre (Belgique, en l'espèce) fait dépendre le montant de la prestation d'invalidité de la rémunération dont disposait le travailleur au moment de la survenance de son invalidité et que le travailleur concerné n'était pas soumis, à ce moment, au régime de sécurité sociale de cet État parce qu'il travaillait dans un autre État membre, l'institution compétente, faisant application de l'article 46, paragraphe 2, du règlement, doit calculer le montant théorique de la prestation sur la base de la dernière rémunération perçue par le travailleur dans cet autre État membre (arrêt du 9 août 1994, Reichling, C-406/93, Rec. p. I-4073).

L'obligation de l'institution compétente de prendre en compte la rémunération réelle perçue dans un autre État membre, comme si elle avait été perçue dans l'État membre compétent, au moment de la survenance du risque, répond, selon la Cour, pleinement à l'objectif poursuivi par le règlement n° 1408/71, lequel implique que les travailleurs ne doivent pas perdre des droits à des prestations de sécurité sociale ni subir une réduction de leur montant du fait qu'ils ont exercé le droit à la libre circulation que leur confère le traité.

¹⁵⁷ Tel est le cas en Belgique, en France, aux Pays-Bas, en Espagne, en Finlande (s'agissant des pensions nationales pour les personnes nées handicapées ou qui le deviennent B un âge précoce), en Irlande, au Royaume-Uni, en Grèce (s'agissant de la législation relative au régime d'assurance agricole).

¹⁵⁸ Tel est le cas en Allemagne, en Autriche, en Italie, au Grand-Duché de Luxembourg, au Portugal, au Danemark, en Grèce (régime autre qu'agricole), en France (régime spécial minier), en Finlande (sauf handicapés de naissance ou depuis âge précoce) et en Suède.

On appliquera cependant la règle énoncée au 1 ci-dessus, lorsque les conditions suivantes se trouvent réunies:

- au moment de la survenance de l'incapacité de travail suivie de l'invalidité, le travailleur est soumis à une législation de type A;
- le travailleur satisfait aux conditions requises par cette législation ou d'autres législations du même type, sans qu'il doive faire appel à des périodes d'assurance accomplies sous une législation de type B;
- le travailleur ne remplit pas les conditions requises pour l'ouverture du droit aux prestations au regard d'une législation de type B.
- Le **contrôle médical et administratif** de l'invalidé est effectué, à la demande de l'institution débitrice, par l'institution du lieu de séjour ou de résidence du bénéficiaire, selon les modalités prévues par la législation que cette dernière applique. Toutefois, l'institution débitrice conserve la faculté de faire procéder au contrôle du bénéficiaire par un médecin de son choix (article 51 du règlement n° 574/72).

Selon la Cour de justice, lorsque l'institution débitrice fait usage de la faculté de faire examiner par un médecin de son choix le bénéficiaire résidant dans un autre État membre, l'intéressé peut être obligé de se rendre dans l'État membre de l'institution compétente, à condition que les frais de déplacement et de séjour y afférents soient pris en charge par l'institution compétente et que l'intéressé soit apte à effectuer le déplacement sans que cela nuise à sa santé. La limitation des pouvoirs de contrôle de l'institution débitrice en matière de prestations de maladie et de maternité ne saurait être admise en cas d'invalidité (arrêt du 27 juin 1991, Martinez Vida, C-344/89, Rec. p. I-3245).

La règle du contrôle préalable de l'intéressé par l'institution du lieu de résidence est également d'application dans le cas d'anciens travailleurs frontaliers et cela même si la résidence de l'intéressé est plus proche de l'institution de l'État compétent que de celle du lieu de résidence (arrêt du 10 décembre 1998, Voeten, C-279/97, Rec. p. I-8293). En effet, selon la Cour, "le bénéficiaire de prestations d'invalidité a, en principe, intérêt à se faire examiner par les services médicaux avec lesquels il est le plus familiarisé et qui utiliserait la langue de l'État dans lequel il réside". Cela étant, eu égard aux objectifs poursuivis par l'art. 51, paragraphe 1, du règlement, qui consistent à protéger les intérêts du bénéficiaire de

prestations d'invalidité, ce dernier doit avoir la faculté de renoncer au contrôle préalable par l'institution du lieu de résidence, dès lors que cette renonciation est libre et non équivoque.

On observera à cet égard que, contrairement à l'article 18 du règlement 574/72, qui prévoit, en cas de maladie et de maternité, un contrôle administratif ou médical effectué par l'institution du lieu de résidence de sa propre initiative, l'article 51, paragraphe 1, en matière de prestations d'invalidité, ne prévoit un tel contrôle qu'à la demande de l'institution compétente. Cette différence de régime s'explique, selon la Cour, par les différences particulièrement prononcées en matière d'invalidité entre les législations des États membres (notamment quant au degré d'invalidité).

CHAPITRE 5 : LE PRINCIPE DE COOPÉRATION LOYALE

95. L'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire C-165/91, Van Munster (arrêt du 5 octobre 1994, Rec. p. I-4686) et, plus encore, celui rendu dans l'affaire C-262/97, Engelbrecht (arrêt du 26 septembre 2000, Rec. p. I-3721) fournissent un éclairage nouveau quant à l'étendue des obligations des autorités compétentes des États membres lorsqu'elles font application à un travailleur migrant, en matière d'assurance vieillesse, de leurs dispositions nationales. Selon la Cour, l'application de la législation nationale au travailleur migrant, opérée de la même façon qu'au travailleur sédentaire, peut avoir des répercussions imprévues et peu compatibles avec le but des articles 39 à 42 CE. Il appartient aux autorités compétentes d'éliminer ces conséquences ou de les atténuer dans la mesure du possible, en mettant en oeuvre tous les moyens dont elles disposent et notamment par une interprétation de la loi interne qui soit compatible avec les "exigences du droit communautaire", conformément au principe de coopération loyale énoncé à l'article 10 CE.

Les circonstances de l'affaire Van Munster se prêtaient à une telle analyse. Ainsi, aux Pays-Bas, toute personne mariée de 65 ans a droit à une pension personnelle correspondant à 50 % du salaire minimum net, majorée de 50 % si elle a un conjoint à charge de moins de 65 ans (soit 100 % du salaire minimum net). En Belgique, en revanche, la pension de retraite est calculée sur la base de périodes d'assurance à concurrence de 75 % des rémunérations brutes pour le travailleur dont le conjoint a cessé toute activité professionnelle et ne jouit pas d'une pension ("taux ménage") et de 60 % pour les autres travailleurs ("taux isolé").

En l'espèce, M. Van Munster, après avoir bénéficié d'une pension de retraite belge au "taux ménage", s'est vu appliquer, sous la législation belge, le "taux isolé" lorsque son épouse, résidant aux Pays-Bas et inactive, a atteint l'âge de 65 ans et a acquis une pension personnelle de droit néerlandais (50 % du salaire minimum net), alors même que l'octroi de cette pension n'a entraîné aucune augmentation des ressources globales du couple (puisqu'il a été concomitant à une réduction de même ampleur de la pension du mari). Devant de telles conséquences, la Cour a jugé que l'obligation de coopération loyale "implique que (les autorités belges) vérifient si leur législation peut être appliquée littéralement au travailleur migrant et de la même manière qu'à un travailleur sédentaire, sans que cette application débouche sur la perte d'un avantage de sécurité sociale pour ce travailleur migrant et qu'elle soit dès lors de nature à le dissuader d'exercer effectivement son droit à la libre circulation". Quant à la juridiction nationale, il lui appartient "de donner à la loi interne qu'elle doit appliquer, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme aux exigences du droit communautaire".

96. Mais qu'en est-il lorsque les modes d'interprétation de l'ordre juridique interne ne permettent précisément pas une "interprétation conforme aux exigences du droit communautaire"? Le juge national doit-il alors écarter les dispositions nationales en cause?

Selon la **jurisprudence Simmenthal**¹⁵⁹, les juridictions nationales ont l'obligation d'assurer le plein effet du droit communautaire, "en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure" (point 21). Faut-il étendre ce principe à l'hypothèse où la disposition nationale, sans être contraire au droit communautaire, crée, dans certaines circonstances, une entrave à la libre circulation des travailleurs, en particulier lorsqu'elle s'applique à une situation comportant des éléments d'extranéité entraînant l'application simultanée de la législation de tel autre État membre?

La Cour a répondu, sans ambages, dans son arrêt Engelbrecht:

"Si une telle application conforme n'est pas possible, la juridiction nationale a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant au besoin inappliquée toute disposition dans la mesure où son application, dans les circonstances de l'espèce, aboutirait à un résultat contraire au

¹⁵⁹

Arrêt du 9 mars 1978, 106/77, Rec. p. 629.

droit communautaire (voir, dans un sens analogue, arrêt du 21 mai 1987, Albako, 249/85, Rec. p. 2345, points 13 et suivants)" (point 40; c'est nous qui soulignons).

Tel était le cas en l'occurrence: la perte d'un avantage social au détriment d'un travailleur du simple fait de l'octroi à son conjoint d'une prestation de même nature, sous la législation d'un autre État membre, alors que cette circonstance n'avait suscité aucune augmentation des ressources globales du ménage (puisqu'elle a été concomitante à une réduction de même ampleur de la pension personnelle du travailleur dans ce même État) était "de nature à entraver l'exercice du droit à la libre circulation à l'intérieur de la Communauté", consacrée à l'article 39 CE (points 41 et 42).

Cet arrêt s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence de la Cour relative à l'article 10 du traité. En effet, il découle de cette jurisprudence que le principe de coopération loyale comporte pour les États membres une obligation spécifique, qui ne saurait se ramener à l'obligation de ne pas adopter un comportement ou un acte contraire au droit communautaire; il leur incombe, en outre, d'assurer, même dans l'exercice de leurs compétences souveraines, l'effectivité du droit communautaire et de garantir la réalisation des buts de la Communauté, du fait de leur appartenance à celle-ci.

Or, le plein effet du droit communautaire exige parfois du juge national, au titre du principe de coopération loyale, qu'il *écarte* une règle nationale dont l'application affecte ou entrave la réalisation des objectifs du traité. La Cour s'est prononcée en ce sens à plusieurs reprises; ainsi, à propos de l'autonomie procédurale des États membres, telle règle nationale a dû être écartée par le juge car elle empêchait la mise en œuvre de la procédure prévue à l'article 234 CE¹⁶⁰, compte tenu des circonstances propres à l'affaire, avait pour effet de rendre excessivement difficile l'exercice de droits conférés par l'ordre juridique communautaire¹⁶¹; dans l'affaire *Factortame*¹⁶², le juge national a été invité, afin de garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir sur l'existence de droits tirés de l'ordre juridique communautaire, à écarter l'application d'un principe de droit anglais selon lequel des mesures provisoires ne peuvent pas être prises contre la Couronne.

¹⁶⁰ Voir arrêt du 16 janvier 1974, *Rheinmühlen*, 166/73, Rec. p. 32, points 2 et 3.

¹⁶¹ Arrêt du 14 décembre 1991, *Peterbroeck*, C-312/93, Rec. p. I-4599.

¹⁶² Arrêt du 19 juin 1990, C-213/89, Rec. p. I-2433.

Certes, dans les affaires Van Munster et Engelbrecht, c'était l'application d'une norme nationale, en liaison avec celle de la législation nationale d'un autre État membre, qui était à l'origine de l'entrave. Or, il s'agissait du type même d'entrave à la libre circulation des travailleurs, découlant de la disparité des régimes nationaux de sécurité sociale, qu'il incombait au Conseil d'éliminer conformément à l'article 42 CE par la voie de la coordination. Il n'en reste pas moins que le devoir de loyauté qui pèse sur les États membres comprend l'obligation pour ceux-ci de tout mettre en oeuvre pour atteindre les objectifs du traité, même en l'absence de mesures d'exécution des institutions communautaires, en particulier lorsque les circonstances démontrent qu'une telle action est nécessaire dans l'intérêt de la Communauté et que celle-ci ne l'a pas entreprise¹⁶³.

Il en est d'autant plus ainsi que, compte tenu de l'évolution constante des législations nationales de sécurité sociale, il est inévitable que la réglementation communautaire ne puisse garantir, en toutes circonstances, l'absence de tout obstacle à la libre circulation des travailleurs découlant de la disparité des législations nationales.

Il incombe donc aux autorités de l'État membre, dont l'application intégrale de la législation entraîne, dans certaines circonstances, la perte d'avantages sociaux, du simple fait de l'exercice par le bénéficiaire de son droit de libre circulation garanti par le traité, et en particulier aux instances judiciaires de laisser inappliquées les dispositions nationales en cause (telles les règles de non-cumul en matière de pensions, dans les affaires van Munster et Engelbrecht).

On ajoutera que, en tout état de cause, en présence d'une situation dans laquelle se trouve le travailleur migrant et sa famille et relevant simultanément de plusieurs législations nationales de sécurité sociale, dont l'application concomitante est à l'origine d'une entrave à la libre circulation des travailleurs, les États membres en cause doivent se concerter afin de surmonter les difficultés résultant de la disparité de leurs législations¹⁶⁴. Cela étant, lorsque la perte anormale des avantages

¹⁶³ Voir, en ce sens, arrêt du 10 juillet 1980, Commission/Royaume-Uni, Rec. p. 2403, points 10, 15 et 25, où la Cour a considéré, dans son arrêt du 10 juillet 1980, que le Royaume-Uni était tenu, en vertu de l'ex-article 5 (devenu article 10), de prendre les mesures nécessaires pour garantir la conservation des ressources de pêche dans la zone considérée, qui constitue l'un des objectifs du traité, et ce avant l'expiration de la période de transition prévue par l'acte d'adhésion (en particulier, lorsque la Communauté ne parvient pas, en raison de divergences de vues persistantes au sein du Conseil, à mener une politique déterminée), donc avant que la compétence en la matière n'appartienne exclusivement à la Communauté. Certes, la Cour a entouré l'adoption des mesures nationales de strictes limites de nature à préserver l'exercice des compétences communautaires, mais le principe même d'une obligation à charge de l'État membre a été reconnu par la Cour au titre de l'article 10 du traité.

¹⁶⁴ Voy. en ce sens l'arrêt du 27 septembre 1988, Matteucci, 235/87, Rec. p. 5589, à propos de la mise en oeuvre d'un accord culturel entre l'Allemagne et la Belgique qui risquait d'entraver l'application d'une disposition de droit communautaire.

sociaux découle directement de l'application de telle disposition nationale, c'est avant tout et surtout à l'État considéré d'assumer les conséquences du devoir de loyauté vis-à-vis de la Communauté à laquelle il appartient. Il s'agit évidemment d'une appréciation à effectuer au regard des circonstances propres de l'espèce.

TABLE DES MATIERES (*)

INTRODUCTION	1
TITRE I: Le champ d'application des règlements n^{os} 1408/71 et 574/72	
Chapitre 1: Le champ d'application matériel	7
Chapitre 2: Le champ d'application personnel	9
Chapitre 3: Le champ d'application territorial	19
Chapitre 4: Les rapports entre la réglementation communautaire et les conventions bilatérales de sécurité sociale	21
TITRE II: Les traits fondamentaux du régime de la coordination	26
Chapitre 1: L'égalité de traitement	
27	
Chapitre 2: La détermination de la législation applicable	39
Chapitre 3: La conservation des droits acquis	50
Chapitre 4: La conservation des droits en cours d'acquisition	82
Chapitre 5: Le principe de coopération loyale	
95	

(*) Les numéros renvoient aux paragraphes.