# CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

présentées le 1er juin 1995 *

1. Dans la présente affaire, la Cour de justice est appelée à statuer sur le point de savoir si un médecin affilié à un régime de sécurité sociale des fonctionnaires dans un État membre peut se prévaloir du droit communautaire pour obtenir la prise en compte, en vue de l'ouverture du droit à la pension de retraite, des périodes d'emploi accomplies dans des établissements hospitaliers publics d'un autre État membre, compte tenu du fait que la législation nationale du premier État permet la prise en compte, à certaines conditions, des périodes accomplies dans des établissements publics hospitaliers nationaux.

## Les faits

2. Il résulte des documents contenus dans le dossier de l'affaire que les médecins permanents de l'Idryma Koinonikon Asfalisseon (institut de sécurité sociale — ci-après l'« IKA »), qui est une personne morale de droit public, peuvent, aux termes des dispositions du décret-loi n° 4277/1962, prétendre à une pension de retraite qui est versée par cet institut conformément aux dispositions de la loi n° 3163/1955 relative aux pensions du personnel de l'IKA ainsi qu'aux dispositions sur les pensions de retraite civiles et militaires du décret-loi n° 1854/1951, ces dernières étant applicables par analogie.

D'après cette législation, le médecin peut demander et obtenir, moyennant le paiement d'une cotisation spéciale de rachat, la prise en compte, en vue de l'ouverture du droit à pension, des périodes accomplies au service de l'État ou d'une personne morale de droit public en qualité de fonctionnaire ou de médecin permanent ou temporaire bénéficiant d'un traitement mensuel ou d'une indemnité mensuelle ou journalière, ainsi que des services accomplis dans les forces armées en qualité de réserviste et des périodes de pratique de la médecine libérale. La cotisation spéciale de rachat est égale à 5 % de la rémunération mensuelle perçue par l'intéressé au moment où il présente sa demande, multiplié par le nombre de mois correspondant à la durée des services reconnus.

3. Le demandeur au principal, M. Vougioukas, est un médecin permanent de l'IKA qui, en 1988, a demandé à cet institut que lui soient reconnues en tant que périodes d'emploi aux fins de l'ouverture du droit à la pension de retraite, outre des périodes de travail effectuées dans divers établissements hospitaliers nationaux, celles qu'il a accomplies en qualité de médecin dans des établissements hospitaliers publics en République fédérale d'Allemagne, concrètement de jan-

* Langue originale: l'espagnol.

vier 1964 à janvier 1965 puis de septembre 1966 à décembre 1969, périodes pendant lesquelles il a été affilié au régime général des travailleurs salariés.

Tant cette demande initiale que la réclamation ultérieure ont été rejetées au motif que, sauf un nombre réduit d'exceptions n'incluant pas le cas du demandeur, les dispositions de la législation nationale en matière de pension applicables aux médecins permanents de l'IKA ne prévoient pas que les périodes de travail accomplies à l'étranger puissent être prises en compte en vue de l'ouverture du droit à la pension de retraite. L'appel interjeté contre la décision de rejet a été jugé dépourvu de fondement, et le demandeur a été débouté par arrêt de la deuxième chambre de l'Elegktiko Synedrio (Grèce).

M. Vougioukas s'est pourvu en cassation devant l'assemblée plénière de la même juridiction, qui a alors saisi la Cour de diverses questions préjudicielles relatives à l'interprétation des articles 48 et 51 du traité CEE et à la validité de l'article 4, paragraphe 4, du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (ci-après le « règlement ») [1].

## Les questions préjudicielles

4. Les questions préjudicielles posées par l'assemblée plénière de l'Elegktiko Synedrio sont les suivantes:

« 1) Considérant que, pendant la durée de leur activité, les médecins permanents de l'IKA peuvent quelquefois être placés à la tête des services médicaux de l'IKA, qu'ils dirigent, ou participer à des commissions médicales de première ou de deuxième instance de cet institut et qu'ils peuvent donc, dans le cadre des tâches qui leur sont confiées au sens ci-dessus, être amenés à prendre des décisions se rattachant au but et au fonctionnement de l'IKA, ces médecins

a) doivent-ils de ce fait être considérés comme des 'fonctionnaires' au sens où ce terme est employé dans le

1 — Dans sa version codifiée par le règlement (CEE) n° 2001/83 du Conseil, du 2 juin 1983, portant modification et mise à jour du règlement (CEE) n° 1408/71 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, et du règlement (CEE) n° 574/72 fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 (JO 1983, L 230, p. 6).

règlement n° 1408/71 (article 4, paragraphe 4), c'est-à-dire comme participant à l'exercice de la puissance publique, et

b) pour qu'ils soient considérés comme des 'fonctionnaires', suffit-il de la possibilité qui leur est donnée d'occuper de tels postes ou faut-il qu'ils aient effectivement occupé un tel poste, fût-ce une seule fois, pendant la durée de leur carrière professionnelle?

2) Par ailleurs, le fait que la situation de ces médecins au regard de leurs droits à pension est réglementée, indépendamment du point de savoir s'ils ont effectivement occupé de tels postes ou non, par un régime de pension découlant principalement des dispositions en matière de pension applicables aux employés et agents publics civils ou militaires suffit-il pour considérer le régime en question comme un régime 'spécial' de prestations de sécurité sociale pour les fonctionnaires au sens de l'article 4, paragraphe 4, du règlement n° 1408/71, dans sa version actuellement en vigueur? Autrement dit, pour qu'un régime de prestations de sécurité sociale soit considéré comme 'spécial', suffit-il qu'il soit destiné à des fonctionnaires ou qu'il se réfère au système de sécurité sociale des fonctionnaires en vigueur dans un État membre, ou bien le terme 'spécial' implique-t-il encore la présence d'autres éléments ou réglementations qui ne peuvent en aucun cas être plus défavorables que les principes qui sont à la base du règlement précité, tel que celui inscrit à l'article 51 du traité CEE, qui se rapporte à la totalisation, pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations de sécurité sociale, ainsi que pour le calcul de celles-ci, de toutes les périodes d'emploi prises en considération par les différentes législations nationales des États membres?

3) En outre, dans la mesure où la notion de régime 'spécial' de prestations pour 'fonctionnaires' d'un État membre, au sens de l'article 4, paragraphe 4, du règlement serait considérée comme tolérant une réglementation ne prévoyant pas ou ne permettant pas la prise en compte, pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations de sécurité sociale, ou pour le calcul de celles-ci, des périodes d'emploi accomplies par l'actuel fonctionnaire sous la législation d'un autre État membre, faudra-t-il en déduire que cette disposition du règlement est contraire à celles de l'article 51, sous a), du traité CEE, compte tenu du fait que l'article 48, paragraphe 4, du traité, aux termes duquel les dispositions de cet article 'ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique', concerne l'accès à l'emploi dans l'administration publique et ne semble pas viser explicitement le régime de prestations de sécurité sociale à un point tel que l'assujetti à un régime spécial de prestations de sécurité sociale pour fonctionnaires d'un État membre perdrait le droit visé ci-dessus à la totalisation de ses périodes antérieures d'emploi dans d'autres États membres pour l'ouverture et le maintien du droit

aux prestations et pour le calcul de leur montant, et ce alors que le régime national de prestations de sécurité sociale pour les fonctionnaires permet cette totalisation dans la mesure où les périodes antérieures en question ont été accomplies sur le territoire national, dans des établissements publics analogues? »

**Les dispositions communautaires pertinentes**

5. Les dispositions communautaires pertinentes pour la réponse à donner en l'espèce sont, d'une part, les articles 48 et 51 du traité et, d'autre part, l'article 4, paragraphe 4, du règlement n° 1408/71, précité.

L'article 48 du traité prévoit que la libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté ce qui implique, aux termes de son paragraphe 2, « ... l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail »; il établit en son paragraphe 4 que « les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique ».

L'article 51 pour sa part impose au Conseil l'adoption en matière de sécurité sociale des « mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs, en instituant notamment un système permettant d'assurer aux travailleurs migrants et à leurs ayants droit:

a) la totalisation, pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations, ainsi que pour le calcul de celles-ci, de toutes périodes prises en considération par les différentes législations nationales,

b) le paiement des prestations aux personnes résidant sur les territoires des États membres ».

Enfin, l'article 4, paragraphe 4, du règlement, que le Conseil a adopté pour mettre en œuvre cette obligation, exclut du champ d'application matériel dudit règlement, entre autres les « ... régimes spéciaux des fonctionnaires ou du personnel assimilé ».

**La première question: la portée de l'exclusion contenue à l'article 4, paragraphe 4, du règlement, par rapport à la dérogation établie à l'article 48, paragraphe 4, du traité**

6. Le libellé de la première question préjudicielle indique que la juridiction nationale croit possible que l'article 4, paragraphe 4, du règlement, qui exclut de son champ d'application matériel « ... les régimes spéciaux des fonctionnaires ou du personnel assimilé », se réfère uniquement aux « fonctionnaires » auxquels s'applique la dérogation établie à l'article 48, paragraphe 4, du traité, tel qu'il a été interprété par la Cour.

7. Des observations ont été présentées dans cette affaire par les parties à la procédure au principal ainsi que par le gouvernement hellénique, le gouvernement allemand, le gouvernement français, le Conseil et la Commission.

Le demandeur appuie l'interprétation avancée par la juridiction nationale selon laquelle il faut entendre par fonctionnaires au sens de l'article 4, paragraphe 4, du règlement, uniquement ceux qui sont exclus de la libre circulation des travailleurs aux termes de la jurisprudence de la Cour de justice. Le gouvernement français ajoute que, dans le cas d'espèce, les médecins permanents de l'IKA ne peuvent être considérés comme fonctionnaires, au sens de l'article 4, paragraphe 4, du règlement, que dans la mesure où ils occupent des postes qui impliquent un exercice effectif de la puissance publique.

L'IKA souligne que, dans le règlement, la notion de « fonctionnaires » est employée dans un sens large, incluant non seulement les agents de l'État, mais également ceux qui leur sont assimilés, comme les employés d'organismes publics ou de l'administration locale, et que la compétence pour instituer les régimes spéciaux et leur rattacher toutes ou certaines de ces catégories de personnel appartient en tout état de cause au législateur national.

8. La Commission, le Conseil, le gouvernement hellénique et le gouvernement allemand estiment en revanche que la question de la participation d'un fonctionnaire à l'exercice de la puissance publique se pose uniquement dans le cadre de l'interprétation de l'article 48, paragraphe 4, du traité et non pas dans celui de l'interprétation de l'article 4, paragraphe 4, du règlement. Le critère déterminant doit être non pas l'activité concrète du fonctionnaire, mais son intégration dans un régime spécial de pension, dont la création et la réglementation relèvent en toute hypothèse de la compétence des États membres.

Le gouvernement hellénique ajoute qu'il est en désaccord avec l'interprétation restrictive que la juridiction nationale donne de

l'article 4, paragraphe 4, du règlement, et ce pour trois raisons: en premier lieu, par suite des différences entre le libellé du traité d'une part et celui du règlement d'autre part, les régimes spéciaux que ce dernier exclut de son champ d'application matériel englobent non seulement les fonctionnaires, mais également le personnel assimilé, comme les employés d'organismes ou d'entreprises publiques qui, indépendamment de la nature des tâches qu'ils accomplissent, sont couverts, en vertu de la législation nationale, par un régime de sécurité sociale différent de celui qui s'applique au reste des travailleurs; en deuxième lieu, les deux dispositions ont des finalités distinctes, puisque l'article 48, paragraphe 4, concerne l'accès à l'emploi, tandis que l'article 4, paragraphe 4, du règlement se réfère à des personnes qui sont déjà employées dans l'administration publique et dont le régime de sécurité sociale diffère du régime général des travailleurs; enfin, l'application du critère fonctionnel dans l'interprétation de l'article 4, paragraphe 4, du règlement aboutirait à la conclusion illogique que, parmi les travailleurs soumis au même régime spécial de sécurité sociale des fonctionnaires, seuls certains pourraient bénéficier de la prise en compte des périodes d'assurance accomplies dans d'autres États membres. A titre subsidiaire, il allègue que les tâches exercées par les médecins permanents de l'IKA se rattachent aux processus décisionnels au sein d'un organisme public, ce qui impliquerait une participation à l'exercice de la puissance publique, pour laquelle il suffit déjà que l'intéressé ait la possibilité d'occuper un jour un emploi de ce genre.

9. Je me rallie à l'interprétation que défendent la Commission, le Conseil et les gouvernements hellénique et allemand.

Le raisonnement de la juridiction nationale ne peut être accueilli, même s'il semble se fonder sur l'affirmation contenue dans un obiter dictum de l'arrêt Lohmann [2] — mentionné dans certaines des observations écrites soumises à la Cour — d'après lequel l'exclusion des régimes spéciaux des fonctionnaires ou du personnel assimilé du champ d'application matériel du règlement n'est que « la conséquence logique de l'article 48, paragraphe 4, du traité qui exclut 'les emplois dans l'administration publique' de l'application des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté ».

10. En effet, l'exclusion de l'accès aux emplois publics fait l'objet d'une jurisprudence bien établie de la Cour, selon laquelle:

« ... il faut entendre par emplois dans l'administration publique, au sens du paragraphe 4 de l'article 48, exclus du champ d'application des paragraphes 1 à 3 de cet article, un ensemble d'emplois qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques et qui supposent, de ce fait, de la part de leurs titulaires, l'existence d'un

2 — Arrêt du 8 mars 1979, Lohmann (129/78, Rec. p. 853, point 3). L'avocat général M. Mancini, dans ses conclusions dans l'affaire Commission/France, arrêt du 3 juin 1986 (307/84, Rec. p. 1725), considère que cet obiter dictum « a toute l'apparence d'un *lapsus calami* ».

rapport particulier de solidarité à l'égard de l'État, ainsi que la réciprocité des droits et des devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité. Les emplois exclus sont uniquement ceux qui, compte tenu des tâches et des responsabilités qui leur sont inhérentes, sont susceptibles de revêtir les caractéristiques des activités spécifiques de l'administration dans les domaines prédécrits » [3].

Cette interprétation stricte de la notion d' « emplois dans l'administration publique » revêt un caractère communautaire et ne s'applique qu'en matière d'accès à l'emploi puisque — comme nous le savons —, dès lors qu'un État membre a admis des ressortissants d'autres États membres à occuper ces emplois, il ne peut plus leur appliquer de traitement discriminatoire en matière de rémunération ou d'autres conditions de travail [4].

11. Toutefois, avec l'examen de la notion de « fonctionnaires » visée à l'article 4, paragraphe 4, du règlement, on entre dans un domaine différent, celui de la sécurité sociale des travailleurs migrants, qui n'est que partiellement régi par le droit communautaire. Aux termes de la jurisprudence de la Cour, dans la mesure où il prévoit une coordination et non une harmonisation des législations des États membres et, par conséquent, des droits des personnes qui y travaillent, l'article 51 du traité n'affecte pas les différences de fond et de procédure entre les régimes de sécurité sociale de chaque État membre, et, partant, dans les droits des personnes qui y travaillent [5].

Le droit communautaire se bornant à une coordination entre les législations des États membres, ceux-ci sont seuls compétents pour réglementer leurs régimes de sécurité sociale, et la Cour a souligné en maintes occasions qu'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 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 [6].

Comme on a pu le voir dans une affaire sur laquelle la Cour a dû statuer récemment, les États membres peuvent faire usage de cette compétence retenue pour établir, par exemple, que les militaires de carrière — soit une catégorie de personnel qui est sans aucun doute destinée à occuper des « emplois dans l'administration publique » — relèvent à la fois d'un régime spécial de sécurité sociale pour les fonctionnaires et, en ce qui concerne la couverture du secteur des soins de santé, du régime général d'assurance maladie-invalidité des travailleurs salariés [7].

3 — Voir, pour tous, l'arrêt du 27 novembre 1991, Bleis (C-4/91, Rec. p. I-5627, point 6).

4 — Arrêt du 16 juin 1987, Commission/Italie (225/85, Rec. p. 2625, point 11).

5 — Arrêt du 27 septembre 1988, Lenoir (313/86, Rec. p. 5391, point 13).

6 — Arrêt du 25 février 1986, De Jong (254/84, Rec. p. 671, point 13), et arrêt du 24 septembre 1987, De Rijke (43/86, Rec. p. 3611, point 12).

7 — Arrêt du 24 mars 1994, Van Poucke (C-71/93, Rec. p. I-1101).

12. La notion de « fonctionnaires » auxquels s'applique la dérogation établie à l'article 48, paragraphe 4, du traité ne peut donc être étendue à l'article 4, paragraphe 4, du règlement parce que, au cas contraire, les États membres se trouveraient obligés de modifier leurs régimes de sécurité sociale. La possibilité d'imposer pareille obligation présuppose l'harmonisation des législations des États membres en matière de sécurité sociale; or, cette harmonisation n'existe pas en l'état actuel du droit communautaire.

Force est donc de conclure que par « fonctionnaires » au sens de l'article 4, paragraphe 4, du règlement, il faut entendre tous les employés d'une administration publique pour lesquels le législateur national a prévu un régime de sécurité sociale propre, auquel ils doivent s'affilier.

Partant de cette interprétation, il n'est pas nécessaire d'examiner si, dans le cas concret, les médecins de l'IKA participent à l'exercice de la puissance publique.

**La deuxième question: la notion de « régimes spéciaux des fonctionnaires » employée à l'article 4, paragraphe 4, du règlement**

13. Par sa deuxième question préjudicielle, la juridiction nationale demande à savoir si, pour qu'un régime de prestations de sécurité sociale soit considéré comme spécial:

— il suffit qu'il soit destiné à des fonctionnaires ou qu'il se réfère au système de sécurité sociale des fonctionnaires en vigueur dans un État membre ou bien

— le terme « spécial » implique encore la présence d'autres éléments ou réglementations qui ne peuvent en aucun cas être plus défavorables que les principes qui sont à la base du règlement.

14. Le demandeur au principal considère que la notion de « régimes spéciaux des fonctionnaires » est d'interprétation stricte et que le fait qu'un régime de sécurité sociale est destiné exclusivement aux fonctionnaires et au personnel assimilé ne suffit pas pour qu'il puisse être qualifié de « spécial », ce terme ne pouvant s'appliquer qu'en présence d'une spécificité telle que l'application des dispositions du règlement deviendrait impossible ou excessivement difficile. Étant donné que le régime de sécurité sociale applicable aux médecins permanents de l'IKA ne présente objectivement une telle spécificité ni dans son organisation ni dans son économie globale, le demandeur conclut que le règlement peut lui être appliqué sans difficulté majeure.

Selon les gouvernements allemand et français, et selon la Commission, le fait qu'il s'agit d'un régime spécial destiné aux fonctionnaires et qu'il contient des dispositions s'écartant nettement de celles qui régissent le régime général est suffisant pour exclure ce régime du champ d'application matériel du règlement.

Selon le gouvernement hellénique, il suffit qu'un régime de prestations de sécurité sociale soit destiné aux fonctionnaires ou se réfère à un régime de sécurité sociale des fonctionnaires en vigueur dans un État membre pour qu'il doive être considéré comme « spécial » au sens de l'article 4, paragraphe 4, du règlement.

15. Sur ce point, je suis d'accord avec le gouvernement hellénique. En plaçant les « régimes spéciaux des fonctionnaires ou du personnel assimilé » hors du champ d'application matériel du règlement, le législateur communautaire a exclu de la coordination les régimes de sécurité sociale, autres que les régimes généraux applicables au reste des travailleurs, que les États membres ont créés pour tout ou partie du personnel de leurs administrations publiques. Les différences plus ou moins grandes existant dans chaque État membre entre ces régimes spéciaux et le régime général sont, à mon sens, dépourvues d'importance à cet égard.

Pour qu'il y ait « régime spécial des fonctionnaires » au sens de l'article 4, paragraphe 4, du règlement, il suffit donc que, dans l'exercice de sa compétence, le législateur national procède à la création d'un régime de sécurité sociale différent du régime général, auquel il rattache la totalité, ou certaines catégories seulement, des agents publics ou qui, comme en l'espèce, renvoie, une fois institué, à un régime de sécurité sociale de fonctionnaires déjà existant dans cet État membre. Comme il a déjà été relevé ci-dessus, la seule condition que les États membres doivent respecter lorsqu'ils réglementent ces régimes est celle de n'établir aucune discrimination entre leurs ressortissants et ceux des autres États membres.

**La troisième question: la validité de l'article 4, paragraphe 4, du règlement**

16. Par cette question, la juridiction nationale vise à savoir si l'article 4, paragraphe 4, du règlement doit être déclaré invalide parce que contraire à l'article 51, sous a), du traité, dans la mesure où il exclut les régimes spéciaux des fonctionnaires du champ d'application matériel du règlement et si cette exclusion peut priver un médecin permanent de l'IKA, soumis à l'un de ces régimes, du droit à la totalisation des périodes de travail accomplies dans un autre État membre, compte tenu du fait que le régime national de sécurité sociale pour les fonctionnaires en question permet cette totalisation lorsque les périodes antérieures ont été accomplies sur le territoire national dans des établissements publics analogues.

17. Le demandeur au principal soutient que l'article 4, paragraphe 4, du règlement est invalide, parce que contraire à deux principes fondamentaux de la législation communautaire relative à la sécurité sociale, à savoir le principe de l'égalité de traitement et celui de coordination des législations nationales.

En ce qui concerne le premier, il soutient que la seule dérogation prévue par le traité figure à l'article 48, paragraphe 4, qui, conformément à la jurisprudence de la Cour, n'exclut de son champ d'application que les emplois qui impliquent l'exercice de la puissance publique, et ne s'applique qu'en ce qui concerne l'accès à certains emplois publics et non pas aux personnes qui travaillent déjà dans l'administration. Ainsi, la disposition examinée est incompatible avec le traité, car son champ d'application est plus large puisqu'il englobe, dans la mesure où ils sont assujettis à des régimes spéciaux de sécurité sociale, des fonctionnaires, comme les médecins hospitaliers, qui ne relèvent pas de l'exception prévue à l'article 48, paragraphe 4.

Quant au principe de coordination des législations, étant donné que l'article 51 ne prévoit aucune dérogation, les fonctionnaires et le personnel assimilé — qu'ils soient soumis à un régime général de sécurité sociale ou à un régime spécial — doivent bénéficier, au même titre que le reste des travailleurs, du droit à la libre circulation et de la coordination des législations nationales en matière de sécurité sociale. Au cas contraire, le Conseil pourrait limiter dans la pratique l'exercice par certaines catégories de travailleurs du droit fondamental à la libre circulation.

Enfin, la partie demanderesse ajoute que, même à vouloir reconnaître au Conseil la faculté d'introduire des exclusions comme celle qui figure à l'article 4, paragraphe 4, du règlement, celles-ci devraient néanmoins être justifiées par des raisons objectives et graves, et qu'en l'occurrence le règlement n'en énonce aucune.

18. Le gouvernement hellénique affirme la validité de la disposition en question et, se fondant sur l'arrêt Lohmann [8], estime que l'exclusion des régimes spéciaux des fonctionnaires ou du personnel assimilé du champ d'application matériel du règlement trouve sa justification dans l'article 48, paragraphe 4, du traité, dans la mesure où celui-ci établit une dérogation au principe de la libre circulation des travailleurs en ce qui concerne les emplois dans l'administration publique.

L'IKA, le Conseil et le gouvernement allemand considèrent, pour les mêmes raisons, que la disposition litigieuse est valide.

19. Le gouvernement français et le Conseil s'accordent à dire que, pour vérifier la compatibilité de l'article 4, paragraphe 4, du

8 — Précité à la note 2.

règlement avec l'article 51 du traité, la question essentielle consiste à savoir si, dans le cas concret, l'intéressé subirait ou non une réduction des droits qu'il tire de sa législation nationale, du fait de l'exclusion des régimes spéciaux des fonctionnaires du champ d'application matériel du règlement. Ils soulignent, d'une part, qu'en vertu de son article 2, paragraphe 3, le règlement est applicable aux fonctionnaires et au personnel assimilé, dans la mesure où ils sont ou ont été soumis à la législation d'un État membre à laquelle le règlement est applicable et, d'autre part, que l'article 15, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 [9] (ci-après le « règlement n° 574/72 ») permet de considérer les périodes d'assurance accomplies sous un régime spécial applicable aux fonctionnaires d'un État membre comme des périodes d'assurance susceptibles d'être prises en compte aux fins de la totalisation, lorsque ces périodes sont prises en compte en vertu d'une législation de cet État membre comprise dans le champ d'application du règlement. Dès lors, lorsqu'une législation nationale permet la prise en compte de ces périodes d'assurance, l'intéressé ne subira aucune diminution de ses droits tandis que, si elle ne prévoit pas cette possibilité, les règlements n° 1408/71 et n° 574/72 ne pourront créer dans le chef du travailleur une situation plus favorable que celle qui lui est conférée par le droit national.

Le Conseil termine en affirmant que cette dernière hypothèse exigerait l'adoption de dispositions complémentaires de coordination et qu'il se trouve à l'heure actuelle saisi d'une proposition de la Commission en vue de la modification du règlement n° 1408/71, qui vise entre autres à inclure dans son champ d'application les régimes spéciaux des fonctionnaires [10].

20. Plus qu'une analyse de la validité de la disposition, la Commission se fonde sur la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'interprétation des articles 48 et 51 du traité pour avancer la solution qu'il conviendrait de proposer à la juridiction nationale. Dans ses observations écrites, elle part du postulat que le principe de l'égalité de traitement s'applique sans restriction à la sécurité sociale — puisque celle-ci constitue une condition de travail — des fonctionnaires des États membres et du personnel qui leur est assimilé; elle ajoute que le principe de l'égalité de traitement, qui consiste formellement à assimiler les ressortissants des autres États membres à ceux de l'État d'accueil, implique que des faits qui se sont produits sur le territoire d'un autre État membre doivent eux aussi être assimilés à d'autres faits analogues qui peuvent se produire sur le territoire de l'État membre d'accueil; elle conclut que, puisque la législation hellénique prévoit la possibilité de prendre en compte les périodes accomplies dans des établissements hospitaliers publics nationaux autres que ceux de l'IKA pour ouvrir droit à pension, le principe de l'égalité de traitement exige de

9 — Dans sa version codifiée par le règlement n° 2001/83, précité.

10 — Proposition de règlement (CEE) du Conseil, modifiant le règlement (CEE) n° 1408/71 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 et le règlement (CEE) n° 574/72 fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 (JO 1992, C 46, p. 1).

prendre en compte également les périodes antérieures que l'intéressé a accomplies dans des établissements hospitaliers publics en Allemagne.

Enfin, elle qualifie la disposition par laquelle l'article 4, paragraphe 4, du règlement exclut du champ d'application matériel de ce dernier les régimes spéciaux des fonctionnaires de vide juridique susceptible d'être comblé lorsque la proposition présentée au Conseil aura été adoptée [11].

21. A mon avis, la raison de l'exclusion des régimes spéciaux des fonctionnaires ou du personnel assimilé du champ d'application matériel du règlement se trouve non pas dans l'article 48, paragraphe 4, du traité, mais dans les profondes différences qui séparent les régimes de cette nature existant dans les États membres, différences qu'à l'époque le législateur a pu considérer comme insurmontables lorsqu'il a voulu procéder à leur coordination.

22. Bien que, pour l'heure, le Conseil n'ait pas encore entrepris de coordonner ces systèmes, il n'en reste pas moins tenu de le faire. En effet, l'article 51 du traité lui impose l'obligation d'adopter, dans le domaine de la sécurité sociale, les mesures nécessaires pour garantir aux travailleurs migrants la totalisation de toutes les périodes prises en considération par les différentes législations nationales pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations sociales, ainsi que pour le calcul de celles-ci. Dans la pratique, les États membres voient coexister divers régimes spéciaux pour les fonctionnaires, qui peuvent différer dans une mesure considérable d'un État membre à l'autre. Mais, eu égard à la tendance toujours plus poussée dans les États membres d'affilier leurs fonctionnaires aux régimes généraux et vu la disparition progressive des différences qui avaient caractérisé historiquement les régimes spéciaux par rapport aux régimes généraux, les difficultés techniques de la coordination de ces régimes, derrière lesquelles le Conseil avait pu s'abriter dans le passé, ne paraissent désormais plus insurmontables. Une preuve concluante en ce sens est apportée par la proposition de règlement précitée qui, si elle est approuvée, étendra le champ d'application matériel du règlement aux régimes spéciaux des fonctionnaires et du personnel assimilé.

23. Je me rallie donc au point de vue de la Commission lorsqu'elle affirme que l'exclusion énoncée à l'article 4, paragraphe 4, du règlement ouvre un vide que le Conseil doit combler le plus tôt possible. Mais je ne crois pas que cette disposition doive être invalidée par la Cour, et ce pour les raisons suivantes:

— en premier lieu, une déclaration d'invalidité ne permettrait d'obtenir ni la coordi-

11 — Précitée à la note 10.

nation des régimes spéciaux des fonctionnaires des États membres ni que les dispositions du règlement deviennent directement applicables là où elles ne l'étaient pas auparavant;

— en second lieu, l'article 4, paragraphe 4, du règlement n'a ni pour objet ni pour effet de priver ou de dissuader les ressortissants des États membres de l'exercice de leur droit de libre circulation. En effet, la circonstance que les régimes spéciaux des fonctionnaires sont exclus du champ d'application matériel du règlement ne signifie pas automatiquement que les périodes de cotisation dans ces régimes ne puissent jamais être prises en compte en faveur d'un travailleur migrant.

24. A cet effet, il y a lieu de tenir compte du fait que, comme la Cour de justice l'a souvent déclaré, les dispositions du règlement, précisément parce qu'elles sont prises en application de l'article 51 du traité, doivent être interprétées à la lumière de l'objectif de cet article, qui n'est autre que de contribuer à l'établissement d'une liberté aussi complète que possible de la libre circulation des travailleurs migrants, principe qui s'inscrit dans les fondements de la Communauté, et que le but des articles 48 à 51 ne serait pas atteint si, par suite de l'exercice de leur droit de libre circulation, les travailleurs devaient perdre les avantages de sécurité sociale que leur assure la législation d'un État membre [12].

25. Partant, pour savoir dans la pratique si un travailleur migrant a été lésé dans ses droits à pension parce qu'il a passé une période de sa vie professionnelle dans un régime spécial de fonctionnaires, il faudra se référer aux dispositions nationales qui lui sont applicables dans chaque cas.

En premier lieu, ainsi que le Conseil et le gouvernement français l'ont exposé dans leurs observations, d'une part l'article 2, paragraphe 3, du règlement inclut dans le champ d'application personnel de ce dernier les fonctionnaires et le personnel assimilé, dans la mesure où ils sont ou ont été soumis à la législation d'un État membre à laquelle le règlement est applicable, et d'autre part l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 574/72 permet de considérer les périodes d'assurance accomplies sous un régime spécial applicable aux fonctionnaires d'un État membre comme des périodes d'assurance susceptibles d'être prises en compte aux fins de la totalisation, lorsque ces périodes sont prises en compte en vertu d'une législation de cet État membre comprise dans le champ d'application du règlement. Un travailleur migrant aura beau avoir été affilié à un régime spécial de fonctionnaires, ses droits à pension ne seront en aucun cas diminués s'il peut bénéficier de cette disposition.

12 — Arrêt De Jong, précité note 6, point 14, et arrêt du 25 février 1986, Spruyt (284/84, Rec. p. 685, point 18).

En second lieu, dans l'hypothèse d'un régime spécial de fonctionnaires totalement imperméable, c'est-à-dire excluant la prise en compte des périodes de cotisation accomplies sous un régime distinct, le travailleur migrant se verra lésé dans ses droits à pension dans la mesure où la prise en compte des périodes travaillées dans un autre État membre lui sera nécessairement refusée. Mais, comme une disposition nationale de cette teneur aboutit également à refuser aux travailleurs qui n'ont pas quitté leur pays la prise en compte des périodes de cotisation qu'ils y ont accomplies dans un régime général, force est de conclure que le préjudice souffert par le travailleur migrant dans un tel cas ne trouve pas son origine dans l'exercice du droit de libre circulation.

26. Il reste à examiner quels sont les effets d'un régime spécial de fonctionnaires qui, comme en l'occurrence, n'est pas imperméable — puisqu'il permet de prendre en compte, aux fins de l'ouverture du droit à pension, notamment les périodes de travail effectuées pour l'État ou pour une personne morale de droit public, ainsi que les services accomplis dans les forces armées en qualité de réserviste et les périodes de pratique de la médecine libérale —, mais qui refuse la prise en considération des périodes de travail accomplies à l'étranger.

D'emblée, il est clair que le demandeur au principal se trouve lésé dans ses droits à pension pour avoir fait usage de son droit à la libre circulation: si, au lieu d'aller travailler en Allemagne, il était resté dans son pays d'origine, en se consacrant fût-ce même simplement à la pratique de la médecine libérale avant de travailler pour l'IKA, il aurait eu droit à la prise en compte de cette période, moyennant paiement préalable d'une cotisation de rachat, alors qu'en l'occurrence ce droit lui est refusé.

27. Mais, il y a plus: une disposition comme celle qui est examinée en l'occurrence contient une discrimination déguisée, au sens de la jurisprudence de la Cour d'après laquelle « les règles d'égalité de traitement ...du traité .... prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat » [13].

Il y a lieu de préciser à cet égard que, conformément à la doctrine de la Cour, le fait que le demandeur au principal est ressortissant hellénique n'a aucune incidence sur l'application du principe de non-discrimination. En effet, tout ressortissant communautaire qui a

13 — Arrêt du 12 février 1974, Sotgiu (152/73, Rec. p. 153, point 11).

fait usage du droit à la libre circulation des travailleurs et qui a exercé une activité professionnelle dans un autre État membre relève du champ d'application de l'article 48 du traité [14], indépendamment de son lieu de résidence et de sa nationalité.

Il est facile de montrer que la législation hellénique qui régit les droits à pension des médecins de l'IKA contient une discrimination déguisée ou dissimulée: elle est en effet susceptible d'affecter plus gravement les ressortissants d'autres États membres que les ressortissants grecs, puisque, parmi les médecins qui vont demander la prise en compte des périodes accomplies dans des centres autres que ceux de l'IKA, la majorité de ceux qui ont travaillé en Grèce auront la nationalité de cet État, tandis que la majeure partie de ceux qui auront travaillé hors de Grèce seront ressortissants d'autres États membres.

A cet égard, si la disposition nationale ne prévoyait la reconnaissance, aux fins de l'ouverture du droit à pension, que des périodes accomplies sous d'autres régimes de fonctionnaires ou personnes assimilées, on pourrait penser qu'elle vise à préserver l'équilibre financier des régimes nationaux de fonctionnaires. Mais, comme le régime grec en question prévoit la prise en compte non seulement des périodes accomplies au service de l'État ou d'une personne morale de droit public, mais également des périodes de pratique de la médecine libérale, je considère que l'objectif principal de cette disposition est d'éviter que les médecins qui entrent au service de l'IKA ne soient lésés dans leurs droits à pension. Si tel est l'objectif de la règle, il ne peut y avoir de justification objective à l'absence de prise en compte, dans les mêmes conditions que les périodes accomplies en Grèce, de celles accomplies dans un autre État membre par un médecin qui aurait fait usage de son droit de libre circulation.

28. Or, il résulte de l'arrêt Sotgiu [15] qu'une discrimination déguisée n'est pas interdite par l'article 48, paragraphe 2, lorsque la différence de traitement est objectivement justifiée. A l'instar de l'avocat général, M. Jacobs, dans ses conclusions dans l'affaire Scholz, je me demande, en examinant le point de savoir si cette différence de traitement est justifiée, quel peut bien être l'objectif poursuivi par la règle [16].

29. Je crois donc que lorsque, comme en l'espèce, un régime spécial de fonctionnaires d'un État membre prévoit que — moyennant le paiement d'une cotisation de rachat — ses affiliés ont droit à la prise en compte, aux fins de l'ouverture du droit à la pension de retraite, des périodes accomplies au service de l'État et de personnes morales de droit public, cet État membre est tenu de prendre en compte dans les mêmes conditions les périodes accomplies dans un autre État membre au service d'organismes publics analogues.

14 — Arrêt du 23 février 1994, Scholz (C-419/92, Rec. p. I-505, point 9).

15 — Voir la note 13.

16 — Voir arrêt Scholz, précité note 14, p. I-514.

## Conclusion

Par ces motifs, je propose à la Cour de répondre aux questions posées par l'Elegktiko Synedrio dans les termes suivants:

« 1) Il y a lieu de considérer comme 'fonctionnaires' au sens de l'article 4, paragraphe 4, du règlement (CEE) n° 1408/71 toutes les personnes employées par une administration publique pour lesquelles le législateur national a prévu un régime de sécurité sociale propre, auquel elles sont tenues de s'affilier. Cette notion ainsi définie ne coïncide pas avec celle de 'fonctionnaires' auxquels est applicable la dérogation établie à l'article 48, paragraphe 4, du traité. Partant, il n'est pas nécessaire d'examiner si, en l'espèce, l'intéressé participe à l'exercice de la puissance publique.

2) Il y a lieu de considérer comme 'régimes spéciaux des fonctionnaires ou du personnel assimilé', aux fins de l'article 4, paragraphe 4, du règlement n° 1408/71, les régimes de sécurité sociale que les États membres ont créés pour les agents de leurs administrations publiques et auxquels ceux-ci sont tenus de s'affilier.

3) La présente affaire n'a laissé apparaître aucun élément susceptible d'affecter la validité de l'article 4, paragraphe 4, du règlement n° 1408/71. Néanmoins, un État membre qui reconnaît aux affiliés à un régime spécial de fonctionnaires la possibilité, moyennant paiement d'une cotisation de rachat, de bénéficier de la prise en compte, aux fins de l'ouverture du droit à la pension de retraite, des périodes travaillées pour l'État et pour des personnes morales de droit public établies sur son territoire, ne saurait se fonder sur cette disposition pour refuser à l'un de ses ressortissants le droit à la prise en compte, suivant les mêmes conditions, des périodes accomplies dans un autre État membre au service d'organismes publics analogues. »