CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. WALTER VAN GERVEN

présentées le 28 avril 1993 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Dans la présente affaire, le Bundessozialgericht demande à la Cour si l'interdiction communautaire de discrimination en raison de la nationalité requiert qu'un État membre, qui a conclu une convention bilatérale de sécurité sociale avec un pays tiers, étende l'avantage dont bénéficient ses propres ressortissants au titre des dispositions de cette convention aux ressortissants de tous les autres États membres dès que ceux-ci exercent une activité professionnelle sur le territoire de l'État membre concerné et y sont assujettis à un régime de sécurité sociale. Plus concrètement, il s'agit de savoir si le principe d'égalité de traitement inscrit aux articles 7 et 48 du traité CEE ainsi qu'à l'article 3 du règlement (CEE) n° 1408/71 [1] a une telle portée.

Les antécédents du litige

2. Maria Grana-Novoa a la nationalité espagnole. Elle n'a jamais exercé en Espagne d'activité professionnelle soumise à l'assurance obligatoire. De décembre 1970 à juin 1975, elle a exercé en Suisse une activité soumise à l'assurance obligatoire. En novembre 1976, elle s'est rendue en République fédérale d'Allemagne et y a exercé, de février 1979 à octobre 1982 (au total pendant 44 mois) des activités soumises à l'assurance obligatoire. Depuis, elle est frappée d'incapacité de travail. Après constatation médicale du fait qu'elle souffrait d'une forme d'encéphalo-myélite disséminée — à localisation principalement cérébrale — elle a présenté, le 10 août 1983, à la Landesversicherungsanstalt Hessen (ci-après « LVA Hessen ») une demande tendant à l'octroi d'une pension d'invalidité. La LVA Hessen a rejeté la demande par décision du 11 novembre 1983, au motif que M^me^ Grana-Novoa était certes frappée d'incapacité de travail depuis le 25 août 1983, mais que la période de stage n'était pas encore accomplie. En effet, la législation allemande de sécurité sociale (notamment l'article 1247 du Reichsversicherungsordnung) fait dépendre l'octroi d'une pension pour incapacité de travail de l'accomplissement par l'assuré d'une période de stage s'élevant à 60 mois d'assurance avant la survenance de l'incapacité ou à 240 mois d'assurance avant le dépôt de la demande de pension.

Le recours formé contre cette décision par M^me^ Grana-Novoa a été rejeté le 18 mars 1985 par le Sozialgericht Frankfurt. Le pourvoi de M^me^ Grana-Novoa devant le Hessische Landessozialgericht a également été rejeté par arrêt du 17 mars 1989. Le 7 juin 1989, M^me^ Grana-Novoa a demandé la révision de cet arrêt devant le Bundessozialgericht. Elle invoquait notamment une violation d'une convention bilatérale de sécurité sociale entre l'Espagne et la Suisse.

* Langue originale: le néerlandais.

1 — 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. Pour les besoins de l'espèce, on peut se référer à la version codifiée de 1983, JO 1983, L 230, p. 6; entre-temps, une version codifiée plus récente a été publiée au JO 1992, C 325, p. 1.

En vertu de l'article 9 de cette convention, la Suisse serait tenue d'accorder l'égalité de traitement aux ressortissants suisses et espagnols en ce qui concerne le calcul des périodes de stage et donc de reconnaître les périodes d'assurance de la demanderesse. M^me^ Grana-Novoa invoquait en outre la convention du 4 décembre 1973 sur la sécurité sociale entre la République fédérale d'Allemagne et le royaume d'Espagne [2]. Cette convention lui donnerait le droit d'être assimilée à un ressortissant allemand pour l'application de la convention du 25 février 1964 sur la sécurité sociale entre la République fédérale d'Allemagne et la Confédération helvétique [3]. Cela lui permettrait de totaliser les périodes d'assurance accomplies en Suisse et en Allemagne et de remplir ainsi la condition relative à la période de stage prévue par le droit allemand.

Par un arrêt partiel du 28 août 1991, le Bundessozialgericht a rejeté la demande en « Revision » de M^me^ Grana-Novoa pour la période antérieure au 31 décembre 1985 [4]. En revanche, pour la période postérieure au 1^er^ janvier 1986, date d'adhésion de l'Espagne aux Communautés européennes, il a sursis à statuer en attendant la réponse de la Cour aux questions préjudicielles posées.

3. Avant d'examiner ces questions, nous indiquerons rapidement les dispositions pertinentes du droit conventionnel international. La *convention entre l'Allemagne et la Suisse* du 25 février 1964 précitée (ci-après « convention »), complétée par une convention du 9 septembre 1975 [5], prescrit notamment que, pour l'ouverture d'un droit aux prestations de sécurité sociale en application de la réglementation allemande, il y a lieu de tenir compte également des périodes d'assurance accomplies selon le droit suisse, lorsque les périodes d'assurance entrant en ligne de compte conformément au droit allemand s'élèvent à 12 mois au moins.

En vertu de l'article 3 de la convention, ce droit à la totalisation des périodes d'assurance n'est ouvert qu'aux ressortissants allemands et suisses.

Par ailleurs, l'article 4, paragraphe 1, de la *convention entre l'Allemagne et l'Espagne* précitée prévoit l'égalité de traitement des ressortissants des deux États contractants. Le Bundessozialgericht relève toutefois dans son ordonnance de renvoi que cette disposition ne permet pas de tenir compte également des périodes d'assurance accomplies en Suisse, cette prise en compte étant empêchée par la *clause de sauvegarde* prévue au n° 2 du protocole final relatif à la convention. Cette clause est ainsi libellée:

« Lorsqu'en sus des conditions auxquelles est subordonnée l'application de la convention, les conditions dont dépend l'application d'une autre convention ou d'une réglementation supranationale sont également remplies, l'institution allemande ne tient pas compte, pour appliquer la convention, de l'autre convention ou de la réglementation supranationale, à moins que celles-ci n'en disposent autrement. »

Selon le Bundessozialgericht, il résulte de cette clause qu'en cas d'application de la

2 — BGBl. 1977, II, p. 687, 722.

3 — BGBl. 1965, II, p. 1294.

4 — Voir la motivation reprise dans le rapport d'audience à cet égard, point 7.

5 — BGBl. 1976, II, p. 1372.

convention, on ne saurait tenir compte de la règle contenue dans la convention germano-espagnole, à moins que celle-ci « n'en dispose autrement ».

4. Le Bundessozialgericht estime toutefois qu'il n'est pas exclu que le principe d'égalité de traitement consacré par le droit communautaire, notamment par l'article 7 du traité CEE et l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71, empêche l'application de la clause de sauvegarde précitée. A cet égard, il pose à la Cour les deux questions préjudicielles suivantes:

« 1) L'article 3, paragraphe 1, et l'article 1er, sous j), du 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, doivent-ils être interprétés en ce sens que la notion de 'législation' visée à l'article 3, paragraphe 1, englobe également les dispositions de conventions interétatiques conclues entre un État membre et un pays tiers, qui en tant que loi sont devenues partie intégrante de l'ordre juridique interne de cet État membre?

2) En cas de réponse affirmative à la première question: L'article 7 du traité instituant la Communauté économique européenne et l'article 3, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71 doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils ne permettent pas à un État membre de prévoir dans une convention conclue avec un pays tiers que les dispositions supranationales ne sont pas prises en considération en cas d'application de cette convention, si, par l'effet d'une telle clause, la totalisation des périodes d'assurance accomplies sous le régime d'assurance pension national et sous celui du pays tiers, qui est requise en vertu du droit national de cet État membre en cas d'application de la convention à ses ressortissants, est exclue pour les ressortissants des autres États membres de la Communauté européenne? »

Une convention bilatérale conclue par un État membre avec un pays tiers relève-t-elle de la « législation » au sens de l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71?

5. La première question du Bundessozialgericht tend à savoir si une convention conclue par un État membre avec un pays tiers qui, en tant que loi, est devenue partie intégrante du droit national de cet État membre, relève effectivement du domaine d'application du règlement n° 1408/71 et, plus précisément, du principe d'égalité de traitement qu'il contient. Nous rappelons que ce principe est formulé à l'article 3, paragraphe 1, du règlement dans les termes suivants:

« Les personnes qui résident sur le territoire de l'un des États membres et auxquelles les dispositions du présent règlement son applicables 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. »

Aux fins de l'application du règlement, le terme *législation* (ou réglementation légale) est défini par l'article 1er, sous j), comme englobant:

« 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 ou les prestations spéciales à caractère non contributif visées à l'article 4, paragraphe 2 bis. »

6. Dans le cadre de cette première question préjudicielle, deux thèses s'opposent diamétralement devant la Cour: celle de la LVA Hessen et des gouvernements allemand et britannique, à laquelle le gouvernement néerlandais s'est rallié à l'audience, qui estiment qu'il convient de donner une réponse négative et celle de M^me^ Grana-Novoa, des gouvernements italien et portugais et de la Commission, selon lesquels la réponse doit être affirmative.

Nous annonçons d'emblée la couleur: tout comme les premiers intervenants, nous sommes d'avis qu'il convient de répondre à la question posée par la négative. En outre, nous souhaitons observer au préalable que l'exigence selon laquelle, dans certains États membres [6], une convention doit être transposée sous forme de loi nationale pour produire des effets juridiques en droit interne n'est pas pertinente, selon nous, pour la réponse à cette question. Cette donnée est liée à ce qu'il est convenu d'appeler la vision dualiste ou moniste qu'a un *État* de la relation existant entre l'ordre juridique interne et le droit international. Elle ne peut donc pas avoir d'incidence sur l'interprétation par la Cour d'une notion de *droit communautaire*, laquelle interprétation doit valoir de façon uniforme quelle que soit la conception relative à l'effet des règles internationales qui prévaut dans un État membre [7].

Les raisons pour lesquelles une convention bilatérale entre un État membre et un pays tiers ne relève pas de la « législation » au sens des dispositions combinées de l'article 3, paragraphe 1, et de l'article 1^er^, sous j), du règlement n° 1408/71 se retrouvent dans les termes et le système du règlement, la jurisprudence de la Cour et la nature même d'une convention bilatérale de ce type.

7. Dans le *texte* du règlement n° 1408/71, nous relevons immédiatement, dans les définitions qu'il donne au début, la distinction faite entre la notion de « législation », d'une part (article 1^er^, sous j); voir le paragraphe 5 ci-dessus), et la notion de « convention de sécurité sociale », d'autre part. Selon l'article 1^er^, sous k), ces termes désignent:

« tout instrument bilatéral ou multilatéral qui lie ou liera exclusivement deux ou plusieurs États membres ainsi que tout instrument multilatéral qui lie ou liera au moins deux États membres et un ou plusieurs autres États dans le domaine de la sécurité sociale, pour l'ensemble ou pour partie des branches et régimes visés à l'article 4, paragraphes 1 et 2, ainsi que les accords de toute nature conclus dans le cadre desdits instruments. »

6 — Parmi ceux-ci figure également, selon l'ordonnance de renvoi, la République fédérale d'Allemagne, du moins en ce qui concerne les conventions internationales qui régissent certains droits et obligations en matière de sécurité sociale.

7 — Au sujet des problèmes que peut engendrer un système dualiste en ce qui concerne d'éventuels conflits de loi et l'application du principe lex posterior derogat legi priori, voir notamment P. J. G. Kapteyn et P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the law of the European Communities*, L. W. Gormley (ed.), Deventer, Kluwer Law & Taxation, 1988, pp. 40-41 et, orienté davantage vers le contexte allemand, O. Kimminich, *Einführung in das Völkerrecht*, München, Saur, 1987, p. 265 et suiv. Voir également les observations de M. Waelbroeck relativisant la question Enforceability of the EEC-EFTA Free Trade Agreements: A reply, *Eur. L. Rev.*, 1978, pp. 27 à 29.

Il ressort de ce texte que, bien que le législateur communautaire ait accordé une attention particulière aux conventions bilatérales ou multilatérales de sécurité sociale, en tant que notions distinctes de celle de « législation », il n'y a pas mentionné les conventions bilatérales conclues par un seul État membre avec un pays tiers. Le texte vise uniquement les conventions bilatérales entre États membres et les conventions multilatérales entre au moins deux États membres et un ou plusieurs pays tiers.

8. La raison de cette définition limitée de la notion de « convention de sécurité sociale » apparaît clairement lorsqu'on la rapporte au *système* que le règlement n° 1408/71 prévoit à l'égard de telles conventions à l'article 3, paragraphe 3, et aux articles 6, 7 et 8.

Dans les grandes lignes, ce système se ramène à ce qui suit. L'article 6 édicte la règle générale: le règlement n° 1408/71 se substitue à toute convention de sécurité sociale liant soit exclusivement deux ou plusieurs États membres, soit au moins deux États membres et un ou plusieurs pays tiers pour autant — dans cette dernière hypothèse, examinée au point b) dudit article — qu'il s'agisse de cas dans le règlement desquels aucune institution d'un tel pays tiers n'est appelée à intervenir[8]. L'article 7 introduit toutefois une exception limitée à cette règle pour un certain nombre de dispositions internationales *existantes*, parmi lesquelles figurent les dispositions de conventions de sécurité sociale mentionnées à l'annexe III du règlement (article 7, paragraphe 2, sous c). Au sujet de la conclusion de *nouvelles* conventions entre deux ou plusieurs États membres entre eux, l'article 8, paragraphe 1, admet que les États membres peuvent conclure de telles conventions à condition qu'elles soient « fondées sur les principes et l'esprit du présent article ».

A l'égard de la catégorie des conventions bilatérales de sécurité sociale entre États membres *existantes*, auxquelles, en vertu de l'exception de l'article 7, paragraphe 2, sous c), citée ci-dessus, le règlement n° 1408/71 ne se substitue pas (de même qu'à l'égard de la catégorie des nouvelles conventions conclues conformément à ce qui est dit à l'article 8, paragraphe 1), l'article 3, paragraphe 3, prévoit que le principe d'égalité de traitement s'applique également à ces conventions « à moins qu'il n'en soit disposé autrement à l'annexe III ».

Si l'on examine l'annexe III plus en détail, force est de constater qu'il s'agit là *uniquement* d'un certain nombre de dispositions de conventions de sécurité sociale bilatérales conclues par des *États membres entre eux* « qui restent applicables nonobstant l'article 6 du règlement » (liste figurant sous A), en d'autres termes, auxquelles le règlement n° 1408/71 ne se substitue pas, ou « dont le bénéfice n'est pas étendu à toutes les personnes auxquelles s'applique le règlement » (liste figurant sous B), en d'autres termes, auxquelles le principe d'égalité de traitement ne s'étend pas.

8 — La Cour a confirmé à diverses reprises que ce principe de substitution a une portée impérative qui n'admet pas d'exceptions en dehors des cas expressément stipulés par le règlement: voir (à propos de la disposition analogue de l'article 5 du règlement n° 3) l'arrêt du 7 juin 1973, Walder, points 6 et 7 (32/72, Rec. p. 599); l'arrêt du 7 février 1991, Rönfeldt, point 22 (C-227/89, Rec. p. I-323).

9. Il ressort de ce bref aperçu que le règlement n° 1408/71 ne règle la situation des conventions bilatérales conclues par *un seul* État membre *avec un pays tiers* dans le domaine de la sécurité sociale ni en ce qui concerne la question de savoir s'il se substitue à elles ou si elles restent applicables, ni en ce qui concerne l'application du principe d'égalité de traitement au regard de telles conventions. Dans ces circonstances, le législateur communautaire peut-il avoir eu l'intention de régler implicitement le statut de telles conventions bilatérales et de les faire entrer dans le champ d'application du règlement n° 1408/71 en les incluant dans la notion de « législation » de l'article 1er, sous j)? Nous pouvons difficilement le concevoir.

Une telle interprétation de la notion de « législation », qui englobe également les conventions bilatérales conclues entre un État membre et un pays tiers, impliquerait en effet qu'à l'égard de l'État membre concerné, le règlement n° 1408/71 se substituerait à la convention bilatérale sans aucune concertation avec le pays tiers. En outre, une telle substitution serait opérée sans la moindre réserve, même pas une réserve semblable à celle de la disposition de l'article 6, sous b) (voir le paragraphe 8 ci-dessus), dans laquelle l'application du règlement n° 1408/71 n'est imposée que pour des dispositions qui peuvent être mises en œuvre sans intervention d'une institution du pays tiers. Une telle interprétation entraînerait également l'application sans réserve du principe de l'égalité de traitement aux conventions bilatérales entre un État membre et un pays tiers sans qu'il existe alors de possibilité de dérogation semblable à celle prévue à l'article 3, paragraphe 3, du règlement à l'égard des conventions bilatérales entre États membres citées à l'annexe III.

10. La conception selon laquelle les conventions bilatérales conclues entre un État membre et un pays tiers ne relèvent pas de la notion de « législation » au sens de l'article 1er, sous j), du règlement n° 1408/71 est du reste confirmée par la *jurisprudence* de la Cour; dans ce contexte, nous faisons surtout référence aux arrêts Ortskrankenkasse Hamburg, Kaucic et Borowitz.

Dans l'affaire Ortskrankenkasse Hamburg, le Bundessozialgericht avait notamment demandé à la Cour si un organisme d'assurance d'un État membre, en l'occurrence l'Allemagne, devait également tenir compte, pour l'ouverture d'un droit à certaines prestations au titre du règlement n° 3 (c'est-à-dire le règlement antérieur au règlement n° 1408/71), des périodes d'assurance qu'un organisme d'assurance d'un autre État membre, l'Italie, était tenu de prendre en considération, en application d'une convention sur la sécurité sociale que cet État avait conclue avec un pays tiers (en l'occurrence: la Suisse). La Cour a souligné que l'article 16 du règlement n° 3 (qui déterminait les règles relatives à la totalisation pour les prestations de maladie et de maternité) ne se référait qu'aux périodes d'assurance « accomplies en vertu de la législation de chacun des États membres » et que l'article 1er, sous b), du règlement (qui est très semblable à l'article 1er, sous j), du règlement n° 1408/71) n'entendait par « législation » que « les lois, les règlements et les dispositions statutaires, existants et futurs, de chaque État membre, qui concernent les régimes et branches de la sécurité sociale ». La Cour en a déduit que:

« les organismes de sécurité sociale des États membres ne sont pas tenus de tenir compte,

aux fins de l'ouverture du droit aux prestations de sécurité sociale, des périodes d'assurance accomplies dans des pays tiers » [9].

L'affaire Kaucic concernait une pension d'invalidité qui devait être payée en Belgique aux ayants droit d'un travailleur italien décédé qui avait travaillé tant en Italie et en Belgique qu'en Autriche, et qui avait obtenu dans ce dernier pays une pension d'invalidité calculée conformément aux dispositions d'une convention bilatérale de sécurité sociale conclue entre l'Italie et l'Autriche. La Cour a confirmé que l'application d'une règle nationale anti-cumul était compatible, dans une telle situation, avec les règlements n[os] 3 et 4 (encore applicables en l'occurrence):

« Attendu que les dispositions des règlements n[os] 3 et 4 relatives à la totalisation des périodes d'assurance ne visent que les périodes accomplies en vertu de la législation des États membres;

que les périodes accomplies dans un État non membre, que celui-ci soit lié ou non à l'un ou à plusieurs des États membres concernés par une convention de sécurité sociale, ne font l'objet d'aucune disposition des règlements communautaires relatifs à la coordination, entre les États membres, de leurs régimes de sécurité sociale » [10].

11. La conception selon laquelle le droit communautaire, notamment le règlement n° 1408/71, n'oblige pas les États membres à prendre en compte les périodes d'assurance accomplies dans des pays tiers, mais les *autorise* à le faire sur une base volontaire ou en vertu d'une convention bilatérale conclue par l'État membre en question avec le pays tiers concerné, a été confirmée dans l'arrêt Borowitz. Dans cette affaire, le Bundessozialgericht avait demandé à la Cour si le règlement empêchait une institution d'assurance allemande, lorsqu'elle statue sur la prise en compte de périodes d'interruption au sens de la législation allemande, d'assimiler aux cotisations obligatoires versées en Allemagne et à l'affiliation à l'assurance pension allemande (comme elle doit le faire pour les cotisations versées dans d'autres États membres et l'affiliation à l'assurance pension d'autres États membres) les cotisations obligatoires et l'affiliation à l'assurance dans un pays tiers, en l'espèce la Pologne, avec lequel la République fédérale d'Allemagne a conclu une convention bilatérale concernant l'assimilation réciproque des périodes d'assurance. La Cour a abouti à la conclusion qu'aucune disposition du règlement n° 1408/71 n'excluait que l'institution allemande assimile les périodes d'assurance accomplies sous la législation polonaise aux périodes d'assurance accomplies sous la législation de son propre pays [11]. Elle ajoutait:

« En revanche, de telles périodes accomplies sous la législation d'un pays tiers ne deviennent pas, par le seul fait d'une prise en compte par l'institution allemande conformément à un accord bilatéral conclu par la République fédérale d'Allemagne, des périodes 'accomplies sous les législations des

9 — Arrêt du 16 novembre 1972, point 12 (16/72, Rec. p. 1141).

10 — Arrêt du 10 mars 1977, points 8 et 9 (75/76, Rec. p. 495).

11 — Arrêt du 5 juillet 1988, Borowitz, point 25 (21/87, Rec. p. 3715).

États membres' au sens de l'article 46 du règlement. Aucune disposition n'oblige donc les institutions des autres États membres d'en tenir compte en vue de leurs calculs selon l'article 46 et la prise en compte de ces périodes par l'institution allemande n'entraîne donc aucune augmentation de leurs obligations » [12].

La Cour confirmait ainsi implicitement mais de façon certaine le point de vue adopté par l'avocat général Sir Gordon Slynn dans ses conclusions dans l'affaire en question à propos de l'interprétation de la notion de « législation » au sens de l'article 1er, sous j), du règlement n° 1408/71. Se fondant sur les arrêts Ortskrankenkasse Hamburg et Kaucic, l'avocat général avait exprimé la conviction que:

« En revanche, si l'on s'écarte de la lettre du texte, il ne nous semble pas que cet article ait voulu valider, et il ne doit pas être interprété en ce sens, des périodes accomplies dans un État tiers qui sont simplement assimilées à des périodes validées par des cotisations dans l'État membre pour le calcul d'une pension au titre de la législation nationale. Même si ces périodes accomplies dans un État tiers sont retenues pour la détermination des prestations nationales, leur totalisation ne pourrait avoir pour effet de modifier la répartition et donc les obligations d'autres États membres » [13].

12. Enfin, la solution préconisée en l'occurrence se justifie également par le *caractère particulier* d'une convention bilatérale entre un État membre et un pays tiers. Un accord de ce type est la résultante d'un processus de négociation entre deux États, dans le cadre duquel les droits et obligations des parties contractantes respectives sont toujours fondés sur le principe de réciprocité. Cela signifie que de telles conventions sont fondées sur un équilibre bien précis — également sur le plan de leurs conséquences financières. La réalisation d'un tel équilibre serait sans nul doute sérieusement entravée et la marge de négociation des États membres et des pays tiers serait fortement réduite, si l'État membre en question devait présupposer que les droits qu'il stipule du bénéfice de ses propres ressortissants doivent également être accordés à tous les autres ressortissants communautaires. A cet égard, nous ne pensons pas seulement à la situation de conventions de sécurité sociale, mais également à d'autres conventions bilatérales fondées sur une forme d'équilibre (financier) des prestations réciproques, par exemple les conventions concernant la double imposition.

13. A la différence de ce qu'allèguent le gouvernement italien, le gouvernement portugais et la Commission, nous pensons que la jurisprudence développée dans la ligne de l'arrêt Bozzone et de l'arrêt Rönfeldt plus récent ne peut pas fournir d'arguments allant à l'encontre de la position adoptée ci-dessus.

A l'égard de la première jurisprudence, il est exact que la Cour a développé une concep-

12 — Arrêt Borowitz, point 26. Il ressort selon nous également de ce point des motifs que l'État membre concerné qui, en vertu de la convention bilatérale, et donc d'une obligation consentie par lui-même, est tenu de prendre en compte les périodes tierces, n'est pas plus que les autres États membres obligé de tenir compte de ces périodes en vertu du règlement n° 1408/71.

13 — Rec. 1988, p. 3729.

tion large de la notion de « législation » au sens de l'article 1er, sous j), du règlement n° 1408/71. Ainsi la Cour a-t-elle itérativement déclaré depuis l'arrêt Bozzone

« que cette définition se caractérise par son contenu large, englobant tous les types de mesures législatives, réglementaires et administratives adoptés par des États membres et doit être comprise comme visant l'ensemble des mesures nationales applicables en la matière » [14].

Toutefois, aucun des arrêts dans lesquels la Cour a fait sienne cette conception large ne concerne le cas d'une convention bilatérale conclue entre un État membre et un pays tiers. Ainsi, dans l'affaire Bozzone, il s'agissait de savoir si un décret colonial belge, confirmé ultérieurement par une loi nationale [15], rentrait dans la notion de « législation » au sens du règlement. Dans l'affaire Roosmalen, la question était de savoir si une loi néerlandaise en matière de sécurité sociale, qui étend ses effets à des territoires situés en dehors de la Communauté (notamment à des activités exercées dans un pays en voie de développement) pouvait être considérée comme « législation » au sens du règlement. Dans les affaires Laborero et Sabato enfin, la Cour avait notamment à se prononcer sur le point de savoir si une loi belge qui concerne des périodes d'assurance accomplies exclusivement dans des pays tiers (notamment le Zaïre) relevait en tant que législation du champ d'application du règlement n° 1408/71. On peut donc difficilement attacher aux arrêts précités une valeur de précédent au regard de la présente affaire.

14. Nous aboutissons à la même conclusion relativement à l'arrêt Rönfeldt, sur lequel le gouvernement portugais et la Commission fondent en partie leur argumentation [16]. En l'occurrence, la question n'était pas non plus de savoir si une convention bilatérale entre un État membre et un pays tiers relevait, en tant que législation, du champ d'application du règlement n° 1408/71. La question centrale tendait au contraire à savoir si la perte des avantages de sécurité sociale qui découle, pour les travailleurs concernés, de l'inapplicabilité d'une convention conclue *entre deux États membres* par suite de l'entrée en vigueur du règlement n° 1408/71 était compatible avec les articles 48, paragraphe 2, et 51 du traité [17]. La Cour a répondu à cette question par la négative, se fondant sur sa jurisprudence constante dans laquelle elle déduit d'une interprétation téléologique des articles 48 et 51 du traité que la législation communautaire ne saurait entraîner une diminution des prestations accordées en vertu de la législation nationale. Pour cette raison, la Cour a décidé que, en dépit de l'article 6 du règlement examiné plus haut (paragraphe 8), il convenait *néanmoins* de prendre en compte les dispositions des conventions entre États membres qui comportent pour les travailleurs des avantages supérieurs à ceux qui découlent de la réglementation communautaire [18]. Elle a dès lors considéré que:

14 — Arrêt du 31 mars 1977, Bozzone, point 10 (87/76, Rec. p. 687); arrêt du 11 juillet 1980, Commission/Belgique, point 4 (150/79, Rec. p. 2621); arrêt du 23 octobre 1986, Van Roosmalen, point 28 (300/84, Rec. p. 3097); arrêt du 9 juillet 1987, Laborero et Sabato, point 23 (82/86 et 103/86, Rec. p. 3401). La Cour témoigne d'une interprétation large de cette définition dans d'autres arrêts également, à la lumière notamment des buts de l'article 51 du traité CEE: voir l'arrêt du 9 juin 1977, Blottner, points 9 et suivants (109/76, Rec. p. 1141).

15 — A cause précisément de cette loi, la Commission a formé par la suite contre la Belgique un recours en manquement qui a été accueilli par la Cour: voir l'arrêt précité Commission/Belgique.

16 — Cité à la note 8 ci-dessus.

17 — Comparez la reformulation de la question par la Cour au point 21.

18 — Arrêt Rönfeldt, point 28.

« Cette jurisprudence doit être comprise en ce sens que, par prestations accordées en vertu de la législation d'un État membre, on doit entendre tant les prestations prévues par le seul droit national, établi par les législateurs nationaux, que les prestations résultant des dispositions de conventions internationales de sécurité sociale en vigueur entre deux ou plusieurs États membres et intégrées à leur droit national, qui conduisent, pour le travailleur concerné, à une situation plus favorable que celle résultant de la réglementation communautaire » [19].

Dans cette affaire non plus, la Cour ne s'est toutefois exprimée à aucun égard sur une convention bilatérale conclue *entre un État membre et un pays tiers.*

A titre subsidiaire: portée du principe d'égalité de traitement en cas d'applicabilité du règlement n° 1408/71

15. Si, en dépit de l'argumentation développée plus haut, la Cour devait néanmoins décider que les conventions conclues entre un État membre et un pays tiers doivent être considérées comme appartenant à la « législation » pour l'application du règlement n° 1408/71, il conviendrait alors à notre avis de répondre par l'affirmative à la deuxième question du Bundessozialgericht. Par cette question, cette juridiction souhaite savoir si, en cas de réponse affirmative à la première question, le principe d'égalité de traitement inscrit à l'article 7 du traité CEE et à l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71 empêche les organismes d'assurance allemands auxquels a été demandée une prestation de vieillesse ou d'invalidité — au titre de la convention ou, plus précisément, du n° 2 du protocole final y est annexé (voir le paragraphe 3) — de ne tenir compte des périodes d'assurance accomplies en Suisse que pour les ressortissants allemands (et pas pour d'autres ressortissants de la Communauté).

16. Si un accord tel que la convention devait être inclus dans la notion de « législation » au sens de l'article 1er, sous j), il conviendrait alors d'appliquer sans restriction le principe d'égalité de traitement tel qu'il figure à l'article 3, paragraphe 1, du règlement. Sur cette base, les organismes d'assurance allemands seraient alors obligés de tenir compte des périodes d'assurance accomplies en Suisse pour tous les ressortissants communautaires. Les arguments en sens contraire de la LVA Hessen, du gouvernement allemand et du gouvernement britannique ne peuvent rien y faire. Pour être complet, nous expliquons brièvement pourquoi.

17. L'allégation de la LVA-Hessen, selon laquelle les principes qui sous-tendent l'article 234 du traité CEE devraient s'appliquer également en l'espèce, notamment parce que la Communauté ne serait pas compétente pour conclure une convention internationale de sécurité sociale, ne trouve aucun appui dans la législation ou la jurisprudence communautaire. Même s'il appartient aux États membres de conclure des conventions internationales dans un domaine précis, ils doivent, dans l'exercice de cette compétence, tenir compte des dispositions impératives du droit communautaire. L'article 234 qui, selon sa formulation, se limite lui-même aux droits et obliga-

19 — Arrêt Rönfeldt, point 27.

tions résultant de conventions conclues par un État membre et un pays tiers *antérieurement à l'entrée en vigueur* du traité CEE — il s'agit en l'espèce d'une convention conclue après l'entrée en vigueur du traité en Allemagne — ne peut rien y changer.

18. L'argument développé par le gouvernement allemand, selon lequel les articles 48 et 51 du traité CEE et le règlement n° 1408/71 ne peuvent en aucun cas s'appliquer en ce qui concerne les périodes d'assurance qui ont été accomplies *en dehors* de la Communauté, ne saurait d'avantage être admis. Déjà dans l'arrêt Walrave, la Cour a reconnu, au regard de l'interdiction communautaire de discrimination, telle qu'elle est exprimée notamment aux articles 7 et 48 du traité, que la règle de non-discrimination, du fait qu'elle est impérative, s'impose pour l'appréciation de tous rapports juridiques, dans la mesure où ces rapports, en raison notamment du lieu où ils sont établis, peuvent être localisés sur le territoire de la Communauté [20].

Or, nous estimons que la circonstance que M^me^ Grana-Novoa a travaillé en Suisse avant de travailler en Allemagne et que la présente affaire trouve son origine dans la problématique de la prise en considération des périodes d'assurance accomplies dans ce pays ne constitue pas un motif déterminant de localiser le rapport juridique litigieux en dehors de la Communauté. Dans les arrêts Van Roosmalen et Laborero et Sabato, la Cour a d'ailleurs jugé que:

« Le critère déterminant pour l'applicabilité du règlement n° 1408/71 étant le rattachement d'un assuré à un régime de sécurité sociale d'un État membre, il est sans importance que l'assuré ait exercé exclusivement ou non ses activités en dehors du territoire des États membres de la Communauté » [21].

Dans l'arrêt Laborero et Sabato, la Cour en a du reste déduit qu'une réglementation nationale « n'échappe pas aux dispositions de ce règlement, et notamment au principe d'égalité de traitement, exprimé à son article 3, paragraphe 1, du seul fait que les prestations prévues ne peuvent se fonder que sur des périodes d'assurance accomplies en dehors de la Communauté » [22].

L'argument développé dans l'affaire en question par le gouvernement belge, qui prétendait qu'une telle interprétation irait à l'encontre de l'article 227 du traité — selon lequel le traité ne s'applique qu'au territoire des États membres — a été rejeté sans peine par la Cour, étant donné que le règlement n° 1408/71 ne pose des exigences à une règlementation ou un régime légal national que « pour autant que celui-ci déploie des effets à l'intérieur de la Communauté » [23].

19. Nous souhaitons encore ajouter à cela qu'à notre avis, on ne saurait davantage tirer un argument valable contre l'applicabilité du droit communautaire de la circons-

20 — Arrêt du 12 décembre 1974, Walrave, point 28 (36/74, Rec. p. 1405)

21 — Arrêt Van Roosmalen, point 30, arrêt Laborero et Sabato, point 25; arrêt du 14 novembre 1990, Buhari-Haji, point 15 (C-105/89, Rec. p. I-4211).

22 — Arrêt Laborero et Sabato, point 26.

23 — Arrêt Laborero et Sabato, point 27.

tance que, dans un cas comme celui de l'espèce, il n'en résulterait aucun *obstacle à la libre circulation des travailleurs*. Si, au lieu de travailler en Allemagne, M^me^ Grana-Novoa avait travaillé en Espagne, les périodes accomplies tant en Suisse qu'en Espagne auraient alors été prises en considération en vertu de la convention conclue entre l'Espagne et la Suisse (voir le paragraphe 2 ci-dessus). C'est donc parce qu'elle a travaillé en Allemagne, en d'autres termes parce qu'elle a exercé son droit de libre circulation [24], qu'elle a perdu le bénéfice des périodes accomplies en Suisse.

20. A supposer que, contrairement à la thèse que nous avons soutenue plus haut, la première question préjudicielle mérite une réponse affirmative, il conviendrait alors de répondre à la deuxième question que la clause de sauvegarde inscrite au n° 2 du protocole final relatif à la convention ne peut pas trouver application. Il résulte en effet du principe de la primauté du droit communautaire que toute disposition contraire de la législation nationale existante, y compris — dans la présente hypothèse — la convention internationale qui en fait partie intégrante, devient inapplicable [25].

Conclusion

21. A la lumière des développements qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre aux questions posées de la façon suivante:

« 1) Une convention bilatérale conclue entre un État membre et un pays tiers n'entre pas dans la notion de 'législation' au sens de l'article premier, sous j), du règlement n° 1408/71, même si, en tant que loi, elle est devenue partie intégrante de l'ordre juridique interne de l'État membre concerné.

2) Compte tenu de la réponse à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à la deuxième question. »

24 — Nous faisons à cet égard abstraction de la circonstance — qui n'a d'ailleurs été soulevée par aucune des parties intervenantes devant la Cour — que M^me^ Grana-Novoa a travaillé en Suisse et qu'elle s'est établie ensuite en Allemagne, antérieurement à l'adhésion de l'Espagne aux Communautés. En conséquence, ainsi que l'observe à juste titre le juge de renvoi, sa situation est réglée par les dispositions de l'article 94 du règlement n° 1408/71: M^me^ Grana-Novoa ne peut tirer des droits du règlement que depuis le 1^er^ janvier 1986 (article 94, paragraphe 1), mais il faut en l'occurrence tenir compte également, avec effet rétroactif, des périodes d'assurances accomplies ou des éventualités réalisées antérieurement à ce moment (article 94, paragraphes 2 et 3).

25 — Voir arrêt du 9 mars 1978, Simmenthal, point 17 (106/77, Rec. p. 629).