14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, que l'institution compétente d'un État membre dont la législation est considérée comme étant du type visé à l'article 37, paragraphe 1, du règlement détermine le montant théorique de la prestation d'invalidité en fonction de la mesure dans laquelle la période située entre la date à laquelle l'intéressé a été assuré pour la première fois dans un quelconque État membre, et la date à laquelle l'incapacité de travail est survenue, comporte des périodes d'assurance au titre des législations des États membres ou en vertu du règlement précité.

Due Chloros Grévisse

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 23 septembre 1982.

Le greffier
par ordre
H. A. Rühl
administrateur principal

Le président de la deuxième chambre
O. Due

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. PIETER VERLOREN VAN THEMAAT, PRÉSENTÉES LE 17 JUIN 1982 [1]

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Introduction

Dans la présente affaire, il incombe à la Cour de justice d'examiner une nouvelle fois la coordination communautaire très complexe des régimes de sécurité sociale nationaux comme le règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971 (JO 1971, L 149), la prévoit. Simultanément, l'affaire montre que malgré les nombreuses règles détaillées du règlement, le jeu conjugué des différents

1 — Traduit du néerlandais.

régimes n'est pas toujours sans accrocs et qu'en pratique il peut parfois aboutir à des résultats paradoxaux.

Pour pouvoir exposer brièvement et clairement les faits qui ont donné lieu à la présente procédure préjudicielle et les apprécier, nous présentons d'abord un tableau de la législation nationale et communautaire applicable. Ensuite, nos considérations porteront sur la solution de la question déférée par le Raad van Beroep d'Amsterdam.

2. La législation néerlandaise applicable en matière d'assurance contre l'incapacité de travail

La loi néerlandaise du 18 février 1966 (Staatsblad 84) relative à l'assurance contre l'incapacité de travail (la WAO) fait bénéficier les travailleurs d'un droit à prestations en cas d'incapacité de travail supérieure à cinquante deux semaines. Le montant de cette prestation est déterminé par deux facteurs: le degré de l'incapacité de travail et ce qu'on appelle la «rémunération journalière». La réglementation relative à la rémunération journalière figure à l'article 14 de la WAO qui prévoit ce qui suit:

«1. En vue de la liquidation d'une prestation d'incapacité de travail à laquelle l'intéressé peut prétendre en vertu de la présente loi, est considéré comme rémunération journalière au titre de règles générales adoptées par le Sociale Verzekeringsraad, après approbation du ministre compétent, le montant que le titulaire de la prestation pourrait obtenir en moyenne au cours de l'année suivante, en fonction d'une semaine de travail de cinq jours, à titre de salaire journalier, calculé selon le niveau de salaire en vigueur au jour de la naissance du droit à une prestation d'incapacité de travail, si, n'étant pas en incapacité de travail, il travaillait dans la ou les professions qu'il exerçait normalement. Ces règles générales sont publiées au Nederlandse Staatscourant.

2. Le Sociale Verzekeringsraad peut, eu égard à la fixation de la rémunération journalière, établir des règles particulières s'écartant des dispositions du paragraphe précédent ou des règles générales qui y sont mentionnées, après approbation du ministre compétent. Ces règles particulières sont également publiées au Nederlandse Staatscourant.

3. Dans le cadre des règles générales évoquées au paragraphe 1 et sous réserve des règles établies par le ministre compétent à cet égard, le Sociale Verzekeringsraad fixe le montant d'une rémunération journalière minimum. Les règles particulières visées au paragraphe 2 ne peuvent s'écarter du montant fixé.»

La notion de rémunération journalière évoquée au paragraphe 1 de la disposition mentionnée est précisée dans le Besluit Dagloonregelen WAO (arrêté du Sociale Verzekeringsraad sur les règles applicables à la rémunération journalière du 20. 4. 1967, n° 61524, Staatscourant 1967, p. 126).

Comme le montant de la prestation au titre de la WAO ne dépend *pas* de la durée des périodes d'assurance, on peut qualifier le régime en cause de régime de répartition visé à l'article 37, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71 (type «A»). Cette qualification implique qu'au moment de la réalisation du risque assuré, il existe une assurance valable permettant de reconnaître un droit à prestations. Comme nous l'avons dit, le montant de la prestation est alors indépendant de la durée des périodes d'assurance. Si la condition susmentionnée d'assurance n'est pas remplie, il n'existe pas de droit à prestation au titre de la WAO et, de ce fait, il n'existe pas non plus de droit à prestations au titre de la réglementation au prorata du règlement

(CEE) n° 1408/71 (article 46). La conséquence du régime de répartition pour les travailleurs migrants originaires des Pays-Bas est qu'en cas d'invalidité survenant dans un autre État membre, il n'existe pas de droit à une prestation au prorata au titre de la WAO néerlandaise. Si l'autre État membre en cause a également un régime de répartition, cela ne présentera en général aucun problème pour le travailleur migrant. Toutefois, si l'autre État membre a un régime fondé sur la durée des périodes d'assurance, la prestation au titre de ce régime — à condition que la durée d'assurance minimale soit accomplie — sera d'autant plus réduite que le travailleur aura travaillé plus longtemps aux Pays-Bas.

3. Article 45, paragraphe 3, du règlement (CEE) n° 1408/71

Pour éviter ces conséquences du régime de répartition, qui ne sont guère souhaitables, le règlement (CEE) n° 1408/71 contient en son article 45, paragraphe 3, une disposition spéciale dont les termes sont les suivants:

«Si la législation d'un État membre qui subordonne l'octroi des prestations à la condition que le travailleur soit assujetti à cette législation au moment de la réalisation du risque n'exige aucune durée d'assurance ni pour l'acquisition du droit, ni pour le calcul des prestations, tout travailleur qui a cessé d'être assujetti à cette législation est censé l'être encore au moment de la réalisation du risque, aux fins de l'application des dispositions du présent chapitre, s'il est assujetti à la législation d'un autre État membre au moment de la réalisation du risque ou, à défaut, s'il peut faire valoir des droits à prestations en vertu de la législation d'un autre État membre. Toutefois, cette dernière condition est censée être remplie dans le cas visé à l'article 48, paragraphe 1.»

Cette disposition ne vise pas à garantir aux travailleurs migrants une prestation dont le montant serait égal à celle qui échoirait à un travailleur relevant d'un régime de répartition, mais uniquement à lui donner un droit à une prestation au prorata au titre de l'article 46, paragraphe 2, première phrase. Dans les cas où, en vertu d'un régime de répartition, il n'existe pas de droit à une prestation, l'article 45, paragraphe 3, crée en effet un tel droit.

Eu égard aux prestations en vertu d'un régime de répartition, cette disposition a une conséquence importante. En vertu de la dernière phrase de l'article 46, paragraphe 2, lettre a), le montant de la prestation au titre du régime légal de répartition vaut comme «montant théorique» dans le cadre de cette disposition. Si de ce fait l'article 45, paragraphe 3, est applicable et s'il existe un droit au prorata à une prestation au titre d'un régime de répartition, une lacune dans la carrière d'assurance ne peut plus jouer aucun rôle, contrairement à ce qui se passe pour une prestation au prorata en vertu d'un régime fondé sur la durée des périodes d'assurance. De ce fait, l'application de l'article 45, paragraphe 3, peut créer une situation paradoxale dans laquelle plus les lacunes dans les périodes d'assurance dans un régime de répartition sont grandes, plus la prestation calculée au prorata en vertu de ce régime est élevée. Cet effet peut être illustré par les exemples suivants. Lorsqu'un travailleur a été affilié pendant cinq ans au régime de la WAO aux Pays-Bas, et lorsque, par la suite, il a été affilié dans un autre État membre pendant ving-cinq ans à un régime fondé sur la durée des périodes d'assurance, la prestation au prorata néerlandaise s'élève à $^{5}/_{30}$, soit $^{1}/_{6}$ du montant théorique en vertu de l'application combinée de l'article 45, paragraphe 3, et de l'article 46, paragraphe 2, du règlement (CEE) n°

1408/71. Si on est en présence d'une période de non-assurance aux Pays-Bas de vingt-quatre ans par exemple, suivie d'une affiliation de cinq ans au régime de la WAO et d'un an à un régime fondé sur la durée des périodes d'assurance dans un autre État membre, la prestation au prorata néerlandaise s'élèverait à 1/6 du montant théorique.

Ces exemples montrent que le fait de considérer un régime de répartition comme un régime de capitalisation en maintenant les droits à prestation au titre de l'article 45, paragraphe 3, entraîne des conséquences qui ne sont pas envisageables dans le cadre même d'un régime fondé sur la durée des périodes d'assurance parce que, dans un tel régime, le montant théorique est d'autant plus réduit que les lacunes dans la carrière d'assurance sont plus importantes.

4. Le «Bijzonder Dagloonbesluit WAO» (arrêté portant modalités particulières de la fixation de la rémunération journalière)

Pour éviter le résultat paradoxal évoqué, c'est-à-dire pour que les lacunes dans la carrière d'assurance n'aient pas pour effet de réduire le montant de la prestation, on peut en principe envisager deux possibilités. La première réside dans une modification du règlement (CEE) n° 1408/71 en vue de laquelle le gouvernement néerlandais a fait différents efforts, toutefois sans résultat, ainsi qu'il ressort du dossier et de la déclaration du représentant de la Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging. La deuxième possibilité réside dans une fixation du montant théorique de l'article 46, paragraphe 2, lettre a), de sorte qu'il soit précisément possible de tenir compte de lacunes dans la carrière d'assurance. Comme la Commission l'a également exposé, le montant théorique est alors effectivement «adapté». Selon les déclarations faites par la Bedrijfsvereniging par l'intermédiaire de son représentant, c'est cette possibilité qui a été adoptée dans le «Bijzonder Dagloonbesluit WAO» (n° 78/2154 du Sociale Verzekeringsraad, approuvé par ordonnance n° 51832, du 8. 6. 1978, Staatscourant 1978, p. 128). En vertu de la WAO, la rémunération journalière servant de base à la liquidation de la prestation et, de ce fait, au calcul du montant théorique mentionné à l'article 46, paragraphe 2, est réduite en fonction des lacunes dans la carrière d'assurance sur le fondement de l'article 8, paragraphe 1, du «Bijzonder Dagloonbesluit». La disposition en question est la suivante:

«La rémunération journalière calculée conformément aux articles précédents est diminuée au prorata s'il manque au bénéficiaire de la prestation une ou plusieurs périodes d'assurance au cours de la période située entre la date à laquelle il a, pour la première fois, été assuré au titre d'une législation en matière de prestations d'invalidité ou est considéré comme ayant été assuré en vertu du règlement précité, dans un pays quelconque ayant la qualité d'État membre le jour de l'ouverture du droit aux prestations pour incapacité de travail, et la date à laquelle son incapacité de travail est survenue.»

La réponse de la Bedrijfsvereniging à une question posée par la Cour de justice fait apparaître que le Bijzonder Dagloonbesluit a clairement pour objet de transformer, eu égard à l'application de l'article 45, paragraphe 3, du règlement, le régime de répartition de la WAO en un régime de capitalisation, ce qui entraîne des effets correspondants sur les prestations qui doivent être fixées au prorata en vertu de l'article 46, paragraphe 2. Le mandataire de la Bedrijfsvereniging a ajouté que le Bijzonder Dagloonbesluit servait à corriger un résultat de l'application du règlement (CEE) n° 1408/71 qualifié d'«impropre» de façon à rendre possible une mise en œuvre de ce règlement *dans le cadre de la législation nationale.*

5. Les faits et la question déférée à titre préjudiciel

La vie professionnelle de M. Besem couvre la période allant de 1934 à 1978, année au cours de laquelle, après avoir travaillé quelque treize années en république fédérale d'Allemagne, il a été mis en incapacité de travail dans cet État. Aux Pays-Bas, il avait été au chômage de 1948 à 1953. Du fait de cette interruption, sur la durée maximale de périodes d'assurance de 43,92, il n'en a accompli que 38,83. L'application de l'article 45, paragraphe 3, du règlement (CEE) n° 1408/71, donne à l'intéressé droit à une prestation au prorata sur le fondement de la WAO. Néanmoins, l'institution compétente aux Pays-Bas, la Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging, a liquidé cette prestation en appliquant à la rémunération journalière la correction prévue à l'article 8, paragraphe 1, du Bijzonder Dagloonbesluit. La rémunération journalière de l'intéressé, à savoir 101,60 florins, est en conséquence réduite au montant de 89,64 florins par application de la fraction 38,83/43,92. Le recours exercé par M. Besem contre cette décision a conduit le Raad van Beroep d'Amsterdam à déférer à la Cour de justice, à titre préjudiciel, la question suivante:

«Est-il compatible avec la méthode de calcul de prestations au titre de l'article 46, deuxième paragraphe, du règlement n° 1408/71, que le montant de la prestation versée par un État membre dont l'institution compétente doit appliquer l'article 45, troisième paragraphe, dudit règlement pour l'ouverture du droit aux prestations et dont la législation est considérée comme étant du type visé à l'article 37, paragraphe 1, du règlement, soit déterminée également en fonction de la mesure dans laquelle la période située entre la date à laquelle l'intéressé a été assuré pour la première fois dans un quelconque État membre, et la date à laquelle l'incapacité de travail est survenue, comporte des périodes d'assurance au titre des législations des États membres ou en vertu du règlement précité, en conséquence de quoi seuls sont limités les droits des travailleurs qui se sont rendus dans un autre État membre?»

Les explications fournies à cet égard font apparaître que la question vise à savoir si l'article 8, paragraphe 1, du Bijzonder Dagloonbesluit est compatible avec le droit communautaire.

6. Les implications de droit communautaire

Tant le texte du Bijzonder Dagloonbesluit que les considérations émises précédemment sur sa portée font apparaître que cette réglementation modifie l'application de la WAO à l'égard des assurés qui ont droit à une prestation en vertu de l'article 45, paragraphe 3, du règlement (CEE) n° 1408/71. De ce fait, le Bijzonder Dagloonbesluit fait une différenciation entre les bénéficiaires de prestations qui, au moment de la réalisation du risque assuré, étaient affiliés au régime d'assurance en vertu de la WAO et ceux qui n'ont droit à une prestation qu'en vertu de l'article 45, paragraphe 3, du règlement communautaire. Dans la réponse qu'il a donnée aux questions posées par le juge rapporteur, le deuxième mandataire de la Bedrijfsvereniging a d'ailleurs clairement reconnu cette différenciation qui, en pratique, recouvrira fréquemment celle opérée entre les résidents et les non-résidents. Du point de vue pratique, cette différenciation peut également être illustrée par un parallèle avec la situation dans laquelle M. Besem se trouverait s'il avait passé l'intégralité de sa vie professionnelle aux Pays-Bas. Dans ce cas, les lacunes dans la carrière d'assurance n'auraient joué aucun rôle au regard de la fixation de la rémunération journalière. Simultanément, il ressort de ce parallèle

que la différenciation opérée désavantage le travailleur migrant par rapport à son collègue non migrant. A nos yeux, il n'est pas nécessaire de donner d'autres explications pour constater qu'une telle différenciation opérée entre les travailleurs auxquels le règlement (CEE) n° 1408/71 s'applique et ceux auxquels il ne s'applique pas, est contraire à l'article 3 du même règlement eu égard au principe d'égalité de traitement. Ensuite, la différenciation opérée doit être considérée comme contraire au principe que la Cour de justice a dégagé dans de nombreux arrêts en matière de sécurité sociale et qui est le fondement de l'article 51 du traité, selon lequel les travailleurs migrants ne doivent pas être traités de façon plus désavantageuse que les travailleurs non migrants.

Au regard des effets paradoxaux de l'application du règlement (CEE) n° 1408/71 évoqués précédemment, on pourrait se demander si une réglementation comme celle du Bijzonder Dagloonbesluit ne peut pas être justifiée du fait que, ainsi que les déclarations mentionnées de la Bedrijfsvereniging le font apparaître, elle vise clairement à pallier un défaut du règlement (CEE) n° 1408/71. Néanmoins, les déclarations pertinentes des mandataires de la Bedrijfsvereniging sur l'objectif et la portée du Bijzonder Dagloonsbesluit ne laissent pratiquement aucune marge pour considérer qu'il en est ainsi. Comme nous l'avons exposé précédemment, ils déclarent que seules une modification du règlement ou une réglementation nationale relative au calcul du montant théorique sont susceptibles d'éviter les effets de l'application combinée de l'article 45, paragraphe 3, et de l'article 46, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1408/71 aux régimes de répartition. Après que les propositions tendant à une modification du règlement ont été vaines, on a adopté l'arrêté en cause qui, selon le mandataire de la Bedrijfsvereniging, rendait superflue toute autre demande du gouvernement néerlandais tendant à la modification du règlement. De ce fait, on reconnaît simultanément que le résultat découle d'une réglementation nationale qui, tant que le règlement (CEE) n° 1408/71 n'a pas été modifié, doit être considérée comme contraire à la réglementation communautaire. A l'audience, la Commission a ajouté, répondant en cela à une question posée par la Cour, qu'en cas de besoin celle-ci n'hésiterait pas à entamer une procédure au titre de l'article 169 du traité contre les États membres qui ont un régime de répartition et qui appliqueraient des réglementations analogues. Au moment de l'audience, la Commission ne savait pas encore si cela était le cas et, dans l'affirmative, comment les autres États membres ayant un régime de répartition avaient résolu le problème. L'autre argument avancé par la Bedrijfsvereniging selon lequel l'article 46, paragraphe 2, lettre a), du règlement (CEE) n° 1408/71 ne pose aucune autre condition eu égard au calcul du montant théorique, n'est d'aucune utilité en l'affaire. Bien que sur le fondement du texte de la disposition, on ne puisse en principe pas nier cette considération, on ne saurait en aucun cas en déduire que lors du calcul du montant théorique il serait possible d'agir à l'encontre de l'article 3, paragraphe 1, du règlement relativement à l'égalité de traitement. De même, la dernière partie de la phrase de l'article 3, paragraphe 1, «sous réserve de dispositions particulières contenues dans le présent règlement», ne saurait constituer une justification puisque de telles dispositions font défaut et que les objectifs et l'économie du règlement (CEE) n° 1408/71 combinés à l'article 51 du traité feraient obstacle à une interprétation en ce sens de l'article 45, paragraphe 3, et de l'article 46, paragraphe 2.

7. Conclusion

En conséquence, une réglementation comme celle contenue dans le Bijzonder Dagloonbesluit doit être considérée comme contraire au règlement (CEE) n° 1408/71 et en particulier à l'article 3, paragraphe 1, de ce règlement. Néanmoins, nous ajoutons à cette constatation que le cas d'espèce illustre clairement qu'une modification du règlement (CEE) n° 1408/71 est souhaitable en ce qui concerne les prestations calculées au prorata dans les régimes de répartition. Sans une telle modification, tant le maintien que l'introduction de tels régimes, qui sont hautement souhaitables en eux-mêmes du point de vue social, pourraient être menacés pour les États membres ayant de nombreux travailleurs migrants.

Nous proposons de répondre comme suit à la question déférée à la Cour par le Raad van Beroep d'Amsterdam:

«Il est incompatible avec le règlement (CEE) n° 1408/71, en particulier avec son article 3, paragraphe 1, que le montant de la prestation versée par un État membre dont l'institution compétente doit appliquer l'article 45, paragraphe 3, dudit règlement pour l'ouverture du droit aux prestations et dont la législation est considérée comme étant du type visé à l'article 37, paragraphe 1, du règlement, soit déterminé également en fonction de la mesure dans laquelle la période située entre la date à laquelle l'intéressé a été assuré pour la première fois dans un quelconque État membre, et la date à laquelle l'incapacité de travail est survenue, comporte des périodes d'assurance au titre des législations des États membres ou en vertu du règlement précité, en conséquence de quoi seuls sont limités les droits des travailleurs qui se sont rendus dans un autre État membre.»