CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. SIEGBERT ALBER

présentées le 26 juin 2001 [1]

I — Introduction

1. La présente procédure préjudicielle dont la Cour a été saisie par le Sozialgericht Trier (Allemagne) concerne l'application 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 [2], et en particulier de ses articles 67 à 71, à une ressortissante d'un État tiers mariée à un citoyen de l'Union et qui vit avec lui dans le pays dont ce dernier est originaire. Elle réclame dans ce même pays des allocations de chômage après la perte de son emploi au Luxembourg, où elle travaillait.

II — Faits et procédure

2. La demanderesse au principal (ci-après la «demanderesse») est une ressortissante polonaise mariée à un ressortissant allemand et vivant en Allemagne depuis avril 1998.

3. Du 1er juillet 1998 au 22 décembre 1999, elle a exercé une activité d'employée de maison au Luxembourg. En janvier 2000, elle s'est fait inscrire comme demandeur d'emploi auprès de l'Arbeitsamt Trier (l'office du travail à Trèves) et a demandé le bénéfice d'allocations de chômage.

4. L'administration luxembourgeoise de l'emploi ayant déclaré qu'elle ne pouvait pas délivrer le certificat E 301 [3] en raison de la nationalité polonaise de Mme Ruhr, la défenderesse au principal a rejeté la demande de cette dernière au motif qu'elle ne remplissait pas les conditions de stage pour l'ouverture du droit aux prestations. Ainsi, l'intéressée n'a pas exercé, au cours d'une période de trois ans précédant la demande et durant au moins douze mois, une activité soumise à l'assurance obligatoire. Par ailleurs, elle ne peut bénéficier de

1 — Langue originale: l'allemand.

2 — Règlement du Conseil, du 14 juin 1971, dans la version du règlement (CE) n° 118/97 du Conseil, du 2 décembre 1996, portant modification et mise à jour du règlement n° 1408/71, et du règlement (CEE) n° 574/72 (JO 1997, L 28, p. 1).

3 — Ce formulaire sert à l'«attestation concernant les périodes à prendre en compte pour l'octroi des prestations de chômage» au regard des articles 67, 68, 71, paragraphe 1, sous a), point ii), et de l'article 71, paragraphe 1, sous b), point ii); voir la décision n° 154, du 8 février 1994, concernant, les modèles de formulaires nécessaires à l'application des règlements n° 1408/71 et (CEE) n° 574/72 du Conseil (E 301, E 302 et E 303) (JO L 244, p. 123).

la dérogation en faveur des travailleurs frontaliers ni, en raison de sa qualité de ressortissant de pays tiers, des dispositions de droit communautaire.

5. Après le rejet de sa réclamation, M^me^ Ruhr a attaqué cette décision devant le Sozialgericht Trier en faisant valoir qu'elle ne pouvait pas bénéficier au Luxembourg des allocations de chômage, alors même qu'elle y avait exercé, pendant plus d'un an, une activité soumise à l'assurance obligatoire, au motif qu'elle n'y résidait pas. Elle ne pourrait pas non plus invoquer, en Allemagne, les dispositions pertinentes du règlement n° 1408/71, du fait de sa nationalité. La décision litigieuse porterait atteinte au droit de son mari de circuler librement à l'intérieur de la Communauté dans la mesure où, afin de préserver les droits à prestations de la demanderesse, il ne pourrait pas maintenir son domicile en Allemagne, mais serait contraint de transférer sa résidence dans un autre État membre.

6. La juridiction de renvoi, tout en se ralliant à l'argumentation de la demanderesse, a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«L'interprétation de l'article 2, paragraphe 1, 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 à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (JO L 149, du 5 juillet 1971, p. 2) que la Cour a donnée dans l'arrêt du 23 novembre 1976 (Rec. p. 1669), continue-t-elle à s'imposer même si elle a pour effet d'entraver indirectement la libre circulation d'un ressortissant d'un État membre?»

7. Les gouvernements autrichien et du Royaume-Uni ainsi que la Commission ont participé à la procédure. La Cour statuera sans procédure orale.

III — Cadre juridique

a) *Les dispositions pertinentes du règlement n° 1408/71*

8. L'article 2, qui régit le champ d'application personnel du règlement, dispose ce qui suit dans ses paragraphes 1 et 2:

«Le présent règlement s'applique aux travailleurs salariés ou non salariés qui sont ou ont été soumis à la législation de l'un ou de plusieurs États membres et qui sont des ressortissants de l'un des États membres ou

bien des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un des États membres ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants [4].

[...] le présent règlement s'applique aux survivants des travailleurs salariés ou non salariés qui ont été soumis à la législation de l'un ou de plusieurs des États membres, quelle que soit la nationalité de ces travailleurs salariés ou non salariés, lorsque leurs survivants sont des ressortissants de l'un des États membres ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un des États membres.»

9. L'article 71, paragraphe 1, sous a), ii), est en ces termes:

«le travailleur frontalier qui est en chômage complet bénéficie des prestations selon les dispositions de la législation de l'État membre sur le territoire duquel il réside, comme s'il avait été soumis à cette législation au cours de son dernier emploi; ces prestations sont servies par l'institution du lieu de résidence et à sa charge».

b) *L'accord européen entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la république de Pologne, d'autre part* [5]

10. Les articles 37 et 38 de cet accord sont en ces termes:

«Article 37

1. Sous réserve des conditions et modalités applicables dans chaque État membre:

— les travailleurs de nationalité polonaise légalement employés sur le territoire d'un État membre ne doivent faire l'objet d'aucune discrimination fondée sur la nationalité, en ce qui concerne les conditions de travail, de rémunération ou de licenciement, par rapport aux ressortissants dudit État membre,

— le conjoint et les enfants d'un travailleur légalement employé sur le terri-

4 — Le texte de cette disposition a été étendu par le règlement (CE) n° 307/1999 du Conseil, du 8 février 1999, les termes «et aux étudiants» ayant été insérés dans le premier membre de phrase de la disposition JO L 38, p. 1).

5 — Décision 93/743/Euratom, CECA, CE du Conseil et de la Commission, du 13 décembre 1993, relative à la conclusion de l'accord européen entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la république de Pologne, d'autre part (JO L 348, p. 1).

toire d'un État membre qui y résident légalement, à l'exception des travailleurs saisonniers ou des travailleurs arrivés sous le couvert d'accords bilatéraux au sens de l'article 41, sauf dispositions contraires desdits accords, ont accès au marché de l'emploi de cet État membre pendant la durée du séjour professionnel autorisé du travailleur.

2. La Pologne doit [...] accorder [...]

Article 38

1. Afin de coordonner les régimes de sécurité sociale des travailleurs de nationalité polonaise légalement employés sur le territoire d'un État membre et des membres de leur famille y résidant légalement, sous réserve des conditions et modalités applicables dans chaque État membre:

— toutes les périodes d'assurance, d'emploi ou de résidence accomplies par lesdits travailleurs dans les différents États membres sont additionnées aux fins de la constitution des droits à pensions et rentes de retraite, d'invalidité et de survie et aux fins des soins médicaux pour eux-mêmes et leurs familles;

— [...]

2. La Pologne accorde [...]»

IV — Argumentation des parties

a) *Le gouvernement autrichien*

11. Le gouvernement autrichien observe qu'un ressortissant polonais ne peut relever du champ d'application personnel du règlement, tel qu'il est fixé à l'article 2, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71, qu'en sa qualité de membre de la famille ou de survivant d'un travailleur, lui-même ressortissant d'un État membre. Or, il découlerait de l'arrêt Kermaschek [6], que les dispositions du règlement n° 1408/71 concernant les prestations de chômage et particulièrement son article 71 ne sont pas applicables aux ressortissants de pays tiers, membres de la famille d'un travailleur communautaire.

12. Le gouvernement autrichien souligne que la portée de cet arrêt a été confirmée

6 — Arrêt du 23 novembre 1976 (40/76, Rec. p. 1669).

par l'arrêt du 30 avril 1996, Cabanis-Issarte [7] où la Cour, tout en révisant de façon générale la position qu'elle avait prise dans l'affaire Kermaschek, selon laquelle les membres de la famille ne peuvent prétendre au titre du règlement n° 1408/71 qu'à des droits dérivés, a considéré que:

«le conjoint d'un travailleur communautaire ne saurait se prévaloir de sa qualité de membre de la famille dudit travailleur pour prétendre au bénéfice des dispositions des articles 67 à 71 du règlement n° 1408/71». [8]

13. Même sous l'angle abordé par la juridiction de renvoi d'une entrave possible à la libre circulation, il n'y a pas lieu, selon le gouvernement autrichien, de réviser l'arrêt Cabanis-Issarte. En effet, il ressort de l'ordonnance de renvoi que le conjoint de la demanderesse vit en Allemagne et n'a pas fait usage de son droit à la libre circulation. Il ne saurait dès lors être question d'une entrave à la libre circulation.

14. En l'occurrence, le fait de ne pas appliquer l'article 71 du règlement n° 1408/71 à la demanderesse ne porterait pas atteinte au droit à la libre circulation de son mari, mais reviendrait à reconnaître l'existence d'une telle liberté en faveur d'une ressortissante d'un État tiers.

15. En conséquence, le gouvernement autrichien propose de répondre de la manière suivante à la question préjudicielle:

Les membres de la famille d'un travailleur salarié visé par le règlement n° 1408/71 ne peuvent prétendre au bénéfice de l'article 39 CE ou de ce règlement pour solliciter des prestations de sécurité sociale liées à leur propre carrière, comme des prestations de chômage, dans la mesure où ces membres de la famille ne remplissent pas eux-mêmes les critères relatifs à la qualité de travailleur salarié au sens de ce règlement.

b) *Le gouvernement du Royaume-Uni*

16. Le gouvernement du Royaume-Uni observe, à titre liminaire, que la situation factuelle à l'origine de l'affaire n'implique pas l'exercice par l'un ou l'autre des conjoints d'un droit conféré par l'ordre juridique communautaire. En particulier, en tant que ressortissante d'un pays tiers, M^me^ Ruhr ne peut se prévaloir du droit à la libre circulation en application de l'article 39 CE. Quant à l'accord européen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la république de Pologne, d'autre part [9], son article 38 prévoit la totalisation des périodes d'emploi ou d'as-

7 — C-308/93, Rec. p. I-2097, point 23.
8 — Ibidem.
9 — JO 1993, L 348, p. 2.

surance accomplies par des ressortissants polonais employés ou résidant légalement dans plus d'un État membre, mais cela aux seules fins de l'octroi de prestations de vieillesse, décès et de maladie et non pas au titre de l'assurance chômage; le droit de travailler ou de résider dans un État membre reste de la compétence de chaque État membre.

17. À titre subsidiaire, le Royaume-Uni observe que la juridiction de renvoi invite la Cour à adopter une interprétation de l'article 2 du règlement n° 1408/71 qui conduirait à assimiler les droits des membres de la famille d'un travailleur, quelle que soit leur nationalité, à ceux d'un travailleur ressortissant communautaire.

18. Cette interprétation serait impossible à concilier avec le texte de l'article 2 du règlement qui fait clairement référence à deux catégories de personnes (les travailleurs, d'une part, et les membres de leur famille et leurs survivants, d'autre part), et ne serait pas nécessaire à l'établissement de la libre circulation des travailleurs au sens du traité.

19. Le gouvernement du Royaume-Uni ajoute qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que les droits des deux catégories de personnes décrites à l'article 2, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71 sont différents: seules les personnes de la première catégorie (travailleurs ressortissants d'un État membre) ont des droits «primaires» en propre au titre de l'article 39 CE, tandis que le droit dérivé a conféré certain droits aux membres des familles des travailleurs, mais il s'agirait de droits «secondaires» qui existeraient principalement dans le but de faciliter la circulation à l'intérieur de la Communauté du travailleur lui-même [10].

20. Le gouvernement du Royaume-Uni relève que, dans son arrêt Cabanis-Issarte, la Cour a modifié la jurisprudence Kermaschek: elle aurait maintenu la distinction entre les droits des travailleurs au titre du règlement et les droits des membres de leur famille, mais l'aurait fondée non pas sur la question de savoir si la prestation litigieuse dépend de «droits dérivés» en droit *national*, mais sur celle de savoir si les *dispositions* en question *du règlement n° 1408/71* font partie de celles applicables seulement aux travailleurs ou aux deux catégories couvertes par l'article 2, paragraphe 1.

21. Le gouvernement du Royaume-Uni estime qu'il n'y a pas lieu de revenir sur cette jurisprudence. Il observe que la seule raison avancée par le Sozialgericht en faveur de l'abandon de la jurisprudence actuelle est que cela serait nécessaire pour faciliter la libre circulation d'un ressortissant communautaire conjoint d'une personne telle que M^me^ Ruhr. Or il n'en serait rien. En ce qui concerne M. Ruhr, en particulier, rien ne laisse à penser que l'inapplicabilité de l'article 71 à l'égard de son épouse aurait affecté sa décision quant à son propre emploi, salarié ou non, qu'il occupait en Allemagne.

10 — Arrêt Kermaschek (précité, note 6, points 7 et 9) et conclusions de l'avocat général Reischl du 11 novembre 1976 dans la même affaire (Rec. p. 1682 à 1683).

22. Enfin, le gouvernement du Royaume-Uni considère que, si la Cour devait changer une interprétation du droit qui a prévalu pendant plus d'un quart de siècle, elle devrait assortir son arrêt d'une limitation dans le temps, comme elle l'a fait dans l'arrêt Cabanis-Issarte.

23. En conclusion, le Royaume-Uni propose à la Cour de répondre comme suit à la question préjudicielle:

Le conjoint d'un ressortissant communautaire ne saurait se prévaloir de son statut de membre de la famille d'un travailleur pour invoquer l'application des articles 67 à 71 du règlement n° 1408/71.

c) *La Commission*

24. La Commission constate que le litige au principal correspond pour l'essentiel à celui qui était à l'origine de l'affaire Kermaschek et que, depuis 1976, rien d'essentiel n'a été modifié dans les dispositions pertinentes du règlement n° 1408/71. On ne saurait donc envisager que la Cour s'écarte de l'arrêt rendu dans l'affaire 40/76 que si les arguments en faveur d'un tel revirement sont très convaincants.

25. Deux arguments seraient avancés par la juridiction de renvoi: d'une part, dans son arrêt Kermaschek, la Cour n'aurait pris suffisamment en compte ni les éventuelles répercussions de sa décision sur le conjoint, qui est ressortissant d'un État membre, ni le droit de ce dernier à la libre circulation dans la Communauté; d'autre part, l'évolution du droit communautaire ces deux dernières décennies permettrait d'envisager un changement de jurisprudence en ce qui concerne les ressortissants de pays tiers.

26. À cet égard, la Commission considère tout d'abord que le conjoint de la demanderesse n'est pas un travailleur migrant au sens du règlement n° 1408/71 et que, manifestement, il n'a pas non plus l'intention de faire usage dans un proche avenir de son droit de circuler librement dans la Communauté.

27. En l'espèce, il s'agirait de savoir si le droit de circuler librement appartient en propre aux ressortissants de pays tiers, ce qui, logiquement, devrait également entraîner l'application mutatis mutandis des articles 67 à 71 du règlement n° 1408/71. Or, un tel droit général n'existe pas à l'heure actuelle. Dans les cas où les droits des citoyens de l'Union ne sont pas affectés, le fait qu'un ressortissant de pays tiers soit marié avec un citoyen de l'Union serait en principe dépourvu de pertinence et il n'y aurait pas lieu d'apprécier ces situations différemment de celles où le ressortissant d'un pays tiers est célibataire. À cet égard, la Commission observe qu'elle a présenté au Conseil une proposition visant à faire bénéficier les ressortissants des pays tiers séjournant légalement dans un État mem-

bre des dispositions sociales visant à garantir la libre circulation des travailleurs salariés et non salariés à l'intérieur de la Communauté [11]. Il s'agirait cependant d'une proposition législative libre, le traité CE ne fixant pas, à cet égard, d'objectifs impératifs mais se bornant à donner la faculté d'en fixer.

28. La Commission rend également compte des articles 37, paragraphe 1, premier tiret, 38, paragraphe 1, 39, paragraphe 1, et 42 de l'accord européen conclu entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la république de Pologne, d'autre part.

29. L'article 37, paragraphe 1, premier tiret, interdit, «[s]ous réserve des conditions et modalités applicables dans chaque État membre», les discriminations fondées sur la nationalité «en ce qui concerne les conditions de travail, de rémunération ou de licenciement».

30. Dès lors que l'obligation ou la faculté de s'assurer contre le risque du chômage ferait partie des conditions de travail de tout travailleur, il serait clair, selon la Commission, que, si M^me^ Ruhr avait résidé au Luxembourg et y avait fait valoir des droits, l'article 37 aurait interdit de la priver des prestations d'assurance chômage. Toutefois, en l'occurrence, la question qui se pose est de savoir si le fait qu'elle réside en Allemagne, où elle n'a jamais travaillé, conduirait à une appréciation différente, dans la mesure où elle fait valoir des droits vis-à-vis de l'assurance chômage allemande et non vis-à-vis de l'assurance chômage luxembourgeoise.

31. Selon la Commission, le libellé de l'article 37, paragraphe 1, de l'accord européen ne s'oppose pas impérativement à une interprétation selon laquelle cet article créerait également — dans certaines conditions — des obligations pour l'État membre de résidence, car il y est dit que «les travailleurs de nationalité polonaise [...] ne doivent faire l'objet [d'aucune discrimination], fondée sur [...]». Cet article ne préciserait donc pas quel État membre doit les traiter comme des nationaux: il n'y est nullement dit que le bénéfice de cette disposition doit être exclusivement accordé par l'État membre d'emploi, même s'il en est ainsi en règle générale. La seule question déterminante, selon la Commission, est de savoir s'il s'agit de bénéficier de droits relatifs aux conditions de travail, de rémunération ou de licenciement et non pas, par exemple, de droits se rattachant à la résidence (par exemple, le droit à l'aide sociale).

32. Le fait qu'un ressortissant allemand dans la même situation pourrait, en raison de sa relation de travail au Luxembourg, faire valoir des droits au titre de l'article 71, paragraphe 1, sous a), ii), ou, le cas échéant, sous b), ii), auprès de l'assurance chômage allemande devrait conduire, conformément au principe d'égalité énoncé

11 — JO 1998, C 6, p. 15.

à l'article 37, paragraphe 1, de l'accord européen, à ce qu'une telle possibilité soit également prévue en faveur d'un ressortissant polonais.

33. Cependant, selon la Commission, cette position n'est pas défendable au regard de l'économie du chapitre sur la libre circulation des travailleurs et des termes de l'article 38, paragraphe 1, premier tiret, de l'accord européen, lequel énonce la règle de la totalisation des périodes d'assurance, d'emploi ou de résidence, sans cependant mentionner l'assurance chômage. Celle-ci ne saurait non plus être visée par l'article 37 de l'accord européen.

34. L'article 37 — malgré sa formulation plus ouverte — ne vise effectivement que les prétentions vis-à-vis de l'État membre d'emploi, tandis que l'article 38 régit des faits qui ont besoin d'une «coordination» entre les États membres puisqu'ils ne concernent pas un seul État membre en tant qu'État d'emploi mais plusieurs. Une «coordination» entre les États membres n'est pas seulement nécessaire dans les cas expressément énumérés à l'article 38 concernant le cumul de droits acquis dans les divers États membres, mais elle s'impose plus que jamais lorsque, comme dans le cas visé à l'article 71, paragraphe 1, sous a), ii), ou sous b), ii), du règlement n° 1408/71, il s'agit de substituer des prétentions vis-à-vis d'un État membre d'autres droits créés à l'égard d'un État membre différent. Le fait que des travailleurs polonais n'ont pas le droit de circuler librement dans la Communauté européenne et que, par conséquent, les dispositions du règlement n° 1408/71 ne leur sont pas applicables ou qu'elles ne peuvent pas, sauf décision expresse, être étendues afin d'assurer leur couverture à travers l'article 37 de l'accord européen correspond pleinement à cette interprétation des articles 37 et 38 de l'accord européen. L'assurance chômage n'étant pas citée à l'article 38, des travailleurs polonais ne bénéficient actuellement d'aucun droit découlant de l'article 71, paragraphe 1, sous a), ii), ou, sous b), ii), du règlement n° 1408/71.

35. La Commission souligne que c'est seulement dans le droit national luxembourgeois qu'une solution pourra être trouvée à la demande parfaitement justifiée de la demanderesse, éventuellement après saisine de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg.

36. En conclusion, la Commission propose à la Cour de répondre comme suit à la question préjudicielle:

En cas de chômage, des ressortissants polonais, y compris les conjoints de ressortissants d'un État membre, n'ont droit, en l'état actuel du droit communautaire, à aucune prestation de l'État membre de résidence en vertu de l'article 71 du règlement n° 1408/71.

V — Appréciation

37. Le juge de renvoi souhaite savoir si la demanderesse peut invoquer utilement les articles 67 à 71 du règlement n° 1408/71.

38. L'article 2, paragraphe 1, du règlement définit en ces termes le champ d'application personnel du règlement:

«Le présent règlement s'applique aux travailleurs salariés ou non salariés qui sont ou ont été soumis à la législation de l'un ou de plusieurs États membres *et qui sont des ressortissants de l'un des États membres* ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un des États membres ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants» [12].

39. Sur la base de l'état de la jurisprudence à ce jour, il y a lieu de partir du principe que les travailleurs et les membres de leur famille sont deux groupes de personnes qui doivent en principe être distingués. Dans l'arrêt Kermaschek, qui concernait l'article 2, paragraphe 1, du règlement, la Cour a affirmé:

«Que déjà la juxtaposition indiquée par l'emploi du mot 'ainsi' indique que cette disposition vise deux catégories nettement distinctes: les travailleurs d'une part et les membres de leur famille et leurs survivants d'autre part; qu'à titre de travailleur ne sont admis que les ressortissants d'un État membre, les apatrides et les réfugiés, qui sont ou ont été soumis au régime de sécurité sociale d'un ou de plusieurs États; que, tandis que les personnes appartenant à la première catégorie peuvent revendiquer les droits à prestation envisagés par le règlement en tant que droits propres, celles appartenant à la seconde catégorie ne sauraient prétendre qu'aux droits dérivés acquis en qualité de membre de la famille ou de survivant d'un travailleur, c'est-à-dire d'une personne appartenant à la première catégorie;

Que cette interprétation est confirmée par le texte du deuxième paragraphe de l'article 2 [13], qui dispose que les travailleurs qui ne sont pas ressortissants d'un État membre sont néanmoins assimilés à ces ressortissants pour ce qui est des droits de leurs survivants, à condition que ceux-ci soient des ressortissants de l'un des États membres ou des apatrides ou réfugiés résidant sur le territoire d'un des États membres; qu'elle trouve une confirmation supplémentaire dans la circonstance que l'article 1 du règlement fait également une distinction

12 — C'est nous qui soulignons.

13 — Voir son libellé ci-dessus, point 8.

nette entre les travailleurs d'une part et les membres de leur famille d'autre part en définissant lui-même, sous les lettres a), b) et c), les notions de 'travailleur', 'travailleur frontalier' et 'travailleur saisonnier' mais en renvoyant par contre, aux lettres f) et g), pour la définition des termes 'membre de la famille' et 'survivant' aux législations nationales indiquées» [14].

40. Bien que le premier groupe de personnes ait été élargi par le règlement n° 307/1999 portant modification du règlement n° 1408/71 [15], il convient certainement de s'en tenir à cette distinction de principe entre ce groupe et les membres de la famille, deuxième groupe de personnes visé par cette disposition. Cette analyse est également confortée par l'arrêt Cabanis-Issarte [16], dans lequel la Cour a affirmé que:

«l'article 2, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71, délimitant le champ d'application personnel de celui-ci, vise deux catégories nettement distinctes de personnes: les travailleurs, d'une part, et les membres de leur famille et leurs survivants, d'autre part. Les premiers doivent, pour relever du règlement, être ressortissants d'un État membre, apatrides ou réfugiés résidant sur le territoire d'un État membre; en revanche, aucune condition de nationalité n'est requise pour les membres de la famille ou les survivants de travailleurs, ressortissants communautaires, afin que le règlement leur soit applicable» [17].

41. De par sa nationalité polonaise, il ne fait aucun doute que la demanderesse n'appartient pas au premier des groupes de personnes définis à l'article 2, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71. En tant qu'épouse d'un citoyen de l'Union, elle peut toutefois, en qualité de membre de la famille, appartenir au deuxième groupe de personnes visé à l'article 2, paragraphe 1, du règlement. L'ordonnance de renvoi ne permet certes pas de savoir si, et à quel titre (travailleur salarié ou non salarié, etc.), le conjoint allemand de la demanderesse relève du champ d'application de l'article 2, paragraphe 1, du règlement. Néanmoins, le juge de renvoi évoquant, dans l'exposé de ses arguments, une entrave indirecte à la libre circulation du conjoint, il nous faut présumer, pour la suite de l'argumentation, qu'il remplit en sa personne les conditions qui le rattachent au champ d'application de l'article 2, paragraphe 1, du règlement, de sorte que la demanderesse, en tant que membre de sa famille, relèverait du deuxième groupe de personnes mentionné à l'article 2, paragraphe 1, du règlement.

42. La question est désormais de savoir si, parce qu'elle pourrait relever, en tant que membre de la famille au sens de l'article 2, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71, du champ d'application de ce règlement, la

14 — Arrêt Kermaschek, precite, note 6, points 7 et 8.

15 — Le règlement n° 307/1999 a integre les étudiants dans le champ d'application du règlement n° 1408/71.

16 — Precite, note 7.

17 — Ibidem, point 21.

demanderesse serait en mesure de se prévaloir des articles 67 à 71 du règlement, en d'autres termes, si elle pourrait bénéficier des dispositions spéciales édictées pour les travailleurs frontaliers à l'article 71, paragraphe 1, sous a), ii), qui désignent l'administration du travail de l'État de résidence comme l'institution compétente pour l'octroi de prestations de chômage.

43. Dans le contexte de la jurisprudence de la Cour à ce jour [18], cette question appelle — également de l'avis concordant des parties — une réponse relativement claire et plus précisément négative.

44. Au regard des dispositions du règlement n° 1408/71 pertinentes dans la présente procédure, l'arrêt Kermaschek concernait une situation factuelle comparable.

«[...] M^me^ Kermaschek, de nationalité yougoslave, demandait à pouvoir bénéficier des dispositions du règlement n° 1408/71 relatives à la totalisation des périodes d'assurance ou d'emploi pour l'ouverture d'un droit aux prestations de chômage. Elle ne pouvait se prévaloir à cet effet de sa qualité de travailleur en Allemagne, puisqu'elle était ressortissante d'un pays tiers. Elle ne pouvait davantage se prévaloir de sa qualité de conjoint d'un ressortissant allemand, puisque les dispositions communautaires en cause étaient exclusivement applicables aux travailleurs» [19].

45. Dans l'arrêt Kermaschek, la Cour a opéré une distinction entre les droits propres et les droits dérivés dont pourraient se prévaloir respectivement les premier ou deuxième groupes de personnes visés à l'article 2, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71 [20]. Sur la question de la possibilité d'invoquer les articles 67 et suivants du règlement n° 1408/71, la Cour a conclu ce qui suit:

«Les articles 67 à 70 du règlement n° 1408/71 n'ont pour objet principal que la coordination des droits aux prestations de chômage, servies en vertu des législations nationales des États membres aux travailleurs salariés ressortissants d'un État membre; que les membres de la famille de tels travailleurs n'ont droit qu'aux prestations prévues par ces législations pour les membres de la famille des travailleurs en chômage, étant entendu que la nationalité de ces membres de la famille est à cet égard indifférente». [21].

46. Si l'on transpose ces constatations au présent cas de figure, il s'ensuit que l'article 71 du règlement ne pourrait conférer à

18 — Arrêts Kermaschek (précité, note 6), Cabanis-Issarte (précité, note 7) et du 10 octobre 1996, Hoever et Zachow (C-245/94 et C-312/94, Rec. p. I-4895).

19 — Arrêt Cabanis-Issarte, précité, note 7, point 24.
20 — Arrêt Kermaschek, point 7 (précité, point 39).
21 — Ibidem, point 9.

la demanderesse aucun droit aux prestations de chômage à l'égard de l'institution allemande, car ces dispositions «n'ont pour objet principal que la coordination des droits aux prestations de chômage servies, en vertu des législations nationales des États membres, aux travailleurs salariés ressortissants d'un État membre et non aux membres de leur famille» [22].

47. Dans sa jurisprudence postérieure à l'arrêt Kermaschek, la Cour est d'abord restée attachée à la différence entre droits propres et droits dérivés aux fins de la détermination du champ d'application des dispositions du règlement aux deux groupes de personnes devant être distingués en vertu de l'article 2, paragraphe 1, du règlement [23].

48. Elle a toutefois fondamentalement remis en cause cette distinction dans l'arrêt Cabanis-Issarte au motif qu'elle «peut avoir pour conséquence de porter atteinte à l'exigence fondamentale de l'ordre juridique communautaire que constitue l'uniformité d'application de ses règles, en faisant dépendre leur applicabilité aux particuliers de la qualification de droit propre ou de droit dérivé donnée par la législation nationale applicable aux prestations en cause, au regard des particularités du régime interne de sécurité sociale» [24].

49. La Cour a par conséquent été amenée à limiter la portée de sa jurisprudence découlant de l'arrêt Kermaschek sur la distinction entre droits propres et droits dérivés aux seules circonstances de fait décrites dans l'affaire Kermaschek [25].

50. Même si, d'un point de vue strict, il convient de partir du principe que la Cour, avec l'arrêt Cabanis-Issarte, a fortement relativisé la distinction entre droits propres et droits dérivés, ce que conforte également l'arrêt Hoever et Zachow, s'agissant des prestations familiales, dans lequel la Cour a décidé que «la distinction entre droits propres et droits dérivés ne s'applique pas, en principe, aux prestations familiales» [26], elle s'en est toujours expressément tenue, en présence de circonstances de fait comparables à celles de l'affaire Kermaschek, à la conclusion de cet arrêt, ce qui découle tant de l'arrêt Cabanis-Issarte [27] que de l'arrêt Hoever et Zachow [28].

51. Dans la mesure où la présente espèce au principal concerne une situation factuelle comparable à celle de l'affaire Kermaschek, il nous faudra, en l'état actuel de la jurisprudence, partir du principe que la demanderesse ne saurait se prévaloir, en sa qualité de membre de la famille, des articles 67 à 71 du règlement n° 1408/71, pour demander à bénéficier de prestations

22 — Arrêt Cabanis-Issarte, précité, note 7, point 23.

23 — Arrêts du 6 juin 1985, Frascogna (157/84, Rec. p. 1739); du 20 juin 1985, Deak (94/84, Rec. p. 1873); du 17 décembre 1987, Zaoui (147/87, Rec. p. 5511); du 8 juillet 1992, Taghavi (C-243/91, Rec. p. I-4401), et du 27 mai 1993, Schmid (C-310/91, Rec. p. I-3011).

24 — Précité, note 7, point 31.

25 — Ibidem, point 34.

26 — Précité, note 18, point 33.

27 — Précité, note 7, points 23 et 24.

28 — Précité, note 18, point 32.

de chômage dans son État de résidence sans y avoir accompli les périodes prévues par l'ordre juridique de cet État s'agissant de l'ouverture des droits à prestations.

52. La seule question est donc désormais de savoir s'il existe des motifs qui mettent sérieusement en cause la jurisprudence telle qu'elle se présente à ce jour et commandent une modification de cette jurisprudence.

53. Il nous faut pour commencer aborder l'allusion de la juridiction de renvoi à la dimension temporelle [29] de la jurisprudence fondée par l'arrêt Kermaschek. Plusieurs éléments peuvent amener à cette conclusion. La jurisprudence établie il y a presque 25 ans a en fait été — comme nous l'avons exposé précédemment — sensiblement remise en question [30].

54. D'un point de vue purement théorique, on peut affirmer que le caractère dynamique du droit communautaire peut tout à fait donner matière à examiner en profondeur une notion créée il y a 25 ans par la jurisprudence, surtout si les libertés fondamentales de la Communauté, dont fait partie la libre circulation des personnes, pourraient être mieux servies par d'autres voies, ce que semble estimer le juge de renvoi.

55. Enfin, sur le plan législatif également, une série de modifications est intervenue entre-temps, depuis les modifications du droit communautaire primaire jusqu'à l'extension concrète de l'article 2, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71.

56. Ces considérations ne sont cependant pas susceptibles en tant que telles d'impliquer que l'arrêt Kermaschek n'est plus pertinent, la Cour ayant confirmé sa validité en 1996 et ce par deux fois [31].

57. L'argument concret de l'atteinte indirecte à la libre circulation du conjoint ressortissant communautaire, tel qu'exposé par le juge de renvoi, semble plus sérieux. Cependant, rien n'a été dit sur le point de savoir dans quelle mesure le conjoint allemand de la demanderesse a jamais fait usage de la liberté de circulation dont il bénéficie en vertu du traité. Le doute reste donc entier sur la question de savoir s'il doit être considéré comme un travailleur migrant et s'il relève du champ d'application personnel du règlement n° 1408/71. La possibilité théorique qu'il puisse l'exercer un jour, qui vaut potentiellement pour tout ressortissant communautaire, ne suffit pas à fonder une conséquence juridique aussi importante que la libre circulation de facto d'un conjoint ressortissant d'un État tiers. Le cas de figure concret de l'espèce au principal ne se prête donc nullement à un revirement de la jurisprudence actuelle de la Cour.

29 — On peut lire à la fin de l'ordonnance de renvoi: «Étant donné que, dans ces circonstances, on peut se demander si la Cour maintiendra les principes établis dans l'arrêt de 1976 cité sub 2., il s'imposait de la saisir à nouveau».

30 — Voir arrêts Cabanis-Issarte (précité, note 7) et Hoever et Zachow (précité, note 18).

31 — Arrêts Cabanis-Issarte (précité, note 7) et Hoever et Zachow (précité, note 18).

58. On peut cependant légitimement s'interroger sur la possibilité pour la demanderesse de bénéficier des prestations de chômage demandées sur une autre base juridique. Tant le gouvernement du Royaume-Uni que la Commission ont fait référence à cet égard à l'accord européen entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la république de Pologne, d'autre part. Son article 37 pose le principe de l'égalité de traitement des travailleurs polonais tandis que son article 38 prévoit une coordination des régimes de sécurité sociale pour certaines de ses branches.

59. On remarquera que les prestations de chômage ne sont pas mentionnées à l'article 38, mais uniquement les prestations de vieillesse, d'invalidité, les pensions de survie et l'assurance maladie. La Commission a signalé que la coordination de l'assurance chômage pourrait le cas échéant faire l'objet d'une prochaine décision du conseil d'association. Il s'ensuit cependant que, de lege lata, cette coordination n'existe pas encore.

60. S'agissant du principe d'égalité de traitement inscrit à l'article 37 de l'accord, il convient de suivre l'analyse de la Commission qui estime que cette disposition s'adresse à l'État d'emploi. Dès lors, cette disposition ne permet pas non plus de fonder un droit aux prestations de chômage à l'encontre de la République fédérale d'Allemagne, État de résidence. Cette analyse renvoie toutefois à l'État d'emploi et donc au véritable problème de cette affaire, à savoir que la demanderesse a travaillé au Luxembourg en étant obligatoirement affiliée à l'assurance sociale, y a selon toutes vraisemblances cotisé à l'assurance chômage, mais s'est vu refuser ensuite toute prestation, lors de la survenance du risque assuré, au motif de sa résidence à l'étranger. Il s'agit d'une situation injuste, comme on en rencontre constamment, typiquement chez les frontaliers.

61. Il s'agit selon nous d'un problème d'égalité de traitement du travailleur par rapport à son État d'emploi. La référence à la résidence à l'étranger des frontaliers peut le cas échéant constituer une discrimination indirecte, qui peut éventuellement être dépourvue de motifs de justification lorsque le frontalier reste à la disposition de l'administration du travail de son État d'emploi, ce que l'on peut a priori présumer, dans la mesure où il exerçait déjà son activité professionnelle dans l'État en question.

62. Face à une problématique comparable apparue dans le cadre de l'ordre juridique allemand, le Bundesverfassungsgericht a réagi en décidant que les étrangers frontaliers originaires de pays tiers avaient droit, en cas de chômage, aux prestations prévues par la République fédérale d'Allemagne lorsqu'ils avaient perdu leur emploi en Allemagne et étaient obligatoirement affiliés à l'assurance chômage [32], une décision que le juge de renvoi a signalée expressément.

32 — Ordonnance du Bundesverfassungsgericht du 30 décembre 1999, 1 BvR 809/95, publiée au RIW 2000, p. 299.

63. Le juge de renvoi ne pourra guère faire passer une solution comparable en l'espèce, car cela implique une analyse de l'ordre juridique luxembourgeois.

64. En son état actuel, le droit communautaire ne peut toutefois pas faire le lien entre l'ordre juridique luxembourgeois et l'ordre juridique allemand (aussi souhaitable cela soit-il dans un cas tel que celui de l'espèce au principal).

65. Il convient donc de répondre au juge de renvoi que, en l'état actuel du droit communautaire, l'interprétation de l'article 2, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71, que la Cour a donnée dans l'arrêt Kermaschek, continue à s'imposer en particulier à l'égard de ses articles 67 à 71.

VI — Conclusion

66. À la lumière des considérations qui précèdent, nous proposons de répondre comme suit à la demande de décision préjudicielle:

«En l'état actuel du droit communautaire, l'interprétation de l'article 2, paragraphe 1, 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, que la Cour a donnée dans l'arrêt du 23 novembre 1976, Kermaschek (40/76), continue à s'imposer, en particulier à l'égard de ses articles 67 à 71.»