CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. MARCO DARMON

présentées le 5 juillet 1988

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Le statut des fonctionnaires communautaires a prévu pour ces derniers la faculté de faire transférer vers le régime de pensions communautaire les droits constitués dans un régime national avant l'entrée dans la fonction publique communautaire. A propos de deux affaires distinctes, la Cour de cassation luxembourgeoise vous a renvoyé des questions préjudicielles qui témoignent, à nouveau, de certaines difficultés dans la mise en œuvre effective de ce transfert.

2. Nous évoquerons, en premier lieu, l'affaire Retter, qui est relative à une situation chronologiquement antérieure à celle de l'affaire Fingruth.

3. M. Retter a été titularisé en qualité de fonctionnaire de la CECA le 5 février 1962, après avoir exercé des fonctions salariées auprès d'une société et totalisé 61 mois d'affiliation à la caisse de pensions des employés privés (ci-après « CPEP »). La discussion porte sur la compatibilité avec le droit communautaire d'un régime d'indemnité de rachat des cotisations tel que celui en vigueur au Luxembourg en 1964, c'est-à-dire à l'époque où M. Retter avait demandé et obtenu une telle indemnité.

4. Pour les fonctionnaires de la CECA, c'est le « règlement fixant le statut des fonctionnaires et le régime applicable aux autres agents de la Communauté », pris par la commission des présidents de la CECA, qui avait prévu, à l'article 11, paragraphe 2, alinéa 1, le droit au transfert dans les termes suivants: « Le fonctionnaire qui entre au service de la Communauté, après avoir cessé ses fonctions auprès d'une administration, d'une organisation nationale ou internationale ou d'une entreprise, a la faculté, au moment de sa titularisation, de faire verser à la Communauté: — soit l'équivalent actuariel des droits à pension d'ancienneté qu'il a acquis dans l'administration, l'organisation nationale ou internationale ou l'entreprise dont il relevait, — soit le forfait de rachat qui lui est dû par la caisse de pension de cette administration, organisation ou entreprise au moment de son départ. » L'entrée en vigueur de ce règlement était fixée, par son article 2, au 1er janvier 1962. Il faut mentionner que, pour l'essentiel, ce texte reprenait avec des adaptations rédactionnelles les dispositions des règlements (CEE) n° 31, (CEEA) n° 11 des Conseils, du 18 décembre 1961, fixant le statut des fonctionnaires et le régime applicable aux autres agents de la Communauté économique européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique [1], également entré en vigueur le 1er janvier 1962. Mais il faut observer que, contrairement à ce règlement pris conformément aux articles 189 du traité CEE et 161 du traité CEEA, le règlement de la commission des présidents de la CECA n'a apparemment pas été publié au *Journal officiel des Communautés européennes*, et il ne semble pas qu'il ait fait l'objet d'une autre forme de publication.

1 — JO 45 du 14.6.1962, p. 1385.

5. Il vous est demandé, dans le cadre de la présente saisine, de vous prononcer sur la portée de l'applicabilité directe de la disposition du statut des fonctionnaires CECA de 1962 à l'égard d'une loi luxembourgeoise en vigueur lors de l'édiction dudit statut. Or, tout au long de la procédure, tant écrite qu'orale, devant votre Cour, chacun s'est attaché à raisonner comme si la disposition statutaire en cause avait les caractères juridiques d'un règlement communautaire, alors qu'elle ne présente peut-être pas tous ces caractères.

6. Une telle situation nous semble justifier, de votre part, une réouverture des débats, afin de voir préciser les effets juridiques du statut des agents de la CECA de 1962 et, plus exactement, de sa disposition relative au transfert des droits à pension, notamment au regard d'une absence de publication.

7. Dans ces conditions, nous estimons ne pas devoir poursuivre aujourd'hui nos conclusions sur l'affaire Retter.

8. L'affaire Fingruth se situe dans un cadre juridique qui n'est pas exactement identique à celui de la précédente. En effet, elle concerne un litige relatif à une demande de transfert formulée, en novembre 1981, par une fonctionnaire du Parlement européen titularisée en avril 1981. Cette demande était fondée, en droit communautaire, sur le statut unique des fonctionnaires des Communautés européennes édicté par la voie du règlement (CEE, Euratom, CECA) n° 259/68 du Conseil, du 29 février 1968 [2], et plus précisément sur l'article 11, paragraphe 2, alinéa 1, de son annexe VIII, qui dispose:

« Le fonctionnaire qui entre au service des Communautés, après avoir cessé ses fonctions auprès d'une administration, d'une organisation nationale ou internationale ou d'une entreprise, a la faculté, au moment de sa titularisation, de faire verser aux Communautés:

— soit l'équivalent actuariel des droits à pension d'ancienneté qu'il a acquis dans l'administration, l'organisation nationale ou internationale ou l'entreprise dont il relevait,

— soit le forfait de rachat qui lui est dû par la caisse de pension de cette administration, organisation ou entreprise au moment de son départ. »

Du point de vue du droit luxembourgeois, M^me^ Fingruth demandait l'application des dispositions de la loi du 14 mars 1979, qui déterminent les modalités, en droit interne, de la faculté de transfert prévue par la disposition statutaire précitée. Cette loi a notamment prévu, par modification de l'article 18 de la loi du 16 décembre 1963, que les cotisations versées au régime de pension luxembourgeois sont transférées, sur demande de l'intéressé, au régime de pensions communautaire, compte tenu d'intérêts composés de 4 % l'an à compter du 31 décembre de chaque année d'affiliation, la demande étant à présenter, sous peine de forclusion, dans le délai de une année à partir de la titularisation. Le régime de rachat défini par cette loi concerne, comme les débats à l'audience l'ont précisé, la totalité des cotisations, c'est-à-dire la part « assuré » *et* la part « employeur ».

9. La situation de M^me^ Fingruth, qui a déposé auprès de l'administration du Parle-

2 — JO L 56 du 4.3.1968.

ment une demande de transfert des droits à pension moins de un an après sa titularisation comme fonctionnaire communautaire, c'est-à-dire à l'intérieur du délai de forclusion prévu par la loi de 1979, mais qui a vu le Parlement transmettre ladite demande à la CPEP plus de un an après cette titularisation, a amené la Cour de cassation à vous adresser une question destinée à préciser la mesure de la compatibilité d'un délai de forclusion avec le droit au transfert consacré par le statut.

10. Dès lors qu'il appartenait au législateur national de déterminer les modalités du transfert prévu par le statut, nous souscrivons à l'analyse de la Commission et du Royaume-Uni suivant laquelle ces modalités peuvent comporter la fixation d'un délai pour demander le transfert à l'autorité nationale compétente, sous peine de forclusion. Les impératifs de bonne gestion administrative des organismes nationaux gérant les droits à pension acquis par des particuliers avant leur entrée dans la fonction publique communautaire nous paraissent, a priori, justifier le souci que peut avoir le législateur national d'obliger le fonctionnaire communautaire à se déterminer dans un certain délai.

11. Toutefois, s'agissant d'un délai imposé par une loi nationale pour l'exercice effectif d'une faculté consacrée par le droit communautaire, sa compatibilité avec ce droit suppose le respect de certaines limites.

12. Par analogie avec votre arrêt Ferwerda du 5 mars 1980 où, tout en reconnaissant qu'il appartient

« à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire »,

vous précisez que

« en aucun cas ces modalités ne sauraient être aménagées de manière à rendre pratiquement impossible l'exercice des droits que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder » [3],

nous estimons que les modalités de l'exercice d'un droit consacré par un règlement communautaire directement applicable ne peuvent être aménagées par le législateur national de manière à le rendre pratiquement impossible, ou même difficile. Plus précisément, ainsi que l'a souligné le Royaume-Uni dans ses observations écrites, le délai fixé pour exercer le droit au transfert doit être suffisant pour donner au fonctionnaire la possibilité tant de se faire une opinion que de prendre une décision en toute connaissance de cause.

13. Sous cet angle, un délai tel que celui de un an à compter de la titularisation dans la fonction publique communautaire, prévu par la loi luxembourgeoise de 1979, en concertation, d'ailleurs, avec la Commission, ne paraît pas fixé de manière à rendre impossible, ni même difficile, l'exercice du droit au transfert, surtout si l'on tient compte, comme l'a relevé la CPEP, de ce que cette titularisation est le plus souvent précédée d'une année de stage.

3 — 265/78, Rec. 1980, p. 617, point 10.

14. La compatibilité d'un délai de forclusion, raisonnablement fixé, avec l'article 11, paragraphe 2, alinéa 1, de l'annexe VIII du statut doit-elle, cependant, être assortie d'une réserve selon laquelle la forclusion ne saurait être opposée dans certains cas de dépassement?

15. Des suggestions ont été formulées à ce sujet par la Commission. Elles sont étroitement inspirées par les circonstances de la mésaventure survenue à M^me^ Fingruth, qui a exprimé en temps voulu sa volonté de demander le transfert, mais qui a vu l'administration du Parlement européen tarder à transmettre sa demande.

16. La Commission a principalement évoqué la collaboration constante entre institutions communautaires et nationales dans la matière du transfert des droits à pension et estimé que cette coopération, fondée sur l'article 5 du traité, et plus spécifiquement sur l'article 19 du protocole sur les privilèges et immunités, devait conduire à ce que la forclusion ne puisse être opposée à un fonctionnaire qui a exprimé formellement à son administration communautaire sa demande dans le délai de un an.

17. Nous ne sommes que très modérément convaincu par cette argumentation. Si, comme nous le pensons, c'est l'alinéa 1 de l'article 5 du traité qu'elle vise, il convient de rappeler que, selon votre jurisprudence, l'obligation exprimée par cette disposition ne suffit pas pour produire des effets juridiques à l'égard des États. Suivant l'expression du P^r^ Vlad Constantinesco, elle sert au « renforcement d'obligations communautaires préexistantes » et doit, pour ce faire, être relayée par une obligation spéciale [4]. Il nous paraît difficile d'analyser comme une telle obligation, compte tenu de la matière en cause, l'article 19 du protocole précité qui dispose que, « pour l'application du présent protocole, les institutions des Communautés agissent de concert avec les autorités responsables des États membres intéressés ». Cette disposition nous semble trop générale pour fonder, même combinée avec l'article 5, l'exception à une forclusion résultant du dépassement d'un délai fixé par le droit national, lorsque ce dépassement résulte de la lenteur d'une administration communautaire à transmettre une demande.

18. La Commission, en développant son point de vue sur la collaboration étroite entre administrations nationales et institutions communautaires pour le transfert des droits à pension, a précisé qu'elle avait pour fondement la pratique consistant à utiliser l'administration communautaire comme « mandataire constitué du fonctionnaire », et en a déduit que la volonté clairement exprimée par le fonctionnaire dans le délai de un an à partir de sa titularisation à l'égard de son administration doit être considérée comme ayant été exprimée valablement.

19. Un tel argument nous semble témoigner d'une relative confusion quant à la notion de mandataire. A supposer que l'administration communautaire puisse être regardée comme mandataire constitué de son fonctionnaire, elle se trouve soumise au même délai que lui pour adresser la demande de transfert. En réalité, pour éviter la forclusion, il faudrait pouvoir analyser l'administration communautaire comme mandataire constitué non du fonctionnaire, mais de l'administration sociale. Dès lors, la réception d'une demande par l'administration communautaire dans le délai de un an pourrait être considérée comme satisfaisant à la

4 — « L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire », contribution à « Du droit international au droit de l'intégration », *Liber amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1987, p. 110.

condition posée par la loi luxembourgeoise de 1979. Cependant, comme nous l'avons vu, les dispositions invoquées du traité et du protocole sur les privilèges et immunités peuvent difficilement fonder juridiquement une telle situation de « mandataire constitué », et aucune autre disposition communautaire ne paraît pouvoir fournir le fondement nécessaire à cet égard.

20. Il faut d'ailleurs ajouter qu'à l'audience le représentant de la Commission a indiqué, en réponse à une question, qu'il n'allait pas jusqu'à considérer l'institution communautaire comme mandataire obligé de l'institution nationale.

21. En réalité, une telle conception du « mandataire obligé » innoverait considérablement, pour ce qui concerne les rapports entre institutions communautaires et nationales, et elle ne peut certainement pas être consacrée, sans texte formel, au moyen d'une interprétation jurisprudentielle trop étroitement inspirée par une situation individuelle.

22. A défaut de réserver l'inopposabilité de la forclusion à l'égard d'une demande parce qu'elle transite par une institution communautaire serait-il concevable de la réserver à l'égard d'un dépassement de délai parce qu'il est totalement indépendant de la volonté d'un fonctionnaire? La question posée est, en fait, celle d'une possible prise en considération de la force majeure.

23. Il est indiscutable que, pour la mise en œuvre effective du droit au transfert, et plus précisément pour l'établissement des demandes de fonctionnaires tendant à ce transfert, les institutions communautaires se sont placées en situation d'intermédiaire obligatoire. Le mémoire de la Commission et ses annexes font apparaître qu'une véritable procédure de préparation des demandes avait été mise en place par l'administration communautaire: information des fonctionnaires au sujet du droit au transfert aménagé par la législation luxembourgeoise, centralisation des demandes de renseignements des fonctionnaires relatives aux montants transférables et envoi de ces demandes aux caisses luxembourgeoises, réception des réponses et transmission aux fonctionnaires concernés, centralisation des demandes de transfert proprement dites et envoi de celles-ci aux caisses luxembourgeoises, des délais étant d'ailleurs imposés aux fonctionnaires par leur administration pour se déterminer.

24. Dans ces conditions, il est permis de se demander si, pour un fonctionnaire ayant remis, dans le délai de un an fixé par la loi luxembourgeoise, une demande de transfert en bonne et due forme à son administration, la non-transmission de la demande en temps utile ne présente pas les caractères de la force majeure? En effet, sauf dans le cas où le fonctionnaire ne remet sa demande à l'administration communautaire qu'in extremis, il ne peut normalement prévoir que cette administration ne transmettra pas la demande à l'intérieur du délai légal, et le cheminement de celle-ci lui échappe totalement. Autrement dit, le fait que la demande, exprimée en temps utile par le fonctionnaire, n'ait pas été transmise par son administration dans le délai légal semble résulter, pour lui, d'une cause imprévisible, qui lui est extérieure, et à l'égard de laquelle il ne dispose d'aucune parade, compte tenu de la procédure mise en place par l'administration communautaire. Semblable situation, dont le cas de M^me^ Fingruth constitue une illustration très parlante, doit-elle vous conduire à assortir votre réponse d'une réserve?

25. Votre arrêt du 22 janvier 1986, Denkavit/FORMA [5], peut aider à forger une opinion sur ce point.

26. Statuant sur la validité de l'article 15 du règlement n° 1380/75 de la Commission, du 29 mai 1975, portant modalités d'application des montants compensatoires monétaires, qui disposait que « le dossier du paiement du montant compensatoire monétaire doit être déposé sauf cas de force majeure, dans les six mois suivant le jour d'accomplissement des formalités douanières, sous peine de forclusion », vous avez indiqué que

« la forclusion à la suite de l'introduction tardive du dossier est, en règle générale, la conséquence normale de l'expiration de tout délai impératif et non une sanction » [6],

tout en rappelant que l'article 15 prévoyait que

« des circonstances exceptionnelles constituant un cas de force majeure peuvent justifier un retard ».

Aussi avez-vous conclu que,

« dans ces conditions, rien ne permet d'affirmer que la forclusion édictée ... est disproportionnée par rapport à l'objectif que le législateur communautaire a voulu atteindre » [7].

27. Cet arrêt paraît particulièrement intéressant, dans la mesure où il met en valeur l'idée que, pour apprécier si un délai de forclusion n'est pas déraisonnable, il convient de vérifier s'il est tenu compte de circonstances exceptionnelles constituant un cas de force majeure, qui permettent d'échapper à la forclusion. Une telle solution, édictée à propos d'une réglementation purement communautaire, nous semble pouvoir être transposée dans une situation où un règlement communautaire consacre un droit et la législation nationale en détermine les modalités d'exercice. Plus précisément, il nous paraît possible d'interpréter l'article 11, paragraphe 2, alinéa 1, de l'annexe VIII du statut comme laissant au législateur national la possibilité de prévoir un délai de forclusion pour l'exercice du droit au transfert sous réserve que ce délai soit défini de façon raisonnable, c'est-à-dire que sa durée permette un choix éclairé et que des circonstances exceptionnelles constituant un cas de force majeure puissent justifier son dépassement. Pour le contenu de la notion de force majeure, il conviendrait, selon nous, de se référer à la formule de votre arrêt du 9 février 1984, Busseni:

« ... La notion de force majeure vise essentiellement ... des circonstances étrangères rendant impossible la réalisation du fait en cause. Même si elle ne présuppose pas une impossibilité absolue, elle exige toutefois qu'il s'agisse de difficultés anormales, indépendantes de la volonté de la personne et apparaissant inévitables, même si toutes les diligences utiles sont mises en œuvre » [8].

28. Il est à noter que, dans votre arrêt Denkavit/FORMA, précité, vous avez estimé que la perte d'un document due à la négligence des autorités douanières ne

5 — 266/84, Rec. 1986, p. 149.
6 — Ibidem, point 21.
7 — Ibidem, point 22.
8 — 284/82, Rec. 1984, p. 557, point 11.

constituait pas un cas de force majeure justifiant le dépassement du délai de forclusion fixé par le règlement communautaire en cause. Mais cette solution s'explique par la circonstance que ce texte prévoyait lui-même la procédure que l'opérateur devait suivre en cas de non-retour du document.

29. Toujours est-il que, dans la matière qui nous occupe aujourd'hui, c'est au juge national qu'il appartiendra de définir si une situation déterminée présente les caractères d'un cas de force majeure au sens de votre arrêt Busseni.

30. Ce n'est pas sans une certaine hésitation que nous sommes parvenu à la solution qui vient de vous être suggérée: en parant aux effets d'une carence regrettable de l'administration communautaire, elle ne lui en fait pas assumer les conséquences, tout au moins à l'égard de l'agent concerné. Mais il nous a semblé que votre jurisprudence conduisait logiquement à préciser les limites dans lesquelles le législateur national peut définir un délai pour l'exercice d'un droit consacré par un règlement communautaire et à inclure dans ces limites la prise en considération d'éléments constitutifs, pour les fonctionnaires en cause, d'un cas de force majeure.

31. En conséquence, nous vous proposons:

— d'ordonner la réouverture des débats dans l'affaire Retter et,

— s'agissant de l'affaire Fingruth, de dire pour droit:

« L'article 11, paragraphe 2, alinéa 1, de l'annexe VIII du statut des fonctionnaires des Communautés européennes ne fait pas obstacle à ce qu'une législation nationale fixe un délai de forclusion pour l'exercice de la faculté qu'il prévoit, sous réserve que le délai soit déterminé de façon à ne pas rendre cet exercice impossible ou même difficile et que la forclusion ne puisse être opposée lorsqu'un dépassement résulte, à l'égard d'un fonctionnaire, de difficultés anormales, indépendantes de sa volonté et qu'il ne pouvait éviter. »