CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. G. FEDERICO MANCINI

présentées le 5 mai 1988 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Par ordonnance du 21 janvier 1987, le Bundessozialgericht vous demande si, aux fins du calcul de la pension d'un travailleur frontalier, les périodes au cours desquelles il a bénéficié des prestations de chômage complet doivent être prises en considération par l'institution compétente de l'État de résidence ou par l'organisme correspondant du pays dans lequel le pensionné a exercé son activité professionnelle.

Les faits. M. Josef Rebmann, ressortissant allemand, a toujours résidé en Allemagne. Au cours de la période allant du 1er août 1959 au 30 juin 1972, il a travaillé en France comme frontalier en versant les cotisations correspondantes au régime de sécurité sociale de cet État. En juin 1972, M. Rebmann est resté sans emploi. Il s'est donc inscrit sur les registres de l'office de l'emploi de Sarrebruck en percevant entre le 13 juillet suivant et le 31 juillet 1974 les prestations de chômage prévues par les dispositions de la législation allemande.

En 1980, M. Rebmann a pris sa retraite en percevant une pension versée par la caisse française. En outre, par décision du 10 décembre 1980, la Bundesversicherungsanstalt für Angestellte de Berlin (ci-après « BfA ») lui a attribué une pension d'invalidité sur la base des années de travail (1974-1980) accomplies en Allemagne. Toutefois, l'institution n'a pas tenu compte dans le calcul du montant de cette pension de la période au cours de laquelle l'ayant droit était resté au chômage. En effet, selon l'article 36, paragraphe 1, première phrase, points 3 et 3a), de l'Angestelltenversicherungsgesetz (« AVG »), les périodes de chômage ne peuvent être prises en compte aux fins de la pension que si elles interrompent l'exercice d'une activité professionnelle assujettie à l'assurance au titre de la législation allemande. Elles peuvent — il est vrai — être compensées par des périodes de cotisation allemandes si des accords ou des conventions internationales auxquelles la République fédérale d'Allemagne est partie comportent des dispositions en ce sens. Mais, en l'espèce, cette possibilité n'est prévue ni par la convention franco-allemande existante en la matière ni par les dispositions du droit communautaire.

La réclamation, le recours et l'appel que le pensionné a formés contre la décision sont restés infructueux. Dans son pourvoi en « Revision », M. Rebmann a soutenu que la disposition précitée de l'AVG est contraire à l'article 71, paragraphe 1, sous a) ii), du règlement n° 1408/71, 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 (dans la version publiée au JO L 230 du 22.8.1983, p. 8). En effet, selon cette disposition, le travailleur frontalier qui est en chômage doit demander les indemnités correspondantes exclusivement à l'institution compétente de l'État de résidence.

* Traduit de l'italien.

Il est incontestable — a admis le demandeur — que la disposition ne vise pas directement le cas d'espèce. Mais il est tout aussi certain — a-t-il ajouté — que seule l'application de la lex domicilii évite aux frontaliers de faire l'objet d'une discrimination par rapport aux autres travailleurs migrants dans la mesure où il ne peut satisfaire ni dans l'État de résidence ni dans celui où il a exercé son emploi aux conditions auxquelles la législation nationale subordonne la reconnaissance des périodes de chômage. En ce qui concerne, en effet, la législation française, M. Rebmann ne pourrait pas prouver qu'il n'a perçu aucune allocation de chômage alors qu'au sens de la législation allemande son activité professionnelle assujettie à l'assurance n'apparaîtrait pas comme ayant été interrompue.

Dans ces circonstances, le Bundessozialgericht a estimé utile de vous demander quelle est, selon le droit communautaire, l'institution compétente pour tenir compte dans le calcul de la pension des périodes de chômage au cours desquelles un travailleur frontalier a bénéficié, au sens de l'article 71, paragraphe 1, sous a) ii), du règlement n° 1408/71, des allocations correspondantes. Le juge au principal souhaite notamment savoir:

a) si, à la lumière de la disposition communautaire précitée, les périodes de chômage doivent être prises en considération par l'État de résidence comme si le travailleur avait été soumis au cours de son dernier emploi à la législation de cet État;

b) si, au contraire, les même périodes doivent être prises en considération au titre de la législation en matière de droits à pension de l'État d'emploi comme s'il avait été soumis pendant la durée du chômage à la législation de cet État;

c) s'il appartient aux travailleurs intéressés de choisir l'institution à laquelle ils demandent de tenir compte des périodes de chômage.

Dans la procédure devant la Cour, des observations écrites ont été présentées par la BfA, les gouvernements de Rome et de La Haye ainsi que par la Commission des Communautés européennes. Hormis les Pays-Bas, ces mêmes sujets sont intervenus à l'audience.

2. La BfA et le gouvernement italien relèvent d'abord que l'absence d'une disposition communautaire ad hoc ne permet pas d'ignorer les intérêts des travailleurs frontaliers et que la solution du problème doit être recherchée sur la base des principes énoncés dans le règlement n° 1408/71. Ils soutiennent à cet égard que, en imposant le versement des prestations de chômage aux autorités de l'État de résidence, l'article 71 a introduit une exception à la règle selon laquelle il incombe au pays dans lequel le travailleur migrant exerce son activité de prendre toutes les mesures de caractère social et relevant de la sécurité sociale.

En revêtant donc la nature d'une dérogation, la disposition n'est pas applicable par analogie ou extension, comme l'affirme le gouvernement néerlandais, aux autres prestations sociales. Et cela même aux fins, encore que limitées, du calcul des années au cours desquelles l'ayant droit à la pension s'est trouvé au chômage. Dans le cas contraire, souligne la BfA, on aboutirait à un résultat paradoxal: par le seul fait d'avoir versé des allocations de chômage, l'État de résidence devrait ouvrir un droit à pension autonome en faveur du frontalier qui n'a jamais travaillé sur son territoire. Le problème soulevé par le juge au principal doit, en définitive, être résolu en faisant appel au critère général de l'État d'emploi.

La Commission est d'un avis contraire. Le critère précité, reconnaît-elle, est certainement plus conforme au système du règlement. Il pose cependant de sérieux problèmes de coordination entre les régimes d'assurance des États membres, et, en particulier, au regard de ceux qui, comme le régime français, excluent la possibilité de prendre en compte, aux fins des pensions, les périodes de chômage pour lesquelles les allocations n'ont pas été payées. Au cas où le frontalier n'a jamais travaillé dans l'État de résidence, mais y a subi des périodes de chômage en percevant les allocations correspondantes, le principe de la totalisation des périodes entrant en ligne de compte devrait au contraire s'appliquer. Par analogie avec ce que prévoit l'article 48, les institutions de l'État d'emploi seraient alors tenues de prendre en compte les périodes précitées.

3. La question qui nous est posée par le Bundessozialgericht met en lumière l'existence d'une grave lacune dans le règlement n° 1408/71 et il est évident que les intérêts d'une importante catégorie de travailleurs communautaires, comme l'est celle des frontaliers, obligent à la combler.

Une remarque préalable d'ordre général. Aux fins de la « détermination de la législation applicable », le Conseil a prévu que les travailleurs salariés ne résidant pas dans l'État d'emploi (parmi lesquels figurent naturellement les frontaliers) sont soumis à la législation de cet État [article 13, paragraphe 2, sous a)]. Au demeurant, le principe ainsi sanctionné n'est pas dépourvu d'exceptions. En particulier s'inspirent du critère de la lex domicilii: a) l'article 25, paragraphes 2 et 3, en ce qui concerne les prestations de maladie et de maternité auxquelles a droit le frontalier en chômage; b) l'article 39, paragraphe 5, en matière d'invalidité; c) l'article 71, paragraphe 1, sous a) ii), précité. Il dispose, en effet, que « 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 ».

Or, la ratio de cette disposition est manifeste: se trouvant sans emploi — a estimé le législateur communautaire —, le frontalier peut être mieux et plus facilement assisté par les autorités du pays de résidence où il a évidemment conservé des liens familiaux et sociaux plus stables. Cet aspect est très bien mis en lumière par la jurisprudence de la Cour. « Les dispositions de l'article 71 », affirme celle-ci dans l'arrêt rendu le 12 juin 1986 dans l'affaire 1/85 (Miethe, Rec. p. 1837), « ... visent à assurer aux travailleurs migrants le bénéfice des prestations de chômage dans les conditions les plus favorables à la recherche d'un nouvel emploi. Ces prestations comportent non seulement des allocation en argent, mais également l'aide au reclassement professionnel qu'apportent les services de l'emploi aux travailleurs qui se sont mis à leur disposition » (voir point 16 des motifs de l'arrêt et la jurisprudence qui y est mentionnée).

Cela dit, examinons laquelle des solutions proposées par le juge au principal est la plus conforme à l'esprit qui a animé le Conseil lorsqu'il a édicté les dispositions relatives au statut du travailleur frontalier.

La dernière hypothèse du Bundessozialgericht peut d'emblée être écartée: une faculté d'option reconnue aux frontaliers serait contraire à la lettre de l'article 71 — qui, comme nous l'avons vu, habilite les travailleurs à s'adresser uniquement aux autorités de l'État de résidence — et méconnaîtrait « la portée du règlement n° 1408/71 qui vise ... à coordonner les

législations nationales de sécurité sociale dans le cadre de la libre circulation des travailleurs ressortissants des États membres » (arrêt Miethe, précité, point 11 des motifs).

En revanche, la deuxième solution présente à tout le moins deux avantages: celui de se conformer à la règle fixée par l'article 13 et aux objectifs que poursuit l'article 51 du traité ainsi que celui de faire en sorte que les périodes de chômage s'ajoutent sans solution de continuité aux périodes de cotisation accomplies par le frontalier sous le régime de pension de l'État d'emploi. Ainsi, lorsque le travailleur retrouve un emploi dans cet État, les autorités de ce dernier, qui sont compétentes pour liquider ses droits à pension, tiendraient compte également des années au cours desquelles il n'a pas pu travailler.

Mais, comme la Commission l'a démontré, cette solution donne lieu à une série de difficultés de coordination entre les dispositions de l'État d'emploi en matière de calcul de la pension et les dispositions de l'État de résidence auquel il appartient de dicter la réglementation relative au paiement des allocations de chômage. Il y a plus. Elle perd toute utilité pratique lorsque le frontalier trouve un emploi dans son lieu d'origine grâce aux efforts des services de l'emploi auxquels il s'est adressé en vertu de l'article 71. Dans ce cas, en effet, pour les raisons que nous avons exposées en examinant l'hypothèse inverse, il paraît plus logique d'attribuer aux autorités de l'État de résidence la charge de tenir compte, au moment où elles liquident la pension, des périodes de chômage. Ajoutons que le paradoxe auquel la BfA a fait allusion n'est guère plausible; en effet, le frontalier qui n'a jamais travaillé dans son État de résidence ne peut, de ce fait même, y acquérir aucun droit à la pension au terme de son emploi.

En définitive, le point de vue soutenu par la BfA et le gouvernement italien ne paraît pas plus favorable aux intérêts du frontalier que celui qui est avancé par les Pays-Bas. Certes, comme toute disposition de nature exceptionnelle, l'article 71 doit être appréhendé dans le seul cadre de l'espèce pour laquelle il a été édicté. Nous sommes cependant convaincus que cette disposition ne se borne pas à introduire une dérogation au critère général de la lex loci laboris mais constitue, avec l'article 25, paragraphe 2, une réglementation destinée spécifiquement aux frontaliers et distincte de celle qui est consacrée aux autres travailleurs. Nous avons vu, en effet, que le critère de la lex domicilii répond, dans ce cas particulier, à un objectif essentiel: celui de permettre à la personne qui franchit quotidiennement une frontière pour travailler « de l'autre côté » de trouver après le chômage un emploi dans le pays où elle vit.

Donc, selon le règlement n° 1408/71, le chômage du frontalier — en tant que situation susceptible de protection juridique — est soumis à un régime spécial, rattaché au critère de la lex domicilii et parallèle à celui de la lex loci laboris, régissant tous (mais aussi uniquement) les droits et les devoirs du frontalier du jour où il est sans emploi jusqu'au moment où il le retrouve. Par contre, la période qui précède et qui suit cette parenthèse relève de toute évidence du régime général, c'est-à-dire de celui en vertu duquel il incombe uniquement à l'État d'emploi d'assumer la charge des prestations de sécurité sociale du travailleur non résidant. D'autre part, ce critère d'interprétation a précisément conduit la Cour à affirmer que conformément à l'article 13, paragraphe 2, sous a), précité, le « travailleur, qui cesse ses activités exercées sur le territoire d'un État membre et qui n'est pas allé travailler sur le territoire d'un autre État membre, reste soumis à la législation de l'État ... de son dernier emploi, quel que soit

le temps qui s'est écoulé depuis la cessation des activités en question et la fin de la relation de travail ». A son égard s'applique donc « seule la législation de cet État membre » (arrêt rendu le 12 juin 1986 dans l'affaire 302/84, Ten Holder, Rec. p. 1827, points 1 et 2 du dispositif).

Les difficultés de coordination auxquelles la Commission a fait allusion doivent en somme être surmontées en faisant appel au critère de l'État d'emploi. En vérité, le fait de soustraire le frontalier à la lex loci laboris constituerait un obstacle à la totalisation ininterrompue de ses droits à pension et serait incompatible avec les finalités du traité. Rappelons à cet égard que l'article 51 entend « assurer aux travailleurs migrants et à leurs ayants droit ... la totalisation, pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations, ainsi que *pour le calcul de celles-ci*, de toutes périodes prises en considération par les différentes législations nationales » (souligné par nous).

4. A la lumière des considérations qui précèdent, nous vous suggérons de répondre comme suit à la question posée par le Bundessozialgericht par ordonnance du 21 janvier 1987 dans l'affaire pendante devant lui entre M. Josef Rebmann et la Bundesversicherungsanstalt für Angestellte:

« Au sens de l'article 13, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1408/71 et en l'absence d'une disposition communautaire spécifique, les périodes de chômage complet subies par un travailleur frontalier dans l'État de résidence doivent être prises en considération, aux fins du calcul de la pension, par la législation de l'État de son dernier emploi. »