

**CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. PIETER VERLOREN VAN THEMAAT,
PRÉSENTÉES LE 16 DÉCEMBRE 1981¹**

*Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,*

1. Les questions posées et les faits sous-jacents à celles-ci

Le code luxembourgeois des assurances sociales prévoit que tout travailleur occupé en territoire luxembourgeois est obligatoirement assuré, en principe, au titre de la pension de vieillesse ou d'invalidité. La moitié de la cotisation qui est de 12 % du montant du salaire, doit être versée par l'employeur et l'autre moitié par le travailleur.

L'article 174 de ce code dispose, en son deuxième alinéa, que le travailleur étranger ne résidant que temporairement en territoire luxembourgeois peut obtenir une dispense de l'obligation de cotiser. Les entreprises françaises «Seco» et «Desquenue & Giral» ont obtenu en l'espèce une telle dispense pour leur travailleurs à l'occasion de l'exécution de travaux d'infrastructure pour le compte des chemins de fer luxembourgeois.

L'article 174, troisième alinéa, du code des assurances sociales prévoit toutefois qu'en pareil cas, le patron devra néanmoins la part de cotisation lui incombant personnellement.

La combinaison des régimes de sécurité sociale, réalisée par le règlement n° 1408/71 (CEE) et les conventions en matière de sécurité sociale conclues avec les pays tiers, a amené l'institution luxembourgeoise compétente dans le domaine des assurances sociales à renoncer, en pratique, à la perception de la part patronale dans les cotisations sociales, lorsque des travailleurs concernés sont originaires des pays de la CEE ou des pays tiers avec lesquels ont été conclues les conventions précitées.

Au cours des années 1974 à 1977, période sur laquelle porte le litige principal, les entreprises françaises en question occupaient toutefois des travailleurs originaires de pays tiers avec lesquels il n'avait pas été conclu de convention de sécurité sociale. Les entreprises «Seco» et «Desquenue & Giral» étaient dès lors tenues, conformément à l'article 174, troisième alinéa, du code des assurances sociales, de verser leur part de cotisation au titre des assurances sociales de droit luxembourgeois. Il n'est pas contesté que les travailleurs en question restraient assujettis à la législation française en matière de sécurité sociale pendant l'exécution des travaux au Luxembourg.

Il n'est pas contesté non plus qu'ils ne pouvaient prétendre, au Luxembourg, au bénéfice de droits complémentaires en matière de rente-vieillesse ou invalidité. Les deux entreprises ont formé recours contre la décision de l'institution luxembourgeoise compétente dans le domaine des assurances sociales (l'Établissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité — ci-après EVI), motif pris de ce que cette décision serait contraire aux dispositions du traité CEE en matière de libre prestation des services.

C'est dans le cadre de ces litiges, que la Cour de cassation du grand-duché de Luxembourg vous a déféré les questions suivantes:

- 1) Les dispositions de l'article 60 du traité de Rome sont-elles à interpréter en ce sens qu'un État membre des Communautés européennes peut exiger, selon sa loi nationale, le paiement de la part patronale des cotisations de l'assurance vieillesse et invalidité, tout comme de ses propres ressortissants, d'une personne physique ou morale étrangère, ressortissante d'un pays membre des Commu-

¹ — Traduit du néerlandais.

nautés, exécutant temporairement des travaux dans l'État premier nommé en y occupant des ouvriers ressortissants d'États qui n'ont aucun lien avec la Communauté, ou cette exigence est-elle contraire aux dispositions communautaires précitées, ou à toutes autres, comme constituant une pratique discriminatoire et préjudiciable à la libre circulation des services, ce prestataire communautaire étant soumis une première fois, dans son pays d'origine et d'établissement, au paiement, entre autres, de la part patronale pour ses ouvriers étrangers, et, une seconde fois, au paiement de la part patronale dans l'État où il effectue temporairement ses prestations au moyen de la main-d'œuvre étrangère?

- 2) Si la réponse à la première question va dans le sens que la pratique prédecrite constitue en principe une pratique discriminatoire prohibée, la solution sera-t-elle nécessairement la même, ou peut-elle être différente, si le prestataire compense en fait le désavantage du double paiement de la part patronale par d'autres facteurs économiques, tels que salaires payés à la main-d'œuvre étrangère inférieurs au salaire social minimum fixé dans le pays où les prestations de services sont fournies ou aux salaires imposés par les conventions collectives de travail en vigueur dans ce pays?

2. Observations écrites et orales

Nous renvoyons au rapport d'audience pour le résumé des observations écrites qui ont été présentées sur ces questions par les deux entreprises requérantes au principal, par l'EVI et par la Commission. Au cours des débats oraux, le représentant de l'EVI a attaché en particulier une grande importance à la constatation que le Luxembourg aurait aussi bien pu refuser entièrement l'entrée sur son territoire et l'octroi d'un permis de travail

aux travailleurs non communautaires des entreprises françaises.

A l'audience, la Commission a donné, à la demande de la Cour, un bref aperçu de la situation en ce qui concerne le problème de la «double» perception de la cotisation patronale dans les autres États membres. La France, l'Italie et les Pays-Bas appliqueraient, selon elle, un système analogue à celui du Luxembourg. En Belgique, en Allemagne, en Grèce, en Irlande et au Royaume-Uni (en vertu d'une disposition législative) et au Danemark (en pratique en tout cas) les travailleurs employés au service d'entreprises d'autres États membres seraient exemptés, quelle que soit leur nationalité, du versement des cotisations de sécurité sociale en cas d'exécution de travaux de caractère temporaire. Cette exemption s'étendrait également aux employeurs.

La Commission a déduit de cet aperçu que ce n'est pas exclusivement au Luxembourg que les questions dont il s'agit en l'espèce, revêtent l'importance aux fins de préciser le droit communautaire applicable en la matière.

3. La première question

L'article 60 du traité CEE dispose ce qui suit en son troisième alinéa:

«Sans préjudice des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans le pays où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants».

Dans les questions qui vous sont déférées, la juridiction de renvoi voit une discrimination possible, au sens de l'article que nous venons de citer, dans la circonstance qu'à la différence d'une entreprise luxembourgeoise employant

des travailleurs de pays tiers et cotisant pour ceux-ci, l'entreprise d'un autre État qui fait appel aux services de tels travailleurs et cotise déjà pour ceux-ci dans cet État membre, soit également assujettie au Luxembourg au versement de cotisations de même nature.

Au contraire de la Commission, nous estimons que la question posée peut effectivement recevoir une réponse dans le cadre de l'article 60 du traité CEE et qu'à la différence peut-être de ce qui serait le cas dans l'hypothèse d'une procédure au titre de l'article 169 du traité CEE, il n'est pas nécessaire de fonder notamment, ou même exclusivement, notre réponse sur l'article 59 du traité de la CEE.

Comme les employeurs luxembourgeois sont également redevables de la cotisation en cause pour les travailleurs de pays tiers avec lesquels il n'y a pas de convention en la matière, il ne saurait être soutenu qu'il y a discrimination formelle en l'espèce. La question se ramène donc à deux sous-questions: l'article 69 du traité CEE vise-t-il également les discriminations matérielles et y a-t-il discrimination matérielle en l'espèce?

Tout comme l'article 52 du traité de la CEE, l'article 60 du traité de la CEE peut être considéré comme une mise en œuvre directe de l'article 7 de ce traité. Vous avez déjà décidé dans l'affaire des frigidaires italiens (affaire 13/63, Recueil IX, p. 349), que ce dernier article interdit également les discriminations matérielles dans le cadre desquelles des cas non comparables sont traités de manière identique.

L'application de ce principe dans le domaine de la libre prestation des services est certainement limitée par les articles 57, deuxième paragraphe, et 66 du traité de la CEE. Il faudra déduire, selon nous, de ces dispositions que les restrictions à la libre prestation des services dans d'autres États membres qui sont la conséquence de l'applicabilité,

dans pareil cas, de la législation du pays d'établissement, parallèlement à la législation du pays où les prestations sont fournies ne constituent pas encore, en tant que telles, des discriminations matérielles interdites. Cette idée est sous-jacente également, selon nous, à vos arrêts dans les affaires Choquet (affaire 16/78, Recueil 1978, p. 2293) et Debaue (affaire 52/79, Recueil 1980, p. 833). De vos arrêts dans les affaires van Binsbergen (affaire 36/74, Recueil 1974, p. 1299), Coenen (affaire 39/75, Recueil 1975, p. 1579) et Debaue (affaire 52/79, Recueil 1980, p. 833), il se déduit toutefois, en tant que cela intéresse la présente affaire, que les dispositions nationales de l'État dans lequel les services sont fournis doivent puiser leur fondement dans l'intérêt général. Il s'ensuit aussi que considérées objectivement, ces dispositions doivent être nécessaires, ne peuvent être remplacées par des dispositions moins restrictives et doivent être appliquées de manière identique à tous les services fournis sur le territoire en question. Dans l'arrêt dans l'affaire Debaue que nous avons déjà cité, vous avez ajouté à cela la condition, importante pour les présentes affaires, que la compatibilité de telles dispositions avec le droit communautaire n'existe que «dans la mesure où un prestataire établi dans un autre État membre n'y serait pas soumis à des prescription similaires». Une formule comparable se trouvait d'ailleurs également dans votre arrêt dans l'affaire van Wesemael (affaires 110-111/78, Recueil 1979, p. 35). A la lumière des articles 57, deuxième paragraphe, et 66 du traité de la CEE, une telle clause figurant dans votre jurisprudence devra toutefois être lue, selon nous, dans un sens restrictif en ce qu'elle n'est applicable que si les dispositions dans l'État d'établissement présentent effectivement, d'un point de vue matériel, des garanties identiques pour l'intérêt général objectivement justifié à celles de la disposition invoquée de l'État où les services sont accomplis. Il ne suffit pas, selon nous, qu'elles visent la même

matière. De votre arrêt dans l'affaire Thieffry (affaire 71/76, Recueil 1977, p. 765), il peut toutefois se déduire que l'égalité matérielle des garanties peut être également admise en cas de différence négligeable entre les dispositions nationales.

Il est donc effectivement possible, selon nous, de déduire de votre jurisprudence antérieure que les articles 59 et 60 du traité de la CEE interdisent également, depuis la fin de la période de transition, les discriminations matérielles découlant du traitement identique de cas qui ne sont pas comparables en réalité. Les ressortissants propres sont seulement soumis à la législation de l'État de la prestation, les ressortissants d'un autre État membre, en revanche, sont également soumis à la législation de leur État d'établissement, alors que cette dernière législation comporte des garanties identiques pour l'intérêt général dont il s'agit. Il nous paraît également découler des formules déjà citées de vos arrêts van Wesemael et Debaue que dans une telle hypothèse, où la législation de l'État dans lequel la prestation est accomplie et celle de l'État d'établissement se chevauchent et où l'application de celles-ci «grève» donc doublement le prestataire, il faut en principe reconnaître la prévalence de la législation dernière citée. Il ressort toutefois de votre arrêt dans l'affaire Koestler (affaire 15/78, Recueil 1978, p. 791) que cette «prévalence de la législation de l'État d'établissement» ne doit pas entraîner en principe un traitement plus favorable des ressortissants d'autres États membre du fait de la non-application du droit de l'État où la prestation de services est accomplie. Toutes ces considérations ne préjudicient évidemment pas aux restrictions plus poussées de la liberté d'action des États membres qui peuvent découler de la coordination ou de l'harmonisation de dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres sur

la base des articles 57 et 66 du traité CEE ou sur la base d'autres dispositions du traité en matière de coordination ou d'harmonisation.

La deuxième sous-question à laquelle il reste maintenant à répondre est celle de savoir si ces conclusions s'étendent également aux obligations de verser des cotisations au titre des pensions de retraite ou d'invalidité du genre de celles dont il s'agit en l'espèce et qui se chevaucheraient. Cela ne paraît pas évident, en ce sens que les arrêts que nous avons cités plus tôt se rapportent tous à des dispositions ayant trait à l'accès à des activités ou à l'exercice de celles-ci en tant que telles.

Le «programme général pour la suppression des restrictions à la libre prestation de services» du 18 décembre 1961 (JO 1962, n° 2, p. 32) ne fournit pas non plus de réponse claire en ce qui concerne cette deuxième sous-question. Il ressort cependant de la liste des dispositions restrictives qu'il convient d'abolir, que celles-ci peuvent également se situer sur le plan de la sécurité sociale. Le point A, g), du programme général, cite en effet en tant que telles les dispositions qui, exclusivement à l'égard des étrangers, «prohibent ou restreignent le droit de participer à la sécurité sociale et notamment aux assurances maladie, accident, invalidité, vieillesse et aux allocations familiales». Il semble néanmoins que cette disposition ne soit pas suffisante pour rattacher le cas de l'espèce au champ d'application de l'article 60 du traité CEE. Ainsi qu'il ressort, en effet, du texte de la disposition de droit luxembourgeois pertinente en l'espèce, il ne s'agit tout d'abord pas ici d'une disposition *uniquement* applicable aux étrangers. En deuxième lieu, il s'agit dans la présente affaire de quelque chose d'entière-

rement autre que la limitation de l'accès au bénéfice du régime de sécurité sociale luxembourgeois, à savoir un cas de limitation de fait de la fourniture de la prestation de service du fait de la double perception de cotisations.

Il semble qu'il s'agisse plutôt ici d'une disposition ou d'un procédé qui, à l'égard des étrangers, «rend onéreuse la prestation des services en imposant des charges fiscales ou autres», au sens visé sous le point A, e), du programme précité. Comme votre jurisprudence semble également interdire les discriminations de caractère matériel sous les conditions précitées, la perception d'une cotisation à laquelle ne fait pas pendant une sécurité sociale supplémentaire pour les travailleurs considérés et qui grève plus lourdement les employeurs, lesquels sont également tenus au versement de cotisations dans le pays de leur établissement, que les ressortissants propres, pourrait effectivement être considérée, selon nous, comme interdite sur la base de la «ratio» de ladite disposition du programme général.

Nous croyons toutefois que certaines réserves s'imposent en ce qui concerne une conclusion formulée en des termes aussi généraux. Le titre III, initio, du programme général précité opère, en effet, une réserve expresse pour les exceptions aux dispositions particulières prévues par le traité, au nombre desquelles il convient de relever «les dispositions relatives ... aux régimes fiscaux». Comme ces dispositions figurent dans le même groupe que celui réunissant les dispositions concernant «la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes», il a probablement été songé seulement ici aux articles 95-99 du traité, lesquels figurent sous le titre «Dispositions fiscales». Il ne nous semble toutefois pas exclu qu'il ait également été songé ici à l'article 220 du traité de la CEE, lequel prévoit, entre autres, des négociations particulières en vue d'assurer l'élimination de la double

imposition à l'intérieur de la Communauté. Compte tenu de ces dernières dispositions et eu égard également à la complexité bien connue de ce problème, nous éprouverions en effet quelque hésitation à considérer que le problème de l'élimination de la double imposition et de la double perception de cotisations peut se résoudre d'une façon très générale par le biais des articles 52 et suivants et 59 et suivants du traité, pour autant que le phénomène de la double imposition par l'État d'origine et par l'État où est exercée l'activité considérée limite soit l'accès à des activités non salariées soit l'exercice de celles-ci.

Une contribution limitée de votre jurisprudence à la solution du problème général de l'élimination de la double imposition, cette notion étant entendue au sens large que nous avons indiqué, est néanmoins possible, selon nous, sur la base de votre jurisprudence antérieure. À côté des critères de cette jurisprudence, déjà cités plus tôt, nous aimerions encore, dans ce contexte, citer en particulier la limite absolue définie au 15^e attendu de votre arrêt Coditel (affaire 62/79, Recueil 1980, p. 881), à savoir que l'application d'une législation nationale licite par ailleurs ne doit pas constituer «un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans les relations économiques entre les États membres». La perception de cotisations auprès d'employeurs d'autres États membres dans des cas du genre de celui de l'espèce n'est pas seulement inutile pour le bon fonctionnement du régime luxembourgeois de sécurité sociale et, partant, contraire aux principes de proportionnalité. Aucune sécurité sociale supplémentaire pour les travailleurs dont il s'agit, n'est en effet liée à la perception de cette prime. Qui plus est, il est établi que les travailleurs en question sont soumis aux droits et obligations du régime français de sécurité sociale. La perception de primes dans des cas du genre de celui de l'espèce constitue donc également une restriction déguisée à la

prestation des services provenant d'autres États membres, étant donné qu'elle sert entre autres, ainsi qu'il ressort des obser-

vations écrites et verbales de l'EVI, à compenser un avantage de l'employeur étranger dans la concurrence.

Aussi, sur la base de votre jurisprudence antérieure, notre opinion est-elle la suivante:

Constitue, sans préjudice de la nationalité des travailleurs dont il s'agit, un comportement contraire à l'article 60, 3^e alinéa, du traité CEE, le fait par un État membre d'imposer à un employeur d'un autre État membre une obligation de verser des cotisations, sans reconnaître aux travailleurs intéressés une sécurité sociale accrue, alors que cet employeur est déjà assujéti à une obligation comparable pour ces travailleurs dans le pays de son établissement et que cette obligation vise notamment à assurer le bénéfice d'une sécurité sociale à ces travailleurs dans le cadre de l'exercice d'activités dans l'État membre premier nommé.

4. La seconde question

Par sa seconde question, la Cour de cassation luxembourgeoise désire savoir si la réponse à la première question serait différente si la perception des cotisations

dans le pays où la prestation de services est exécutée était compensée en fait par d'autres facteurs économiques, tels que le paiement de salaires inférieurs aux salaires minimaux ou aux salaires fixés par convention collective, appliqués dans ce pays.

Il nous paraît clair que la réponse à cette seconde question doit être négative.

C'est une des caractéristiques fondamentales de la libre prestation des services que le marché commun vise entre autres à réaliser, que tout employeur puisse, en principe, mettre à profit les avantages de coût existant dans son pays, et notamment des charges salariales moins importantes, à l'occasion de la fourniture de services dans d'autres États membres dans le cadre d'une concurrence non faussée, ce qui est également un des objectifs poursuivis par le traité. Dans la mesure où de tels avantages de coût remonteraient à des mesures ou à des pratiques contraires à d'autres disposi-

tions du traité ou encore à des dispositions nationales contraires au droit communautaire, il sera exclusivement possible d'intervenir contre celles-ci sur la base de ces autres dispositions communautaires ou nationales. Pour le reste, nous considérons qu'il n'est pas certain que le recours en l'espèce à la possibilité citée par l'EVI de refuser un permis de travail pour la main-d'œuvre en question, serait conforme à l'article 60. Cette question n'est toutefois pas soulevée dans le cadre de la présente procédure, si bien qu'il n'est pas nécessaire que nous l'approfondissions.