FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. F. JACOBS

fremsat den 16. december 1992 *

Hr. præsident,

De herrer dommere,

1. Kommissionen har i denne sag påtalt en række bopælsbetingelser, som er knyttet til adgangen til at modtage barselsydelse (»allocation de naissance«) og moderskabsydelse (»allocation de maternité«) i Luxembourg. Ved stævning indgivet i henhold til EØF-traktatens artikel 169 har Kommissionen anmodet Domstolen om at fastslå, at Luxembourg ved at opstille sådanne betingelser har tilsidesat sine forpligtelser i medfør af følgende bestemmelser i fællesskabsretten:

1) artikel 7, stk. 2, i Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68 af 15. oktober 1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet (EFT 1968 II, s. 467)

2) artikel 18, stk. 1, i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, som kodificeret ved Rådets forordning (EØF) nr. 2001/83 af 2. juni 1983 (EFT L 230, s. 6), samt

3) EØF-traktatens artikel 52.

2. Kommissionen indledte den i traktatens artikel 169 omhandlede procedure ved åbningsskrivelse af 7. oktober 1987. I skrivelsen gjorde Kommissionen gældende, at de bopælsbetingelser, der er fastsat i artikel 11 og 12 i lov af 20. juni 1977 (om barselsydelse) og i artikel 1 i lov af 30. april 1980 (om moderskabsydelse), var i strid med artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68, for så vidt angår arbejdstagere, og med traktatens artikel 7, for så vidt angår selvstændige erhvervsdrivende. Ifølge artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 nyder en arbejdstager, der er statsborger i en medlemsstat, samme sociale og skattemæssige fordele som indenlandske arbejdstagere.

3. I sit svar på Kommissionens åbningsskrivelse medgav den luxembourgske regering, at barselsydelsen udgjorde en social fordel i artikel 7, stk. 2's forstand i forordning nr. 1612/68, men bestred, at de luxembourgske bestemmelser krænkede det ligebehandlingsprincip, der knæsættes i forordningens artikel 7 for arbejdstageres vedkommende og i traktatens artikel 7 for selvstændige erhvervsdrivendes vedkommende. I stedet for at anse moderskabsydelsen for en social fordel i den i forordning nr. 1612/68 omhandlede betydning kunne man ifølge den

* Originalsprog: engelsk.

luxembourgske regering betragte den som henhørende under forordning nr. 1408/71.

4. Den 26. juli 1989 fremsendte Kommissionen en supplerende åbningsskrivelse, hvori den tog stilling til den luxembourgske regerings argument med hensyn til forordning nr. 1408/71. Kommissionen gjorde nu gældende, at de bestemmelser i den luxembourgske lovgivning, som knyttede bopælsbetingelser til moderskabsydelsen, ikke alene var uforenelige med forordning nr. 1612/68, men også med forordning nr. 1408/71. Det skal bemærkes, at forordning nr. 1408/71, som ændret, finder anvendelse på såvel arbejdstagere som selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer. Endvidere gjorde Kommissionen nu gældende med hensyn til barselsydelsen, at bopælsbetingelserne i den luxembourgske lovgivning, for så vidt angår selvstændige erhvervsdrivende, krænkede traktatens artikel 52 (og ikke artikel 7). Kommissionen påstod således nu, at der for barselsydelsens vedkommende var tale om en overtrædelse af forordning nr. 1612/68 og traktatens artikel 48 og 52 og for moderskabsydelsens vedkommende af forordning nr. 1408/71. Kommissionen påstod ligeledes, at der forelå en overtrædelse af traktatens artikel 51.

5. I sit svar på Kommissionens supplerende åbningsskrivelse bestred den luxembourgske regering på ny, at de bopælsbetingelser, der var knyttet til barselsydelsen, var i modstrid med ligebehandlingsprincippet, og syntes nu at hævde, at moderskabsydelsen ikke henhørte under anvendelsesområdet for forordning nr. 1408/71, idet den dog samtidig erklærede, at den ikke var imod, at ydelsen kom ind under forordningens anvendelsesområde i forbindelse med den forestående ændring af forordningen.

6. Kommissionen tilstillede den 6. juli 1990 den luxembourgske regering en begrundet udtalelse, hvori den gjorde gældende, at Luxembourg ved at knytte bopælsbetingelser til tildelingen af barsels- og moderskabsydelse havde tilsidesat sine forpligtelser ifølge traktatens artikel 48, artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68, traktatens artikel 52 samt forordning nr. 1408/71. Der blev indrømmet Luxembourg en frist på to måneder til at træffe de fornødne foranstaltninger til at efterkomme Kommissionens begrundede udtalelse. Da sådanne foranstaltninger ikke blev truffet, har Kommissionen den 12. april 1991 anlagt den foreliggende sag ved Domstolen.

7. Som det fremgår, ændrede Kommissionen flere gange standpunkt under den administrative procedure. Den luxembourgske regering fik imidlertid fuld lejlighed til at svare på klagepunkterne i den første åbningsskrivelse, og der kan naturligvis ikke rejses indvendinger imod, at Kommissionen efterfølgende i den supplerende åbningsskrivelse og i den begrundede udtalelse har trukket visse andre klagepunkter tilbage (jf. punkt 11 nedenfor).

Fællesskabsbestemmelserne

8. Artikel 7 i forordning nr. 1612/68 bestemmer:

»1. En arbejdstager, der er statsborger i en medlemsstat, må ikke på grund af sin nationalitet behandles anderledes på de øvrige medlemsstaters område end indenlandske arbejdstagere med hensyn til beskæftigelses- og arbejdsvilkår ...

2. Arbejdstageren nyder samme sociale og skattemæssige fordele som indenlandske arbejdstagere.

...«

Artikel 4 i forordning nr. 1408/71 bestemmer:

»1. Denne forordning finder anvendelse på enhver lovgivning om sociale sikringsgrene, der vedrører:

a) ydelser i anledning af sygdom og moderskab

...

2. Denne forordning finder anvendelse på alle almindelige og særlige sociale sikringsordninger med eller uden bidragspligt samt på ordninger, der pålægger arbejdsgiveren eller rederen forpligtelser med hensyn til de i stk. 1 omhandlede ydelser.

...

4. Denne forordning finder hverken anvendelse på offentlig social og sundhedsmæssig forsorg ...«

9. Afsnit III i forordning nr. 1408/71 har overskriften »Særlige bestemmelser om de enkelte arter af ydelser«, og kapitel 1 (artikel 18-36) har overskriften »Sygdom og moderskab«. Artikel 18, stk. 1, bestemmer:

»Den kompetente institution i en medlemsstat, efter hvis lovgivning erhvervelse, bevarelse eller generhvervelse af ret til ydelser er betinget af, at der er tilbagelagt forsikrings-, beskæftigelses- eller bopælsperioder, skal i fornødent omfang medregne forsikrings-, beskæftigelses- eller bopælsperioder, der er tilbagelagt efter enhver anden medlemsstats lovgivning, som om det drejede sig om perioder, der var tilbagelagt efter den lovgivning, der gælder for denne institution.«

Det skal nævnes, at begrebet »bopæl« i forordningens artikel 1, litra h), defineres som »sædvanligt opholdssted«.

10. Forordning nr. 1408/71 er blevet ændret ved Rådets forordning (EØF) nr. 1247/92 af 30. april 1992 (EFT L 136, s. 1), hvorved der

bl.a. er tilføjet følgende bestemmelser. I artikel 4 er der indsat et nyt stk. 2a, hvori det hedder:

»Denne forordning finder ligeledes anvendelse på særlige ikke-bidragspligtige ydelser, der er fastsat i en anden lovgivning eller ordning end dem, der er omhandlet i stk. 1 eller udelukket i henhold til stk. 4, når disse ydelser har til formål:

a) enten at dække de risici, der svarer til de i stk. 1, litra a)-h), omhandlede sikringsgrene, i stedet for eller som tillæg til andre ydelser

b) eller udelukkende at sikre særlig beskyttelse af handicappede.«

Der er desuden blevet indsat en ny artikel 10a og et nyt bilag IIa i forordningen. Artikel 10a, stk. 2, bestemmer:

»Institutionen i en medlemsstat, hvis lovgivning gør retten til de i stk. 1 omhandlede ydelser betinget af beskæftigelsesperioder, perioder med selvstændig beskæftigelse eller bopælsperioder, tager i fornødent omfang beskæftigelsesperioder, perioder med selvstændig beskæftigelse eller bopælsperioder, der er tilbragt i enhver anden medlemsstat, i betragtning, som om det drejede sig om perioder, der var tilbragt på førstnævnte medlemsstats område.«

I afsnittet vedrørende Luxembourg i det nye bilag IIa opregnes følgende ydelser:

»a) Dyrtidstillæg (lov af 13.6.1975).

b) Særydelse til svært handicappede (lov af 16.4.1979).

c) Moderskabsydelse (lov af 30.4.1980).«

Det skal dog bemærkes, at disse ændringer er foretaget, efter at Kommissionen indledte denne sag, og efter at den luxembourgske regering indgav duplik den 20. december 1991.

11. I det følgende gennemgår jeg hver for sig de luxembourgske lovbestemmelser om henholdsvis barselsydelse og moderskabsydelse. Opmærksomheden henledes på, at Kommissionen ikke længere påstår i stævningen, at der foreligger en overtrædelse af traktatens artikel 48, om end denne nævnes i stævningens titel. Desuden gentager Kommissionen ikke den påstand om overtrædelse af artikel 51, der fremsattes i dens supplerende åbningsskrivelse (og som efter min mening var klart fejlagtig). Således finder Kommissi-

onen nu, at det er tilstrækkeligt at påstå, at der er tale om en overtrædelse af forordning nr. 1612/68 og forordning nr. 1408/71, som gennemfører henholdsvis artikel 48 og artikel 51. Kommissionen hævder dog stadig, at traktatens artikel 52 (men ikke, som nævnt, traktatens artikel 7) er blevet overtrådt.

Barselsydelsen

12. I henhold til artikel 9 i loven af 20. juni 1977 medfører ethvert levedygtigt barns fødsel ret til en barselsydelse, som udbetales delvis som en prænatal ydelse, delvis som en egentlig barselsydelse og delvis som en postnatal ydelse. I henhold til artikel 14 kan en eller flere dele af ydelsen udbetales, selv om modtageren ikke opfylder betingelserne for at få udbetalt de øvrige dele. Ifølge artikel 1 skal enhver gravid kvinde for at kunne modtage den prænatale ydelse have haft bopæl i Luxembourg i mindst et år og gennemgå mindst fem lægeundersøgelser og en tandlægeundersøgelse under graviditeten. I artikel 2 bestemmes det, at de nærmere regler for undersøgelserne og intervallerne mellem disse fastsættes ved storhertugelig anordning. Ifølge artikel 11 udbetales ydelsens første del som en prænatal ydelse, når den vordende moder har gennemgået den sidste af de foreskrevne lægeundersøgelser. Ydelsen udbetales dog kun på betingelse af, at hun på tidspunktet for fødslen har haft bopæl i Luxembourg i mindst et år, og at hun ved fremlæggelse af lægeattester dokumenterer at have gennemgået undersøgelserne.

13. I henhold til artikel 12 i loven af 20. juni 1977 udbetales anden del af barselsydelsen efter fødslen bl.a. på betingelse af, at den ene af forældrene forud for fødslen har haft bopæl i Luxembourg i et helt år. Ifølge artikel 5 og 12 skal moderen desuden have gennemgået en postnatal lægeundersøgelse, inden der er gået otte uger efter fødslen. Familieministeren kan med hjemmel i artikel 16 dispensere fra de i artikel 11 og 12 omhandlede bopælsbetingelser, men kun hvis moderen erklærer at have til hensigt at blive boende i Luxembourg og opfostre sit barn dér.

14. I overensstemmelse med artikel 2 i loven af 20. juni 1977 er de nærmere bestemmelser for de fem prænatale lægeundersøgelser, tandlægeundersøgelsen og den postnatale undersøgelse af moderen fastsat ved storhertugelig anordning af 8. december 1977. Ifølge denne anordnings artikel 1 skal den første prænatale lægeundersøgelse foretages inden udløbet af tredje graviditetsmåned; ifølge artikel 9 skal tandlægeundersøgelsen finde sted, så snart graviditeten er bekræftet og under alle omstændigheder inden udløbet af tredje måned. Ifølge artikel 6 skal den sidste prænatale lægeundersøgelse finde sted inden for første halvdel af niende graviditetsmåned. Endelig skal barnet ifølge artikel 6 og 13 i loven af 20. juni 1977 selv have gennemgået seks lægeundersøgelser i løbet af sine to første leveår, før tredje og sidste del af ydelsen kan udbetales; de nærmere regler for disse undersøgelser er fastsat i en anden storhertugelig anordning af 8. december 1977.

15. Den luxembourgske regering bestrider ikke, at barselsydelsen er en »social fordel« i artikel 7, stk. 2's forstand i Rådets forord-

ning nr. 1612/68. Det ville efter min opfattelse også være vanskeligt at nå til en anden konklusion. Således har Domstolen flere gange fastslået, især i dom af 27. marts 1985 (sag 249/83, Hoeckx, Sml. s. 973, præmis 20), at

»... de rettigheder, der i henhold til forordningen skal udstrækkes til også at gælde arbejdstagere med statsborgerskab i andre medlemsstater, omfatter alle rettigheder, det være sig med eller uden tilknytning til en arbejdskontrakt, som tilkommer enhver indenlandsk arbejdstager, i det væsentlige på grund af hans objektive status som arbejdstager, eller allerede fordi han har bopæl på det nationale område, og hvis udstrækning til også at gælde arbejdstagere med statsborgerskab i andre medlemsstater må antages at kunne fremme disses mobilitet inden for Fællesskabet«.

Således er det i praksis antaget, at barselslån, som var rentefrie i kraft af statstilskud, var en »social fordel« i forordningens forstand, jf. dom af 14. januar 1982 (sag 65/81, Reina, Sml. s. 33). Arbejdstagere med statsborgerskab i en anden medlemsstat skal naturligvis kunne få sådanne fordele på samme vilkår.

16. Den luxembourgske regering er derfor enig i, at barselsydelsen skal tildeles således, at luxembourgske og andre medlemsstaters statsborgere behandles lige. Den bestrider imidlertid, at de bopælsbetingelser, der stilles for at modtage den luxembourgske barselsydelse, er ensbetydende med en forskelsbehandling. Den finder det tilstrækkeligt til at opfylde kravet om ligebehandling, at betingelserne finder anvendelse for såvel luxembourgske som andre medlemsstaters statsborgere.

17. Som påpeget af Kommissionen er det imidlertid klart, at fællesskabsrettens forbud mod forskelsbehandling gælder såvel indirekte som direkte forskelsbehandling. Som Domstolen fastslog i dom af 12. februar 1974 (sag 152/73, Sotgiu mod Deutsche Bundespost, Sml. s. 153, præmis 11):

»Reglerne om ligestilling såvel i traktaten som i artikel 7 i forordning nr. 1612/68 forbyder ikke blot åbenlys forskelsbehandling begrundet i nationalitet, men desuden enhver form for skjult forskelsbehandling, som ved anvendelse af andre kriterier reelt fører til det samme resultat.

...

Det er således ikke udelukket, at kriterier som en arbejdstagers oprindelsessted eller bopæl efter omstændighederne i praksis kan sidestilles med en forskelsbehandling på grund af nationalitet, som er forbudt ved traktaten og forordningen.«

Domstolen har for nylig i dom af 8. maj 1990 (sag C-175/88, Biehl, Sml. I, s. 1779, præmis 11, 12 og 13), og af 21. november 1991 (sag C-27/91, Le Manoir, Sml. I, s. 5531, præmis 10) bekræftet det princip, at indirekte eller

skjult forskelsbehandling strider mod traktatens artikel 48 og artikel 7 i forordning nr. 1612/68. På samme måde er indirekte forskelsbehandling af statsborgere fra andre medlemsstater, der ønsker at etablere sig som selvstændige erhvervsdrivende, forbudt ifølge traktatens artikel 52, jf. eksempelvis dom af 10. juli 1986 (sag 79/85, Segers, Sml. s. 2375, præmis 15). Endvidere har Domstolen for nylig fastslået, at en bopælsbetingelse, der skulle opfyldes af besætninger på fiskerfartøjer, udgjorde en indirekte forskelsbehandling i strid med traktatens artikel 48, 52 og 59, jf. dom af 17. november 1992 (sag C-279/89, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 5785, præmis 40-43).

18. Det ville efter min opfattelse være vanskeligt at hævde, at bopælsbetingelserne i artikel 11 og 12 (og faktisk også i artikel 16) i loven af 20. juni 1977 ikke udgør en forskelsbehandling af udenlandske statsborgere. Blandt dem, der får børn i Luxembourg, er der større sandsynlighed for, at en luxembourgsk statsborger eller dennes ægtefælle har haft bopæl i Luxembourg et helt år forud barnets fødsel, end at en statsborger fra en anden medlemsstat har haft det. Betingelserne i artikel 11 og 12 diskriminerer derfor indirekte vandrende arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende fra andre medlemsstater.

19. På samme måde er det mindre sandsynligt, at statsborgere fra andre medlemsstater vil opfylde betingelsen for den dispensation, som familieministeren kan give i henhold til lovens artikel 16, idet disse kan være mindre tilbøjelige end luxembourgske statsborgere til at etablere fast bopæl i Luxembourg. Som anført af Kommissionen under retsmødet, diskriminerer denne bestemmelse i øvrigt også luxembourgske statsborgere, som ønsker at flytte til en anden medlemsstat. Som Domstolen har fastslået, forbyder traktatens bestemmelser om fri bevægelighed for personer ikke kun en medlemsstat at forskelsbehandle statsborgere fra andre medlemsstater, som opholder sig på dens område; de forbyder også national lovgivning, der diskriminerer EF-statsborgere, som ønsker at udøve deres ret til fri bevægelighed ved at udstrække deres aktiviteter til at omfatte mere end én medlemsstats område eller ved at etablere sig i en anden medlemsstat, jf. dom af 7. juli 1988 (sag 143/87, Stanton, Sml. s. 3877, præmis 9-14), og af 27. september 1988 (sag 81/87, Daily Mail, Sml. s. 5483, præmis 16).

20. Den luxembourgske regering gør subsidiært gældende, at de til barselsydelsen knyttede bopælsbetingelser har en saglig begrundelse. Den mener, at betingelserne, også selv om de er ensbetydende med en forskelsbehandling af udlændinge i forhold til luxembourgske statsborgere, er berettigede under hensyn til almenvellet og navnlig til folkesundheden. Ifølge den luxembourgske regering er hovedformålet med loven af 20. juni 1977 at indføre en ordning for et nøje lægeligt tilsyn med gravide kvinder og spædbørn med henblik på at mindske faren for fosterdød og for postnatalt handicap. Den anfører, at formålet med ydelsen snarere er lægeligt end pekuniært, idet dens mål er at sikre, at kvinder, der føder i Luxembourg, har gennemgået alle de i lovens artikel 2 fastsatte

lægeundersøgelser. Det er derfor, ydelsens første del først udbetales, når den sidste prænatale undersøgelse er gennemført. Følgelig er det efter den luxembourgske regerings opfattelse kun logisk, at mødre, som ikke har kunnet gennemgå de fastsatte undersøgelser, fordi de ikke har opholdt sig på luxembourgsk område i det år, der er gået forud for fødslen, ikke kan tildeles ydelsens to første dele.

21. Den luxembourgske regerings ræsonnement forekommer mig at frembyde en række svagheder. Den grundlæggende svaghed er efter min opfattelse, at der ikke er godtgjort at være nogen forbindelse mellem hensynet til at tilskynde gravide, som allerede har bopæl i Luxembourg, til at gennemgå de i den luxembourgske lovgivning foreskrevne lægeundersøgelser ved at gøre det til en betingelse for at få udbetalt ydelsen, at hele rækken af undersøgelser er gennemgået, og den påståede nødvendighed af, at også andre kvinder opfylder denne betingelse. For kvinder med bopæl i en anden medlemsstat kan det indlysende være forbundet med betydelige vanskeligheder at opfylde en sådan betingelse. Man kan således næppe forvente af en kvinde, der planlægger at flytte til Luxembourg, og som også planlægger at blive gravid, at hun fremrykker sin ankomst til Luxembourg med det ene formål at gennemgå lægeundersøgelser i Luxembourg; dette kan i praksis være umuligt for hende. Desuden kan det under alle omstændigheder tænkes, at en sådan vandrende arbejdstager ikke er klar over, at hun snart vil være gravid. For mig at se ville det på ingen måde skade den ordning for lægelig overvågning, der er indført ved den luxembourgske lovgivning, at dens forskrifter ikke fandt anvendelse på kvinder i en sådan situation.

22. Det skal endvidere bemærkes, at den første af de lægeundersøgelser, der foreskrives i loven af 20. juni 1977, først behøver at finde sted ved slutningen af tredje graviditetsmåned. Ganske vist skal tandlægeundersøgelsen finde sted, så snart graviditeten er bekræftet, men selv for dennes vedkommende ser det ud til, at tredje graviditetsmåned er den obligatoriske frist. Strengt taget vil en bopælsperiode på kun seks måneder derfor være tilstrækkelig til at gennemføre samtlige obligatoriske undersøgelser. Men som nævnt skal bopælsbetingelsen have været opfyldt i et helt år forud for fødslen. En vandrende arbejdstager kan således ankomme til Luxembourg, bosætte sig i landet, blive gravid eller opdage, at hun er gravid, gennemgå samtlige fastsatte lægeundersøgelser og tandlægeundersøgelsen, nedkomme i Luxembourg og alligevel ikke have ret til de to første dele af barselsydelsen.

23. Ydermere kan en vordende moder flytte til Luxembourg i løbet af graviditeten efter at have gennemgået lægeundersøgelser i en anden medlemsstat. Loven af 20. juni 1977 synes imidlertid ikke at hjemle mulighed for at anerkende lægeundersøgelser, der er ligeværdige med de luxembourgske, og som er foretaget i en anden medlemsstat. Det skal ligeledes bemærkes, at både den vordende moder og faderen hver for sig kan opfylde bopælsbetingelsen i lovens artikel 12; det er

imidlertid ikke lykkedes den luxembourgske regering at forklare, hvilken betydning faderens bopæl i givet fald har for moderens helbred. Betingelserne for den dispensation, som artikel 16 hjemler mulighed for, synes også at savne lægelig relevans.

24. Den luxembourgske regering forsøger i duplikken at begrunde den bopælsbetingelse, der er knyttet til ydelsens anden del, med henvisning til hensynet til en kontinuerlig lægelig overvågning. Jeg erindrer om, at moderen ifølge artikel 5 og 12 i loven af 20. juni 1977 skal gennemgå en postnatal undersøgelse senest otte uger efter fødslen. Den luxembourgske regering anfører, at kravet om en nøje og effektiv lægelig overvågning kun kan opfyldes, hvis den postnatale undersøgelse foretages af den samme læge, som har foretaget de fem prænatale undersøgelser, og at moderen derfor må have haft bopæl i Luxembourg såvel under graviditeten som efter fødslen. Som Kommissionen imidlertid påpegede under retsmødet, har gravide kvinder ifølge traktaten ret til fri bevægelighed på samme måde som enhver anden indehaver af denne ret; det er principielt op til kvinderne selv at afgøre, om de ønsker at gøre brug af retten eller ej, selv om det indebærer, at de må skifte læge. Under alle omstændigheder kan lægeovervågningens kontinuitet i vid udstrækning sikres gennem en passende udveksling af oplysninger mellem lægerne. Desuden har den luxembourgske regering ikke forklaret, hvordan en sådan kontinuitet kan garanteres, når kun faderen har haft bopæl i Luxembourg i året forud for fødslen, hvilket som nævnt er et alternativ, der omhandles i artikel 12. Det er således på ingen måde klart, hvorfor en moder, der, af grunde, som hun måske ikke har nogen indflydelse på, er flyttet til Luxembourg i løbet af sin graviditet, skal straffes økonomisk, fordi hun har måttet skiftet læge.

25. Den luxembourgske regering har naturligvis ret til at forlange af gravide kvinder, der er bosiddende i Luxembourg, at de gennemgår regelmæssige lægeundersøgelser, om end det, selv for de kvinders vedkommende, der har bopæl i Luxembourg under hele deres graviditet, er tvivlsomt, om den kan nægte at anerkende tilsvarende undersøgelser foretaget i en anden medlemsstat. Den har, mener jeg, ligeledes ret til at kræve, at kvinder, der modtager barselsydelse, har bopæl i Luxembourg på tidspunktet for fødslen, for i modsat fald kunne gravide med bopæl andre steder sørge for at nedkomme i Luxembourg med det ene formål at få ydelsen. Bopælsbetingelserne i artikel 11, 12 og 16 i loven af 20. juni 1977 går dog efter min opfattelse meget længere end nødvendigt for at forhindre et sådant misbrug. Jeg mener derfor, at disse betingelser er uforenelige med artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68. Nøjagtig de samme betragtninger finder efter min mening anvendelse for selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, som i henhold til traktatens artikel 52 har ret til ligebehandling i forhold til luxembourgske statsborgere.

26. Jeg må følgelig drage den konklusion, at Kommissionens påstand bør tages til følge for så vidt angår barselsydelsen. Herefter går jeg over til at behandle påstanden vedrørende moderskabsydelsen.

Moderskabsydelsen

27. Den luxembourgske moderskabsydelse tildeles i henhold til lov af 30. april 1980. Ifølge denne lovs artikel 1 har enhver gravid kvinde og enhver kvinde, der er nedkommet, ret til en moderskabsydelse på betingelse af, at hun har bopæl i Luxembourg, og enten 1) at hun på tidspunktet, hvor retten til ydelsen opstår, har haft bopæl i landet i et helt år, eller 2) at hendes ægtefælle på førnævnte tidspunkt har haft bopæl i landet i mindst tre år. Ydelsen kan i henhold til artikel 2 tildeles for en periode af højst seksten uger fra den ottende uge før den forventede barselsdato. Artikel 3 bestemmer, at familieministeren kan dispensere fra de nævnte bopælsbetingelser, hvis moderen erklærer at have til hensigt at blive boende i Luxembourg og opfostre sit barn dér.

28. Den luxembourgske regering bestrider ikke, at den, hvis moderskabsydelsen falder ind under anvendelsesområdet for forordning nr. 1408/71, ifølge forordningens artikel 18, stk. 1, skal tage bopælsperioder i betragtning, der er tilbagelagt under en anden medlemsstats lovgivning. Det ville betyde, at en kvinde, der havde født i Luxembourg, og som nu havde bopæl dér, ville have ret til ydelsen, også selv om hun i året forud for fødslen havde bopæl i en anden medlemsstat. Den luxembourgske regering hævder imidlertid, at den luxembourgske moderskabsydelse endnu ikke var omfattet af forordning nr. 1408/71, da Kommissionen anlagde sagen. Den må derfor anlægge det synspunkt, at moderskabsydelsen enten ikke kan betragtes som en »ydelse i anledning af moderskab« i forordningens artikel 4, stk. 1's forstand, eller at den må betragtes som »social forsorg« i artikel 4, stk. 4's forstand, og dermed falder uden for forordningens anvendelsesområde. Den luxembourgske regering anerkender dog, at den i medfør af den ved forordning nr. 1247/92 af 30. april 1992 gennemførte ændring nu er forpligtet til at tage bopælsperioder tilbagelagt på andre medlemsstaters område i betragtning: jf. den i punkt 10 ovenfor nævnte nye artikel 10a, stk. 2, og det nye bilag IIa, der er blevet indsat ved forordning nr. 1247/92.

29. Kommissionen hævder på sin side, at den luxembourgske moderskabsydelse var omfattet af forordning nr. 1408/71 allerede før den nyligt gennemførte ændring, og at den kun blev medtaget i det nye, ved forordning 1247/92 indsatte, bilag IIa for at udelukke enhver tvivl.

30. Jeg mener ikke, at den luxembourgske regering har fremført nogen overbevisende begrundelse for, at moderskabsydelsen ikke

skal betragtes som en social sikringsydelse, men som en social forsorgsydelse i artikel 4, stk. 4's forstand i forordning nr. 1408/71. Det skal navnlig bemærkes, at det afgørende kriterium for, om en ydelse skal betragtes som en social forsorgsydelse eller som en social sikringsydelse, ikke er, om ydelsen er bidragspligtig eller ej; artikel 4, stk. 2, omfatter faktisk udtrykkeligt ikke-bidragspligtige ordninger. Kriteriet er i stedet, om den pågældende lovgivning hjemler ret til ydelsen uden henvisning til individuelle behov eller omstændigheder, jf. dom af 24. februar 1987 (forenede sager 379/85, 380/85, 381/85 og 93/86, Giletti, Sml. s. 955, præmis 7-11). Når ydelsen derfor vedrører en af de risici, der udtrykkelig er anført i forordningens artikel 4, stk. 1, er det tilstrækkeligt, at tildelingen af den ikke beror på nogen individuel skønsmæssig vurdering af de personlige behov: jf. dom af 16. juli 1992 (sag C-78/91, Hughes, Sml. I, s. 4839).

31. Den luxembourgske regering har heller ikke kunnet påvise, at moderskabsydelsen falder uden for anvendelsesområdet for artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 1408/71. Denne bestemmelse nævner udtrykkelig som en af de sociale sikringsgrene, der er omfattet af forordningen, »ydelser i anledning af moderskab«, et begreb, som bl.a. må antages at omfatte moderskabsydelse. I modsætning til, hvad den luxembourgske regering mener, forekommer det ikke mig, at moderskabsydelsen »i henseende til personelt anvendelsesområde, formål og tildelingsbetingelser« adskiller sig fra »traditionelle sociale sikringsordninger« (jf. svarskriftet, s. 13). Den luxembourgske regering har ikke peget på noget træk ved den luxembourgske moderskabsydelse, som adskiller den fra andre, angiveligt mere traditionelle, ordninger for moderskabsydelse. Det må formodes, at alle sådanne ordninger har moderens og det nyfødte barns velfærd som mål, og at der inden for deres rammer i en begrænset periode tildeles en ydelse til alle, der opfylder de fastsatte betingelser for at modtage en sådan.

32. Selv hvis moderskabsydelsen, som påpeget af Kommissionen, ikke faldt ind under anvendelsesområdet for forordning nr. 1408/71, måtte den under alle omstændigheder betragtes som en social fordel i forordning nr. 1612/68's forstand (jf. punkt 15 ovenfor) — et anbringende, som den luxembourgske regering accepterede under retsmødet.

33. Endvidere kan det bemærkes, at selv om det anerkendes, at moderskabsydelsen henhører under forordning nr. 1408/71, kan et afslag på at tildele arbejdstageres familiemedlemmer ydelsen snarere være en overtrædelse af forordning nr. 1612/68 end af forordning nr. 1408/71. Det hænger sammen med, at forordning nr. 1408/71 kun finder anvendelse på ydelser tildelt arbejdstageres eller selvstændige erhvervsdrivendes familiemedlemmer, hvis retten til at modtage dem er en følge af de pågældendes status af familiemedlem til arbejdstageren eller den selvstændige erhvervsdrivende; den omfatter ikke rettigheder, som familiemedlemmet tildeles direkte, jf. dom af 17. december 1987 (sag 147/87, Zaoui, Sml. s. 5511, præmis 12 og 13), og af 8. juli 1992 (sag C-243/91, Taghavi, Sml. I, s. 4401, præmis 7, 8 og 9). Moderskabsydelsen er imidlertid en ydelse, der tildeles moderen som en selvstændig rettighed, ikke

som en rettighed, der skyldes hendes status som familiemedlem. Heraf følger, at for en moder, som ikke selv er arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende, og som er familiemedlem til en arbejdstager, der udøver sin ret til fri bevægelighed, skal de til moderskabsydelsen knyttede bopælsbetingelser bedømmes i henhold til artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68, som også omfatter ydelser, der tildeles en arbejdstagers familiemedlemmer, jf. den i punkt 15 nævnte Hoeckx-dom, præmis 22. Bopælsbetingelserne ville i så fald være uforenelige med denne bestemmelse, idet de klart udgør en indirekte forskelsbehandling af statsborgere fra andre medlemsstater.

34. For selvstændige erhvervsdrivendes familiemedlemmer vil bopælsbetingelserne med den samme begrundelse være en overtrædelse af traktatens artikel 52. Om end det ikke fremgår helt klart af den administrative procedure, om Kommissionen, for så vidt angår moderskabsydelsen, oprindelig ønskede at henholde sig til artikel 52, er retsforhandlingerne blevet ført på dette grundlag. Kommissionens opfattelse kan derfor forstås således, at de bopælsbetingelser, der er knyttet til moderskabsydelsen, udgør en overtrædelse såvel af traktatens artikel 52 som af forordning nr. 1612/68 og forordning nr. 1408/71.

35. Som anført, må man efter min mening erklære sig enig i dette synspunkt, hvorfor Kommissionens påstand også må tages til følge for så vidt angår moderskabsydelsen.

Forslag til afgørelse

36. Jeg skal derfor foreslå Domstolen, at den:

1) fastslår, at Storhertugdømmet Luxembourg ved at gøre tildelingen af barselsydelse og moderskabsydelse betinget af bopælsbetingelser, som ikke tager hensyn til bopælsperioder, der er tilbragt i en anden medlemsstat, har tilsidesat sine forpligtelser ifølge traktatens artikel 52, artikel 7, stk. 2, i Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68 af 15. oktober 1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet, og artikel 18, stk. 1, i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, som kodificeret ved Rådets forordning (EØF) nr. 2001/83 af 2. juni 1983

2) tilpligter Storhertugdømmet Luxembourg at betale sagens omkostninger.